

ADELINA DE CÁSSIA BASTOS OLIVEIRA CARVALHO

Violência Sexual Presumida

Sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor

RECIFE- 2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

ADELINA DE CÁSSIA BASTOS OLIVEIRA CARVALHO

VIOLÊNCIA SEXUAL PRESUMIDA

Sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, realizada sob a orientação do Professor Doutor Ivo Dantas, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

RECIFE-2002

“Nadie debe ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente.”

(Ulpiano: Dig. 48, 19,5, en Traducción de Obiols Taberner: *Selección de Textos del “Corpus Iuris Civile”*. Valência, p. 181.)

“Ages de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

(kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1991.)

Aos meus pais, Ivan e Amy, pelo exemplo e dedicação sem fim.

A David, minha maior fonte de aprendizagem.

A Américo, parceiro de sonhos, projetos e realizações.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, por ter-me dado forças e sabedoria para conciliar a atividade acadêmica com os árduos primeiros passos da maternidade;

E

À Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, que me permitiu a iniciação jurídica;

A Gilberto de Freitas Caribé e Thomas Bacellar da Silva, pela amizade sincera, estímulo e habitual colaboração no meu desenvolvimento profissional;

A Kátia Dantas Silva, pela paciência na mediação de minhas lutas com o computador;

A meu irmão Ivan Ito Júnior, que, com suas palavras, termina sempre por fazer-me aceitar desafios e não me deixar fraquejar;

A minha família, pelo amor e consideração;

A Profa. Dra. Ana Luísa Celino Coutinho, pelo empenho na remoção de obstáculos para a minha conclusão do curso de mestrado;

A Wilma Santos Silva, pelo carinho e dedicação destinados a meu filho;

Ao corpo de funcionários do Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador, na pessoa de Amílton Menezes, pela prestimosa atenção;

Ao Des. Gerson Pereira dos Santos, pela cessão de livros e sugestões;

Ao Prof. Dr. Cláudio Brandão, pelo empréstimo de obras jurídicas, troca de idéias e disponibilidade em geral, fundamentais para a conclusão desta pesquisa;

Ao Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, pelas indicações bibliográficas, ensinamentos, críticas e correções abalizadas do trabalho, e pela compreensão;

Aos amigos e colegas que, com palavras de estímulo, auxílio e compreensão, tornaram mais leves meus dias de maiores dificuldades;

Aos mestres da minha vida, pela contribuição em minha formação moral e intelectual;

Aos servidores da Biblioteca do Ministério Público da Bahia, especialmente Vanda Marques Ramos e Adriana Tourinho de Sá, da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Senado Federal e funcionários da Biblioteca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pelo auxílio e presteza na colheita de material para esta pesquisa.

RESUMO

Ao reconhecimento da liberdade, em suas diversas vertentes, como precioso bem jurídico da pessoa, propomo-nos a discutir as deficiências da previsão no Código Penal do crime sexual com violência presumida praticado contra menores de idade. Questionamos a compatibilidade da presunção de violência com a ordem jurídica criada pela Carta Constitucional de 1988, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e na garantia da liberdade pessoal, e que possui como um dos mais relevantes direitos fundamentais o princípio do estado de inocência, de franca oposição a toda modalidade de responsabilidade objetiva. Igualmente, sustentamos a existência de dissonância com a realidade histórico-social da imposição legal, irrestrita, da idade de 14 anos como marco para o reconhecimento da capacidade de autodeterminação sexual do jovem, diante de um desenvolvimento psicosexual cada vez mais precoce, terminando por constituir, sob o patrocínio de uma ideologia moral, em meio de cerceamento da liberdade sexual.

Sugerimos, a partir daí, mudanças legislativas que importem na exclusão da presunção de violência, redução da idade legal para o exercício da sexualidade para os 12 anos e elaboração de norma penal especial para a tutela sexual dos jovens entre 12 e 14 anos, em situação limítrofe de formação psicosexual. Buscamos, enfim, atribuir maior legitimidade a intervenção penal numa esfera tão íntima do indivíduo como a sua sexualidade, mediante delimitação mais precisa dos comportamentos sexuais puníveis numa sociedade pluralista e democrática.

ABSTRACT

In recognition of the principle of freedom, in all its derivatives, as a precious legal asset which belongs to each and every individual, we intend to discuss the deficiencies inherent to the Penal Code's treatment of the crime of sex with a presumption of violence perpetrated against minors. We question the compability of this "presumption of violence" with reference to the legal structure created by the Constitution of 1988, which expressed, as some of its founding principles, the dignity of the human being, the guarantee of personal freedom, and adopted the principle of the state of innocence as one of its most fundamental rights, an option which blatantly discards all forms of objective responsibility. By the same token, we understand that the unrestricted legal imposition of the age of 14 as the recognition point for a young person's capacity for sexual selfdetermination is in dissonance with our historical and social reality. Especially if one considers the increasingly premature psychosexual development of youth today, this legal order constitutes, under the sponsor of a moral ideology, a disguised means of curtailing sexual freedom.

Taking all of this into consideration, we suggest legislative changes be made in the sense of excluding the presumption of violence, reducing the legal age for the exercise of sexual activities to 12, and elaborating a special penal statute meant to discipline the sexual life of youth aging from 12 to 14 years of age, time frame which is considered to be a pivotal moment for psychosexual development. We propose, in summary, to attribute more legitimacy to penal interventions in an area as intimate to the individual as his/her sexuality by way of establishing, with more precision, what is to be considered reprehensible sexual behavior in a pluralistic and democratic society such as the one we live in.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. Crime sexual com violência presumida contra menores, o sistema jurídico vigente e a realidade histórico-social	11
2. Legitimidade de decisões judiciais em matéria penal sexual com vítimas menores de 14 anos	13
3. Diretrizes metodológicas e plano de apresentação do trabalho	14
CAPÍTULO 01 - Presunção Legal de Violência nos Crimes Sexuais contra Menores	18
1.1. Concepção histórica	18
1.2. Evolução da compreensão de sua natureza jurídica	21
1.2.1. Critérios de relativização da presunção legal	24
1.3. Posicionamento atual da doutrina e jurisprudência	26
1.4. Críticas à presunção legal em matéria penal sexual	29
1.4.1. Tutela penal sexual do menor	33
CAPÍTULO 02 - Do Princípio Constitucional da Presunção do Estado de Inocência	36
2.1. Princípio da presunção do estado de inocência	36
2.1.1. Previsão no ordenamento jurídico nacional e internacional	36
2.1.2. Natureza jurídica e conseqüências da constitucionalização do princípio	42
2.2. Princípio da presunção de inocência como direito fundamental	43
2.2.1. Formação histórica e evolução dos direitos fundamentais	43
2.2.2. Função, classificação e características dos direitos fundamentais e sua relação com o princípio da presunção do estado de inocência	48
2.3. Relevância do princípio do estado de inocência no âmbito do direito processual penal	53

CAPÍTULO 03 - Capacidade de Autodeterminação Sexual do Menor	62
3.1. Breves considerações sobre a relação entre a moral social e o direito penal sexual	62
3.2. Reflexos das mudanças sociais no direito penal	66
3.3. Transformações sociais e culturais no âmbito da moralidade pública	70
3.4. Transformações do padrão comportamental sexual do jovem	72
3.5. Capacidade de consentimento do menor na prática de atos sexuais	76
3.5.1. Critério etário definido pelo Código Penal de 1940 e capacidade de entender e consentir à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente	78
CAPÍTULO 04 - Crimes Sexuais contra Menores Incapazes de Consentimento Válido no Direito Estrangeiro: Portugal e Espanha. Uma Análise Comparada	80
4.1. Reforma do Código Penal Português	80
4.1.1. Crimes sexuais	81
4.1.2. Crimes sexuais contra menores de 14 anos de idade	83
4.2. Novo Código Penal Espanhol	86
4.2.1. Crimes sexuais	87
4.2. 2. Crimes sexuais contra menores de 13 anos de idade	89
4.3. Análise comparada	93
CAPÍTULO 05 - Do Confronto entre o Crime Sexual de Violência Presumida contra Menores e o Contexto Jurídico-social	101
5.1. Da supremacia do princípio constitucional da inocência	101
5.1.1. Princípios constitucionais outros	104
5.1.2. Princípios conexos do direito penal	105
5.2. Conseqüência jurídica da incompatibilidade constitucional	111
5.3. Do avanço da compreensão sexual do menor de 14 anos	114
5.4. Proposta de adequação da tutela penal sexual do menor de 14 anos ao contexto jurídico-social	119

CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
-----------------------------	------------

BIBLIOGRAFIA	135
---------------------	------------

1- Livros	135
-----------	-----

2- Artigos	142
------------	-----

3- Legislação	145
---------------	-----

4- Internet	145
-------------	-----

5- Jurisprudência	145
-------------------	-----

6- Periódicos	146
---------------	-----

INTRODUÇÃO

1. Crime Sexual com violência presumida contra menores, o sistema jurídico vigente e a realidade histórico-social

Crimes sexuais é sempre um tema instigante para os estudiosos do Direito Penal porque se refere à tutela de um dos mais íntimos bens jurídicos do ser humano, o direito à liberdade sexual, de disposição do corpo nas relações carnavais, e o sexo é, no mais das vezes, um assunto polêmico e controverso. O direito à liberdade, clássico direito fundamental, em todas as suas variantes, é, modernamente, tido como questão crucial em todo Estado que pretende ser reconhecido como Estado Democrático de Direito, como o Brasil. Daí a inserção na Carta Política de 1988, de forma generosa, de diversas disposições protetoras e assecuratórias desta franquia individual, a exemplo do princípio da presunção do estado de inocência do acusado. De fato, “a essência do homem é a liberdade, uma vez que esta é manifestação primeira possibilitante de todo e qualquer projeto existencial”¹.

Em decorrência, todas as normas penais, como mecanismo de controle da convivência social, devem ter limites precisos, marcados pelo reconhecimento da liberdade humana e, em geral, dos direitos fundamentais, sob pena de ineficácia, posto que sem fundamentação legal. A promoção da tutela legal sexual dos menores, através da presunção de violência (art. 224, al. a, CP), como forma de evitar o vácuo da tipicidade em sede de crimes sexuais abusivos (sem violência), a nosso sentir, viola o princípio constitucional da presunção do estado de inocência, porque importa na presunção de um fato, a violência, desobrigando o órgão acusador do dever de prová-lo, importando, também, no desrespeito a outros princípios do Direito Penal moderno, do Direito Penal da culpa, merecendo tal ficção jurídica ser banida da legislação penal vigente.

Outrossim, ao configurar-se constitucionalmente o Estado em torno de valores como a liberdade e a dignidade humana, dos quais é corolário o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, decorre daí que não pode o Direito Penal, sem violar a norma fundamental, invadir

¹ GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Reflexões sobre Existência e Liberdade Humana. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul e KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 27.

o foro íntimo das pessoas para impor-lhes pautas morais ou éticas². Principalmente a questão da sexualidade, enquanto fato biológico e cultural, de enorme relevância e transcendência na vida das pessoas, merece especial atenção no que diz respeito à legitimidade da intervenção do Direito Penal, uma vez que delicado fixar-se até que ponto pode a lei penal imiscuir-se numa esfera que para o ser humano é tão vital quanto a alimentação³.

E, se é verdade que “*a sexualidade é uma faceta inafastável da pessoa humana que se completa e se engrandece com o seu livre-arbítrio, e que a expressão da sexualidade, por qualquer de suas diversas opções, deve ser compreendida e respeitada*”⁴, imprescindível que a preservação da integridade físico-psíquica de pessoas que, em razão de sua idade, ainda não atingiram um estágio ideal de maturidade sexual, seja feita através de uma política criminal racional, pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana, necessidade social e valorização dos direitos humanos.

É inegável a ocorrência de uma revolução sexual, nos últimos anos, que determinou profundas modificações nos padrões sexuais comportamentais dos adolescentes e que influenciou decisivamente para o alcance de uma maturidade sexual precoce por parte desses, de modo que a negação da capacidade de autodeterminação sexual estabelecida na al. a, do art. 224, CP, de forma irrestrita, a toda pessoa menor de 14 anos de idade, se mostra afastada do momento histórico-cultural experimentado, merecendo séria reflexão. A subtração ao adolescente que tenha consciência ética do ato sexual do direito de exercer sua sexualidade, por não ter ainda alcançado a idade fixada por lei para tanto, por imposição de concepções morais dominantes na sociedade, é meio de cerceamento do direito constitucional de liberdade.

Tem-se, enfim, plena ciência dos limites de eficiência da intervenção estatal nesta seara, razão pela qual se discute largamente nas últimas décadas a necessidade de reformulação da matéria, seja através da modificação de velhos tipos penais, seja através da introdução de novos, o que tem sido feito em inúmeras legislações estrangeiras e urge seja realizado na legislação nacional, lutando-se com bravura diante da força inercial que nossa cultura patriarcal exercita diante deste tipo de evolução social.

² FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal – parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 109.

³ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 10.

⁴ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio. In: ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 2.

Com este trabalho intencionamos, ainda que de forma tímida, oferecer parcela de contribuição para os debates em torno da necessária reformulação da tipificação dos crimes sexuais no Código Penal, almejando que a distribuição de justiça seja feita adequando-se a lei ao ordenamento jurídico vigente e, ao mesmo tempo, de forma a atender aos anseios da sociedade, afinal, a eficácia, o cumprimento da lei e da decisão judicial, está estritamente relacionada ao sentimento popular de sua adequação e justiça. Sabemos, contudo, das dificuldades de discorrer sobre um tema debatido em sombreada área de preconceitos e tabus, objeto de tantas divergências entre feministas, conservadores, liberais.

2. Legitimidade de decisões judiciais em matéria sexual com vítimas menores de 14 anos

Nos dez anos de exercício das funções inerentes ao cargo de Promotora de Justiça criminal nas comarcas do interior e capital do estado da Bahia nas quais servimos, tivemos oportunidade de officiar em ações penais instauradas em razão da prática de crimes sexuais abusivos, isto é, cometidos sem o uso de violência (física ou moral), envolvendo vítimas menores de 14 anos, consideradas pelo legislador penal como desprovidas de capacidade de autodeterminação sexual, e, portanto, de consentimento válido.

Nossa opção pelo tema decorreu da constatação de que, em boa parte daquelas ações, as vítimas terminaram por revelar, na instrução criminal, plena ciência dos atos sexuais e suas conseqüências, chegando, em certos casos, não apenas a confessar sua livre adesão, mas a iniciativa mesmo para concretização do ato sexual. É de ressaltar, também, que na maioria dos casos as vítimas mantinham relação de namoro com o acusado e, por isso, ansiavam por exercer sua sexualidade. Concluíamos, assim, que a iniciativa da movimentação da máquina judiciária decorreria simplesmente da vontade dos seus responsáveis legais (em especial da figura paterna), desejosos de cobrir seus filhos com o manto dos iludidos, a fim de preservá-los do ponto de vista social, em razão de uma ideologia moral dominante. Constatávamos, por outro lado, que os acusados sofriam toda a sorte de violações de direitos e garantias constitucionais, restando estigmatizados como perversos sexuais pelo resto de seus dias, sem que se pudesse sequer falar de efetiva materialização de ofensa ao bem jurídico da liberdade sexual.

Ao final da *persecutio criminis*, no mais das vezes, terminavam, ainda, em razão da estrita observância da lei penal e desprezo ao Direito como um sistema, de parte de seus julgadores, sendo, com base em presunções de fato e de culpabilidade, responsabilizados criminalmente por suas práticas sexuais, sujeitando-se a sentenças carecedoras, a nosso ver, de legitimidade e, por isso, repudiadas pela sociedade.

O instituto da presunção legal de violência nos crimes sexuais, modelo exemplar de responsabilidade penal objetiva, enfim, representa um entrave ao Estado Social e Democrático brasileiro, que tem como núcleo axiológico a dignidade da pessoa, a partir do que a realização efetiva dos direitos humanos torna-se uma inesgotável tarefa a ser cumprida, uma constante promessa de democracia, um estímulo ao envide de esforços, pois, por mais que se avance no assecuramento dos direitos fundamentais, haverá sempre um novo estágio a galgar, rumo à excelência⁵.

3. Diretrizes metodológicas e plano de apresentação do trabalho

Para a elaboração desta dissertação, utilizamos o método de abordagem dedutivo, com enumeração de fatos, constatações e argumentos que entendemos pertinentes, a partir de uma revisão da literatura existente e do levantamento da legislação nacional e parte da estrangeira, bem como através da colheita de decisões jurisprudenciais dos Tribunais pátrios, federais e estaduais, relacionadas ao tema, buscando uma análise crítica e comparativa.

A pesquisa, assim, é desenvolvida com a utilização das técnicas bibliográfica e documental, com fontes primárias e secundárias, propondo-nos justamente a contribuir para que a legislação penal vigente seja repensada, especialmente no que se refere aos crimes sexuais, que atingem um bem jurídico de vital importância para a auto-realização da pessoa humana, de modo que seus dispositivos sejam efetivamente consentâneos com a realidade histórico-social e o sistema jurídico como um todo. Reflexão esta, inclusive, que já se encontra com certo atraso, considerando que já há algum tempo boa parte dos países civilizados, sobretudo os integrantes da

⁵ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e Suas Características. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, jan.-mar., 2000. p.151.

Europa continental, tem feito, neste sentido, modificações em suas codificações. Por isso a nossa preocupação em analisar o tema, além do ponto de vista sociológico, que entendemos essencial para uma adequada compreensão e aplicação do Direito, através do ponto de vista comparativo, inserindo capítulos específicos para tanto. Dessa forma, tentamos dar aplicação prática à irrefutável lição de que qualquer alteração legislativa impescinde de um estudo comparado, já que a comparação nos informa sobre o grau de cultura jurídica geral de nosso tempo, ainda que o distanciamento de idéias, normas e estruturas sociopolíticas entre os povos possam conduzir a equívocos. Demais disso, quanto mais constatamos as diferenças de nosso sistema penal de relação a outros, melhor vamos conhecendo o nosso, defeitos e acertos⁶.

Optamos pelo sistema completo para a listagem de fontes bibliográficas, a despeito da popularidade atual do sistema autor-data na Academia, por entender ser o mais prático e cômodo, facilitando a identificação imediata das fontes pesquisadas pelo leitor na própria nota de rodapé da página de leitura, sem obrigá-lo a recorrer à bibliografia existente na parte final do trabalho, interrompendo sua leitura e, por conseqüência, compreensão sobre o trabalho. Daí termos, também, evitado o uso de abreviações do tipo *Ob. Cit.*, *Op. Cit.*, *Idem* e *Ibidem*, preferindo reproduzir a referência bibliográfica integralmente nas hipóteses de citações de uma obra em mais de um capítulo, e mesmo, mais de uma vez em um mesmo capítulo.

Outrossim, destinamos o emprego do destaque em itálico para as palavras de língua estrangeira, do itálico associado às aspas para a reprodução de citações, com até três linhas, extraídas de textos doutrinários, dentro dos parágrafos da dissertação e o uso de recuo da margem esquerda e de fonte em corpo menor para a reprodução de citações, com mais de três linhas, extraídas de textos doutrinários e decisões jurisprudenciais, visando, assim, chamar atenção a conceitos e posições referenciais sobre determinados tópicos.

No primeiro capítulo, discorremos sobre a previsão legal da presunção de violência nos crimes sexuais contra menores no Direito Penal brasileiro, sua raiz histórica, a evolução da compreensão de sua natureza jurídica pela doutrina e jurisprudência nacionais desde o seu surgimento até os dias atuais, expondo fundamentos e argumentos das diferentes opiniões, terminando por enumerar os pontos vulneráveis do instituto. No segundo capítulo, avançamos

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 297-300.

fazendo uma análise doutrinária do princípio constitucional da presunção de inocência, referindo-se à razão de seu aparecimento na história, forma de previsão no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, natureza jurídica e alcance do significado de seu conteúdo. Por se tratar de um direito fundamental assegurado pela Carta de 1998, achamos interessante, também, para melhor situar os contornos do princípio de inocência, fazer uma abordagem doutrinária sobre os direitos fundamentais, especialmente no que se refere a sua função e características. Em seguida, fazemos considerações sobre a repercussão da previsão constitucional do princípio da presunção de inocência no âmbito do processo penal.

Prosseguimos no terceiro capítulo procurando dissociar o Direito Penal sexual da moral social sexual, explicando como e em que medida as transformações sociais e culturais foram alterando o comportamento e a capacidade de entendimento e autodeterminação do jovem, inclusive na esfera sexual, razão pela qual o Código Penal vigente, datado de 1940, e o Estatuto Menoril, de 1990, se chocam neste particular.

No quarto capítulo, fazemos um levantamento das recentes reformas feitas nas legislações penais portuguesa e espanhola sobre crimes sexuais envolvendo vítimas menores de idade, expondo doutrina e jurisprudência daqueles países a respeito do conteúdo das modificações e da moderna concepção do bem jurídico protegido através destes tipos penais, procurando, a final, traçar um quadro comparativo com as figuras típicas do nosso diploma repressivo. Escolhemos o Direito Penal português e espanhol para um estudo mais aprofundado por se tratar de países cujos modelos legislativos encontram-se entre os preferidos pelo legislador brasileiro, integrantes do sistema jurídico do Direito europeu continental, do qual, também, é derivado o Direito brasileiro, sem perder de vista a proximidade cultural e social entre os países, a facilitar o estudo comparado. No curso de todo o trabalho, não obstante, fazemos inúmeras referências ao Direito Penal de outros países, com vistas à sustentação de nossos pontos de vista.

No quinto capítulo, procuramos amarrar os quatro capítulos anteriores, partindo do enfrentamento da questão da afronta que a adoção da presunção legal de violência representa para o princípio constitucional da presunção de inocência e, por conseqüência, certos princípios conexos do Direito Penal, esclarecendo as inevitáveis conseqüências jurídicas advindas desta incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Em seguida, procuramos provar como o jovem vem, cada vez mais precocemente, adquirindo maturidade sexual, fruto da evolução (ou

involução) dos costumes, a exigir uma modificação da legislação penal que pura e simplesmente proíbe, de forma irrestrita, o menor de 14 anos de exercer sua sexualidade, sem qualquer avaliação de suas circunstâncias pessoais, cerceando-se, desse modo, sua garantia constitucional de liberdade em uma de suas variantes. Por isso, finalizamos apresentando sugestões de alteração na regulamentação dos crimes sexuais, especificamente de relação aos menores de 14 anos de idade, apontando que a tutela da moralidade pública, a ficção jurídica da presunção de violência sexual e a idade de 14 anos do menor como fator determinante de sua adesão válida ao ato sexual mostram-se inconcebíveis no atual momento histórico.

Por fim, no último capítulo, apresentamos nossas considerações finais sobre todo o exposto nesta pesquisa.

CAPÍTULO 01- Presunção Legal de Violência nos Crimes Sexuais contra Menores

Sumário: 1.1. Concepção histórica 1.2. Evolução da compreensão de sua natureza jurídica 1.2.1. Critérios de relativização da presunção legal 1.3. posicionamento atual da doutrina e jurisprudência 1.4. Críticas à presunção legal em matéria penal sexual 1.4.1. Tutela penal sexual do menor

1.1. Concepção histórica

A presunção legal de violência nos crimes sexuais contra menores, da forma como se apresenta no Direito Penal brasileiro na atualidade, trata-se de um critério jurídico-penal que remonta ao Direito Romano, com Carpsovio, prático da Idade Média, que formulou o princípio *Qui velle non potuit, ergo nolui*, na obra *Practica Nova Rerum Criminalium*, fundada em passagens do Digesto, uma de Pompônio e outra de Celso. Tal princípio viria a significar que quem não pode querer, não quer, quem não pode consentir, dissente, sendo adotado em várias legislações, com critérios variados quanto à idade mínima, para a validade do consentimento do menor para a prática sexual¹.

Era o Digesto, reunião da opinião dos doutrinadores, considerado a parte mais importante da famosa compilação jurídica do imperador Justiniano, posteriormente denominada *Corpus Juris Civilis*, isto porque, para os romanos, os ensinamentos de juristas como Pampiniano, Modestino, Ulpiano, Gaio, Celso, Paulo e outros tinham mais valor que qualquer lei, daí sua influência nos estudiosos do Direito².

Entre nós, já na época do Código imperial brasileiro, embora se considerasse a idade da ofendida como elemento constitutivo do crime previsto no art. 219 – Deflorar mulher virgem, menor de 17 anos –, o aviso nº 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 devia ser considerada agravante do delito. De fato, já havia naqueles tempos quem entendesse que o defloramento de menor em tenra idade, da qual não se pudesse supor

¹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 167.

² BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

consentimento, era sempre cópula carnal por meio de violência e constituiria, por isso, o crime do art. 222³.

Porém, a questão somente assumiria relevância com os Códigos Penais de 1890 e 1940 que previam expressamente a presunção de violência nos delitos sexuais contra menores, sempre vinculada à idade da vítima. Embora ausente o emprego de violência real ou grave ameaça na prática de conjunção carnal ou atos libidinosos diversos com menores de 14 anos, esta situação fática (da idade) passava a ter natureza de elemento integrante da tipicidade penal (elementar) do crime sexual violento⁴.

Bastante discutida, hoje, em nível nacional e internacional, a questão da fixação de limite etário como marco da aquisição da capacidade de autodeterminação sexual da pessoa, não faltando quem a critique sob o argumento de que a conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes de qualquer limiar etário fixado por legislador⁵, até porque os diversos fatores pessoais, culturais, éticos e mesológicos determinam variações relevantes⁶. Através do precitado critério, todavia, fixa-se que, em um dado momento, ao alcançar certa idade, determinada por lei, a pessoa adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, tornando-se válido o seu consentimento à prática do ato sexual e, por conseguinte, afastando, no caso do Direito Penal brasileiro, a incidência da presunção da violência configuradora do abuso da incapacidade de resistência do menor por parte do maior que com ele teve relações sexuais.

Não deixa de ser, a nosso ver, no mínimo extravagante pensar que em uma determinada data a pessoa adquire plena consciência da atividade sexual, não a possuindo, todavia, até a véspera da mesma. Sem dúvida, *“essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade”*⁷.

Da mesma forma, o sistema penal soviético, ao adotar critério diverso, seja, da maturidade sexual, foi alvo de críticas relacionadas ao perigo em se deixar à apreciação do

³ LUIZ, Francisco. *Código Criminal Anotado*. S. l., S.d. p. 425-426.

⁴ RAMALHO, Paulo. Presunção de Violência e Crimes hediondos. TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de Estudos Jurídicos*, v. 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 346.

⁵ BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr.1992. p. 411.

⁶ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, mar. 1999. p. 70.

⁷ BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr.1992. p. 411.

juiz, caso por caso, a capacidade do ofendido, e pelo fato de que a madurez fisiológica, por si, não é índice de consentimento capaz e válido da vítima⁸.

Assim é que, na falta de um critério cientificamente palpável, que traduza com mais precisão a relação entre a idade e o desenvolvimento mental, vem a maioria dos sistemas jurídicos utilizando o critério da idade cronológica para fixar o marco da incapacidade de consentir no ato sexual, que geralmente varia, nas legislações alienígenas, entre os 12 e 14 anos. O Código italiano passado, por exemplo, fixou o limite em 12 anos, o atual o ampliou para os 14 anos⁹. O argentino valeu-se dos 12 anos¹⁰, assim como o paraguaio (art. 321)¹¹, o mexicano (arts. 261 e 266)¹², o chileno (art. 361, inc. 3º)¹³ e o costarricense (art. 156)¹⁴. O espanhol havia recentemente o fixado nos 12 anos, porém, com a reforma que sofreu em 1999, passou a fixá-lo nos 13 anos (art.181). O português se vale dos 14 anos (art. 172)¹⁵, assim como o alemão (art. 176)¹⁶.

Boa parte dos profissionais da área de saúde e das ciências humanas tem definido a faixa etária acima de 14 anos de idade como a fase da puberdade, conceituada esta como o conjunto de transformações psicofisiológicas ligadas à maturação sexual, daí a escolha desta idade como marco a partir do qual se instala, no terreno sexual, a capacidade de consentir, pelo legislador brasileiro¹⁷. Antes disto, presume-se a violência, ainda que a vítima tenha consentido no ato, por entendê-la desprovida de maturidade sexual para consentir.

Surge, em decorrência, a indagação acerca de como deve ser aplicada a regra da presunção da violência nos crimes sexuais pelos operadores do Direito, se em sentido

⁸ NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 283.

⁹ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, mar. 1999. p. 71.

¹⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal-parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998(/), p. 207. “El artículo 119 del Código Penal argentino [...] en el inciso 1º, contempla la ley casos de voluntad presunta, sin que se admita prueba en contrario”.

¹¹ PARAGUAI. Código Penal De La Republica Del Paraguay Y Leyes Complementares Actualizadas: ediciones comuneros, oct. 1981. p. 74.

¹² UNICEF-FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Manual sobre Maltrato y Abuso Sexual a los Niños: Aspectos Psicologicos, Sociales y Legales*. México, DF, 1999-1995. p. 6-7.

¹³ CHILE. *Mensaje del ejecutivo al congreso sobre el codigo penal.*, 1874. p. 30. Inciso inserido na forma do art. 1º do decreto- lei nº 2.967 de 11.12.1979.

¹⁴ COSTA RICA. *Código Penal. Ley de Justicia Penal y Juvenil*: editorial Porvenir, 2000. p. 39. Artigo reformado pela lei nº 7.899 de 28.07.1999.

¹⁵ PORTUGAL. *Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 112.

¹⁶ PERRON, Walter. El Reciente Desarrollo de los Delitos Sexuales en el Derecho Penal Alemán. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.) *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 66.

¹⁷ OLIVEIRA, José Lima de. *Violência Presumida*. Tese (Concurso à Livre Docência), Universidade Federal da Bahia. Salvador: S.A Artes Gráfica, 1959. p. 18.

absoluto, *juris et de jure*, não admitindo, destarte, prova em contrário, ou de forma relativa, *iuris tantum*, ficando, então, ao prudente arbítrio do juiz, a faculdade de, nos casos concretos, fazer deslizar o cursor etário, de modo a ora ampliar, ora a encurtar o período de imaturidade.

1.2. Evolução da compreensão de sua natureza jurídica

Com o início de vigência do Código Penal de 1890, a quase unanimidade dos doutrinadores tendeu para o entendimento de ser a presunção 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 estes pressupunham conhecimento do mal, coisa que não se podia esperar em pessoa daquela idade¹⁸.

Essa, de fato, parecia ser a intenção do legislador, tanto assim que, revelando sua intenção de se adequar aos avanços sociais, reduziu a idade da presunção de violência de 16 para 14 anos, quando da elaboração do Código Penal de 1940.

Tal posicionamento, inclusive, mostrava-se coerente com a ideologia patriarcal da época, fundada nas relações de dominação do homem sobre a mulher, e que, em matéria sexual, se expressava através do controle da sexualidade feminina, com a previsão de tipos penais com vitimização exclusiva da mulher, utilização dos elementos normativos “mulher honesta” e “mulher virgem”, diferenciação legal acentuada entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, dentre outros. Em nome da moralidade, da moral pública sexual, bens jurídicos tutelados pelos delitos sexuais, proibia-se simplesmente a manutenção de relação sexual com qualquer pessoa que não tivesse completado 14 anos¹⁹.

Numerosos os julgamentos dos Tribunais do País que firmaram o caráter absoluto da presunção, com minoritária posição divergente, à época:

Em todo relacionamento sexual com menor de 14 anos é presumida a violência, de modo que o congresso sexual normal com a menina em tal faixa etária caracteriza o crime em questão” (TJRS-AC-Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda- RT 613/371);

¹⁸ NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 293.

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. A Liberdade Sexual do Adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v.1, nº 2, jul.-dez./1996. p. 279-281.

Por mais desenvolvida que seja, fisicamente, uma menor de 11 anos de idade, por mais que tenham mudado os costumes e a moral, não se permite afastar a fictio iuris da presunção de violência resultante do ato sexual com ela mantido” (TJSP-AC-Rel. Onei Raphael- RT 603/329)²⁰;

STF- RE nº 116.649-5 -Paraná (DJU 14.10.88)

Rel. : Min. Octavio Gallotti

Recte: Justiça Pública

Recdo: Ambrósio Dovhi

Ementa

Estupro cometido contra vítima que não é maior de catorze anos (artigos 213 e 224, a, do Código Penal). Presunção legal de violência que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida²¹.

Argumentava-se, neste último *decisum*, que a discussão acerca da natureza da presunção ultrapassa o significado e escopo da lei, acarretando unicamente uma nefasta incerteza denotativa nada compatível com os princípios da isonomia e da reserva legal, e que a indagação acerca da corrupção prévia da vítima, de sua vez, mostrava-se irrelevante, vez que não se tratava de elemento constitutivo do tipo. De relação à *innocentia consilii*, alicerce da presunção, afirmava-se que não se podia confundir conhecimento da atividade sexual, em seu sentido mecânico, com efetiva maturidade psicoética, com real desenvolvimento psíquico no campo das atividades sexuais, em outras palavras, não se podia confundir comportamento leviano, irresponsável, com maturidade em consentir (consciência crítica) livremente sobre atos sexuais. Tendo o Código Penal fixado a idade, não deixou, de modo algum, ao magistrado a aferição, em cada caso, da maturidade do menor.

Enfim, defendia-se que o consentimento do menor seria sempre juridicamente irrelevante, mesmo que tivesse desenvolvimento físico e mental superior a sua idade, ainda que de sua parte a iniciativa ou mesmo provocação para o ato sexual²², sob o argumento de que a idade de 14 anos fazia parte do tipo e que as outras duas situações do art. 224, do CP, configuravam casos de presunção relativa, pelos seus próprios enunciados, o que não ocorria com a situação dos menores²³.

²⁰ FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 1.336. No mesmo sentido: RT 594/370, 577/353, 526/355, 510/435, 397/353, 482/319, 406/327 e 444/296.

²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Serviço de Jurisprudência. DJ 14.10.1988, ementário nº 1519-3. p. 557.

²² Cf. RT 494/305, TJSP, ap. 130.544, rel. Carvalho Filho.

²³ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 168-169.

Todavia, a teoria sobre a natureza absoluta da presunção foi provocando decisões judiciais injustas e incoerentes, em absoluto descompasso com a vida, a realidade, crescendo, daí, seus opositores. É que considerando o grau de desenvolvimento físico e mental apresentado por boa parte dos jovens, cada vez mais cedo, sob pena de se conflitarem lei e realidade social, não se podia mais excluir completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo do ofendido, menor de 14 anos, pelo fundamento de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por carecer de capacidade fisiológica e psicoética²⁴.

Pouco a pouco, assim, a rigidez interpretativa foi cedendo à crítica de natureza material, à pressão social decorrente das transformações socioculturais, à evolução dos costumes. Buscou-se, destarte, amoldar a lei às mudanças sociais, à realidade da vida. Manteve-se a integridade do texto, mas deixou-se de fazer simples aplicação do sentido literal daquela²⁵. Coube, assim, à jurisprudência a função de relativizar a presunção de violência nos crimes sexuais, enquanto não se faz a reforma penal devida. Renovou-se a jurisprudência e, também, a doutrina existente sobre a matéria.

Tal compreensão contou com o apoio do testemunho de Néelson Hungria, membro da comissão revisora do Código Penal de 1890:

A supressão propositada...da cláusula “não admitindo prova em contrário”, do art. 293(posteriormente 275) do Projeto Alcântara(que se inspirava no art. 539 do Código italiano), visou justamente abolir a inexorabilidade da presunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige em caso algum com a responsabilidade objetiva. *Nulla poena sine culpa*²⁶.

No mesmo sentido Heleno Cláudio Fragoso, para quem “a presunção de violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas, não tendo correspondência na realidade”²⁷ e Magalhães Noronha, que indaga “como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente o pratica?”²⁸. Demais disso, alegou-se que se as outras duas alíneas, b e c, do art. 224, do CP, tratavam de presunções relativas, não haveria de se excluir a alínea a, sob pena do menor ser mais protegido que o

²⁴ BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr.1992. p. 412.

²⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Violência Presumida. *Correio Braziliense*. Brasília, Caderno Direito e Justiça, 10 jun. 1996. p. 1.

²⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 240.

²⁷ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal-Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 42.

²⁸ NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 300.

insano mental, que tem menor possibilidade de consciência e, por fim, que inexistia qualquer menção expressa acerca da natureza absoluta da referida presunção²⁹.

1.2.1. Critérios de relativização da presunção legal

De início, admitiu-se a restrição do caráter absoluto da presunção de violência, que deveria, por isso, sucumbir, apenas quando o agente incorresse em erro plenamente justificado quanto ao elemento do tipo idade da vítima, em razão de sua desenvoltura física, ou, quando se tratasse essa de prostituta ou pessoa de corrupção notória³⁰.

No primeiro caso, de fato, parecia ilógico punir o agente que demonstrasse cabalmente estar convicto, ter certeza de que o menor tinha idade superior à apurada, principalmente por ser comum em nosso meio que menores apresentem desenvolvimento físico e intelectual maior do que o próprio de sua idade. Se o agente não sabe estar realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito, agiu de boa-fé, não podendo ser-lhe imputado culpa a qualquer título. Trata-se de hipótese de erro de tipo, cujos traços delineadores estão descritos no art. 20 do Código Penal.

Nesta linha de pensamento:

Ninguém, na Amazônia e em região do garimpo pratica estupro ou possui sexualmente uma mulher porque é menor de idade, mas sim porque já possui ela porte físico compatível com mulher adulta, bem desenvolvida, com seios fartos, quadris largos e uma malícia peculiar, fruto do que vêem na televisão e nas regiões garimpeiras em que vivem” (TJDF, acórdão, Rel. Des. Lúcio Batista Arantes, DJU 09.02.1982, p. 651, op. cit., Apelação 2409/97, TJMT, Rel. Des. Antônio Bitar Filho);

“O *error aetatis*, afetando o dolo do tipo, é relevante, afastando a adequação típica (art. 20, *caput* do Código Penal) e prejudicando, assim, a *quaestio* acerca da natureza da presunção. Recurso não conhecido”(STJ-REsp 166210-MG, Rel. Min. Félix Fisher, DJU 08.03.1999, p. 241)³¹.

Na segunda hipótese, referia-se à mulher pública, menor, que, em razão de seu comportamento social, não era mais merecedora de proteção legal:

²⁹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 169.

³⁰ Cf. RT 644/259, TJSP, ap. 65.216-3 de 26.09.1989. rel. Des. Ary Belfort.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 88. Neste mesmo sentido: RT 410/118, 445/387, 425/305, 544/423, 599/326, 387/93 e 483/305.

Só quando patentemente se tratar de mulher que mercadeje com o corpo...inocentável pela corrupção extremada a que chegou. Sem pudor, sem inocência...infeliz aliciadora de homens, entregando-se “au premier passant”... Já mergulhou completamente na vida sexual desenfreada, de modo que o ato praticado contra ela dificilmente poderá ser considerado crime, pelo fato de não haver violação dos costumes de quem não os observa³²

Polêmico *case* sobre a matéria, foi, indubitavelmente, aquele julgado pela 2ª Seção do Supremo Tribunal Federal, em 21.05.96, HC nº 73.662-9 MG, relatado pelo ministro Marco Aurélio de Mello, que marcou o início de uma maior aceitação dos Tribunais Superiores acerca da relatividade da presunção de violência³³. Tal julgamento veio a defender a relatividade da presunção com base na experiência sexual anterior da vítima, repercutindo fortemente no meio social e de imprensa, além da comunidade jurídica:

Estupro-Configuração-Violência Presumida-Idade da Vítima-Natureza. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – art. 213 do Código Penal A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, al. “a”, do Código Penal³⁴.

A tese do ilustre relator se baseava no entendimento de que a presunção do art. 224 do CP cede à realidade, devendo sua interpretação ser feita de forma flexível, de acordo com a evolução dos costumes. No caso em tela, embora a vítima contasse com apenas 12 anos de idade, possuía aparência física de pessoa com idade superior a 14 anos e, principalmente, mostrava desenvolvimento mental e desenvoltura nas coisas relacionadas ao sexo, tendo, por isso mesmo, revelado ter mantido relações sexuais espontaneamente com o acusado, porque “pintara vontade”. Foi, assim, inaugurado novo critério de relativização da ficção jurídica, agora com base no comportamento anterior reprovável da vítima, sem a exigência que se tratasse de “prostituta de porta aberta”.

³² NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 303. Neste sentido: RT 506/353, 565/290, 429/311, 407/102, 644/259, 647/278 e 501/346.

³³ Neste sentido: RT 646/364 (RE 108.267-4-PR, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 05.05.89) e Habeas Corpus e violência presumida. Fernando Cunha Júnior, *Correio Braziliense*. Brasília, Caderno Direito e Justiça, 26.08.1996. p.4. (RE 94005, rel. Min. Moreira Alves, DJU 07.08.91 e HC 72947, rel. Min. Sydney Sanches, DJU mar. 1996).

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Serviço de Jurisprudência. D.J. 20.09.96, ementário nº 1842-2. p. 310.

Tal pronunciamento restou caracterizado como exemplar por Maria Lúcia Karam, do mesmo se referindo da seguinte forma:

seja no que faz prevalecer a realidade iluminadora e libertadora sobre a ficção jurídica iludente e encarceradora, seja pela lição que dá no plano interpretativo, condicionando a leitura do legal à sua indispensável adequação ao justo, seja com a postura de rompimento com concepções ultrapassadas, refletidas entre os dispositivos contidos na parte especial do Código Penal Brasileiro, vigente desde 1940, defasados da natural evolução social que deu origem a uma nova moral dominante neste campo da sexualidade³⁵.

Ainda que tal veredicto não tenha decorrido à unanimidade, que não tenha sido prolatado pelo Plenário, mas por Turma, e que os próprios ministros tenham afirmado que não se tratava de precedente firmador de jurisprudência, determinou a modificação do entendimento sobre a matéria de diversos doutrinadores e operadores do direito³⁶.

1.3. Posicionamento atual da doutrina e jurisprudência pátria

A discussão em torno da matéria, entretanto, ainda se encontra longe de ser pacífica. Divergem os Tribunais Superiores e os Estaduais, bem como as próprias turmas e câmaras dentro de um mesmo Tribunal, a gerar sempre, no caso concreto, uma absoluta incerteza por parte dos envolvidos sobre o desfecho da ação penal.

É verdade que, no âmbito doutrinário, tem sido predominante, nos dias atuais, o entendimento sobre a negação da inexorabilidade da presunção, nos casos de erro justificado quanto à idade da vítima e prostituta de porta aberta, sendo desta opinião, além de Magalhães Noronha, Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, anteriormente descrita, Luiz Flávio Gomes³⁷, Paulo José da Costa³⁸, Celso Delmanto³⁹, Damásio de Jesus⁴⁰, Júlio Fabbrini Mirabete⁴¹, Cezar R. Bitencourt⁴², dentre outros.

³⁵ KARAM, Maria Lúcia. A Liberdade Sexual do Adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia v.1, nº. 2, jul.- dez. 1996. p. 278

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Fernando. Habeas Corpus e Violência Presumida. *Correio Brasiliense*. Brasília, Caderno Direito e Justiça, 26 ago. 1996. p. 4.

³⁷ Cf. GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p. 161.

³⁸ Cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*, v. 3. *Parte Especial*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 305.

³⁹ Cf. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio de Almeida Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 409-410.

⁴⁰ Cf. JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 686.

⁴¹ Cf. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 470.

⁴² Cf. BITENCOURT, Cezar e PRADO, Luiz Regis. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 710.

Alberto Silva Franco chega a afirmar 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*”⁴³.

De fato, as decisões judiciais, em sua maioria, referendam este posicionamento:

Sendo a vítima menor de 14 anos de idade, presume-se a violência (art. 224, “a”, do CP). Essa presunção, conforme tranquila jurisprudência, não é absoluta. Pode ocorrer que o agente, por erro justificado em razão do porte físico ou do comportamento da vítima, suponha ter ela mais de 14 anos, caso em que a presunção é inaplicável. Pode também suceder que a vítima seja pessoa já corrompida, de vida dissoluta, com amplo conhecimento das coisas do sexo, hipótese em que se afasta o fundamento da ficção legal da violência, por inexistir *innocentia consilii*”(RJTJSP-Lex 120/503)⁴⁴;

Não demonstrado que a vítima menor de 14 anos de idade fosse de costumes dissolutos, experiente em matéria sexual, prevalece a presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do CP, respondendo por estupro quem com ela manteve conjunção carnal” (TJSP- Ap. 19.444-3- Guarujá, Rel. Goulart Sobrinho)⁴⁵.

Outrossim, também numerosos os julgados no sentido do absolutismo ceder face ao fato da vítima apresentar conhecimento das coisas do sexo, em razão de anterior comportamento sexual liberal habitual:

Tratando-se de mulher leviana, cumpre apreciar com redobrados cuidados a prova da violência” (TJDF- Ap. 16.599/96)⁴⁶;

Se se mostrar indubitoso que a jovem, ainda que menor de quatorze anos, já não tem vida recatada, mostra-se desinibida, afeita às coisas do sexo, revela-se ousada, provocadora de homens, desligada da família e longe da disciplina [...] claro que a presunção *juris tantum* deve desaparecer, para o fim de não se reconhecer a violência presumida admitida pelo legislador para circunstâncias e realidades bem diversas (TJSP- Ap. 255.974-3/0- São Pedro, Rel. Des. Canguçu de Almeida)⁴⁷.

Mais recentemente, nova situação de relativização passou a ser defendida, quando a vítima apresentasse capacidade de autodeterminação na esfera da sexualidade. Trata-se da

⁴³ FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 1339.

⁴⁴ FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 1342.

⁴⁵ RT 587/320.

⁴⁶ RT 765/649.

⁴⁷ Cf. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, jan. 2001, nº 98. p. 511.

hipótese em que a vítima revela maturidade psicoética para consentir no ato sexual, sendo irrelevante sua conduta moral:

Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente 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. (TJSP-AC 93.117-3- Rel. Márcio Bártoli)⁴⁸;

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-lo⁴⁹.

Os Tribunais Superiores, não obstante, fiéis à linha conservadora, se negam a fazer qualquer avaliação da capacidade de consentir da vítima, no caso concreto, declarando, assim, o absolutismo da presunção em casos como tais:

STJ-RE nº 364.002-Roraima (2000/0061327) (DJU 04.12.2000, p. 113)

Rel.: Min. Vicente Leal

Recte: Ministério Público do Estado de Roraima

Recdo: Daniel Williams Matheus

Adv.: Samuel Weber Braz

Ementa

Penal. Processo Penal. Estupro. Vítima não maior de 14 anos. Presunção de violência.

A norma inserida no art. 224, I, do Código Penal, é expressa no sentido de que sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, pouco importando as suas condições individuais. A circunstância de ter havido a anuência da menor na prática das relações sexuais não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro.

Recurso especial conhecido e provido⁵⁰;

STF-HC nº 76.246-1 (DJU 20.04.2001, p. 107)

⁴⁸ FRANCO, Alberto Silva *et alii*. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 1341. No mesmo sentido TJMS Ap. 37.120-4, RT 709/356.

⁴⁹ RT 709/356.

⁵⁰ Disponível em www.ibccrim.org.br, seções especiais, jurisprudência ementada. Acesso em 30.07.2001. Na mesma linha: STJ-Resp 119603-MG, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 22.06.1998, p. 00186, STJ-Resp 173471/PR, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 13.09.1999, p. 90 e STJ-Resp 94683-GO, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 15.03.1999.

Rel. Min. Carlos Velloso

Ementa

O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e a experiência desta não elidem a presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do Código Penal, para a caracterização do crime de estupro”.

No mesmo sentido inúmeros julgados de Tribunais de Justiça Estaduais:

Assentimento ou adesão de vítima de menos de 14 anos a prática sexual não descaracterizam presunção de violência, a menos que desenganadamente se trate de menor já e de vez dissoluta. Salvo hipótese que tal, qualquer anuência da vítima há de ser considerada nenhuma, por emanada de quem não possui capacidade para consentir” (TJSP-Ap. 136.574-Franca)⁵¹;

No estupro, como cediço, protege-se a liberdade sexual da mulher e não sua virgindade. A presunção de violência decorre da menoridade da vítima, de vez que esta não contava com quatorze anos de idade [...] Contudo, em se tratando de vítima de estupro, menor de quatorze anos, seu eventual assentimento não tem maior significado. Não tem ela condições de consentir. Seu querer é desprezado pelo legislador que, pela sua idade, a tem como incapaz de discernir” (TJSP- Ap. 140.383-Itapeva)⁵².

1.4. Críticas à presunção legal em matéria penal sexual

As presunções legais de natureza absoluta constituem, para muitos, numa ofensa a dois dos princípios estruturais do Processo Penal moderno, do livre convencimento do juiz e da busca da verdade material. Embora se possa admitir que as presunções constituem fontes de certeza judicial, e, portanto, de realização de justiça, em sendo absolutas, retirariam do juiz toda e qualquer possibilidade de valoração da prova, impedindo, assim, o estabelecimento da verdade real, fim maior do Direito Processo Penal moderno⁵³. No campo penal sexual, particularmente, o absolutismo da presunção retira do magistrado qualquer possibilidade de valoração sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima menor de idade⁵⁴.

De outro turno, a tendência, cada vez maior, do Direito Penal e do Direito Processual Penal ampliarem suas normas destinadas a reconhecer e ponderar o conhecimento do ser humano, objeto de seus preceitos e das circunstâncias exteriores que sobre ele puderam atuar,

⁵¹ RT 536/307.

⁵² RJTJESP Lex 60/360.

⁵³ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 164.

⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p. 161

determinam um abandono, contínuo e progressivo, dos critérios absolutos em matéria penológica e sua substituição pelos de índole relativa⁵⁵.

Com efeito, o intérprete da lei não pode permanecer atrelado a um legalismo exacerbado e formal, que circunda o tradicionalismo jurídico, sob pena de gerar uma prestação jurisdicional ineficaz. Deve, sim, adotar uma postura flexível, de compromisso com a realidade social e a justiça.

Daí que o crime de violência sexual presumida contra menores, especialmente se considerada “*juris et de jure*”, de modo a desprezar a capacidade volitiva daqueles, significa a previsão de um crime de desobediência à moralidade e aos costumes, bens jurídicos que hoje já não mais se consideram tutelados pelos delitos sexuais. Desde o Projeto Alternativo Alemão (1968), incluindo as reformas penais codificadas já realizadas, entre outras, as espanhola e italiana, não mais se admite a ingerência moral no Direito Penal. Ainda que esta permita análise social de dada conduta ou procedimento, não pode ser tida como elo de reprovação criminal⁵⁶. É que “*os hábitos e costumes de uma determinada cultura, devendo ser índices ou referências que o intérprete deve buscar para concretizar a ilicitude, não são regra ou panacéia para seguir e aplicar indistintamente*”⁵⁷.

É a liberdade sexual de um sujeito que está em causa nos delitos sexuais, não a liberdade sexual de 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 vítima⁵⁸”. E o direito penal não deve ser um limite da liberdade sexual, mas um seu garantidor.

Outrossim, embora se admita que a sentença prolatada pelo magistrado possui sempre certa carga de subjetividade, já que “*em cada julgado presente a singularidade do sujeito-julgador, suas convicções morais, sua formação como indivíduo, sua história pessoal e ideológica*”⁵⁹, a ainda duradoura divergência acerca da natureza jurídica da presunção de violência acarreta julgamentos eivados de grande margem de subjetividade e, por

⁵⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Pena l(RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr. jun. 1971. p.10-11.

⁵⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Assédio Sexual como Fato Criminoso. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, nº 89, abr. 2000. p. 11.

⁵⁷ LOPES, José Antônio Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 10, abr.-jun. 1995. p. 51.

⁵⁸ ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 51.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 74.

conseqüência, sem um tratamento adequado a casos similares, uma vez que a relativização da presunção de violência fica à mercê da posição moral sexual de cada julgador, o que termina por gerar uma insegurança jurídica, desacreditando a Justiça, violando-se, ainda, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º).

Mesmo a jurisprudência existente em torno da relativização da presunção com base no comportamento sexual da vítima mostra-se equivocada, embora avançada se comparada com aquela adepta do absolutismo, uma vez que os antecedentes sexuais da vítima são irrelevantes para aferir-se a prática da violência, não sendo a ingenuidade, a inocência e a virgindade circunstâncias elementares do crime de estupro. Percebe-se que o intérprete foi muito além do esperado, acrescentando ao tipo penal um elemento não escrito, relacionado ao comportamento da vítima, apenas por razões de moralidade, enquanto o verdadeiro bem objeto de tutela, da livre autodeterminação sexual, foi relegado.

Encaram, os adeptos deste posicionamento, a presunção do art. 224, “a”, do CP, 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, criando-se um requisito típico em absoluta afronta ao princípio da reserva legal (art. 5º, inc. XXXIX, CF) ⁶⁰. Demais disso, terminam por impor à vítima um verdadeiro julgamento sobre sua pessoa, seu comportamento e vida pregressa, invertendo os papéis entre acusado e ofendido, bem como o ônus da prova.

O que deve importar, efetivamente, é a vontade da vítima, ou seja, se no caso concreto ela resistiu à investida sexual do autor ou, ao contrário, a desejou, de forma livre e consciente⁶¹. Tendo havido consentimento real, pouco importa a qualificação de seu comportamento sexual. De fato, desde a entrada em vigência do Código Penal de 1940 abandonou-se, por influência 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 a, estuprada fôr mulher pública ou prostituta. Pena de prisão celular por seis meses a dois anos”- de modo que a condição social da vítima deixou de constituir atenuante para o autor do delito⁶². No Direito Penal alemão, desde antes do Código de Baviera de 1813, a despeito da

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p.175

⁶¹ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, mar. 1999. p. 69-70.

⁶² CARVALHO, Bení. *Crimes contra a Religião, os Costumes e a Família*-títulos V, VI e VII, do Código Penal (arts. 208 a 249). Rio de Janeiro: Jacintho, 1943. p. 116.

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 descriminação contra a mulher que tivesse praticado ato sexual, ainda que ilicitamente, com pessoas distintas, punindo-se o estupro contra a sua pessoa⁶³. Assim, pois, incoerente, que o Direito penal moderno tutele, no campo sexual, a maior, honesta ou não, e a menor, apenas se honesta.

Por outro lado, mesmo a corrente doutrinária mais recente, que pugna pelo afastamento da presunção quando a vítima possui capacidade de autodeterminação sexual não consegue desvencilhar-se do apego excessivo à lei, permitindo a ingerência da moral no Direito e a confusão entre moralidade e liberdade sexual, uma vez que parte de concepção claramente moralista, seja, a presunção de violência.

Ora, crime é conduta e esta, de sua vez, comportamento humano. O direito pune conforme o comportamento, sendo impossível punir ação não praticada. Não se pode punir por presunção, mera ficção, ainda que definida em lei, prescindindo do elemento subjetivo, contrastando a realidade e supondo a existência de comportamento inexistente, pois em jogo a liberdade e dignidade da pessoa. Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça já foi cometida⁶⁴. É tempo de mudar, pois

o principal fundamento da intervenção jurídico-criminal no domínio da sexualidade há de ser o abuso sexual da vítima, independentemente de esta ser mulher ou homem, punindo só as ingerências na liberdade sexual de outra pessoa, mas não os actos sexuais que se baseiam numa vontade livre e consciente⁶⁵.

Forçosa, por fim, a conclusão que a presunção de violência, especialmente se encarada de forma absoluta, se trata de hipótese de responsabilidade penal objetiva, que o Código repudia claramente⁶⁶. Conflita a mesma, pois, com o moderno Direito penal da culpa e o princípio constitucional da presunção de inocência, como veremos no próximo capítulo.

⁶³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurab, 1989. p. 288-289.

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 281.

⁶⁵ RAMOS, Fernando João Ferreira. Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI. *Revista do Ministério Público*, ano 15, nº 59, jul.-set. 1994. p. 31

⁶⁶ Neste sentido a exposição de motivos da parte especial do Anteprojeto de Reforma do Código Penal, disponível em www.direitocriminal.org.br. Acesso em 30.07.01.

1.4.1. Tutela penal sexual do menor

No que se refere aos menores de idade, a interferência jurídico-penal em aspectos de sua sexualidade deve ser compreendida não como uma proteção do pudor do jovem ou da criança, mas de uma convicção legal, *juris et de jure*, de que abaixo de uma certa idade, porque privada de uma certa dose de autodeterminação, a pessoa não é livre para se decidir em termos de relacionamento sexual, “*não tem o discernimento necessário para, no que concerne ao sexo, se exprimir com liberdade e autenticidade*”⁶⁷.

Realmente, são conhecidas as perturbações fisiológicas e psicológicas que um precoce despertar sexual, ainda que envolvendo atos sexuais consentidos, pode causar, o que justifica uma tutela jurídica especial em relação aos jovens. Traumatismos, bloqueios de afetividade e promiscuidade, dentre outros, podem decorrer da atividade sexual prematura.

Proíbe-se, enfim, a prática de atos que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor num futuro próximo através da preservação de condições básicas para que crianças e jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade do ponto de vista sexual.

Ora, em sendo assim, o direito à diferença há de ser observado pela lei. Em outras palavras, enquanto jovens existem que em determinada idade, efetivamente, carecem desta proteção legal, para alcançarem um livre desenvolvimento da personalidade em matéria sexual, outros existem, e aí por razões diversas, que mais cedo são dotados de maturidade sexual, casos em que a presunção de violência termina por atuar como circunstância repressora da sexualidade dos mesmos.

A presunção de violência nos crimes sexuais contra menores, aí, sob o pretexto de tutelar pessoas presumivelmente mais frágeis, termina por cercear a liberdade garantida constitucionalmente ao adolescente (art. 227 da Carta de 1988), em sua variante sexual. Com efeito, “*a proibição de uma conduta que atenta contra a liberdade e, conseqüentemente, contra a pessoa não pode servir para tolher, ainda que indiretamente, esta mesma liberdade daquele que a norma pretende proteger*”⁶⁸.

⁶⁷ GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português. Anotado e Comentado. Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 566.

⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. A Liberdade Sexual do Adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia v.1, nº. 2, jul.- dez. 1996. p. 282.

Consoante o ensinamento de Novoa Monreal⁶⁹:

A cada dia progride o conceito de que cada homem tem dentro de si um santuário inviolável que não somente deve ser protegido em suas possibilidades de verter-se para o exterior, como também, em sua manutenção como vida interior autenticamente pessoal, fiel à individualidade em que se gera, inseparável e intransferível da pessoa, resguardada de toda intromissão vinda de fora e que procure penetrá-la sem seu consentimento ou que procure alcançá-la por qualquer maneira”.

Não obstante, no que se refere aos menores prostituídos e explorados sexualmente, sim porque não cabe a qualificação de menores prostitutos ou dissolutos, as relações sexuais com eles mantidas por seus exploradores devem ser consideradas violentas e criminosas, já que não se encontram os menores no **livre** exercício de sua sexualidade, na faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. Não se encontram sequer preparados para exercer uma opção pela prostituição⁷⁰. A submissão de criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, inclusive, é crime previsto no Estatuto Menoril (art. 244-A, Lei nº 9.975, 23.06.2000), protege-se aqui, também, a liberdade sexual, no sentido mais amplo, tutelando quem não tem plena capacidade de autodeterminação sexual por não ser capaz de decidir livremente⁷¹.

É que com a tutela da liberdade sexual não se aspira apenas à garantia de que a pessoa possa exercer sua capacidade de autodeterminação sexual, mas que “*toda persona ejerza la actividad sexual em libertad*”⁷². Este conceito de liberdade sexual é coerente com a idéia plenamente assentada de que os bens jurídicos protegem situações ou relações da realidade social e não meros direitos ou faculdades subjetivas⁷³.

De fato, a circunstância de um menor ter sido obrigado a entrar em contato com um ambiente inadequado à sua idade não significa que compreenda a complexidade deste

⁶⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Progreso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Frago. *Revista de Direito Pena (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.-jun. 1971. p. 26-27.

⁷⁰ UNICEF- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, *Situação de Abuso Sexual e da Prostituição Infanto-Juvenil no Brasil*. S/l, fevereiro/1996. p.20.

⁷¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Delitos de Prostitución. Especial Referencia a la Prostitución con Menores. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.) *Delitos contra la Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 293.

⁷² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Objeto de Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.) *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 217.

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Objeto de Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.) *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 217-218.

contexto, mas que se encontra em um estado de miséria material e abandono moral e intelectual, seja em razão da omissão de seus pais, ou da omissão do Estado. O aprendizado de conceitos como moral, pudor, regras de conduta amor faz parte de um processo que lhes foi negado e a prostituição não pode ser vista como meio hábil de aquisição, juridicamente, da capacidade psicosexual.

A exploração e o abuso sexual de menores, crianças e adolescentes imaturos em seu desenvolvimento, através de seu envolvimento em atividades sexuais não compreendidas totalmente por eles, às quais são incapazes de dar um consentimento válido, é um problema emergencial na agenda do Estado, mas, de modo algum, pode ser confundido com a liberdade de exercício da sexualidade de adolescentes psicologicamente desenvolvidos.

CAPÍTULO 02 - Do Princípio Constitucional da Presunção do Estado de Inocência

Sumário: 2.1. Princípio da presunção do estado de inocência 2.1.1. Previsão no ordenamento jurídico nacional e internacional 2.1.2. Natureza jurídica e conseqüências da constitucionalização do princípio 2.2. Princípio da presunção de inocência como direito fundamental 2.2.1. Formação histórica e evolução dos direitos fundamentais 2.2.2. Função, classificação e características dos direitos fundamentais e sua relação com o princípio da presunção do estado de inocência 2.3. Relevância do princípio do estado de inocência no âmbito do direito processual penal

2.1. Princípio da presunção do estado de Inocência

2.1.1. Previsão no ordenamento jurídico nacional e internacional

Desde o século XVIII que as Constituições passaram a prever, progressivamente, diversos princípios de natureza penal e pertinentes à matéria penal, os primeiros, condicionando de forma restritiva a intervenção penal do Estado e, assim, visando à proteção dos direitos individuais, e os últimos ampliando a área de proteção do direito penal, na defesa de bens coletivos, com fins de tutela de bens de relevância social. Em sua maioria, “– *se não em sua totalidade, – os princípios constitucionais especificamente penais, são princípios garantidores que assinalam a presença das normativas características do Rechtsstaats*”⁷⁴, seja, do Estado Liberal, ao passo que os princípios apenas pertinentes ao direito penal traduzem “*exigências de criminalização para a proteção de bens coletivos, episodicamente podendo ser concernentes aos aspectos gerais do direito penal. Tais princípios são informados pelas exigências do Sozialstaats, isto é, Estado Social*”⁷⁵. A Constituição Brasileira que maior espaço reservou a esses dois tipos de princípios, procurando fazê-los conviver de forma harmônica, tarefa árdua, foi, indubitavelmente, a Constituição de 1988.

Com efeito, o novo modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Carta de 1988 possui uma série de princípios próprios, ordenadores, fundamentadores ou limitadores do sistema penal, que devem ser observados tanto pelo legislador, na construção

⁷⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p.11.

⁷⁵ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

da norma, quanto pelo julgador, em sua aplicação. Alguns estão expressamente previstos na Constituição Federal, outros são considerados como implícitos.

Os princípios especificamente penais, embaixadores da ordem jurídica penal, já amplamente reconhecidos em Constituições passadas, tiveram sua chancela reforçada e coroada pela Carta vigente, especialmente de relação às garantias de liberdade pessoal, de ir, vir e ficar. No título II da lei maior, referente aos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, art. 5º, nos incisos XLVI, LIV, LV, LXI, LXVI e LVII foram consagrados, respectivamente, o princípio da individualização dos gravames penais, o da obrigatoriedade do devido processo legal para a privação da liberdade, o do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o da prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, o da fruição da liberdade provisória que a lei admitir, com ou sem fiança e, por fim, o princípio do estado (presunção) de inocência, de nosso maior interesse e, por consequência, enfoque, no presente estudo.

Pela primeira vez, o princípio da presunção de inocência do acusado, um dos maiores vetores da liberdade individual, foi estabelecido, de forma expressa, em texto constitucional, através da afirmação de que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Há tempos, entretanto, já era tido como princípio geral do direito, implícito em nossa Constituição Federal, informador da atividade jurisdicional, decorrente do axioma jurídico *in dubio pro reo*.

Com efeito, trata-se de princípio de longa data incorporado ao patrimônio jurídico da humanidade, surgido na 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 réu⁷⁶.

Hoje, diversos diplomas jurídicos do direito internacional o asseguram, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas de 1948, que em seu art. 11 dispõe que: “*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*”. Da mesma forma, o Pacto de San José de Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos)

⁷⁶ BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 6., 1999, p.15.

de 1992 proclama que: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”⁷⁷.

A primeira previsão do princípio em texto internacional, entretanto, se deu na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, indo além da simples consagração da presunção de inocência do réu absolvido, assegurou, em seu art. 9º, que “*Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de arrêter, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de la personne doit être sévèrement réprimée par la loi*”⁷⁸. A declaração supõe um triunfo das idéias dos pensadores do iluminismo, especialmente do Marques de Beccaria que havia publicado em 1764 sua obra *Dei delitti e delle pene*, com grande repercussão na Europa, na qual criticava a falta de garantias do procedimento inquisitivo, onde o acusado era tratado desde o primeiro momento como culpado, de modo que para elidir sua condenação se via na necessidade de provar sua inocência⁷⁹.

Induvidoso, assim, que a presunção de inocência é de observância obrigatória em todo o Estado de Direito, princípio que

embora não venha reproduzido, de modo literal, nas Constituições de todos os países civilizados e democráticos, encontra-se, todavia, consagrado virtualmente na consciência jurídica de todos os Estados de Direito, gozando de franca aplicação e de religioso respeito⁸⁰.

De outra forma, seria injusto e um arbítrio estatal que a pessoa acusada da prática de um delito se visse obrigada a comprovar sua inocência para se ver livre da qualificação de culpado. A regra é, antes, que ninguém pode ser de início inculcado, gozando da presunção de inocência até que surjam provas convincentes do contrário.

Consoante Giuseppe Sabatini,

⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p.175.

⁷⁸ Neste sentido COSTA, José Armando da. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997, p. 19: “Direito decretado pela Assembléia Nacional Francesa nas sessões de 20, 21, 23, 24 e 26 de agosto de 1789, e aceito pelo Rei da França. Todo homem é presumidamente inocente até ter sido demonstrada sua culpabilidade; se é indispensável prendê-lo, qualquer rigor que não seja necessário para atingir este fim deve ser severamente reprimido pela lei”.

⁷⁹ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 30.

⁸⁰ COSTA, José Armando da. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997. p. 19-20.

a presunção de inocência, pois, representa o consagrado princípio constitucional do *favor libertatis*. Não se esqueça que a hipoteticidade da imputação tem a dúvida como base do processo. A situação de dúvida, originária do processo, não se desfaz senão com a sentença transitada em julgado; esta situação impõe que no processo penal persista a presunção de inocência até que a dúvida seja desfeita pelo juiz⁸¹.

A fórmula adotada pela legislação constitucional pátria, outrossim, foi inspirada no Código Rocco, que em seu texto fundamental (1947) declara que *Imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*⁸². não existindo, é certo, utilização expressa da locução “presunção de inocência”. Tal circunstância provocou, afirma Luiz Flávio Gomes, referindo-se ao nosso texto constitucional,

no começo de sua vigência, alguma tergiversação interpretativa acerca de seu conteúdo, o que era demais previsível, porque no eixo da discussão sobre o conteúdo da presunção de inocência está uma clássica e histórica polêmica travada entre correntes liberais e antiliberais⁸³, discussão esta em torno das distintas concepções do processo penal defendidas pelas escolas penais⁸⁴.

É que enquanto as primeiras, representadas pela Escola Clássica, atribuíram ao princípio do estado de inocência máxima amplitude, considerando-o princípio orientador e fundador de toda a ciência penal e pressuposto de todas as garantias do processo, as segundas negaram-lhe esta força, tachando-a de absurda, ilógica e incoerente com a realidade dos fatos. Para os seguidores da Escola Positiva e Técnico Jurídica, no processo penal há um predomínio da tutela do interesse social de repressão da criminalidade sobre a tutela do interesse individual e social da liberdade, de modo que, antes da sentença final, não se pode falar de culpado, mas tampouco de inocente⁸⁵.

Justamente com o propósito de evitar esta polêmica é que o legislador constituinte italiano de 1947, inserido em um esquema centralizador do Estado, preferiu colocar-se numa posição neutra, imparcial, deixando de utilizar a expressão “presunção de inocência”, lição aprendida pelo constituinte brasileiro. Efetivamente, doutrinadores como Manzini, Frosali,

⁸¹ SABATINI, Giuseppe. *Principii Costituzionali del Processo Penal*. Napoli: Jovene, 1976, p. 49 *apud* CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR. Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 106.

⁸² No vernáculo: “O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva”,

⁸³ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 175.

⁸⁴ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplon: Arazandi, 1999. p. 38.

⁸⁵ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 29.

Consentâneo e outros entendem que a fórmula normativa adotada consagra apenas a presunção de não-culpabilidade, vale dizer, o entendimento de que o acusado apenas se encontra numa posição neutra, nem culpado, nem inocente frente ao processo penal ao qual eventualmente responda⁸⁶.

A doutrina mais moderna, contudo, segundo Jaime Vegas Torres, proclama que não é possível distinguir “presunção de não-culpabilidade” e “presunção de inocência”, sob a alegação de que quem não é tido por culpado só pode ser tido por inocente⁸⁷.

Com efeito, cremos que o dispositivo previsto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal brasileira consagra o princípio da presunção da inocência na sua mais ampla acepção, com forte carga liberal, democrática, limitadora e garantista. Primeiro, porque esta a tendência dos textos constitucionais mais recentes em vigor nos Estados Democráticos, seja, a maximização de seu conteúdo, a exemplo do art. 32.2 da Constituição Portuguesa de 1976 e art. 24.2 da Constituição Espanhola de 1978. Segundo, porque a primeira vez que inserido tal princípio em nossa Carta Magna, Carta esta considerada das mais avançadas em termos de proclamação de direitos e garantias individuais e que tem como um dos pilares a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a garantia da liberdade pessoal, decorrendo daí que qualquer medida de constrição dessa liberdade só possa ser considerada excepcional, em razão de comprovada necessidade legalmente aferida. Terceiro, porque o País ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, n. 2), através do decreto 678, de 06.11.1992, que possui a regra da presunção de inocência inscrita de forma expressa, possuindo este dispositivo normativo internacional *status* constitucional vez que explicitativo de norma constitucional. Quarto, porque tratando-se de um postulado político com raízes históricas bem definidas não deve sofrer restrições decorrentes desta ou daquela fórmula utilizada pelo legislador⁸⁸.

De clareza absoluta, destarte, a nosso ver, o mandamento constitucional de que todo cidadão deve ser considerado inocente, até o trânsito em julgado da sentença penal

⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p. 175- 177.

⁸⁷ TORRES, Jaime. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993. p. 31-32 *apud* GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15. p. 177. No mesmo sentido Bellavista, que conclui de relação à Constituição italiana que “Qui dicit de uno, negat de altero”. p. 177.

⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo nº 42, abr. 1994. p. 30.

condenatória. Inclusive, o uso da locução “presunção de inocência” no texto constitucional poderia mesmo resultar em certa incorreção jurídica, vez que não se trata de verdadeira presunção, seja, consequência necessária e lógica decorrente de certos fatos provados.

É que a presunção de inocência não se trata de uma presunção no sentido técnico-processual, nem pertence à categoria das presunções judiciais ou legais, vez que em estrito sentido jurídico toda a presunção exige a) um fato base ou indício afirmado e provado por uma parte e que não integra o suposto fático da norma aplicável, b) um fato presumido afirmado pela parte e que é o suposto fático da norma cuja aplicação se pede, c) um nexo lógico entre os dois fatos, que é precisamente a presunção, operação mental em virtude da qual partindo da existência do indício provado se chega a dar por existente o fato presumido. Tampouco pode ser considerada como uma ficção jurídica, pois trata-se de uma **verdade temporária** que pode ser desvirtuada com prova em contrário, verdade fundada na experiência geral, não em ficção, limitando-se o legislador a antecipar ou assentar esta verdade, mas com caráter eventual e somente para o caso de não existir prova em contrário⁸⁹. De fato, no nosso texto maior não existe um vínculo entre duas afirmações qualitativamente distintas mas uma única afirmação, não deduzida de nenhuma outra.

Daí porque,

nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos do pós-guerra, o princípio vem expresso algumas vezes em termos de presunção, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo (estado de inocência ou de não-culpabilidade)⁹⁰.

De outro lado, o legislador ao optar por aquele princípio realiza uma atividade valorativa, resolvendo que no curso do processo penal o acusado deve ser considerado inocente, cabendo à acusação o ônus da prova de sua culpa. Poderia, de igual forma, ter preferido a presunção da culpabilidade daquele contra quem é deflagrada a ação penal, atribuindo-lhe o ônus de provar sua inocência, mas, sabiamente, não o fez. Só resta considerar, desse modo, doutrina Luiz Flávio Gomes, que a expressão presunção (quando da

⁸⁹ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 37-38.

⁹⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994. p. 30.

presunção de inocência estamos a falar) está sendo utilizada em sentido vulgar, não técnico, como uma expressão de uma valoração realizada⁹¹.

2.1.2. Natureza jurídica e conseqüências da constitucionalização do princípio

Do ponto de vista formal (extrínseco), o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, eis que inserido no rol dos direitos e garantias individuais. Como direito fundamental proclamado pela Carta Magna, temos que o princípio é de aplicação imediata e direta, obrigando a todos, poderes públicos e particulares indistintamente, de ampla interpretação e restrição limitada, esta só admitida em casos excepcionais, legalmente previstos, e, por fim, protegido através da garantia de acesso à jurisdição na hipótese de sua violação.

Do ponto de vista substancial, (intrínseco) é um direito predominantemente processual penal, com repercussões no campo probatório, das garantias e do tratamento do acusado e, por fim, trata-se de uma presunção *juris tantum*, seja, que admite prova em contrário⁹².

A constitucionalização explícita do princípio do estado de inocência, ocorrida em vários países, depois da Segunda Guerra Mundial, traz conseqüências importantes no âmbito de todo o ordenamento jurídico, não se tratando de mero reconhecimento de uma situação já existente do ponto de vista fático.

De um modo geral, podemos apontar como decorrências do processo de constitucionalização do princípio do estado de inocência: a) a primazia da norma constitucional da presunção do estado de inocência, conforme a qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, b) a indisponibilidade de seu conteúdo, que deve ser respeitado em qualquer caso pelo legislador, c) a tutela do direito à presunção de inocência pelos juízos e tribunais integrantes do poder judiciário no caso de sua violação, d) a interpretação do direito à presunção em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais tratados e acordos internacionais ratificados pelo

⁹¹ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, 1996. p. 179.

⁹² GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.-jun. 1996. p. 175- 177.

Estado, e) a aplicação imediata e vinculação de todos os poderes públicos e particulares do princípio⁹³.

2.2. Princípio da presunção de inocência como direito fundamental

2.2.1. Formação histórica e evolução dos direitos fundamentais

O princípio da presunção de inocência, erigido à condição de direito fundamental pelo texto constitucional, tem seus contornos definidos pela doutrina referente aos direitos fundamentais em geral, daí a pertinência de sua abordagem no presente estudo.

Os direitos fundamentais, de um ponto de vista histórico, ou seja, na dimensão empírica, são, originalmente, direitos humanos, embora, numa visão epistemológica, se possa dizer que os direitos fundamentais são manifestações positivas do direito com aptidão para produção de efeitos no plano jurídico, enquanto os direitos humanos são pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno⁹⁴.

Com efeito, nos primeiros tipos de sociedade que se formaram, dominavam a ilimitação do poder estatal e a ausência de liberdades públicas, isto inclusive naquelas que eram governadas segundo princípios democráticos, especialmente porque a idéia de indivíduo que temos hoje, enquanto algo diferente da sociedade que o envolve, não existia, antes, foi fruto de uma lenta evolução da humanidade. As conquistas contra a cidadela do poder monárquico perduraram no tempo, iniciando-se, primeiro, com o Cristianismo, por meio de sua concepção de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, para prosseguirem, posteriormente, na Idade Média, com os acordos feitos pelos reis com seus súditos, nos quais aqueles trocavam o apoio à supremacia monárquica dos últimos por algumas concessões a certos segmentos sociais⁹⁵.

É assim que a primeira declaração de direitos fundamentais de que se tem notícia foi a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, também conhecida como a “Grande Carta da Liberdade

⁹³ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 35.

⁹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p.12.

⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 166.

Inglesa”, assinada pelo Rei João Sem Terra, quando este se encontrava sob ameaça de guerra civil, pressionado pelos barões. Tal documento, limitador do poder, consagrou importantes direitos e liberdades aos indivíduos, mais tarde aprimorados através do *Habeas Corpus Act*, em 1679, e o *Bill of Rights*, em 1688. Nesses documentos, ensina Miguel Feu Rosa, “nota-se sempre um processo evolucionista em defesa da liberdade, propriedade privada, segurança, direito de resistência contra os abusos da Coroa (Estado) e liberdade de consciência e de religião”⁹⁶.

A partir da origem inglesa, os direitos humanos sofreram outras duas influências marcantes, decorrentes do pensamento Iluminista da França do século XVIII e da Independência Americana, com sua concepção jusracionalista. A França, por ser, à época, uma das grandes potências mundiais, viu os ideais de sua Revolução e os princípios enumerados na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, proclamada em 26.08.1789, a mais célebre desde então, serem rapidamente incorporados às Constituições da maioria dos povos do mundo. O que aquela declaração teve de mais peculiar foi justamente sua universalidade e seu conteúdo teórico ou racional, diferente das anteriores de origem anglo-saxônicas, vinculadas às circunstâncias históricas precedentes e, portanto, limitadas ao âmbito territorial de suas vigências, enquanto a carta francesa mostrava-se válida para toda a humanidade. Também as declarações americanas, advindas da Independência das Colônias em 1776, repercutiram fortemente na enunciação dos direitos humanos fundamentais, especialmente em relação ao estabelecimento da liberdade de culto, uma vez que muitos dos seus colonizadores eram ingleses que fugiam de seu país por motivos de natureza religiosa⁹⁷.

Segundo Gonzales Casanova, a despeito da pretensão imediata destas declarações ter sido o impedimento da tirania dentro de cada nação, terminaram por romper as fronteiras das possíveis garantias constitucionais de cada Estado para converter o cidadão em sujeito de proteção internacional e supra-estatal, devido justamente à sua condição, radical e prévia, de homem⁹⁸. Os princípios estabelecidos nestas declarações passaram, convertidos em normas jurídicas fundamentais, a integrar os mais importantes capítulos das Constituições dos Estados civilizados, com o nome de garantias constitucionais⁹⁹.

⁹⁶ ROSA, Miguel Feu Antônio José. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2000. p. 159.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 167-169.

⁹⁸ CASANOVA, J. A. *Teoria del Estado y Derecho Constitucional*. p. 244 *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 167.

⁹⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 86.

Este Direito Constitucional, até então com orientação exclusiva visando à preservação das chamadas garantias do Estado burguês de Direito, sofreu novas mudanças com a entrada do século XX, quando eclodiram idéias comunistas, socialistas e mesmo anarquistas, chamando atenção para os aspectos econômico-sociais, principalmente a partir da revolução comunista russa de 1917, e buscando o combate ao domínio capitalista da propriedade privada. Estas ideologias preconizavam a presença do Estado para, “*superando as distorções desigualitárias geradas pelo Estado Liberal, garantir a todos o indispensável ao atendimento das necessidades materiais básicas*”¹⁰⁰, seja, um Estado Social e Intervencionista.

Não obstante a forte reação dos Estados a esta doutrina socialista, nenhuma Constituição posterior à Primeira Guerra Mundial deixa de fazer-lhe concessões a algumas de suas teses, passando a prever direitos sociais, econômicos, trabalhistas, políticos, coletivos, limitações ao direito de propriedade, enfim, certa prevalência do interesse público sobre o privado¹⁰¹. Repeliram-se as postulações extremadas do marxismo, fazendo-se, todavia, reparos às insuficiências sociais da legislação¹⁰². Conciliaram-se os princípios do Estado Liberal, asseguradores do direitos humanos e da cidadania com os do Estado Social, tuteladores dos valores sociais, isto porque:

el Estado Social, lejos de implicar un debilitamiento de las garantías de la libertad individual, inherentes al concepto clásico del Estado de Derecho, ha significado su aplicación a las formaciones sociales en las que el ciudadano desarrolla su personalidad¹⁰³.

Os direitos fundamentais têm hoje uma concepção muito mais ampla e complexa do que no final do século XVIII. O liberalismo pregou o caráter negativo dos mesmos, explicando-os através de um não atuar, de um abster-se do Estado, forma através da qual se tornaram mais conhecidos. Não tardou, entretanto, a se perceber que o estabelecimento de um rol de direitos individuais, com caráter meramente negativo, não se mostrava suficiente para a garantia da plena liberdade individual. É que para a efetivação de alguns direitos não bastava sua proclamação formal pela Constituição Nacional, precisava-se, além da garantia

¹⁰⁰ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 9.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 23.

¹⁰² ROSA, Miguel Feu Antônio José. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 161-162.

¹⁰³ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 229.

constitucional, dispor de meios, condições materiais para seu exercício. Assim, as Constituições passaram a prever deveres de prestação por parte do Estado, como contrapartida de direitos dos indivíduos que não podiam ser satisfeitos senão através de uma prestação ou, se se preferir, mediante o fornecimento de um bem pelo poder público¹⁰⁴.

Neste sentido esclarece Pérez Luño que,

El Estado Social de Derecho implica también la superación del carácter negativo de los derechos fundamentales que dejan, de este modo, de ser considerados como una autolimitación del poder soberano del Estado para devenir límites que el principio democrático de la soberanía popular impone a los órganos que de ella dependen. Por tanto, el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites para la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y de los grupos en el ejercicio del poder¹⁰⁵.

Era a adesão ao pensamento marxista de que o exercício de direitos depende de meios. Deixou-se, desse modo, de admitir que o Estado permanecesse neutro diante das disparidades sociais, sendo cada vez maior sua intervenção na ordem econômica e social visando à perseguição de uma distribuição de bens mais justa de modo que a todos fossem assegurados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos.

Passou-se, por outro lado, a reconhecer uma esfera de liberdade do indivíduo limitada pelo bem comum, distinguindo-se liberdades individuais de liberdades públicas, abrangendo as primeiras as liberdades exclusivas da pessoa humana, considerando-se o indivíduo isoladamente; e as segundas, as que se relacionam com o homem dentro da sociedade, como “ser social”. Os direitos clássicos permaneceram, mas perderam seu caráter absoluto em razão da necessidade de se compatibilizarem com os demais princípios constitucionais. Houve, nas palavras de Celso Ribeiro Bastos “*o que se pode chamar uma relativização de direitos que os condiciona a um uso normal e não abusivo*”¹⁰⁶.

Também a própria natureza dos direitos protegidos modificou-se, assim como sua razão de ser. Percebeu-se a necessidade de muitas vezes proteger o grupo e não o indivíduo isoladamente, e, ainda, que os direitos humanos existem não apenas para proteger o indivíduo

¹⁰⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 171.

¹⁰⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 227-228.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 172.

contra o Estado, mas, também, contra outros indivíduos ou grupos de indivíduos. As Constituições modernas buscam, na atualidade, a “coexistência integrada” dos direitos clássicos e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora, na prática, esta integração, no mais das vezes, continue sendo incapaz de assegurar a dignidade da vida humana de forma absoluta. É que o Estado Social, em crise e “*sofrendo o impacto de correntes neoliberais e monetaristas, não tem conseguido impedir fenômenos de exclusão, nem, o agravamento de contrastes entre Norte e Sul do planeta, geradores de migrações de conseqüências imprevisíveis*”¹⁰⁷.

Por fim, o assunto tornou-se uma questão de interesse internacional, passando a existir a proclamação de direitos humanos de âmbito transnacional através de vários documentos internacionais, sendo o mais importante a Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela Assembléia Geral da ONU, em dezembro de 1948, parte integrante de várias Constituições na categoria de princípios constitucionais. Essas declarações visam ao mesmo tempo a proteção do estrangeiro em face do governo do Estado sob cujo território eventualmente se encontre, a defesa do nacional contra opressão de seu próprio Estado e a consagração internacional de uma concepção universalista dos direitos do homem. Sua significação, todavia, é ainda de natureza eminentemente moral, vez que sua jurisdicionalização fica na dependência da adesão dos Estados.

Hoje, os direitos fundamentais são entendidos como um conjunto de valores que se desprendem da dignidade humana ou que nela se inserem. É que a capacidade de conhecimento intelectual, a liberdade de decisão, a consciência interior, a capacidade afetiva e de constante aperfeiçoamento conferem ao homem uma dignidade especialíssima, esta dignidade

constitui, em si mesma, um freio para o legislador positivo [...] também o poder de legislar haverá de se ver cingido por um amplo conjunto de bens ideais humanos que dela derivam e que estão destinados a servir não-só como bases intangíveis de uma convivência, senão, também, como valores significativos que o legislador deve respeitar e fazer respeitar¹⁰⁸.

¹⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 32.

¹⁰⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 85.

De fato, o que parece sustentar e explicar os direitos fundamentais é a convicção que domina a maioria dos seres humanos da necessidade de se cercar todos os membros da sociedade de um halo de respeito e reconhecimento de máximas possibilidades de pleno desenvolvimento de cada um, com vistas ao bem coletivo¹⁰⁹.

Para Pérez Luño, os direitos fundamentais se trata de

um conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional¹¹⁰.

2.2.2. Função, classificação e características e sua relação com o princípio da presunção do estado de inocência

Os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter, tanto como direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, direitos públicos subjetivos, quanto como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar, daí a figura do *status* apresentar-se como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los¹¹¹.

De fato, os direitos fundamentais cumprem, ensina Canotilho, “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹¹². Mas além desta função de defesa ou de liberdade dos cidadãos, afirma o mestre português, os direitos fundamentais possuem função de prestação social, de proteção perante terceiros e de não-discriminação. A primeira função constitui o direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança,

¹⁰⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 89.

¹¹⁰ PÉREZ LUÑO, A. H. *Los Derechos Humanos, Significación, Estatuto Jurídico y Sistema*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979. p. 43 *apud* SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 160.

¹¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p. 13.

¹¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 373.

etc), a segunda, impõe ao Estado o dever de proteger os titulares de direitos fundamentais de lesões provocas por terceiros, e a última visa assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais, alargando-se a todos os direitos¹¹³.

A doutrina moderna tem classificado os direitos fundamentais consoante a ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos, dividindo-os em de primeira, segunda e terceira gerações. Os de primeira geração compreendem os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, de cunho predominantemente negativo e formal, surgidos com a Magna Carta Inglesa, em reação à força arbitrária do Estado, direitos e garantias dos indivíduos a que o Estado se omite de intervir em uma sua esfera juridicamente intangível. Já os de segunda geração, os chamados direitos coletivos, direitos sociais, económicos e culturais a prestações pelo Estado, de cunho predominantemente positivo e concreto, surgidos no início do século XX, a fim de garantir idênticas oportunidades e condições de competição aos diferentes indivíduos. E, por último, os de terceira geração, direitos transindividuais, de solidariedade ou fraternidade, de cunho predominantemente positivo, que expressam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a grupos menos determinados e visam ao estabelecimento de métodos de contenção e resolução de conflitos sociais. Nesta terceira classe de direitos, superou-se a concepção extremamente individualista até então presente, a fim de se atender às necessidades plenas do gênero humano e não mais do indivíduo ou da coletividade¹¹⁴.

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “*a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade*”¹¹⁵. Há, ainda, autores que falam dos direitos de quarta geração, relativos a bioética, a engenharia genética, a informática e a outras utilizações das modernas tecnologias¹¹⁶.

Ao lado dos direitos fundamentais, encontram-se as garantias fundamentais, disposições constitucionais de natureza assecuratória que se destinam à efetivação daqueles primeiros. São meios de defesa dos direitos, que agem sobre o poder estatal, limitando-o, seja atribuindo aos indivíduos o direito de exigir das autoridades públicas a proteção dos seus

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 374-375.

¹¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p. 13.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 24.

direitos, seja estabelecendo meios processuais adequados a essa finalidade. Pode-se dizer que “todo mecanismo, prestación, servicio, procedimiento de vigilancia o intervención, que tiendan a dar seguridad, vigencia real y eficacia a una libertad, es una garantía”¹¹⁷.

Sem estas garantias, a enunciação normativa de direitos fundamentais tenderia a uma banalização, beirando-se à utopia. Percebe-se, todavia, que não são nítidas as linhas divisórias entre direitos e garantias, já que, por vezes, as medidas assecuratórias são declaradas e os direitos, declarados de forma assecuratória.

Outrossim, a despeito da multiplicidade e complexidade dos direitos fundamentais consagrados pelas diversas Constituições Nacionais, o gênero comum apresenta certas características básicas. Robert Alexy define, de forma geral, as normas de direitos fundamentais da Lei Fundamental como aquelas em relação às quais é possível uma fundamentação jusfundamental correta. Se diretamente estatuídas, basta para sua fundamentação constitucional correta uma referência ao texto constitucional¹¹⁸. Por outro lado, em se tratando de normas adstritas às normas diretamente estatuídas pela Constituição, sua condição de norma fundamental dependerá da argumentação jusfundamental¹¹⁹.

Seu caráter fundamental se revela tanto pela posição normativa que ocupa no ordenamento jurídico, em nível constitucional, portanto submetidas a procedimentos especiais de revisão (fundamentalidade formal), quanto pelo seu conteúdo, por referir-se aos valores supremos do ser humano (fundamentalidade material)¹²⁰. Disso decorre que ainda que não expressos na Constituição Federal reconhecem-se direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados por aquela ou dos tratados internacionais ratificados pelo país. Também a universalidade os distingue, vez que inerentes os direitos fundamentais à condição humana, à idéia de atributos do ser humano por sua mera condição existencial, de modo que não apenas os cidadãos do país são dotados de subjetividade jurídica para lhes ser atribuída a titularidade de direitos fundamentais, mas também estrangeiros que estejam no território nacional, embora a lei, eventualmente, estabeleça certa reserva de direitos aos

¹¹⁷ SÁCHICA, Luiz Carlos. *Derecho Constitucional de la Libertad*. Bogotá: ediciones Librería del Profesional, 1980 *apud* SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 160.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 73. “Según una tal definición general, normas de derecho fundamental son todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación iusfundamental correcta. Para las normas de derecho fundamental directamente estatuidas basta para su fundamentación iusfundamental correcta, por lo general, una referencia al texto de la Constitución”.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997. “Por lo tanto, el que una norma adscripta sea o no una norma de derecho fundamental depende de la argumentación iusfundamental que para ella sea posible”. p. 71.

¹²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 349.

nacionais ou cidadãos. As pessoas coletivas, de igual modo, gozam de direitos fundamentais, compatíveis com sua natureza¹²¹.

Trata-se, ainda, de direitos irrenunciáveis por parte de seus destinatários que poderão, tão-somente, optar por não exercê-los, mas jamais deles abrir mão, sendo inclusive imprescritíveis, quanto a seu exercício, e indivisíveis. De sua indivisibilidade decorre a impossibilidade de se cindir o conteúdo de algum direito, ou, ainda, de se efetivar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos. É de serem respeitados e aplicados todos os direitos fundamentais, sejam os clássicos, de proteção, como os de prestação estatal. Por outro lado, o conteúdo de alguns direitos fundamentais vincula-se ao de outros, seja através de uma complementação, explicitação, seja sob a forma de desdobramentos, daí sua dependência e influência recíprocas, sua interação, devendo, por isso, serem sopesados no caso de colisão entre os mesmos, num esforço de harmonização, não podendo, de forma alguma, ocorrer o sacrifício definitivo de algum deles¹²².

A sua abertura e inexauribilidade são outras notas marcantes. A primeira vem a significar que a interpretação dos direitos fundamentais deve ser ampliativa, buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer. A segunda acarreta que a previsão daqueles direitos nunca é taxativa, podendo ser acrescida em razão de normas internacionais, além de outras que se revelarem no próprio sistema jurídico nacional. A aplicação imediata é, de igual forma, comum aos diversos direitos fundamentais, de modo que cabe à própria Constituição estabelecer meios assecuratórios desta aplicabilidade direta ou imediata, evitando discussões sobre a completude ou não das normas instituidoras daqueles direitos. Apenas normas constitucionais podem restringir direitos fundamentais.

A “restrição” pela atividade normativa infraconstitucional dos direitos fundamentais é sempre excepcional somente possível quando exista “reserva de Constituição” ou decorrente da interação com outras disposições constitucionais, não podendo jamais atingir a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito¹²³.

¹²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 380-384.

¹²² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e Suas Características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, p. 147-150, jan.-mar.2000.

¹²³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 338-339.

Em outras palavras, enquanto a interpretação dos direitos fundamentais deve ser sempre ampliativa, a interpretação das restrições deve ser limitativa, inadmitindo-se cláusulas genéricas de restrição. Deve-se, antes, procurar extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, através de uma maximização ou otimização, não apenas em termos teóricos, mas igualmente de repercussão prática, buscando-se uma efetiva implementação dos direitos fundamentais, apesar dos obstáculos naturais. Vigem, outrossim, um princípio que se traduz na proibição de retrocesso de relação aos direitos fundamentais já conquistados, marcos de conquista civilizatória, de sorte que não se permite a mera revogação de normas consagradoras daqueles ou sua substituição por outras menos generosas¹²⁴.

Por outro lado, já não cabe no mundo moderno a visão de uma Constituição como mero instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, através da atribuição de direitos fundamentais aos indivíduos e da organização do poder. O que se espera da Lei Fundamental hoje é que trace linhas gerais para a atividade estatal e social, promovendo o bem-estar individual e coletivo. Esta mudança de função da Constituição, de sua vez, provocou mudanças no plano jurídico. A regulação que se quer hoje do Direito é com caráter finalístico e sentido prospectivo, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas, e não mais as normas de outrora, com sentido retrospectivo, que basicamente estabeleciam uma conduta, de acordo com um padrão, em geral fixado antes das normas, e não a partir delas, propriamente¹²⁵.

Nesse contexto é que Robert Alexy afirma que a distinção entre princípios e regras, ambos normas porque dizem o que deve ser, é a base para a fundamentação jusfundamental, sem a qual não pode haver uma teoria adequada dos limites, nem uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel que tem os direitos fundamentais no sistema jurídico. Tal diferença seria não gradual, mas qualitativa, sendo o princípio mandato de otimização cuja medida de cumprimento varia conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes, sendo o âmbito destas últimas determinado pelos princípios e regras opostos. Já a

¹²⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e Suas Características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, jan.-mar. 2000, p. 150-155.

¹²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p. 17.

regra trata-se de norma que somente pode ser cumprida ou não, nem mais, nem menos, seja, contém determinação no âmbito do fático e juridicamente possível¹²⁶.

De fato, os princípios jurídicos, de um modo geral estabelecidos na Constituição, a exemplo do princípio do estado de inocência, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Servem como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser considerada na apreciação de fatos e situações possíveis. Sendo o princípio fundamental, portanto, dotado de dimensão ética e política, apontará a direção a ser seguida para a solução de uma ocorrência de acordo com o Direito em vigor, mas para a qual ele não contenha regra que a discipline suficientemente¹²⁷. Enfim, “impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a reserva do possível, fática ou juridicamente”¹²⁸.

Do exposto, o princípio da presunção de inocência, como princípio fundamental, é norma de alto grau de generalidade, sem conteúdo de mandato definitivo, mas que apresenta razões para a formulação de sentenças acerca do que seja proibido, permitido ou ordenado em face do caso concreto. Portanto, estabelece somente razões *prima facie*, nunca definitivas. Inexistindo princípio absoluto, a aplicação do mesmo estará sempre a depender de uma ponderação, com base nas condições existentes e demais normas jurídicas envolvidas no caso concreto.

2.3. Relevância do princípio do estado de inocência no âmbito do direito processual penal

A presunção de inocência deve ser compreendida, em primeiro plano, como “el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo de proceso penal,

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81-87.

¹²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Wilis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p. 17.

¹²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.123.

concretamente el proceso penal de corte liberal, en el que establecen garantías para el imputado”¹²⁹.

Como decorrências processuais da presunção de inocência, o que se pode inferir, em especial, é a regra de que o ônus da prova da culpa do acusado cabe ao poder público, através do órgão legítimo, não podendo haver sua inversão. É tarefa do Ministério Público, na representação do Estado, formalizar a acusação e promover as provas necessárias para a condenação. Tal regra probatória, assim, vem a significar que a prova completa da culpabilidade do imputado deve ser provida pela acusação, impondo-se a absolvição do inculpaado se a culpabilidade não restar suficientemente provada¹³⁰.

Com efeito, o princípio da presunção de inocência guarda grande proximidade com o “*in dubio pro reo*”, clássico princípio segundo o qual na dúvida o magistrado deve absolver o réu, *In dubiis reus este absolvendus*, sendo ambos manifestações do princípio *favor rei*.

Todavia, possuem natureza, âmbito de aplicação e proteção jurisdicional distintos. O princípio *in dubio pro reo* trata-se de um princípio geral do direito, “criterio de valoración de prueba”¹³¹. A presunção de inocência, um direito fundamental que vincula a todos os poderes. O *in dubio pro reo* é aplicado quando, desenvolvida a atividade probatória indispensável permanece uma dúvida racional sobre a real ocorrência dos elementos objetivos e subjetivos que integram o tipo penal, já o princípio da inocência desenvolve sua eficácia quando existe uma falta absoluta de provas ou quando as praticadas não reúnem as garantias processuais. Por fim, o princípio da inocência goza de proteção jurisdicional constitucional, o que não ocorre de relação ao *in dubio pro reo*. Por outro lado, principalmente nos casos em que a dúvida não versa sobre os fatos da pretensão punitiva ou sobre a participação do acusado nos mesmos, mas sobre outros extremos distintos, sobre os quais não se desdobra a eficácia da presunção de inocência, a exemplo das atenuantes, agravantes, erros de proibição, etc., a aplicação da regra do *in dubio pro reo* se opera em toda sua extensão¹³².

Culpabilidade, a ser amplamente provada pelo órgão acusatório, ensina José Cretella Júnior “é a situação do agente que deve responder pela violação da lei penal”, referindo-se ao

¹²⁹ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 38.

¹³⁰ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 41.

¹³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal-parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 310.

¹³² MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 46-49.

“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”¹³³.

Esclarece, contudo, Jaime Vergas Torres que,

Certamente, a “culpabilidade” do acusado não é, a rigor, objeto de prova; objeto de prova são os fatos e a culpabilidade não é um fato, senão um conceito jurídico. Mas quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação a uma determinada infração criminal não se faz outra coisa que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação nos mesmos do sujeito em questão. Neste sentido, a expressão “declarar a culpabilidade” não é senão uma forma abreviada de referir-se à afirmação da certeza de uns fatos que se ajustam em um tipo penal e da participação nos mesmos do acusado; e a utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve entender-se, igualmente, como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação nos mesmos do acusado¹³⁴.

Cabe, portanto, ao órgão acusatório a comprovação dos fatos que se ajustam a uma figura típica e da concorrência do imputado para os mesmos, a título de dolo ou culpa. Em nenhum caso deve ser admitida a presunção de culpa, uma vez que “*As presunções, como é sabido, importam na dispensa do referido encargo para quem as tem a seu favor*”¹³⁵.

Sobre o tema, o Tribunal Constitucional Espanhol, no seu julgado 31/81, reiterado em inúmeras resoluções posteriores,

proclamou os cinco pressupostos necessários para afastar a referida presunção de inocência: (a) uma mínima atividade probatória; (b) produzida com as garantias processuais; (c) que a prova seja incriminatória (prova “de cargo”); (d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; (e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade)¹³⁶.

¹³³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1988. p. 536.

¹³⁴ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993. p.43. *apud* GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, p. 186.

¹³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo nº 42, abr. 1994. p. 31.

¹³⁶ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 181.

Cuida-se, destarte, de uma presunção *iuris tantum*, vale dizer, afastável por prova em contrário, desde que suficiente para convencer o juiz acerca da culpabilidade do imputado, resolvendo-se, na dúvida, em favor deste. Segundo entendimento daquele mesmo Tribunal Constitucional, exposto em julgamento ocorrido em 28 de abril de 1988, o conteúdo do princípio tem assento em duas idéias essenciais: de um lado, o princípio da livre valoração da prova no processo penal; de outro, que os meios de prova válidos para desvirtuar a presunção de inocência são os produzidos em juízo e os preconstituídos de impossível ou difícil reprodução, desde que se tenha observado as garantias necessárias para a defesa¹³⁷.

Mas, além da consequência relativa ao ônus da prova, outras implicações decorrem do precitado princípio constitucional como regra probatória, a exemplo da necessidade de se verificar a existência dos fatos imputados, realizando-se uma atividade probatória que não se limite à ratificação dos elementos de prova colhidos no curso do inquérito policial e nem objetive a demonstração da fragilidade das desculpas apresentadas pelo acusado e, por fim, que seja assegurado ao acusado o direito ao silêncio, vedada qualquer medida de coerção visando a obrigá-lo a produzir provas contra si¹³⁸.

A presunção de inocência, como regra de garantia, assegura ao acusado o *due process of law*, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerentes. Toda a colheita de provas deve ser cercada de garantias, inclusive a da publicidade, observando-se estritamente as prescrições do ordenamento jurídico. Regras como a do juiz natural, do direito de ser julgado em prazo razoável, do direito de ser informado da acusação que lhe é dirigida, da proibição de uso de provas ilícitas, dentre outras, são de imperiosa observância, sob pena de nulidade do processo acusatório. Como afirma Antônio Magalhães Gomes Filho, resulta indeclinável

a exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras –lógicas, psicológicas, éticas, jurídicas, etc.–, cuja inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado¹³⁹.

¹³⁷ FERREIRO, Candido Conde-Pumpido et LÓPEZ, José Luiz Albácar. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium editorial, 2000. p. 153.

¹³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo nº 42, abr. 1994. p. 31-32.

¹³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Sobre o Direito à Prova no Processo Penal*. Tese (Concurso de Livre-Docência, Departamento de Direito Processual). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995. p.90.

A presunção de inocência traduz, também, uma norma de comportamento que deve orientar o tratamento do acusado pelo Estado no curso do processo penal, impedindo qualquer ato, palavra, situação ou gesto que importe em punição antecipada, restrição ao exercício de direitos, reconhecimento prévio de culpabilidade ou equiparação do acusado à situação de culpado. Reafirma-se, assim, o valor da dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado¹⁴⁰. Somente com o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória penal, o que torna findo o processo, o acusado passa ao *status* de culpado, passando a sofrer as aflições decorrentes da sanção penal. Antes disto, o estado de inocência cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade, uma idéia-força no sentido de que, nas palavras de Weber Martins Batista, “*não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo as garantias da plena defesa*”¹⁴¹.

Demais disso, como a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LVII, não se restringe ao “acusado”, o princípio deve ser aplicável para todos os estágios da repressão criminal, inclusive às atividades policiais investigatórias, de modo que nenhuma disposição legal, ato judicial ou normativo pode fundar-se na equiparação da situação do imputado à do culpado¹⁴². Ilícito proteger-se o réu e deixar o indiciado ao desamparo.

Assim, situações como a da obrigatoriedade do acusado sentar-se no banco dos réus, utilização de inquéritos policiais ou ações penais em curso para efeito de análise de antecedentes criminais no momento da aplicação da pena, inclusão do nome do acusado pronunciado no rol dos culpados, divulgação abusiva pelos meios de comunicação de fatos e nomes relativos a inquéritos e ações penais, dentre outras, impõem-se serem abolidas porque revelam verdadeira antecipação do juízo condenatório. A questão das prisões provisórias, anteriores à sentença final, de sua vez, merece destaque especial dado a sua freqüência na persecução criminal.

A consagração do princípio do estado de inocência não afasta a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, que permanecem sendo, pacificamente, aceitas pela doutrina e jurisprudência do País, por considerarem a legitimidade jurídico-constitucional das

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n° 42, abr. 1994. p. 32.

¹⁴¹ BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, n° 6, 1990. p. 5.

¹⁴² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 45-46.

prisões cautelares, de modo que estas podem, a despeito da presunção de inocência, incidir sobre o *status libertatis* do acusado. É que a prisão cautelar é instituto do Direito Processual Penal, ensina Luiz Vicente Cernicchiaro, assenta-se em princípios próprios, distintos dos que orientam o Direito Penal. Firma-se como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 313)”, enquanto a prisão penal tem por pressuposto sentença penal condenatória transitada em julgado, pressupõe relação jurídica. A medida cautelar não implica presunção de culpa pois o juízo da cautela é mero juízo de periculosidade¹⁴³, não de culpabilidade, como proíbe a Constituição¹⁴⁴.

As cautelares processuais penais visam à 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). Nas palavras de Frederico Marques,

A presunção de inocência decorrente que está expresso no art. 5º, LVII cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade. Não há proibição de medidas cautelares como a prisão preventiva e a prisão em flagrante (...). Mas proscria está a prisão cautelar obrigatória, até mesmo após sentença condenatória recorrível¹⁴⁵.

Com efeito, qualquer restrição à liberdade do acusado se revela medida excepcional e que só se justifica diante de sua absoluta necessidade. A providência cautelar exige o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, de sorte que qualquer decreto prisional provisório deve obrigatoriamente ser fundamentado individualmente, extinta toda forma de prisão por presunção de periculosidade. Enquanto o *fumus boni iuris* refere-se à probabilidade do direito de punir, isto é, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, o *periculum in mora* diz respeito à verificação do perigo em concreto de insatisfação daquele direito diante da demora na prestação jurisdicional¹⁴⁶.

¹⁴³ BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 6, 1990. p. 16.

¹⁴⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.112.

¹⁴⁵ MARQUES, Frederico. *Pareceres*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 1993. p. 100.

¹⁴⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994. p. 33.

Isto vem significar que nem flagrante, nem pronúncia, nem condenação não transitada em julgado, por si mesmas, podem configurar justa causa de prisão provisória, impondo-se, nestas hipóteses, estar presentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, que são os mais amplos, vez que a prisão temporária tem âmbito restrito, e, por isso mesmo, passaram a dominar todo o quadro de prisão e liberdade provisória a partir da lei nº 6.416, de 24.6.77¹⁴⁷.

O Tribunal Constitucional Espanhol, em julgado datado de 26 de novembro de 1984, afirmou que a presunção de inocência é compatível com a aplicação de medidas cautelares desde que estas sejam adotadas por resoluções fundada em Direito, e que, quando não sejam regradas, se baseiem em juízo de razoabilidade acerca da finalidade perseguida e das circunstâncias concorrentes, pois que uma medida de proporcional ou desarrazoada não será propriamente cautelar, mas terá um caráter punitivo em excesso¹⁴⁸. Esta, também, a tendência da jurisprudência pátria, sintetizada no voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence no HC 69.714-SP, no qual transcreve a lição de Alberto Silva Franco: “*O Princípio da presunção de inocência não entra, portanto, em rota de colisão com a prisão cautelar, desde que esta tenha o caráter de excepcionalidade e não perca a sua qualidade instrumental*”¹⁴⁹.

Nada obstante, o princípio da presunção de inocência não deve ser interpretado de forma literal, com rigor verbal, 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. Embora alguém só possa ser tido por culpado ao cabo de um processo com este propósito, o fato é que, para que o poder investigatório do Estado se exerça, é necessário que ela recaia mais acentuadamente sobre certas pessoas, vale dizer: sobre aquelas que vão mostrando seu envolvimento com o fato apurado. Uma suspeição não pode ser elidida por medida judicial requerida pelo suspeito com fundamento na sua presunção de inocência, sob pena de se inviabilizar a tarefa do Estado de investigar e desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar a acusação¹⁵⁰.

¹⁴⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréia. O Direito à Liberdade em face da Prisão Provisória no Regime Constitucional de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, nº 15, 1996. p. 59.

¹⁴⁸ FERREIRO, Candido Conde-Pumpido et LÓPEZ, José Luiz Albácar. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium editorial, 2000. p. 154.

¹⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Presunção de Inocência, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Outros Tópicos de Direito Processual Penal à Luz da Constituição de 1988. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 02, nº 04, 1997. p. 63-64.

¹⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 278.

Enfim, aquela franquia individual há de ser recepcionada e acatada com a devida prudência, de modo a não contrariar os interesses da justiça e da sociedade. Que não se pode aplicar ao acusado as conseqüências que a lei prevê apenas como decorrência da sanção punitiva não resta dúvida, outra coisa, no entanto, é a inadmissão de qualquer constrangimento ao imputado enquanto não transitado o decreto condenatório, em nome do estado de inocência. Nem mesmo na época do seu surgimento, perseguia o princípio tal desiderato, e sim, suavizar os rigores das leis processuais que viam o acusado como um objeto de investigação, e não sujeito de direitos¹⁵¹, e os antecedentes legislativos têm uma grande importância na determinação do alcance das palavras da lei, de sua interpretação¹⁵².

E não se pode olvidar a lição de que

um preceito jurídico – e, de forma muito especial, um preceito constitucional – é naturalmente o seu texto, mas é também, e sobretudo, a sua história. Ora, a origem da norma, sua evolução histórica, seu significado, hoje nas Constituições de alguns países, mostram que a mesma não deve ser interpretada como afastando a presunção *hominis* do Juiz, que lhe permite impor medidas restritivas ao réu, as chamadas “presunções naturais”, sem as quais nenhuma decisão seria possível¹⁵³.

A própria Declaração de Direitos francesa de 1789, na parte final de seu art. 9º, admitia a relatividade da presunção de inocência, conforme se extrai de seu texto literal, anteriormente visto. E hoje, mais do que nunca, se tem como assentado o entendimento de que falar em direito absoluto de relação à vida em sociedade trata-se de utopia, pois aos direitos individuais se contrapõem sempre outros direitos e interesses cujos titulares são a coletividade como um todo, dotados de grande carga publicística¹⁵⁴.

Impõe-se, assim, no caso concreto de colisão entre o princípio do estado de inocência e o dever-poder do Estado de realizar a justiça, a verificação da realidade e circunstâncias, avaliando-se da necessidade imperativa de adoção de medidas restritivas dos direitos fundamentais, em prol da segurança social. É preciso buscar-se o equilíbrio entre os abusos oriundos do liberalismo radical e a alegação infundada de defesa da sociedade como meio de sufocamento das conquistas de direitos e liberdades do indivíduo. Afinal, os direitos humanos

¹⁵¹ COSTA, José Armando. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997. p. 20.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal-parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 300.

¹⁵³ DIAS, Figueredo. *A Revisão Constitucional* Lisboa, 1981. p. 83 *apud* BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo, nº 6, 1990. p. 16.

¹⁵⁴ COSTA, José Armando. *Estrutura Jurídica da Liberdade Provisória*. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997. p. 20.

existem para o aperfeiçoamento da vida social, não devendo ser entendidos como liberdades equivalentes a uma total ausência de coerção ou desvinculação do indivíduo de relações e laços, mas como meios para alcançar a realização de objetivos de interesse individual e social¹⁵⁵.

¹⁵⁵ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 87.

CAPÍTULO 03- Capacidade de Autodeterminação Sexual do Menor

Sumário: 3.1. Breves considerações sobre a relação entre a moral social e o direito penal sexual 3.2. Reflexos das mudanças sociais no direito penal 3.3. Transformações sociais e culturais no âmbito da moralidade pública 3.4. Transformações do padrão comportamental sexual do jovem 3.5. Capacidade de consentimento do menor na prática de atos sexuais 3.5.1. Critério etário definido pelo Código Penal de 1940 e capacidade de entender e consentir à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

3.1. Breves considerações sobre a relação entre a moral social e o direito penal sexual

De longe vem a preocupação dos juristas em harmonizar o pensamento científico jurídico e o resto da vida. Com efeito, o universalismo da ciência jurídica e do sistema termina por homogeneizar os diversos tipos de relações morais, sociais e jurídicas, ignorando as diferenças entre os elementos das coisas. Por outro lado, a ciência do Direito vive dramaticamente entre a realidade das codificações e a realidade mais abrangente de que a expressão legislativa é apenas parte.

No Direito Penal moderno, não se admite o correto exercício do poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade senão para impedir que ele cause mal aos outros. Seu próprio bem, físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo porque, na opinião dos outros, isto não seria sábio ou justo. Em outras palavras, o fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com os padrões comuns, é insuficiente para justificar sua punição pela lei¹⁵⁶.

Durante uma boa época, o Direito encontrou-se confundido com a Moral, por terem sido gerados das mesmas raízes éticas e serem ambos normas de comportamento. Maggiore chegou a afirmar que o Direito é um “momento” da vida moral, pois nascido da ética, retorna sempre e invariavelmente a sua raiz ética, e que o Direito Penal, sobretudo, é o ramo do Direito

¹⁵⁶ HART, H. L. A. *Direito, Liberdade e Moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris, 1987. p. 10-25.

mais diretamente brotado do tronco ético, de modo que o delito e a pena não podem ser entendidos como entidades jurídicas antes de serem entendidos como entidades éticas¹⁵⁷.

Hoje, contudo, amplamente defendida por filósofos, sociólogos e juristas a distinção entre Moral e Direito. Trata-se de doutrina formulada pelo pensamento iluminista como resultado da secularização do Direito e da cultura jurídica que tal pensamento promoveu nos idos de 1600 a 1700, em constante conflito com as opostas concepções jusnaturalistas e substancialistas- teológicas, moralistas ou naturalistas- do Direito¹⁵⁸. De fato, se a condição da lei é o reconhecimento de um poder sentido válido, na Moral é o respeito que precede a obrigação¹⁵⁹. O Direito é um conjunto das relações normativas transpessoais da sociedade, a Moral, consitui o conjunto das relações normativas pessoais¹⁶⁰. Segundo Novoa Monreal:

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 precebidos pelos sentidos dos demais homens (exterioridade) e que afetam ou que o 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 social¹⁶¹.

Mas o Direito, pode ser dito, é a atribuição de exigibilidade que a sociedade confere àquele mínimo de moral que ela considera imprescindível à sua sobrevivência, essencial à estabilidade da vida em grupo, não havendo norma jurídica que não seja também regra moral¹⁶². É isso que se passa na transposição dos costumes éticos para a órbita do jurídico. Neste se pune, de maneira inexorável, a transgressão ao mínimo de normas éticas, de imposições sociais proibitivas, daquelas que, de modo algum, pode a sociedade abrir mão, sob

¹⁵⁷ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, v. 1. Trad. José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1971, p. 24-25 apud QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 91.

¹⁵⁸ FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Juarez Tavares et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.

¹⁵⁹ PIAGET, Jean. As Relações entre a Moral e o Direito. Trad. Reginaldo Di Pietro. In: *SOUTO*, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 143.

¹⁶⁰ PIAGET, Jean. As Relações entre a Moral e o Direito. Trad. Reginaldo Di Pietro. In: *SOUTO*, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 145.

¹⁶¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 59.

pena de se inviabilizar a convivência social. Já a norma moral pressupõe a consciência de um dever cuja infração implica no juízo de que não se fez o que se deveria, de que a conduta é má. Raúl Zaffaroni, embora negue que o Direito Penal se constitua num mínimo de ética social, entende que ele aspira a este, porque quer com a observância do mesmo garantir aos homens o uso dos entes que se consideram necessários para a realização humana¹⁶³. O Direito e o Estado não possui ou representa valores, mas tampouco deve ter fins morais desvinculados dos interesses das pessoas ou constituir fins em si próprios, justificando-se, somente, por meio de exercício da persecução de objetivos de utilidade concreta em favor dos cidadãos, principalmente da garantia de direitos e deveres¹⁶⁴.

De qualquer modo, sabe-se que quanto mais desenvolvida a sociedade tanto mais distantes as normas morais e jurídicas, o que, entretanto, não exclui as influências mútuas possíveis¹⁶⁵. Não existe uma separação absoluta, mas sim relativa entre Moral e Direito. Aliás, a Moral é que dá fundamento à força vinculante do Direito. E especialmente o Direito Penal não pode prescindir de um fundo Moral, sob pena de se instrumentalizar o abuso e a tirania, em nome de um desmedido utilitarismo. À noção de ilegal há de preexistir à de imoral¹⁶⁶. “*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*”¹⁶⁷.

De fato, não há como rejeitar a idéia de que o desenvolvimento do Direito seja influenciado pela Moral, e pela Moral social, cimento da sociedade, sem a qual não há vida em comum, Moral social que pode ser conceituada como

modelos de comportamentos que regulam as condutas em sociedade, e que são impostos por efeito de pressão social, sendo sancionados pela censura ou aplauso social, e controlados por instâncias informais [...] diferenciando-se radicalmente da moral autónoma ou individual¹⁶⁸.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1999. p. 167.

¹⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal-parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 51.

¹⁶⁴ FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Juarez Tavares et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 178.

¹⁶⁵ PIAGET, Jean. As Relações entre a Moral e o Direito. Trad. Reginaldo Di Pietro. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 146.

¹⁶⁶ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 93.

¹⁶⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 60.

¹⁶⁸ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 65.

Mas, a despeito do reconhecimento das numerosas e importantes conexões entre o Direito e a Moral, principalmente no domínio penal, indubitável que perseguem ambos os setores normativos fins diferentes¹⁶⁹. Daí que a Moral não se trate de um bem a ser juridicamente tutelado, nem mesmo pelo Direito Penal, embora este possa possuir alguns institutos e conceitos de natureza moral. O Direito Penal não se presta ao aperfeiçoamento espiritual do homem, mas à preservação da paz social.

Por isso, no âmbito do Direito criminal, que pretende estabelecer as bases da vida social, fixar o desvalor da conduta proibida e sujeitar o autor desta a uma pena adequada à sua culpabilidade, é preciso se provar que as ações proibidas interferem com as liberdades básicas alheias, ocasionam prejuízos aos outros, ou violam, de certa maneira, alguma obrigação, ou dever natural. É contrário ao princípio da ofensividade a punição de uma conduta imoral, antiética ou antiestética que em absoluto invalide as liberdades alheias. Ao legislador penal falta em absoluto a legitimidade para prevenir condutas não-lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da imoralidade.

Nesta linha de pensamento, Muñoz Conde afirma que:

Una consecuencia inmediata del principio de protección de bienes jurídicos es, por ejemplo, la exclusión del ámbito de protección penal de las meras discrepancias ideológicas, políticas o religiosas y las meras inmoralidades sin trascendencia en los derechos de terceros [...] La misión del Estado es, por tanto, garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos¹⁷⁰.

No que concerne às infrações sexuais, para sermos mais específicos, existe um ordenamento jurídico como um sistema aberto de regras sociais fundadas em uma Moral social racional, que, todavia, muitas vezes não tem a ver com as pessoas quando estão a sós. Por isso que, neste campo, a linguagem imperativa e própria do Direito (e da Moral) vem perdendo muito de seu conteúdo de reprovação. A pena, para que represente o máximo de eficácia, deve conter um dano, ainda que mínimo. O Direito Penal não tem legitimidade para tutelar moralmente pessoas adultas,

as sociedades pluralistas não precisam de modo algum de uma valoração global unitária da sexualidade para a sua subsistência[...] Bem pelo contrário, tal

¹⁶⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 93.

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. Valencia: Tirant lo blanch, 1998. p. 90.

diversidade de idéias e sentidos revela-se positiva para o desenvolvimento pessoal de cada cidadão que passa pela sua livre realização na esfera sexual¹⁷¹.

Em vários dos crimes sexuais há a manifesta reflexão de uma Moral social tradicional que vem, paulatinamente, sendo negada pela juventude. E isto vem ocorrendo não apenas aqui no Brasil. As reformas codificadas portuguesa, espanhola, italiana e alemã, como veremos adiante, vêm rejeitado, no âmbito dos crimes sexuais, a ingerência da Moral no Direito Penal.

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 disposições penais é necessária, em virtude de efeitos socialmente danosos da conduta, e adequada como medida protetora*”¹⁷². A imoralidade de uma conduta é essencial, mas não suficiente para justificar politicamente a intervenção coercitiva do Estado. Tal distinção representa a base filosófica-política das garantias penais e processuais modernas, v.g., legalidade e materialidade dos delitos, ofensividade do evento, culpabilidade, ônus da prova, direito de defesa e presunção de inocência¹⁷³.

3.2. Reflexos da mudança social no direito penal

Reconhece-se amplamente que a sociedade humana, em geral, se marca, em nossa época, de modo acentuado, pela mudança, cujo índice seria mais elevado, geralmente, que a de tempos anteriores¹⁷⁴. Com efeito,

A mudança social, definida como qualquer alteração não repetível nos modos de conduta estabelecido na sociedade, é ubíqua. A mudança é uma característica penetrante da sociedade humana; em verdade, a mudança social é tão normal como a ordem social [...] A mudança social está enraizada nos esforços

¹⁷¹ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 71.

¹⁷² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 95-99.

¹⁷³ FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Juarez Tavares et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178-180.

¹⁷⁴ SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. *Mudança Social e Direito: Uma Pesquisa Exploratória Básica*. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 267.

conscientes das pessoas para resolver problemas mútuos, através de ações coletivas¹⁷⁵.

O caráter social da mudança diz respeito ao desenvolvimento dos diversos padrões de conduta e modos de interação das pessoas, processo eterno e sem fim, através do qual os homens mobilizam recursos, definem problemas, especificam metas e acumulam experiências e fracassos. Se por um lado a mudança social segue padrões e é acumulativa, de outro é multilinear e descontínua. Embora haja uma freqüente evolução social não se pode falar em preordenamento para um determinado fim nem em igualdade temporal do processo evolutivo, uma vez que fatores complexos, sociais e não sociais influem no processo de mudança. “A mudança social não tem ritmo, não tem ciclos conhecidos; é insensível ao relógio”¹⁷⁶.

Ainda que não se concorde com a afirmação de Émile Durkheim de que o jurídico nada mais é do que o símbolo visível de toda realidade social essencial, não se pode negar que o Direito reflete as percepções, atitudes, valores, problemas, experiências e tensões da sociedade. O Direito, sem dúvida, é norma social, e norma social considerada a mais fundamental pelos grupos que a aceitam, de modo que mudança social é, essencialmente, alteração do Direito¹⁷⁷. Direito é reflexo do sentimento de justiça imanente a todo ser humano, embora condicionado pela realidade e valores do mesmo grupo. A norma jurídica nada mais é do que os valores consagrados pela sociedade. Daí existir uma influência recíproca de todos os aspectos da realidade social-econômico, político, religioso e cultural – sobre o fenômeno jurídico-constitucional, predominando a influência dos primeiros sobre o último¹⁷⁸.

É que o Direito, tratando-se de uma instituição disciplinadora das relações humanas com vistas à garantia de uma harmônica convivência social, naturalmente, responde à mudança social na sociedade:

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

¹⁷⁵ FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKY, Jack. O Direito como Instrumento de Mudança Social Incremental. Trad. Maria Teresa Duarte Lima. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 203.

¹⁷⁶ FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKY, Jack. O Direito como Instrumento de Mudança Social Incremental. Trad. Maria Teresa Duarte Lima. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 205.

¹⁷⁷ SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. Mudança Social e Direito: Uma Pesquisa Exploratória Básica. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 267.

¹⁷⁸ DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I. Curitiba: Juruá, 2000, p. 77-84.

e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões e, sobretudo, a natureza incremental da mudança social¹⁷⁹.

De sua vez, o ilícito penal, que se reveste de maior gravidade em razão da natureza do bem tutelado, por isso mesmo determinante da aplicação de pena, ou outra medida de caráter sancionatório, restritiva da liberdade, o mais precioso de todos os bens inerentes à vida, não pode ser compreendido, não pode existir, de forma legítima, desconsiderando-se o contexto social.

No processo legislativo para a elaboração da norma pertinente à conduta punível, é imprescindível que sejam colhidos no meio social os elementos que vão constituir o tipo penal, em face dos acontecimentos que se vislumbram na convivência das pessoas, considerando, também, o legislador outros aspectos tais como o momento histórico-cultural vivenciado pela população, fase sociológica, e outros mais. Afinal, a elaboração de uma lei penal não é um assunto puramente jurídico¹⁸⁰.

É inevitável, todavia, a conclusão através da análise do corpo legislativo que, muitas vezes, não são observados aqueles critérios. Estudos de Haferkamp na Alemanha e Weiberger na França revelam que, com a institucionalização do poder político, a elaboração das normas se expressa como evento do jogo de poder, deixando de exprimir o interesse social para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação¹⁸¹.

Esta constatação, não obstante, só deve servir para fortalecer os ideais de uma legislação comprometida com a real necessidade da nação, até porque a lei que não é concebida sobre essa base terminará, mais cedo ou mais tarde, por ceder ante as inevitáveis resistências que surgirão. César Beccaria, na segunda metade do século XVIII, já alertava no sentido de que

A moral política não pode proporcionar à sociedade nenhuma vantagem durável, se não for fundada sobre sentimentos indeléveis do coração humano. Toda a lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constringida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada,

¹⁷⁹ FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKY, Jack. O Direito como Instrumento de Mudança Social Incremental. Trad. Maria Teresa Duarte Lima. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 206.

¹⁸⁰ ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 311.

¹⁸¹ TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, 1992. p. 75-76.

destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento¹⁸².

Como critérios gerais para a criminalização, segundo o magistério de Luiz Régis Prado, apresentam-se o caráter personalíssimo do interesse, como corolário da natureza da sanção penal, a dimensão e relevância social do interesse tutelado/ofensa e a necessária concretização das fundamentais exigências garantistas. A adequada relevância e dimensão social do interesse protegido e da ofensa que se lhe refere, por sua vez, dependem da danosidade social¹⁸³.

Assim é que o legislador para realizar a tipificação tem de fazer criteriosa seleção dos comportamentos de inegável relevância social, não se esquecendo, também, de destipificar determinadas condutas, que, com o correr dos tempos, com o avanço cultural, científico-tecnológico, mutações de conceitos morais, de injusto, implementação de costumes, enfim, mudanças sociais em geral, passaram a ser aceitas e adequadas ao meio social, deixando, por esse motivo, de ser penalmente relevantes¹⁸⁴.

De fato,

o choque da realidade com a norma legislada gera, no evoluir dos fatos, ou o seu constante descumprimento (tornando o preceito letra morta) ou um processo revolucionário, encarado este em seu conceito jurídico, isto é, de quebra do ordenamento constitucional e a subsequente permuta da norma legal, mas não legítima, por outra que traga em si os aspectos da legalidade e da legitimidade¹⁸⁵.

Se não há mais desvalor da ação e do resultado em virtude da aceitação socialmente pacífica da conduta prevista na figura delituosa da lei penal, impõe-se sua abolição, ou, ainda, a modificação do tipo penal para que este, efetivamente, expresse o interesse social e seja condizente com a realidade da sociedade que constantemente vai se modificando em razão da mudança de hábitos e usos da comunidade, dos novos estágios sociais alcançados.

Em suma, a evolução social, o desenvolvimento científico e tecnológico em diversos campos (medicina, comunicação, informática, psicologia, etc.) experimentados nos últimos

¹⁸² BECCARIA, César. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Tecnoprint Ltda, s/d, p. 36.

¹⁸³ PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.87.

¹⁸⁴ SILVA, César Antônio. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 71.

¹⁸⁵ DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I. Curitiba: Juruá, 2000. p. 117.

anos influenciaram diretamente as mutações nas concepções sociais que definem a nação brasileira. O Brasil de hoje busca ajustar-se à realidade moderna em todos os sentidos. E nada mais fundamental do que a legislação penal de um país. Ela reflete o pensamento político-social de um povo, sua concepção de liberdade e respeito aos direitos fundamentais do homem¹⁸⁶.

3.3. Transformações sociais e culturais no âmbito da moralidade pública

O mundo e a sociedade mudaram nas últimas décadas em razão dos inúmeros acontecimentos. Guerras, conflitos, mísseis, satélites, e computadores de alta definição, dentre outros, juntamente com o avanço da medicina e da psicanálise que vêm desvendando, com muita nitidez, os caminhos do desconhecido, guiaram muitas das decisões do homem. Mutações espantosas atingiram a vida social, política e familiar¹⁸⁷. Transformaram-se, por consequência, os preconceitos, medos, sentimentos, aspirações, enfim, a visão das pessoas. Foram, daí, afastados algumas das idiossincrasias banais e conservadorismos hipócritas.

Na moderna sociedade de consumo, a proteção dos denominados bons costumes e da moral, inclusive da moral sexual do grupo social, é considerada menos importante para sociedade do que a defesa dos bens materiais, predomina, em decorrência, uma progressiva mentalidade que considera tudo natural ou normal, e nada mais imoral¹⁸⁸. A igualdade não somente jurídica, mas de fato, nas aspirações e possibilidades de ambos, homens e mulheres, unida a transformações do sentido ético, fez com que variassem muitos dos antigos conceitos sobre respeito, ordem e compostura dentro da vida da comunidade moderna, em especial no que se relaciona aos sexos¹⁸⁹.

A juventude, também, não escapou ao impacto da explosão demográfica, da industrialização, do progresso técnico e científico que caracterizam a época contemporânea, de modo que seus ideais, pensamentos, atitudes, gostos e valores sofreram e sofrem constantes mutações. E o fenômeno da adolescência, estado passageiro do ciclo vital

¹⁸⁶ JESUS, Damásio. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 6, nº 38, set. 1998. p. 11.

¹⁸⁷ BARTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr. 1992. p. 410.

¹⁸⁸ ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 46.

¹⁸⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Pena (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.-jun. 1971. p.17.

caracterizado por fatores biológicos responsáveis por transformações corporais e psicológicas no indivíduo que atravessa essa fase de desenvolvimento, é dos grandes responsáveis pela transformação da moralidade pública, entendida esta como a moral aceita e compartilhada por um dado grupo social¹⁹⁰.

É que as duas bem delineadas fases da adolescência, a primeira, em que são experimentados e externados impulsos eróticos e agressivos, e a segunda, na qual há uma afirmação do ego sobre o id, 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. E aquele fenômeno não pode ser compreendido independente dos determinantes econômicos e socioculturais.

Com efeito, ensina Novoa Monreal:

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 centralizava sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que a eles 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 alteração¹⁹¹.

Como conseqüência destas modificações de conceitos derredor da moralidade é que, afirma Marilena Chaui,

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 precondição 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

¹⁹⁰ LUCAS, Ana Cláudia Vinholes Siqueira. Transtornos Psicológicos versus Delinqüência Juvenil: Alguns aspectos psicológicos da Delinqüência Juvenil. In: BITENCOURT, Cezar R. (org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 48-49.

¹⁹¹ NOVOA MONREAL, Eduardo. Progreso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Pena (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.-jun. 1971. p. 25.

independente; valorizam 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 conselhos¹⁹².

Com efeito, se tudo mudou, não poderia ser diferente em relação à liberdade sexual. O assunto sexo, antes tabu, passou a ser uma realidade presente na nossa sociedade, na vida das pessoas. O tema passou a ser tratado com maior e mais ampla liberdade porque a visão das pessoas sobre o mesmo também se modificou. Atitudes outrora tidas como inaceitáveis já mais não o são¹⁹³.

Enfim, a sexualidade, nos tempos atuais, é objeto de discussões na mídia, passou à condição de matéria curricular, enfim, de interesse e preocupação social, tanto em relação a adultos quanto crianças e adolescentes. O discurso psicanalítico terminou por desatrelar a sexualidade do meramente genital, remetendo-a a uma nova dimensão, a dimensão da vida.

3.4. Transformações do padrão comportamental sexual do jovem

Há um consenso de que pouco se conhece sobre o comportamento sexual do jovem brasileiro uma vez que a grande parte dos trabalhos consiste em pesquisas com poder de generalização limitado, quer por não se apoiar em amostras efetivamente representativas, quer por serem estudos clínicos. Os conhecimentos disponíveis sobre o comportamento sexual do jovem, contudo, revelam que inúmeras mudanças se verificaram nas últimas décadas, em outras palavras: o sentimento médio público de pudor e vergonha da juventude se transformou¹⁹⁴.

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

¹⁹² CHAUI, Marilena. *Repressão Sexual*. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 139.

¹⁹³ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Progresso Humano e Direito Penal*. Trad. J. Sérgio Frago. *Revista de Direito Pena (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.-jun. 1971. p.26-27.

¹⁹⁴ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt *et alli* (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 9-10.

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 que o jovem “fica”, quase um desconhecido¹⁹⁵.

Existe, desse modo, quem defenda a ocorrência de uma “revolução sexual” provocada pelo declínio da autoridade paterna, crescente divulgação de material erótico, aumento da frequência da gravidez pré-matrimonial e da liberdade dos encontros e das diversões e facilidade do acesso aos contraceptivos. Aquela, entretanto, é negada por outros tantos estudiosos da adolescência, que entendem ter havido, de fato, uma evolução timbrada por um comportamento sexual avançado nas idades precoces e uma maior igualdade entre os sexos¹⁹⁶.

De qualquer forma, é inegável que transformações ocorreram nos padrões morais sexuais de nossa sociedade. E não apenas fruto do advento da pílula, ou da importação da cultura dos países mais desenvolvidos, transmitida pelos meios de comunicação social¹⁹⁷. É que, a despeito da tecnologia do planejamento familiar, pesquisas recentes atestam que a maior parte das adolescentes sexualmente ativas não recorre aos métodos contraceptivos, de modo que o relacionamento sexual na adolescência não é consequência do acesso aos anticoncepcionais¹⁹⁸.

Mesmo nos anos 70, período de censura e repressão política, deu-se uma proliferação de material pornográfico que oferecia formas alternativas de prazer obtidas através do envolvimento sexual sem limites. Os namoros passaram a ser mais efêmeros, perdendo a características de ritual de passagem para o casamento. A preocupação excessiva com o corpo veio a se transformar em um verdadeiro culto e, assim, estimular práticas sexuais sem compromisso, chamadas de “amizades coloridas”, e relações descartáveis como objeto de consumo.

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

¹⁹⁵ CARELLI, Gabriela. O Sexo Começa Cedo e Com Ousadia. *Veja*. São Paulo, ano 35, nº 6, ed. nº 1.738, 13 fev. 2002. p. 80.

¹⁹⁶ Mc KINNEY, J.P. et alli, *Psicologia do Desenvolvimento*, Rio de Janeiro: Campos, 1983. p. 49-51.

¹⁹⁷ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt et alli (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 11.

¹⁹⁸ ALGELI, H. A. *A Problemática Sexual na Adolescência*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, 1986. p. 41.

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 feminina¹⁹⁹.

Todavia, o que se observa na geração atual é que o comportamento sexual não tem mais nem o resquício daquela energia rebelde, transformadora que o marcava nos anos 60²⁰⁰. Os jovens não procuram chocar seus pais ou a sociedade com seu comportamento sexual precoce, simplesmente intencionam, e cada vez mais cedo, exercer sua liberdade, em todas as suas variantes.

A própria sociedade se encarregou, há muito tempo, de afastar um maior valor à integridade himenal, já que o casamento deixou de ser um marco para o início da atividade sexual²⁰¹. Podemos, antes, dizer, sem medo de errar, que a passagem do jovem pela adolescência sem uma iniciação sexual provoca por parte do meio social dúvidas e conclusões negativas sobre a capacidade atrativa do mesmo, já que se trata de comportamento minoritário nos dias atuais. Hoje, mulheres solteiras se sentem constrangidas, ao alcançarem certa idade, de revelarem ainda serem virgens.

O sexo, segundo o cientista Elsimar Coutinho, se tornou mais acessível e praticado por um número cada vez maior de jovens, deixando de ser valorizado como uma das melhores coisas da vida, chegando aquele a afirmar que “os jovens, e, também, os adultos, fazem sexo como se estivessem comendo um sanduíche”²⁰². Ainda que possa parecer um tanto exagerada tal conclusão, indubitoso que os jovens fazem sexo cada vez mais cedo e de forma mais despreocupada que antes.

Em verdade, a sexualidade só pode ser analisada como um processo contínuo e dinâmico determinado pela história pessoal do indivíduo, influências socioculturais transmitidas pelos agentes de socialização e das contingências que refletem as normas sociais

¹⁹⁹ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt *et alli* (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p.10-14.

²⁰⁰ CARELLI, Gabriela. O Sexo Começa Cedo e Com Ousadia. *Veja*. São Paulo, ano 35, nº 6, ed, nº 1.738, 13 fev. 2002. p. 82.

²⁰¹ SILVA, Cesar Antônio. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 65-89.

²⁰² AQUILES, Haroldo. Desempenho Sexual em Xequê. *A Tarde*. Salvador, ano 89, nº 30.342, 5 maio 2002. p 4.

dominantes. É fundamental, portanto, proceder ao estudo da sexualidade do jovem sob a ótica das práticas sexuais, crenças religiosas, sistema jurídico, concepções e valores determinados pelo sistema socioeconômico no qual o jovem está inserido²⁰³.

As mudanças nos padrões de comportamento, dessa forma, não se deram de forma generalizada para toda a população brasileira, certo que, também, a sexualidade na adolescência se diferencia com a estratificação social e tradição de cada região²⁰⁴. 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 de 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 atuais²⁰⁵.

Este duplo padrão de moralidade que sempre determinou os papéis de sexo em nossa sociedade, originado do sistema de valores dos mouros da Península Ibérica à época da descoberta, dos males morais da escravatura e das condições demográficas e econômicas que caracterizavam a colônia, persiste, ainda, em alguns aspectos da sexualidade. Com efeito, a maior igualdade entre os sexos, com a crescente liberação das mulheres, não impediu que estas permanecessem mais monogâmicas e menos permissivas que os homens, manifestando, ainda, mais necessidade de envolvimento emocional com o parceiro²⁰⁶.

Não obstante, nos últimos anos, pode-se falar de certa resistência da sociedade brasileira às inovações sociais, o que se justifica por motivo de natureza econômica, já que a regulamentação do patrimônio, a legitimação da prole, o poder marital e paterno e a valorização das relações familiares, em todas as camadas sociais, tidos como necessários à

²⁰³ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt *et alli* (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 09.

²⁰⁴ ALGELI, H. A. *A Problemática Sexual na Adolescência*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, 1986. p. 11.

²⁰⁵ ALGELI, H. A. *A Problemática Sexual na Adolescência*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, 1986. p. 11

²⁰⁶ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt *et alli* (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 11.

manutenção do sistema econômico atual, determinam a condenação da maternidade fora do casamento, do aborto, das práticas sexuais pré-maritais. Este entendimento conta, por sua vez, com firme apoio da Igreja Católica a qual, ao menos nominalmente, filia-se a maior parte da população brasileira, a despeito de bastante influenciada por outras religiões e cultos.

De qualquer forma, a repressão sexual advinda de uma religião católica tradicional é indubitosa, vem diminuindo desde os anos 60, 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. O grupo de pares e as identificações positivas, ou negativas, com as figuras parentais são fatores que hoje parecem influenciar mais na prática sexual dos adolescentes, mesmo porque determinantes na aceitação, ou ruptura, de valores e normas religiosas²⁰⁷.

Hoje, enfim, se pode falar da coexistência da evolução sexual com valores conservadores, presentes em várias regiões e classes sociais do país, o que explica algumas peculiaridades existentes no comportamento sexual do jovem brasileiro²⁰⁸.

3.5. Capacidade de consentimento do menor na prática de atos sexuais

No âmbito normativo penal, o juízo de reprovação sobre a pessoa só é possível uma vez instalada sua capacidade de culpabilidade, entendida esta como o momento em que ele é capaz de alcançar a exata representação de sua conduta e agir com plena liberdade de entendimento e vontade. É a denominada imputabilidade que na história do Direito Penal sempre esteve vinculada à norma e quase sempre à idade²⁰⁹.

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.

²⁰⁷ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt et alli (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p. 11-12.

²⁰⁸ BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt et alli (orgs.) *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), Universidade Federal da Bahia, 1989. p.13.

²⁰⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 166.

O Código Penal português de 1886 previa norma semelhante, sendo inimputáveis os menores de 10 anos e imputáveis, condicionado 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 (art. 19) e o espanhol, aos 18 anos²¹⁰.

Ora, se não existe consenso sobre o período em que se estende a adolescência, e por conseqüência a puberdade física e mental, não poderia haver no que se refere à idade em que a pessoa apresenta desenvolvimento psíquico suficiente para suportar a censura penal. Para Vermeylen, a adolescência vai dos 12 aos 18, para Lancaster, Ch. Buhler e Wergel, se prolonga até os 20 ou 22, W. Stern pensa que vai dos 13 aos 21 e Bigellow acredita que vai dos 13 aos 19²¹¹.

Todavia, a despeito dos avanços da psicologia reclamarem por um critério mais adequado e preciso para a determinação da capacidade, a dificuldade para acompanhar o desenvolvimento da personalidade e identificar o momento em que o homem se encontra mentalmente desenvolvido para compreender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com este entendimento, no caso concreto, faz do critério cronológico o mais seguro e eficiente, trazendo paz e tranqüilidade no meio social²¹².

Por outro lado, a idade em que se considera uma pessoa capaz varia conforme o ato que tenha que praticar ou sujeitar-se. A pessoa humana adquire personalidade civil e, por conseqüência, a titularidade do bem jurídico, com o nascimento com vida, todavia, a validade dos seus atos jurídicos dependerá do alcance da consciência e da vontade reconhecidas pela lei. Se no âmbito da reprovação penal se considera no Brasil inimputável os menores de 18 anos, consoante o Código Penal de 1940, em vigência, na esfera civil somente com o atual Código Civil, de 2002, passaram a ser considerados capazes as pessoas entre 18 e 21 anos, certo que no Código Civil anterior, de 1916, eram considerados apenas relativamente capazes os maiores de 16 e menores de 21 anos.

A capacidade de consentimento também, possui regulamentação própria. A expressão consentimento, originada do latim *consentire*, significava, inicialmente, a concordância entre

²¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 142-143.

²¹¹ DEBESSE, Maurice. *Las Crises de Originalidad Juvenile*. Buenos Aires: Biblioteca Nova, 1995 *apud* MINAHAIM, Maria Auxiliadora. *Menor. Sujeito de uma Tutela Jurídica Especial*. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979, p. 30

²¹² MINAHAIM, Maria Auxiliadora. *Menor. Sujeito de uma Tutela Jurídica Especial*. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979. p. 104-105.

as partes ou uniformidade de opinião²¹³. Nascida incapaz, progressivamente vai vendo a pessoa reconhecida sua manifestação de vontade como apta para produzir efeitos jurídicos. A validade do consentimento variará conforme a natureza do ato a ser exercido, o consentimento dado pelo incapaz não tem efeito jurídico algum. No campo penal sexual, a capacidade de consentimento do menor refere-se ao momento em que o mesmo adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, passa a contar com amadurecimento biológico (emocional, social, cognitivo) e fisiológico para assimilar a prática sexual, tornando-se válida a sua anuência para a relação carnal.

3.5.1. Critério etário definido pelo Código Penal e capacidade de entender e consentir à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente

Com fundamento nos costumes, na moralidade pública e individual, o legislador do Código Penal de 1940 criou a ficção jurídica da presunção da violência prevista no art. 224, al. “a”, para a hipótese de crimes sexuais praticados contra vítimas menores de 14 anos de idade, estabelecendo, assim, o critério etário (biológico) para fixar o marco da capacidade de consentir no ato sexual. Calcou-se o mesmo na “*innocentia consilii*” da vítima menor de 14 anos de idade, seja, sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento, utilizando um tradicional critério jurídico-penal, pelo qual se presume ou finge a violência nos crimes sexuais quando a vítima, por sua tenra idade, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido²¹⁴.

Entendeu, desse modo, o legislador que somente aos 14 anos de idade o menor, em razão de seu amadurecimento psíquico, encontra-se preparado para os atos sexuais, antes disto seu consentimento é considerado nulo por decorrer de uma visão distorcida da realidade e da perspectiva de vida.

Historicamente, nosso *ius positum* já experimentou evolução nessa matéria. O legislador do Código Penal em vigor, na época de sua construção, 1940, vislumbrou a necessidade de modernização do direito e sua adaptação às alterações dos padrões socio-

²¹³ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do delito)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 66.

²¹⁴ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, mar. 1999. p. 65.

culturais, razão pela qual reduziu o limite etário para a presunção de violência nos crimes sexuais de 16 anos (CP de 1890, art. 272) para 14 anos de idade²¹⁵.

Da mesma forma, o legislador do Estatuto menoril 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 a criança (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, a primeira, a medidas de proteção e, o segundo, a medidas socioeducativas²¹⁶.

O reconhecimento legal de que o adolescente está sujeito a medidas socioeducativas, só formalmente diferentes das sanções penais e inconfundíveis com as aplicadas à criança, permite a conclusão que o legislador entreviu no adolescente certa capacidade de discernimento e de determinação. Logo, para o Estatuto do Menor, 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 prisão²¹⁷.

O legislador de 1940 percebeu que já não era, à época, concebível a idéia esboçada no Código Penal de 1890 de que o menor de 16 e maior de 14 anos era imaturo sexualmente, afinal, fruto de uma realidade social e jurídica não mais existente. Pois bem, passados outros 60 anos, o julgador permanece com o mesmo limite de 14 anos de idade para efeito de conclusão sobre a liberdade de autodeterminação sexual, como se o adolescente de hoje, principalmente o da faixa etária de 12 a 14 anos, fosse o mesmo de 1940, negando-se o avanço da humanidade em todos os aspectos, inclusive o de ordem biológica. Avanço, este, inclusive, já reconhecido pelo legislador de 1990, em relação à capacidade de entendimento do maior de 12 anos, como descrito no Estatuto Menoril.

²¹⁵ BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa de Relativização da Presunção de Violência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr.1992. p. 411-413.

²¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, 1996. p.166-167.

²¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, 1996. p. 181.

CAPÍTULO 04- Crimes Sexuais contra Menores Incapazes de Consentir Validamente no Direito Estrangeiro: Portugal e Espanha. Uma Análise Comparada.

Sumário: 4.1. Reforma do Código Penal Português 4.1.1. Crimes sexuais
4.1.2. Crimes sexuais contra menores de 14 anos de idade 4.2. Novo Código Penal Espanhol 4.2.1. Crimes sexuais 4.2. 2. Crimes sexuais contra menores de 13 anos de Idade 4.3. Análise comparada

4.1. Reforma do Código Penal Português

Na introdução do decreto-lei nº 48/95, que reformulou o Código Penal Português, declara-se que

A tendência cada vez mais universalizante para a afirmação dos direitos do homem como princípio basilar das sociedades modernas, bem como o reforço da dimensão ética do Estado imprimem à justiça o estatuto de primeiro garante da consolidação dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade, com especial destaque para a dignidade da pessoa humana²¹⁸.

Mas, impede ressaltar, tem-se como certo, nos dias atuais, que o combate à criminalidade não se resume à legislação penal, muito menos, à gravidade das sanções penais cominadas. Trata-se, antes, de um processo bem mais complexo que abrange a operacionalidade e articulação das forças policiais, a redução ao máximo dos fatores de marginalidade, quais sejam, a precariedade das condições sociais, econômicas e culturais da população e exclusão das minorias, e a rápida e eficaz aplicação da sanção em resposta à violação de normas legais.

Dentro do movimento internacional de reforma criminal que ganhou impulso a partir da década de 70, defensor da aplicação de penas alternativas aos crimes de pequena e média gravidade, reserva da pena privativa de liberdade, considerada como um mal necessário, aos crimes de maior potencial lesivo, com a redução ao máximo do campo de atuação do Direito Penal, este, minimalista, fragmentário e subsidiário, o Código Penal Português de 1982 foi alterado pelos decretos-leis n.º 48, de 15 de março de 1995, e n.º 65, de 02 de setembro de 1998. Permaneceu o velho Código válido na sua essência, sofrendo, entretanto, alterações com vistas a ajustá-lo à uma realidade criminológica em constante mutação bem como aos seus propósitos iniciais.

²¹⁸ PORTUGAL, *Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 3.

Afirma José Antônio Mouraz Lopes que o novo Código corresponde

a uma visão unitária, coerente, marcadamente humanista, e em muitos aspectos, profundamente inovadora, amplamente discutido e aplaudido, nacional e internacionalmente, o actual Código Penal de 1982, constitui uma autêntica viragem de todo o ordenamento jurídico penal até aí vigente²¹⁹.

Com efeito, foram introduzidas significativas mudanças no plano das sanções criminais, sempre se tendo em mira a observância da necessidade, proporcionalidade e adequação na determinação da pena aplicável, e de sua finalidade de proteção dos bens jurídicos e, ao mesmo tempo, reintegração do agente na sociedade, condição essencial da realização da filosofia do Direito Penal, tão esquecida. Afirmou-se, ainda, o valioso papel dos operadores do Direito, vez que no momento da concretização da pena é que os desideratos de prevenção geral e especial e de reintegração ganham pleno sentido²²⁰.

4.1.1. Crimes sexuais

Na parte especial do novo diploma repressivo, nos interessam, particularmente, as profundas modificações que tiveram lugar na matéria dos chamados crimes sexuais, a começar pela deslocação, não apenas formal, dos crimes sexuais do título relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título crime contra as pessoas, onde se encontram em capítulo próprio intitulado “Dos crimes contra liberdade e autodeterminação sexual”²²¹.

Abandonou-se, desse modo, a tradicional e moralista tendência de proteção do bem jurídico da moralidade e dos costumes na previsão dos delitos sexuais, para tutelar-se a liberdade e autodeterminação sexuais (*sexuelle selbstbestimmung*, como preferem os alemães), bens eminentemente pessoais²²². “A nova versão do Código Penal de 1982 assume, pela primeira vez, a liberdade e a autodeterminação sexual como o bem jurídico fundamental

²¹⁹ LOPES, José Antônio Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 10, abr.-jun.1995. p. 47.

²²⁰ PORTUGAL. *Código penal*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 5.

²²¹ ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes Contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16, out.- dez. 1996. p. 87.

²²² Tal enquadramento já vinha sendo defendido por boa parte da doutrina portuguesa e internacional, conforme Figueredo Dias: Crime Contra os Costumes. Enciclopédia Polis, Verbo, I v, Jose Luis Diez Ripolles: El Derecho Penal ante el Sexo. Barcelona: Bosch, 1981 e Natscheradetz, Karl Prehaz: O Direito Penal Sexual, Conteúdo e Limites. Coimbra: Almedina, 1985.

*tutelado pelos tipos criminais aí referidos*²²³, de sorte que, hoje, só se considera legítima a incriminação de condutas do foro sexual se e na medida em que atentem contra um específico bem juridicamente pessoal, correspondente à liberdade de expressão sexual²²⁴.

Daí terem, também, sido eliminados do Código Português vários tipos como a cópula mediante fraude, atentado ao pudor, ultraje público ao pudor e ultraje ao pudor de outrem, a fim de que não permanecesse a mais leve referência a qualquer conceito de índole moral. Mesmo quando ali se fala em prática de “acto sexual de relevo”, é certo que a aplicação da norma não pode ter qualquer conotação ou configuração de índole moral, pois os conceitos éticos-sociais no campo sexual transformam-se com uma rapidez tal, de sociedade para sociedade e de cultura para cultura, que não se compadecem com codificações legais.

O capítulo em análise, de sua vez, encontra-se dividido em duas secções, o de crimes contra a liberdade sexual e o de crimes contra a autodeterminação sexual. Ensina Jorge de Figueiredo Dias que, em verdade, o bem juridicamente protegido em qualquer das duas é o mesmo, seja, a liberdade e autodeterminação sexual, mesmo porque difícil, senão impossível, traçar a linha de fronteira que separaria a liberdade da autodeterminação. Esclarece, ainda, que a razão da distinção na denominação reside no fato de na secção segunda se proteger situações que não seriam crimes se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou de menor gravidade, mas que são consideradas condutas delitivas por se tratar a vítima de um menor de idade, tutelando-se, aqui, também, o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual²²⁵.

Liberdade sexual entendida, esclarece Fernando João Ferreira Ramos, “*não só como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, como a liberdade de opção e de actuação de cada um no domínio da sexualidade, mas também como o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual*”²²⁶, o que vem a significar que o Direito Penal não deve ser um limite da liberdade sexual, mas um garante da mesma, partindo-se do reconhecimento da plena autonomia da livre determinação pessoal em matéria sexual entre adultos e em privado, pautando a sua intervenção pelos princípios da

²²³ LOPES, José António Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 10, abr.-jun.1995. p. 48.

²²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes Contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16, p. 95.

²²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, tomo 1. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 441-442.

²²⁶ RAMOS, Fernando João Ferreira. Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI. *Revista do Ministério Público*, ano 15, nº 59, jul.-set. 1994. p. 30.

necessidade e dignidade pessoal e conduzindo também à não-criminalização de condutas meramente imorais que não ofendem bens jurídicos fundamentais da comunidade, a exemplo da prostituição, pornografia e adultério.

As novas definições dos crimes de violação e coacção sexuais, assemelhados aos nossos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, de sua vez, não deixam dúvida de que a vítima destes crimes tanto pode se tratar do homem quanto da mulher, ratificando-se, assim, a concepção de que, através da tipificação dos crimes sexuais, se protege em última instância, a dignidade da pessoa humana.

4.1.2. Crimes sexuais contra menores de 14 anos de idade

Através da criminalização das condutas sexuais praticadas contra menores de idade, ensina José Antônio Mouraz Lopes

não se pretende tutelar um padrão de comportamentos sexuais ou proteger qualquer classe ou tipo de pessoas em particular, mas sim tutelar e proteger uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida e apenas parcialmente autônoma dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de acções sexuais bilaterais. Reconhece-se implicitamente o direito à sexualidade como o direito a proteger e a tutelar, no âmbito do direito à liberdade individual, mas também o direito à protecção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento, que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica²²⁷.

Com efeito, o estabelecimento desta protecção legal decorre do fato da liberdade, em qualquer de suas variantes, ter como pressuposto livre manifestação da vontade, e esta, de sua vez, requerer livre formação da vontade, bem como do fato de se saber que

os tipos de experiências sexuais que uma pessoa tem, especialmente durante a adolescência, são importantes na direcção ou reforço do fluxo da sua preferência sexual, sendo por isso importante que nesta fase da formação da personalidade se procure de sobremaneira um desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual²²⁸.

²²⁷ LOPES, José Antônio Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, nº 10, abr.-jun.1995. p. 50.

²²⁸ LOPES, José Antônio Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 81.

O novo Código Português, por isso, conferiu especial proteção aos delitos sexuais com vítimas menores, atentando-se a sua especial vulnerabilidade. Além de ter estabelecido agravação geral ocorrida de relação ao mínimo e máximo de pena cominada para as figuras típicas da violação e coação sexual, que era inferior àquelas dos crimes contra o patrimônio, e, desse modo, alvo de ferrenhas críticas, elevou de um terço as sanções nos casos dos crimes sexuais serem praticados contra menores de 14 anos. Erigiu, pois, a idade de menor de 14 anos da vítima em circunstância agravante.

No que diz respeito aos crimes sexuais praticados contra menores e incapazes com o seu consentimento, ou, pelo menos, sem a sua resistência, o novo Código Português reporta-se ao crime de abuso sexual (arts. 165 e 172), diferenciando-os, destarte, daqueles onde existe emprego de meios coativos contra a vítima.

O abuso sexual de menores encontra-se inserido na secção II denominada de crimes contra a autodeterminação sexual. É de se observar, entretanto, que, em relação aos menores de idade valem, subsidiariamente, os crimes definidos na secção I, intitulada crimes contra a liberdade sexual, desde que não afastados pela especialização traduzida na secção II²²⁹.

Sobre o tema assim dispôs o legislador português:

Art. 172. Abuso sexual de criança

1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
 2. Se o agente tiver cópula, coito anal ou coito oral com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.
 3. Quem:
 - a) Practicar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos; ou
 - b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espetáculo ou objecto pornográficos;
 - c) Utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou
 - d) Exibir ou ceder a qualquer título ou por qualquer meio os materiais previstos na alínea anterior;
- É punido com pena de prisão até 3 anos.

²²⁹ RAMOS, Fernando João Ferreira. Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei nº 92/VI. *Revista do Ministério Público*, ano 15, nº 59, jul.-set. 1994, p. 37.

4. Quem praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

Optou o legislador, por conseguinte, pela fixação da idade de 14 anos incompletos para efeito da configuração do crime de abuso sexual contra a pessoa menor de idade, entendendo ser o menor de 14 anos de idade incapaz de consentir validamente na prática de ato sexual, ou que a prática sexual antes dos 14 anos prejudica o desenvolvimento global do menor, acreditando, enfim, ser o limite etário dos 14 anos a fronteira entre a infância e a adolescência²³⁰.

Cumpra aqui registrar que a lei penal portuguesa, com a reforma, inexplicavelmente, deixou de distinguir entre cópula com menor de 12 anos e com menor entre 12 e 14 anos de idade, como fazia o Código Penal de 1982 nos arts. 201, n. 2 e 202, n. 1, respectivamente, punindo mais gravemente no primeiro caso²³¹.

Demais disso, percebe-se que no item 3 do supracitado artigo de lei, utilizou-se, indevidamente, das expressões - conversas obscenas, objetos, espetáculos, filmes, fotografias e gravações pornográficas -, impregnadas de referências morais. Porém, dentro da linha de entendimento que o bem jurídico aqui tutelado é a autodeterminação sexual, e não a moral pública, concluem doutrinadores portugueses que objetos obscenos e pornográficos devem ser considerados aqueles capazes de provocar excitação sexual a terceiros, de um lado, e de outro, aqueles idôneos a produzir dano no desenvolvimento fisiológico ou psicológico de pessoas imaturas²³². Dessa forma, se assegura a devida atenção ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal na concretização interpretativa do referido texto legal, de modo que não haja intervenção para reprimir fatos que não lesem direitos de terceiros ou careçam de nocividade social.

De relação ao maior de 14 e menor de 16, admitiu-se a sua capacidade de autodeterminação na esfera sexual embora com certa restrição. É que criminalizada a prática de atos homossexuais de relevo com aqueles (art. 175) bem como a prática de cópula, coito anal ou oral, desde que tenha havido abuso de sua inexperiência (art. 174). Embora a

²³⁰ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 81.

²³¹ ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos arts. 163 a 179 do Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 94.

²³² LOPES, José Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 83.

homossexualidade entre adultos, ou entre menores, não seja considerada conduta criminosa, pune-se a mesma quando praticada pelo maior com menor de 16 anos de idade, por se entender que estes são particularmente vulneráveis a influências que podem comprometer uma vontade livre e consciente de se determinarem sexualmente²³³. Já a inexperiência, esclarece José Mouraz Lopes, não pode significar desconhecimento das coisas do sexo sob o aspecto teórico, não se exigindo, assim, que a vítima seja alheia à vida social, totalmente inocente ou ingênua. Inexperiente, antes, será a pessoa que não possui o conhecimento prático das atividades sexuais, que não se mostra capaz de formular um juízo ético sobre essa atividade e suas conseqüências²³⁴.

O que se entende é que havendo erro na decisão da vontade do menor, em razão de sua inexperiência, atenta-se contra o direito natural do ser humano que é o de dispor livremente da sua sexualidade. Busca-se, em suma, defender a integridade sexual do menor numa idade que a irreflexão, a credulidade, a imprevisão, o imperfeito conhecimento da vida e das conseqüências dos seus atos o colocam à mercê de qualquer sedutor pouco escrupuloso. Exige-se, destarte, a demonstração do nexo causal entre o abuso da inexperiência de um menor entre 16 e 14 anos e o ato sexual, de modo que se possa dizer que, sem aquele, este não se verificaria. Trata-se, em suma, de transposição para os adolescentes na faixa de 14 a 16 anos de idade de certas tipicidades de respeito aos menores de 14 anos, mas com certas exigências especiais.

Também, tipificada a conduta da pessoa que venha a praticar ato sexual de relevo, cópula, coito anal ou coito oral com menor entre 14 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência (art. 173), única situação em que a prática de ato sexual com menor de idade igual ou superior a 16 anos é punida. Pune-se, por fim, o lenocínio e tráfico de menores de 16 anos.

4.2. Novo Código Penal Espanhol

Na exposição de motivos da Lei orgânica nº 10 de 23 de novembro de 1995, que modificou o Código Penal Espanhol, o legislador afirma que “*El Código Penal há de tutelar*

²³³ GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português. Anotado e Comentado. Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 570.

²³⁴ LOPES, José Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 94.

los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambiam, debe también cambiar”²³⁵.

Com efeito, várias modificações foram introduzidas com o novo Código Penal Espanhol, merecendo destaque a ampla reforma no sistema de penas, visando à efetiva ressocialização determinada pela Constituição Federal, o enfrentamento do problema da antinomia existente entre o princípio da intervenção mínima e a crescente necessidade de tutela em uma sociedade cada vez mais complexa, o especial relevo dado a tutela dos direitos fundamentais, a eliminação de privilégios nas ingerências ilegítimas de funcionários públicos no âmbito dos direitos e liberdades dos cidadãos, e, por fim, o avanço no caminho da igualdade real e efetiva²³⁶.

Neste último passo, importante ressaltar a nova disciplina dada aos delitos contra a liberdade sexual que, observando a questão das condutas tendentes à discriminação, busca adequar os tipos penais ao bem jurídico efetivamente envolvido, seja, a liberdade sexual de todos e, não mais, como já se pensou, a honestidade da mulher. O citado diploma repressivo, enfim, tem pretensões de universalidade no que se refere aos seus princípios e técnicas de elaboração, utilidade, sem crença de perfeição, e aceitação, vez que resultado de participação ampla dos diversos segmentos da sociedade e opções que se pareceram mais razoáveis.

4.2.1 Crimes sexuais

A atual regulamentação dos delitos contra a liberdade e integridade sexuais, “*libertad e indemnidad sexuales*”, como denominam os espanhóis, decorre da reforma operada pela Lei orgânica n.º 11 de 30 de abril de 1999, modificadora dos capítulos I a IV do título VIII do livro II do Código Penal aprovado pela Lei orgânica n.º 10 de 23 de novembro de 1995, atendendo aos anseios do grupo parlamentarista popular e do Ministério Público para se garantir uma autêntica proteção à integridade e à liberdade sexual dos menores e incapazes²³⁷.

Substituiu-se a denominação “delitos contra a liberdade sexual” do título VIII, o que era reclamado pela quase totalidade da doutrina espanhola, que entende que o bem jurídico

²³⁵ BARCELONA. *Código Penal*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A., 1996. p. 7.

²³⁶ BARCELONA. *Código Penal*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A., 1996. p. 6-9.

²³⁷ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 177.

que se quer proteger com as disposições delituosas contidas no referido título não se limita à liberdade, à autodeterminação sexual, ao direito de rechaçar intromissões de terceiros neste âmbito. Mas, também, a um direito de *indemnidad y intangibilidad* dos menores de idade e incapazes, pessoas que carecem da possibilidade de autodeterminar-se sexualmente²³⁸. A expressão *indemnidad*, por não ter um conceito unânime, terminou sendo identificada a *intangibilidad*, vindo a expressar a opinião social de que certas pessoas, em razão das qualidades que possuem ou da situação em que se encontram, são sexualmente intocáveis, devendo permanecer completamente à margem da experiência sexual²³⁹.

Afirma o jurista espanhol Alonso Pérez que, apesar da “revolução” no sistema penal então vigente realizada através da regulamentação do título VIII no Código Penal de 1995, este ainda não correspondia às exigências da sociedade nacional e internacional com relação aos bens jurídicos em jogo, que não se reduzem à expressada liberdade sexual, visto que também hão de ter em conta os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da integridade sexual dos menores e incapazes, cuja vontade, carente da necessária formação para poder ser considerada livre, não pode ser sempre determinante da licitude de algumas condutas que, todavia, poderiam ser lícitas entre adultos²⁴⁰.

Este entendimento, todavia, é importante que se diga, não conta com o apoio da totalidade dos juristas espanhóis, havendo quem entenda que a limitação do conceito de liberdade sexual aos casos em que a vítima esteja em condições fáticas e jurídicas de decidir se mostra inadequado para “*expresar la auténtica dimensión axiológica que es propia del ejercicio libre de la sexualidad em nuestra sociedad*”. Inclusive porque a legislação penal em vigor reconhece parcialmente o exercício de liberdade sexual por parte dos menores, tanto assim que atribui maior relevância jurídica (sanção mais grave) ao vencimento de sua vontade contrária à manutenção de ato sexual (agressão) do que a outorga de consentimento viciado para realizá-lo (abuso). Demais disso, todo o art. 181 do Código Penal Espanhol, que trata do

²³⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido et alii. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Artículos 138 -385*. Madrid: Trivium, 2000, p. 2.159 -2.160.

²³⁹ Díez Ripollés, José Luis. El Objeto de Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual. In: Díez Ripollés, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 232.

²⁴⁰ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 15.

crime de abuso sexual, está estruturado sobre a ausência de consentimento da vítima, algo irrelevante para a *indemnidad*²⁴¹.

Não obstante, o novo Código, em atenção ao princípio da intervenção mínima, somente pretende ocupar-se de condutas relativas ao âmbito sexual que efetivamente constituem lesão à liberdade de autodeterminação sexual, sem qualquer caráter de moralidade.

4.2.2. Crimes sexuais contra menores de 13 anos de idade

A Lei orgânica nº 11/99 estabeleceu a idade de 13 anos como limite do que, em se tratando de menores, deve ser considerado *víctima especialmente vulnerable por razón de su edad*. De fato, dispõe o § 1º, al. 3ª, do art. 180 que incidirá uma agravante no caso de prática de crime de agressão sexual “*cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo o caso, cuando sea menor de trece años*”²⁴². Trata o referido dispositivo de crime sexual praticado com violência ou intimidação contra vítima menor de 13 anos ou incapacitados, temporária ou permanentemente, sem que haja o seu consentimento. A referência à idade de treze anos é um critério puramente cronológico, de idade física.

Ensina Orts Berenguer que caberá a aplicação da agravante quando o ofendido encontrar-se, por alguma das causas mencionadas, de maneira crônica ou momentânea, em uma situação de manifesta desvantagem e debilidade para enfrentar com chance de êxito as intenções do agente, em uma situação de inferioridade manifesta em razão da desproporcionalidade de forças ou pelo estado de abatimento, de apurada necessidade²⁴³.

Para Escobar Jiménez, tal parágrafo se refere à pessoa que conta com pouca defesa, facilmente atacável, pretendendo o legislador castigar com maior severidade atentado sexual a pessoas com escassa capacidade de reação e oposição. Devendo se tratar a vítima de pessoa

²⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Objeto de Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 237-238.

²⁴² CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis In Idem. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociación de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 718.

²⁴³ ORTS BERENGUER, E. Delitos contra la Libertad Sexual, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen I, coordinado por VIVES ANTÓN, T. S. Valencia: Tirant lo blanch, 1996. p. 934 *apud* ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 62.

especialmente vulnerável, exige-se que em cada caso concreto seja realizada uma valoração, sempre observando-se a sua idade, enfermidade ou situação²⁴⁴.

Acrescenta, ainda, Castelló Nicás que, no referido dispositivo de lei, a vítima menor não é apenas considerada especialmente vulnerável para ser intimidada, mas também para sofrer as repercussões de um ato de natureza sexual. Busca-se, destarte, proteger o direito do menor a um bem-estar psíquico, a um descobrimento espontâneo da sexualidade, sem traumas e intromissões de terceiros, entendendo-se que o menor até 13 anos é mais suscetível de ser prejudicado ou lesionado, de ser ferido no âmbito de seu desenvolvimento psicológico²⁴⁵.

Por outro lado, consta do capítulo II do título VIII, que trata dos crimes de abusos sexuais, que:

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado como responsable de abuso sexual com la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.
2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se allen privadas de sentido o de cuyo transtorno mental se abusare.
3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.
4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

A nota diferenciadora deste tipo penal em relação ao anterior apontado, seja, a agressão sexual, é justamente a ausência de violência e intimidação, mas, também, de consentimento, ou pelo menos a presença de um consentimento viciado, por parte da vítima menor de 13 anos e dos incapazes para a prática de atos sexuais em geral. Sobre o assunto, esclarece Carmona Salgado que não deveria ser o caso de considerá-los incapazes de

²⁴⁴ ESCOBAR JIMÉNEZ, R. *Delitos contra la Libertad Sexual*. In: Código Penal de 1995(Comentarios y Jurisprudencia). Granada, 1988, p. 1064 apud CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis In Idem. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociacion de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 717-726.

²⁴⁵ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis In Idem. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociacion de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 720.

consentir, salvo no caso de privação de sentido, mas de considerar-se o consentimento daqueles sem validade no ordenamento penal²⁴⁶.

De qualquer forma, houve grande inovação em relação às condutas típicas revogadas sobre a matéria, anteriormente previstas nos artigos 429 e 430 do Código Penal de 1973, nas quais havia equiparação do ato sexual praticado contra menores e incapazes ao ato praticado com violência ou intimidação, falando-se de violência presumida, ou em espanhol, *violación presunta*.

Como já afirmado, parte da doutrina espanhola entende que, no crime de abuso sexual, protege-se menos a liberdade sexual do sujeito passivo e mais o direito a intangibilidade, integridade sexual, havendo uma presunção *juris et de jure* de abuso sexual não consentido em relação aos menores de 13 anos, pessoas privadas ou que sofram transtorno mental. Esta se fundamenta no entendimento de que um consentimento autêntico não é possível em determinadas fases de imaturidade psicoorgânica em razão de idade ou de estados patológicos do sujeito, incompatíveis com um consentimento verdadeiro e livre baseado no conhecimento da transcendência e significado do ato²⁴⁷.

No parágrafo terceiro, de sua vez, encontra-se descrito o abuso sexual com prevailecimento de uma situação de superioridade. Na hipótese, embora exista o consentimento por parte da vítima, que há de ter completado 13 anos e ser menor de 18 anos, trata-se de um consentimento viciado, seja, não prestado livremente, em razão de uma especial relação entre o sujeito ativo e passivo, da qual o primeiro se aproveita para dobrar a vontade do último. Segundo o Tribunal Supremo Espanhol:

Esta relación puede estar originada por diversas situaciones: preminencia por autoridad, funciones docentes o educativas, cualidad patronal o de jefatura funcional o laboral, atendimiento terapéutico o religioso, guarda o custodia, prestación económica o cualquiera otra similar (STS 562/1995, 19 de abril)²⁴⁸.

A relação de superioridade pode ocorrer, ainda,

²⁴⁶ CARMONA SALGADO, C. Delitos contra la Libertad Sexual. In: Cobo Del Rosal, M. *Curso de Derecho Penal Espanhol, Parte Especial I*. Madrid, 1996, p. 321 apud CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis In Idem. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociacion de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 717.

²⁴⁷ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 71-72.

²⁴⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido et alii. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Artículos 138 -385*. Madrid: Trivium, 2000. p. 2.224.

si el trastorno mental padecido no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodominio, colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal que se prevale o aprovecha de ello (STS de 9 de abril de 1999)²⁴⁹.

Não é, aqui, a falta de consentimento válido que determina a configuração do delito, senão o aproveitamento da situação objetiva de superioridade que pode determinar uma manifestação de vontade que não seja absolutamente livre.

Outrossim, o artigo posterior, que trata do abuso sexual qualificado, tem o seguinte conteúdo:

Artículo 182.

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena será de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concorra la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

No aludido tipo penal, considera-se que as condutas sexuais da conjunção carnal, introdução de objetos e penetração anal ou oral possuem um *plus* de gravidade (antijuridicidade) em relação aos demais atos sexuais ofensivos à integridade sexual do menor, motivo pelo qual a pena é superior àquela estabelecida para as condutas previstas no art. 181²⁵⁰. Demais disso, implicam em um maior dano para o bem-estar psíquico do menor de 13 anos, em razão da especial vulnerabilidade deste em relação a estes tipos de condutas, daí a determinação de que a pena seja imposta em sua metade superior.

Há, todavia, entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a agravação prevista no parágrafo 2º, de relação aos menores de 13 anos de idade e demais pessoas especialmente vulneráveis, viola o princípio do “*non bis in idem*”, vez que valora

²⁴⁹ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 76.

²⁵⁰ CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis In Idem. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociacion de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 725.

duas vezes a mesma situação da vulnerabilidade especial, uma para fundamentar a figura delitiva, isto é, estabelecer a tipicidade, duas para fundamentar a agravação, em outras palavras, aplicar a circunstância agravante²⁵¹.

Por último, constata-se a previsão de crime de abuso sexual mediante engano ou fraudulento, contra vítima menor de idade com o seguinte teor:

Artículo 183.

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.
2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª o la 4ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Deve verificar-se, nesta hipótese, um engano que move a vontade da vítima para a aceitação do ato sexual, entendendo-se tratar o engano de qualquer modo fraudulento que determina um vício na vontade do sujeito passivo, qualquer meio empregado pelo sujeito ativo para conseguir que a vítima aceda às suas pretensões sexuais. Tal engano, segundo sentença do Tribunal Supremo Espanhol, seria *“toda aquella falacia tendencial o falta de verdad en lo que se dice o promete com el encubierto propósito de mover la voluntad de la víctima a entregarse carnalmente al sujeto activo del delito”* (STS de 10 de diciembre de 1983)²⁵².

Necessário, ainda, para a concretização do delito, que o agente aja com dolo, ou seja, conheça ser sua promessa enganosa e tenha conhecimento de que a idade aproximada da vítima seja entre 13 e 16 anos de idade. Sendo a vítima menor de 13 anos, o delito existente será o de abuso sexual e, acima de 16, não caberá falar de abuso fraudulento.

4.3. Análise comparada

No âmbito da sexualidade, a sanção de determinadas condutas varia bastante conforme a concepção cultural, peculiaridades e momento histórico de cada país, daí a

²⁵¹ ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 83.

inexistência de uma conduta sexual que tenha sido castigada em todas as épocas e em todos os países, mesmo em se tratando do incesto, homossexualidade, pederastia e, em determinadas circunstâncias, da agressão sexual.

Por outro lado, difícil uma análise comparada da taxa de criminalidade dos diferentes países sobre os delitos sexuais, de modo a evidenciar um sistema punitivo mais ou menos eficaz, vez que em nenhum outro âmbito do Direito Penal as normas estatais se diferem tanto. Sabe-se, todavia, que o crescimento econômico do país, do qual decorre uma melhor alimentação e maior consumo de álcool pelo seu povo, guarda relação com o aumento da delinqüência sexual²⁵³.

A nova legislação penal portuguesa e espanhola pôs fim a antiga discriminação existente entre homem e mulher para fins de vitimização nos crimes sexuais, estabelecendo que o sujeito passivo poderá ser indistintamente um homem ou uma mulher, incluindo-se tanto as relações heterossexuais como as homossexuais.

No Direito Penal brasileiro, não obstante, permanecem, ainda hoje, figuras típicas sexuais discriminatórias, que incluem em sua descrição termos como mulher honesta, mulher virgem, justificável confiança e inexperiência, ou colocam a mulher como única pessoa passível de constar no pólo passivo, elementos de uma concepção patriarcal do Direito que violam o princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres, sem distinção de sexo.

Tais conceitos, antes adequados à situação sociocultural da época da elaboração do Código Penal, tornaram-se ultrapassados e, mesmo, ultrajantes, já que ligados ao comportamento sexual e, por conseqüência, redutores da mulher a objeto sexual sem nenhuma outra finalidade social, o que não corresponde aos valores morais dominantes nos dias atuais, de opção e liberdade de conduta sexual. Muitos destes crimes, na realidade, somente persistem como uma descrição formal do tipo, por se tratar de condutas integradas, arraigadas aos costumes sociais, antes socialmente rejeitadas, inadequadas, repudiadas, mas, agora, acontecimentos normais, integrados à ordem dos fatos juridicamente lícitos.

Com efeito, ainda não conseguimos absolver o ensinamento, já antigo, de Heleno Fragoso,

²⁵² ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 88.

²⁵³ KAISER, G. Introducción a la Criminología. Madrid: Dykinson, 1988, p. 331-332 *apud* ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 17-18.

vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores²⁵⁴.

Posição esta, também, há muito mais tempo defendida pela doutrina estrangeira:

A moral sexual coletiva é um bem jurídico de valor contingencial e, portanto, relativo, posto que nele influem, como em nenhum outro, condições de tempo e lugar, idéias religiosas e estéticas e até moda [...] Por isso, não deve causar estranheza que condutas qualificadas, há poucos anos, como escandalosas, sejam hoje consideradas lícitas ou pelo menos, moralmente indiferentes, sobretudo no campo erótico. Existe na matéria uma grande indeterminação que obriga a proceder com sumo critério na hora de estabelecer o que é contrário ao pudor e aos bons costumes. O Direito Penal só tem um “mínimo ético” a cumprir e não deve intervir para reprimir fatos que, por mais imorais que sejam, não lesionam direito de terceiros ou não está comprovada a sua “nocividade social (*in dubio pro libertate*)²⁵⁵.

Outrossim, em vários dos nossos tipos penais sexuais se vislumbra a permanência da ingerência acentuada da Moral no Direito Penal pátrio, a exemplo daqueles que se utilizam de termos como “atentado ao pudor”, a despeito da tendência penal universal no sentido da separação entre Moral e Direito Penal. A própria denominação do Título VI do Código Penal brasileiro, “Dos crimes contra os costumes”, deixa claro que o que ali se tutela é o pudor, a liberdade e a honra sexual como objetividade jurídica, nada mais, portanto, do que a moral pública sexual. Tal enquadramento, como vimos, encontra-se em desacordo com o novo enfoque da pessoa humana e os direitos inerentes à sua personalidade, embora em consonância com a moral sexual e o pensamento jurídico vigente à época da entrada em vigor do Código Penal (1940), que entendiam a violência sexual como uma violência dirigida não ao indivíduo, mas contra interesses que transcendiam à pessoa humana²⁵⁶.

De fato, não é mais a moral sexual que reclama proteção, mas o direito individual de liberdade de escolha do parceiro e de consentimento na prática do ato sexual, direito inerente à personalidade do ser humano. A violação sexual, desse modo, ofende a esta liberdade e não aos costumes ou à moral pública. Com a igualdade constitucional, definitivamente, a honestidade da mulher passou a referir-se aos atributos de sua personalidade, seja, honradez,

²⁵⁴ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal-Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 1.

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal*. Barcelona: Librero editor, 1975. p. 342.

dignidade, probidade, integridade, decência, etc., assim como a do homem, que passou a merecer idêntica proteção de natureza penal sexual. Afinal, a existência, ainda nestes tempos, de certos tipos penais tuteladores do direito de liberdade sexual tão-somente das mulheres, a exemplo da posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude, estupro e do rapto violento, mediante fraude e consensual, é fruto de uma concepção machista que coloca a mulher num patamar de nível inferior, como um ser desprotegido, frágil e menos inteligente²⁵⁷.

No Direito Penal português, a expressão atentado violento ao pudor foi substituída pela expressão “acto sexual de relevo”, enquanto no Direito Penal Espanhol passou-se a utilizar a expressão “actos que atentem contra la libertad sexual”, expressões que abrangem atos sexuais em geral, à exceção da conjunção carnal, introdução de objetos e penetração oral ou anal, buscando-se, assim, excluir qualquer conotação moral na previsão dos delitos sexuais.

É de ser aplaudida, em atendimento às novas concepções sociais e penais em matéria de sexo, a equiparação entre conjunção carnal, coito oral e coito anal para fins de tipificação penal e conseqüente previsão de sanção penal, realizadas pelos diplomas repressivos português e espanhol, já que o grau de agressão é o mesmo, segundo pensamento jurídico dominante na atualidade. Parte-se do princípio de que não existe distinção de ilicitude do fato com relação à forma de penetração praticada sem o consentimento da vítima²⁵⁸. Com a equiparação, tem o legislador como desiderato pôr fim à grave distorção de se prever penas de gravidade diferentes para condutas ilícitas de mesma gravidade. De fato, o critério jurídico do acesso carnal, mais amplo que o biológico, tem sido entendido como atividade direta da libido, natural ou não, em que exista uma penetração do órgão genital do ator, que pode representar o coito ou forma equivalente a este²⁵⁹.

Abandona-se, enfim, a tutela fragmentária e diferenciada do corpo, típica da concepção patriarcal da sexualidade. Porém, no Direito Penal brasileiro, o legislador preferiu cominar penas iguais aos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, o que terminou por gerar um absurdo e incongruência jurídica, já que por ato atentado violento ao pudor se

²⁵⁶ SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.-set. 1999. p. 83.

²⁵⁷ SILVA, César Antônio da. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 80.

²⁵⁸ SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.-set. 1999. p. 88.

²⁵⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal- parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 208.

entende não somente o coito anal e oral, mas também atos sexuais mais simples como beijos, afagos, palpadelas, obrigando o aplicador da lei, nestes últimos casos, a buscar diferente enquadramento jurídico, em nome do princípio da proporcionalidade²⁶⁰.

É verdade que há uma tendência moderna, expressa nas reformas italiana (1996) e alemã (1997) de se unificar em um único tipo penal a conjunção carnal e os atos libidinosos, mas contando o juiz, neste caso, com um sistema de penas que lhe permite fixar a pena movendo-se entre limites mínimos e máximos muito amplos, dando-lhe, assim, certa margem de discricionariedade num terreno tão complexo. Por outro lado, o legislador alemão descreve de forma minuciosa e particular as diversas formas de lesão, o que certamente é determinante no entendimento predominante de ser o modelo alemão um dos que melhor responde às exigências de tutela da autodeterminação sexual²⁶¹.

De relação aos crimes sexuais praticados contra menores de idade incapazes de consentimento, ou de consentimento válido, algumas considerações devem ser feitas quanto às diferenças entre as disposições penais pátrias e as da legislação penal extravagante ora analisada.

Nas disposições gerais referentes ao Título VIII - Crimes contra os Costumes - do Código Penal brasileiro, estabelece o legislador que:

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.

O legislador criou, assim, a *fictio iuris* da presunção de violência, tendo como fundamento, no caso da vítima menor, a *innocentia consilii* da mesma, seja, sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu

²⁶⁰ BITENCOURT, Cezar e Luiz Regis Prado. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 691.

²⁶¹ SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.-set. 1999. p. 89-90.

consentimento²⁶². Em outras palavras, o Código finge a violência quando a vítima, por sua tenra idade, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido. Em razão disso, o legislador termina por cominar as mesmas penas para o delito sexual praticado contra o menor, tenha ele sido praticado com violência ou ameaça, ou com a outorga de seu consentimento viciado, o que nos parece afrontar o princípio da proporcionalidade, dado o diferente grau de lesão sofrido pelo bem jurídico tutelado, liberdade sexual, em cada um dos casos. Daí que a presunção de violência nos crimes sexuais seja objeto de severas e consistentes críticas por parte da doutrina brasileira, que defende, outrossim, ser a mesma inconciliável com o Direito Penal da culpa e o princípio constitucional da presunção de inocência.

Tanto o Código Penal português quanto o espanhol já não se utilizam de presunção de violência, tampouco da equiparação de violência, a falta de consentimento válido para a regulamentação dos crimes sexuais contra menores de idade e incapazes, antes, lançam mão de tipos penais próprios que criminalizam por si só a prática de atos sexuais com estas pessoas.

Por outro lado, vale-se o legislador brasileiro do limite etário de 14 anos para fixar o momento em que o menor passa a dispor de autodeterminação sexual, entendendo que somente aos 14 anos a pessoa adquire capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual, tornando-se válido o seu consentimento à prática do ato sexual e, por conseguinte, afastando a incidência da presunção da violência configuradora do abuso da incapacidade de resistência do menor por parte do maior que com ele teve relações sexuais. Utilizou-se, assim, do critério biológico para concluir o momento em que a pessoa, em razão de seu amadurecimento (emocional, social, cognitivo), está preparada para os atos sexuais, isto é, ao completar 14 anos de idade. Antes disto, o legislador presume a violência, ainda que a vítima tenha consentido no ato, por entendê-la desprovida de maturidade sexual para consentir.

Constata-se, destarte, que o legislador pátrio optou pela idade de 14 anos completos como o marco da aquisição da capacidade de consentimento válido para a prática de atos sexuais, mesma idade escolhida pelo legislador português, enquanto o espanhol optou pela idade de 13 anos completos, ressaltando-se que até a reforma do Código Penal espanhol, feita em 1999, a idade exigida era a de 12 anos completos.

²⁶² GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, 1996. p.158-160.

É de se ressaltar que se o Código penal português de 1982 previa uma punição autônoma e diferenciada ao agente que praticasse ato sexual com menor entre 12 e 14 anos, menos grave, como anteriormente mencionado, demonstrava, em assim agindo, convicção sobre a existência de uma diferença de maturidade entre os maiores de 12 e menores de 14 e os menores de 12 anos. Também é de se registrar que a alteração do Código penal espanhol feita pela lei orgânica 11/1999, que, dentre outras modificações, ampliou para 13 anos a idade considerada mínima para a validade do consentimento em matéria sexual, sofreu críticas pela doutrina espanhola, sob a alegação de que o projeto de lei era bastante conservador e que a juventude atual protagonizava outras orientações que deveriam ser respeitadas²⁶³.

Com efeito, a reforma do Código espanhol de 1999 foi decorrente de pressão internacional, através, de resoluções do Conselho da Europa (n^{os} 1.099/1.996 e 1.371/1.998), sobre a necessidade de se melhorar os esforços, meios e recursos visando ao combate da prostituição infantil, inclusive com alterações legislativas penais, por parte dos países-membros, recomendando-se, dentre outras, o estabelecimento da idade mínima de 15 anos para que o consentimento do menor ao ato sexual tivesse relevância jurídica. Tal idade, todavia, foi de logo repelida pelo *Consejo General del Poder Judicial* e pela *Fiscalía General del Estado*, sob a argumentação de que não era justo negar a liberdade de autodeterminação sexual aos menores de 15 anos, quando a eles era permitido contrair casamento, e que não era coerente estabelecer um limite distinto daquele previsto no anteprojeto da lei orgânica reguladora da Justiça de menores, para a responsabilidade penal, que poderia começar até antes dos 13 anos²⁶⁴.

Já expusemos nossa opinião no sentido de que a fixação da idade de 14 pela legislação penal pátria para o pleno exercício da autodeterminação em matéria sexual revelase em desacordo com os tempos atuais, quando a quantidade de informações, de esclarecimentos acessíveis sobre o tema flui rapidamente e sem fronteiras, permitindo ao jovem até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual e suas possíveis conseqüências, possibilitando-lhe uma consciência sobre a disponibilidade de seu próprio corpo de forma clara e nítida.

²⁶³ BUENO ARÚS, Francisco. Análisis General de las Últimas Tendencias Político-Criminales en Materia de Delitos Sexuales. Justificación Político-Criminal de la Reforma Española de 1999. In: Díez RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 274.

²⁶⁴ BUENO ARÚS, Francisco. Análisis General de las Últimas Tendencias Político-Criminales en Materia de Delitos Sexuales. Justificación Político-Criminal de la Reforma Española de 1999. In: Díez RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 263-276.

Demais disso, enquanto o legislador penal português tipifica a prática de atos sexuais, com abuso de inexperiência, e atos homossexuais, com menores entre 14 e 16 anos, e o legislador espanhol, a prática sexual com menores entre 13 e 16 anos, mediante engano, o Código Penal brasileiro permanece prevendo figuras típicas análogas, como a sedução e a corrupção de menores, carregadas de valor moral, não se coadunando com a moderna concepção acerca do bem juridicamente tutelado nos delitos sexuais. É que, com a proliferação dos meios de comunicação social, o aumento e melhoria do acesso à informação, do nível de escolaridade da população, no particular da juventude, conceber tamanha ingenuidade da mulher apenas em função de sua virgindade, de sua idade entre 14 e 18 anos, de sua inexperiência e justificável confiança, como ocorre no crime de sedução, significa retirar-lhe sua dignidade, inteligência e sua própria cidadania. Tal dispositivo vem a representar uma gritante intromissão na vida sexual da mulher, restritiva de sua liberdade sexual²⁶⁵.

Há um claro espírito discriminatório e preconceituoso norteando a concepção desta figura delituosa que, por isso mesmo, não pode subsistir. Protege-se aqui, em verdade, não a liberdade sexual da mulher, mas o direito do homem ao casamento com mulheres virgens, honestas e inexperientes. As mudanças dos padrões éticos e comportamentais, a evolução sociocultural presente deixam claro que a mulher, assim como o homem, maior de 14 anos, e, eventualmente, até mesmo antes disso, tem capacidade de adesão ao ato sexual, de forma consciente.

Assim, se ela, mantém uma relação sexual, assim como o jovem do sexo masculino, é de se concluir que o faz porque assim deseja, porque tem liberdade para tanto, dada pela própria sociedade, que integrou como parte de nossa cultura o livre comportamento sexual, ressalvadas, é certo, opiniões minoritárias divergentes. De qualquer forma, a lei penal deve situar-se na média comportamental, garantindo expectativas coletivas e não se curvando aos subjetivismos de extremado rigor moral.

²⁶⁵ SILVA, César Antônio da. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 82-84.

CAPÍTULO 05- Do Confronto entre o Crime Sexual de Violência Presumida contra Menores e o Contexto Jurídico-Social

Sumário: 5.1. Da supremacia do princípio constitucional da inocência 5.1.1. Princípios constitucionais outros 5.1.2. Princípios conexos do direito penal 5.2. Conseqüência jurídica da incompatibilidade constitucional 5.3. Do avanço da compreensão sexual do menor de 14 anos 5.4. Proposta de adequação da tutela penal sexual do menor de 14 anos ao contexto jurídico-social

5.1. Da supremacia do princípio constitucional da inocência

O ordenamento jurídico como um todo tem no seu topo uma Carta constitucional, emanada do poder constituinte, pedra angular em que se assenta o sistema jurídico do país e onde se encontram as normas fundamentais do Estado, superiores, por isso mesmo, em relação às demais normas jurídicas. Da supremacia formal de nossa constituição decorre que o procedimento de sua revisão é mais complexo, especial do que o previsto para as demais normas da ordenação estatal. Da supremacia material decorre que todas as demais normas jurídicas só serão válidas se se conformarem com o texto constitucional, do qual devem derivar. Enfim, do princípio da supremacia da Constituição se impõe que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição²⁶⁶.

Principalmente num país que pretende a condição de Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais afirmados na Constituição atuam como fundamento, mas também como limite ao poder punitivo estatal, *“fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”*²⁶⁷. É que

é [...] a Constituição o eixo, o ponto central que suporta todo o sistema punitivo. Tanto a tábua de direitos e liberdades fundamentais do cidadão como os princípios que regem a vida política, econômica e social do país, reconhecidos na CF ou resultantes de compromissos assumidos na ordem internacional, constituem a matéria-prima de que o legislador ordinário, na seleção de bens

²⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 45-46.

²⁶⁷ BARBOSA CASTILLO, Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 92.

jurídicos, na descrição típica ou na cominação de penas, deve levar na devida conta²⁶⁸.

Desse modo, o legislador deve obedecer não apenas aos procedimentos previstos na Constituição, mas também aos princípios materiais de justiça ali presentes, pois os direitos fundamentais e sua realização jurídica e fática dão legitimidade ao sistema jurídico como um todo, irradiando-se em todos os seus âmbitos. As leis somente valem no âmbito dos direitos fundamentais,

Las leyes penales protegen los bienes jurídicos esenciales de las personas que integran la comunidad. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales [...] corresponden justamente a esas condiciones básicas de la vida individual y colectiva, cuya tutela reforzada asumen las leyes penales, pues en ellos se traducen y proyectan con toda su intensidad la igualdad, la libertad y dignidad de la persona humana, objeto y fin del derecho²⁶⁹.

Ora, a presunção legal de violência prevista no Código Penal não se concilia com o princípio constitucional da presunção de inocência, direito fundamental do cidadão e que, portanto, possui primazia de relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico, vinculando poderes públicos e particulares. É que o princípio do estado de inocência determina, como regra probatória, a imprescindibilidade da comprovação efetiva dos fatos pelo órgão acusatório, não admitindo qualquer presunção de fatos, especialmente daqueles que possam acarretar prejuízo ao acusado, e a teoria da ficção jurídica importa justamente na presunção de fato, seja, violência como forma de preenchimento do vácuo de tipicidade nos crimes sexuais contra menores, verificando-se, de imediato, tratar-se de normas jurídicas em oposição.

De fato, a previsão legal da presunção de violência desobriga o acusador de comprová-la, reduzindo sua tarefa à comprovação da situação fática embasadora da presunção, no caso, a manutenção de relação sexual com menor de 14 anos de idade. Comprovará, portanto, apenas parte dos fatos, vez que a violência tem sua existência afirmada pelo legislador,

²⁶⁸ FRANCO, Alberto Silva. A Reforma da Parte Especial do Código Penal. Propostas Preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 3, jul.-set. 1993. p. 70.

²⁶⁹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 74.

E essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta em cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade)²⁷⁰

Ainda que se considere relativa a presunção de violência, permanece a ofensa ao princípio da presunção de inocência, porque inverte-se o ônus da prova, obrigando o acusado a provar sua inocência através da comprovação de fatos relacionados à conduta social da vítima, comportamento reprovável, ciência das coisas do sexo, etc., que afastam a configuração do tipo penal.

Por se tratar de referência acerca da matéria, vale a pena a transcrição da ementa do acórdão proferido pelo Min. Cernicchiaro no Resp nº 46.424-2 RO, na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RESP. PENAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.

O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O Direito Penal de culpa é inconciliável com presunções de fato [...] 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 subjetiva²⁷¹.

Não se pretende abolir por completo as presunções legais. De fato, todos os sistemas legais conhecem as presunções de fato ou de direito, mas em matéria penal se exige que os Estados se mantenham dentro de certos limites, “*límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad de lo que esté en juego y respetando los derechos de la defensa*”²⁷². A presunção de inocência é princípio fundamental de preeminência no Direito e que não pode ser restringida ou eliminada por presunções legais em sentido contrário. Principalmente no âmbito criminal, em que a vontade da lei é a manifestação da vontade real e onde se lida com um dos mais importantes direitos fundamentais do homem, a liberdade, não se pode obrigar o juiz a tomar

²⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, 1996. p.184.

²⁷¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Serviço de Jurisprudência. DJ 08.08.1994, p. 19.576/ LEXSTJ v. 00065, jan.1995. p. 00385.

²⁷² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. S. de 7 de outubro de 1988 do *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 39.

como base para julgamentos fatos presumidos, relegando a multiplicidade de circunstâncias que acompanham a vida humana.

Desse modo, a peça acusatória deve descrever, minuciosamente, todos os fatos ensejadores da responsabilidade penal, comprovando-se, legalmente, a culpabilidade do autor, através do processo legal, pena de violação do princípio do estado de inocência, além de outros princípios constitucionais.

5.1.1. Princípios constitucionais outros

Não somente a presunção do estado de inocência, mas outros preceitos de natureza constitucional são afrontados pela ficção legal da presunção de violência. A presunção de violência nos crimes sexuais, se considerada de forma absoluta, faz letra morta da garantia constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV) porque veda a possibilidade de produção de prova visando a demonstrar que a realidade objetiva do caso é diversa da realidade presumida pelo legislador²⁷³. Ao autor somente restaria negar o fato, jamais a violência, cuja existência como elemento integrante do tipo é considerada como certa pelo legislador.

Outrossim, faz tábula rasa do princípio da reserva legal (art.5º, XXXIX, CF), chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda justo, racional e juridicamente seguro, no sentido moderno segundo o qual é imperativo definir a conduta praticada na sua totalidade, não bastando apenas a razão histórica do surgimento do princípio, seja, a mera relação cronológica entre o fato e a definição do crime. De fato, só a lei escrita, de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas²⁷⁴.

Feuerbach, o pai da fórmula jurídica do princípio da legalidade, em 1801, já apontava as conseqüências decorrentes do princípio, seja, a de que toda imposição de pena pressupõe uma lei penal, que toda aplicação de pena depende da existência de uma ação incriminada e, por fim, de que o mal da pena, como conseqüência necessária, esteja vinculado à existência de uma lesão jurídica determinada²⁷⁵. O conceito do princípio da legalidade é indissociável da idéia de um Estado Social e Democrático de Direito, vez que, funcionando

²⁷³ RAMALHO, Paulo. Presunção de Violência e Crimes hediondos. TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de Estudos Jurídicos*, v. 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993. p. 345.

²⁷⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 65-74.

²⁷⁵ FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. p. 63.

como um limitador do poder punitivo estatal, protege a liberdade e a dignidade do homem, impedindo que esses valores sejam arbitrariamente violados²⁷⁶.

Pois bem, ao presumir a existência de um fato (violência) e atribuir-lhe sanção, o legislador pune por ação não praticada²⁷⁷. Isto é, termina punindo o autor embora a ação descrita no tipo penal, seja, prática de ato sexual com menor de 14 anos mediante violência, não tenha sido realizada por aquele integralmente.

Também o princípio da responsabilidade pessoal, denominado princípio da personalidade (art. 5º, XLV, CF), que pressupõe responsabilidade penal em razão da conduta pessoal do autor, é violado pela presunção legal de violência nos crimes sexuais, já que determina punição por uma conduta (violência) não-passível de ser imputada ao autor.

Por fim, o princípio do contraditório (art. 5º, LV), da mesma forma, resta desobedecido, porque a presunção legal de violência impede o autor de produzir prova contrária ao fato (violência) que lhe é imputado.

5.1.2. Princípios conexos do direito penal

A consagração da presunção de inocência no âmbito da prova foi decisiva para pôr fim à prática existente nos sistemas punitivos dos Estados Totalitários, segundo a qual o acusado era tido como alguém considerado culpado e que, assim, tinha como única chance de evitar sua punição a comprovação de sua inocência mediante a destruição das evidências e indícios contrários. Permitiam-se, outrossim, degradantes e ignomiosos meios de consecução de confissão dos acusados ou, no mínimo, era o acusado obrigado a conviver com a atribuição da pecha de culpado enquanto não surgissem provas conclusivas sobre a imputação que lhe era feita, o que é inaceitável no Estado de Direito.

Porém, embora Direito predominantemente processual, o princípio do estado de inocência também produz repercussões no âmbito do Direito material, leia-se Penal, sendo o princípio considerado como um dos princípios cardiais do *ius puniendi* em suas facetas material e processual. Para a doutrina do Tribunal Superior Espanhol, a presunção de

²⁷⁶ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 68.

²⁷⁷ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Violência Presumida. *Correio Braziliense*. Brasília, Caderno Direito e Justiça, 10 jun. 1996. p. 1.

inocência é critério normativo de Direito Penal substantivo e adjetivo (STS de 29 de novembro de 1997)²⁷⁸. Daí, sua próxima relação com alguns dos mais importantes princípios limitadores do Direito Penal, dentre estes o princípio do fato (*nullum crimen sine actio*), da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*) e o da responsabilidade pessoal ou subjetiva (*nulla poena sine culpa*), todos bem entrelaçados entre si.

Dentro da perspectiva do Direito Penal, a presunção de inocência constitui no âmbito legislativo um limite ao legislador frente a configurações de normas que impliquem presunção de culpabilidade e convertam para o acusado a carga de provar sua inocência²⁷⁹. Cobo Del Rosal e Vives Anton esclarecem que, em razão desse limite de natureza constitucional, os dispositivos penais ordinários não podem, sob pena de nulidade, prever responsabilidade com base em presunções de fatos ou de culpabilidade, impondo-se que estes retem suficientemente provados para a fundamentação do decreto condenatório. Demais disso, como decorrência do princípio, a interpretação das leis penais deve ser, em igualdade de condições, realizada segundo o sentido mais favorável ao acusado, que goza de tratamento de inocente até prova em contrário²⁸⁰.

Trata-se do velho princípio da “*Nulla poena sine culpa*”, sobre cuja associação com o princípio do estado de inocência diz Canotilho o seguinte:

que o princípio da culpa é violado se, não estando o juiz convencido sobre a existência dos pressupostos de fato, pronuncia uma sentença de condenação. Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* constituem a dimensão jurídica processual do princípio jurídico material da culpa concreta como suporte axiológico normativo da pena²⁸¹.

Com efeito, a moderna e irresistível tendência para uma personalização do Direito Penal não se compadece com qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, objetiva, ou dentro dos moldes de presunções. A responsabilidade penal, consoante vários dos princípios constitucionais, é subjetiva, pessoal. E inclusive, o princípio da dignidade humana, suporte de todos os demais direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, a cujo

²⁷⁸ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 39.

²⁷⁹ MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia-Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 78.

²⁸⁰ DEL ROSAL, Cobos e ANTON, Vives. *Derecho Penal- Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 78-79 *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

²⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 278-9.

conjunto confere unidade de sentido, vincula o legislador, sobretudo o penal, na configuração dos tipos, bem como na responsabilidade pelo seu cometimento, pelo pressuposto da culpabilidade²⁸². Mas além de laços subjetivos entre autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da idéia de culpabilidade, funcionando esta ao mesmo tempo como fundamento e limite da pena. Dúplice, destarte, a operatividade do princípio da culpabilidade no Direito penal, seja como critério subjetivo de imputação do ilícito, seja como critério de aplicação de pena²⁸³. Pode-se, em suma, afirmar que a culpabilidade trata-se de “*um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico porque, podendo se comportar conforme o Direito, optou por se comportar contrário ao Direito*”²⁸⁴.

Desde a reforma da parte geral do Código Penal, realizada em 1984, buscou-se a eliminação da responsabilidade objetiva e da responsabilidade por fato de outrem (arts. 18 e 19). É que declarando, expressamente, o art. 19 o princípio da culpabilidade, ao dar relevo à vontade na responsabilidade do agente pelo resultado que agrava especialmente a pena, não faz sentido prescindir dela como elemento essencial do delito na forma simples²⁸⁵. De fato, crime é conduta qualificada, omissiva ou comissiva, não prescindindo da vontade. O crime há de ser avaliado na vontade guiada pela intenção para conseguir um escopo, daí a exigência de comportamento doloso ou culposos²⁸⁶. Se o crime é conduta, e esta realiza-se mediante a manifestação da vontade, na sua essência, dirigida a um fim, não se pode cogitar de crime sem o elemento subjetivo, seja o dolo, seja a culpa. E a culpabilidade do autor tem de ser provada através do devido processo legal, não havendo como se sustentar presunção de culpa²⁸⁷.

Seja o princípio da culpabilidade enfocado sob o ângulo do causalismo (responsabilidade subjetiva), seja pela visão finalista (reprovabilidade), em seu duplo significado, seu pressuposto básico há de ser de que a responsabilidade penal exige que o ato punível pertença materialmente ao seu autor. Em outras palavras que cada um seja punido

²⁸² TAVARES, Juarez. *Crítérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, 1992. p. 77.

²⁸³ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 56.

²⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135.

²⁸⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reforma Penal-10 anos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 12, out.- dez. 1995. p.130-137.

²⁸⁶ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. p. 388.

²⁸⁷ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 23.

pelo que fez²⁸⁸. E a conduta há de ser proibida pela lei, na sua totalidade, sendo, destarte, a lei penal o elemento balizador da culpabilidade.

Na presunção de violência, todavia, existe violação do princípio da culpabilidade justamente por inexistir este vínculo material (e pessoal) entre o autor e o fato ocorrido. É que a violência, sendo presumida pelo legislador, é inexistente no plano fático, não possuindo vínculo material com o autor, seja, não pode ser imputada subjetivamente ao autor. Embora o autor esteja materialmente vinculado ao ato sexual em si, não existe esta relação substancial entre ele e a violência (uso de meios coercitivos para vencer a resistência). Em suma, a violência não é fato do autor, mas ditada por presunção pelo legislador. Trata-se, assim, de exemplo de responsabilidade objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico vigente²⁸⁹.

Neste sentido, esclarece Nilo Batista que:

Não cabe, em Direito Penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma ‘a culpabilidade não se presume’²⁹⁰.

Por outro lado, o moderno Direito Penal da culpa ainda continua sendo, em todo o mundo civilizado, um Direito Penal do ato, não um Direito Penal do autor. O agente é punido pelo que praticou, não pela conduta imprimida à sua vida²⁹¹. Só pode ser responsabilizado penalmente por conduta certa, ocorrida em determinado momento no plano empírico e passível de comprovação no plano processual, não em razão de seu caráter ou consciência. Como afirma Zaffaroni, “*um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta*”²⁹².

²⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, set.-out.1996. p. 187.

²⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, set.-out. 1996. p. 187-188.

²⁹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 104.

²⁹¹ BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S.A. IMESP nº 6, 1990. p. 21.

²⁹² ZAFFARONI, E. Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1986. p. 73.

O homem e sua existência social, não se nega, deve estar no centro da experiência jurídico-penal, mas o que se impede pelo princípio da culpabilidade é a imposição de pena pelo simples estado e condição do homem. Não se pode reprovar o agente por sua conduta de vida, mas tão-somente sua conduta típica e antijurídica, na medida do âmbito de liberdade em que atua, considerando-se, aí sim, para tanto, a sua personalidade. A teoria da culpabilidade do ato ou de fato, adotada pelo Código penal, após a reforma penal de 1984, significa que a censura que recai sobre o autor em razão do injusto por ele praticado decorre de sua possibilidade de determinar-se no caso concreto²⁹³.

Todavia, no crime sexual contra menor de 14 anos, o legislador presume a conduta violenta do autor que, efetivamente, não se deu na realidade, e este termina sendo responsabilizado penalmente por fato presumido por força de lei. Pune-se o autor embora ele não tenha praticado na íntegra a ação descrita no tipo penal, mas apenas parte dela. Violando-se o princípio do Direito penal do fato, ofende-se o princípio do estado de inocência também.

Outrossim, considerando ser a missão fundamental do Direito Penal a tutela de bens jurídicos, o princípio da ofensividade, ou da lesividade determina que o fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo, seja, lesivo ou simplesmente perigoso ao bem jurídico penalmente tutelado. Somente a exteriorização desta ofensividade ou perigo poderá legitimar o exercício do poder de punir do Estado em relação ao direito de liberdade do indivíduo.

É o denominado princípio *nulla poena, nullum crimem, nulla lex poenalis sine iniuria* que deve ter valor absoluto nas decisões judiciais, importando sua violação em uma porta de entrada às tentativas de moralização subjetivada e arbitrária do exercício do poder estatal²⁹⁴.

Trata-se de princípio surgido em Aristóteles e Epicuro, denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel e Romagnosi, que veem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. “A necessidade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificação utilitarista do Direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo²⁹⁵”.

²⁹³ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.58.

²⁹⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 109.

²⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Juarez Tavares et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 373-374.

Tal princípio implica para o legislador uma proibição de criar tipos penais que já tenham sido construídos, em abstrato, como fatos inofensivos do ponto de vista do valor e interesses sociais, e, para o operador do Direito, um dever de excluir a existência de um crime cujo fato se apresenta na conformidade do tipo, mas que, concretamente, é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma. A adoção do princípio com o fim de evitar que o sistema penal se afaste do Direito Penal da ofensa é comum a todos os ordenamentos jurídicos²⁹⁶.

O bem jurídico atua como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o viola, revelando e demarcando a ofensa. Esta materialização da ofensa é que funciona como limite da intervenção penal e, ao mesmo tempo, a legítima²⁹⁷.

O princípio da ofensividade, pode-se dizer,

é o centro de gravidade de todo o direito penal não-totalitário na medida em que permite apartar da noção de crime as meras atitudes interiores, as condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, as opções pessoais que expressem o direito à diferença ou os fatos materiais não-lesivos de nenhum bem jurídico²⁹⁸.

Ora, a ofensividade, afetação do bem jurídico, deve derivar, obviamente, da conduta do autor, e não de uma presunção legal, antes, deve ser verificável ou avaliável no plano empírico, com possibilidade de concluir-se pela falta de lesividade ou lesão insignificante. Na hipótese de crime sexual com violência presumida contra menores, o que ocorre justamente é que se presume a lesão do bem jurídico da liberdade sexual, em um dos seus aspectos, seja, a liberdade de não se envolver em atos sexuais sem a livre manifestação de vontade. Embora não tenha havido prática de violência, vencimento de resistência da vítima menor que, antes, deu seu consentimento, por parte do autor, o legislador presume a lesão. Incrimina-se, assim, conduta que, em concreto, não afetou o bem jurídico da liberdade sexual.

Em suma,

Se um dos eixos centrais do Direito penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa a outrem, quando esse dano não

²⁹⁶ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 80.

²⁹⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 95.

²⁹⁸ FRANCO, Alberto Silva. A Reforma da Parte Especial do Código Penal. Propostas Preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 3, jul.-set. 1993. p. 71-72.

emerge da sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não lhe pode ser imputado²⁹⁹.

5.2. Conseqüências jurídicas da incompatibilidade constitucional

No exercício da arte de julgar, o magistrado deve se ater não somente à lei e/ou sua consciência, mas ao Direito, vale dizer, ao ordenamento jurídico como um todo. É que

A lei, como as demais normas formalizadas, costume repetir, é mero compromisso histórico com o Direito. Entre ambos jamais poderá ocorrer conflito. O Direito comanda a lei. A expressão literal é histórica. O sentido material, não obstante a permanência gramatical, pode mudar de tempo a tempo. Há de se fazer, constantemente, a adequação-princípio/lei. Quando esta não se amoldar àquele, impõe-se a justaposição, com evidente comando do primeiro³⁰⁰.

Se a lei é estática, o ordenamento jurídico é dinâmico, permitindo uma melhor avaliação da situação concreta, uma vez que a realidade social também é dinâmica. O juiz deve buscar a solução mais justa para cada caso sempre partindo da lei, mas confrontando-a com a Constituição e os Tratados Internacionais posteriores que devem prevalecer sempre que contrariados, num processo de ajuste interpretativo³⁰¹. O modelo legalista-positivista de interpretação deve, definitivamente, ser substituído pelo modelo constitucionalista, predominando a ponderação, decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, imanente a todo Estado Social e Democrático de Direito, assegurando-se as liberdades e direitos fundamentais.

Especialmente no sistema penal, a Constituição Federal, como garantia máxima do cidadão, representa um limite à intervenção do Estado, não podendo qualquer norma ordinária contrária a ela ser aplicada, posto que sem validade no ordenamento jurídico. Não basta, de sua vez, a legitimidade formal do ato legal, é dizer, aquela relativa à sua vigência, mas, também, a legitimidade substancial, relacionada à validez do ato. Esta legitimidade se refere à razoabilidade, justiça da lei e proporcionalidade dos encargos que acarreta, com vistas à proteção dos direitos humanos fundamentais constitucionalmente assegurados.

²⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, jul.-set. 1996. p. 186-187.

³⁰⁰ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões Penais*. São Paulo: Del Rey, 1998. p. 169.

³⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, jul.-set. 1996. p. 173-174.

De fato, há uma tendência de que o ordenamento jurídico se constitua em sistema, seja, conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, cabendo ao intérprete eliminar o encontro de proposições incompatíveis, as denominadas antinomias jurídicas. Embora a proibição de antinomias não se trate de norma expressa do ordenamento jurídico, tampouco condição de validade das normas em oposição, a coerência é condição para a justiça do ordenamento, entendida como igualdade de tratamento das pessoas que pertençam à mesma categoria, e de sua certeza, entendida como possibilidade do cidadão prever com exatidão as conseqüências jurídicas de sua conduta³⁰².

Estando, como visto, a presunção legal de violência do art. 224 do Código Penal de 1940 em oposição ao princípio do estado de inocência e outros princípios constitucionais da vigente Carta de 1988, e tendo esta a mais absoluta primazia, temos que a presunção de violência não encontra recepção na nova ordem constitucional, impondo-se sua invalidade. Sobre o tema, ensina Ivo Dantas que, em casos como tais,

a vigência de um novo modelo constitucional cria, em relação às normas anteriores, duas possibilidades: na primeira, se não há choque entre a norma inferior e a nova Constituição, esta recebe a àquela; na segunda, se entre ambas existe choque, há de prevalecer o conteúdo da Lei Maior [...] Não se há de falar em inconstitucionalidade, mas, sim, em revogação de toda legislação anterior que lhe seja contrária, conforme pacíficas posições doutrinárias e jurisprudências³⁰³.

Embasando este posicionamento, as seguintes decisões judiciais:

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980-95/993- 99/544)- foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

A incompatibilidade vertical, superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores” (ADIN nº 0000074/92, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 25.09.92)³⁰⁴.

Com efeito, as normas constitucionais projetam-se sobre todo o sistema jurídico, sobre as normas e os atos que o dinamizam, sobre o poder e a comunidade política, impregnando-os de seus valores e critérios e trazendo-lhes um novo fundamento de validade

³⁰² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999. p. 71-113.

³⁰³ DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 189.

³⁰⁴ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, nº 143-2, fev.1993. p. 356. Em igual sentido: RT 179/922, 197/406 e 231/665.

ou autoridade³⁰⁵. Assim sendo, a supralegalidade do texto constitucional frente às demais normas do ordenamento jurídico determina a retirada de eficácia de todo ato normativo inferior anterior que contrarie a nova opção política do poder constituinte, por faltar-lhe fundamento constitucional.

Por outro lado, cremos que a hipótese de inconstitucionalidade superveniente deve restringir-se às situações de oposição entre norma ordinária e novas normas constitucionais decorrentes de revisão constitucional. É que neste caso, sim, há precedência e permanência da Constituição anterior, de modo que a lei ordinária, antes em conformidade com a Constituição, passa, de forma superveniente, a ser inconstitucional de relação àquela mesma Carta Constitucional. Há, aqui, relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio a desenvolver seu processo de formação e criação. Portanto, correto falar-se em inconstitucionalidade superveniente na hipótese de modificação posterior da Constituição que provoque desacordo de lei ordinária existente(Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 74-RN)³⁰⁶.

No caso de nova ordem constitucional, ao invés, ocorre a substituição de todo o texto normativo constitucional, de forma automática, desaparecendo por inteiro o substituído, não cabendo, daí, o emprego do termo inconstitucionalidade superveniente por ser outra a Constituição. O único juízo de valor a se fazer em relação à norma ordinária é o juízo da conformidade material com a nova Constituição, não mais com a anterior. No caso, haverá tão apenas o recepcionamento da legislação infraconstitucional anterior que não lhe contrarie, ou a novação, em seu título ou força jurídica, como preferem alguns³⁰⁷, em razão da necessidade que se dê continuidade às relações sociais existentes, sem a exigência de nova, custosa e quase impossível produção legislativa ordinária integral, restando, todavia, revogadas as demais normas desconformes.

Gomes Canotilho afirma “*não existir, em relação a leis ordinárias pré-constitucionais contrárias à Constituição, nem uma relação de anterioridade dos juízos de revogação e de inconstitucionalidade nem uma relação de exclusão*”³⁰⁸. Prossegue argumentando que, a respeito de norma revogada, não se suscita problema de

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 274.

³⁰⁶ REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA, nº 143-2, fev.1993. p. 360.

³⁰⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 279.

³⁰⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1168.

inconstitucionalidade, sendo a própria contrariedade a premissa da revogação, mas que a inconstitucionalidade, no caso concreto, conduz à revogação. Conclui aduzindo que na inconstitucionalidade superveniente há um concurso entre revogação e nulidade, a norma contrária à nova constituição deixa de vigorar, não podendo ser aplicada pelos tribunais, mas só pode ser considerada revogada ou caducada depois de ter sido considerada contrária à Constituição.

No mesmo diapasão, a doutrina de Ivo Dantas que admite, excepcionalmente, a arguição de inconstitucionalidade de lei ordinária anterior à Constituição quando o choque não esteja claro e objetivamente caracterizado, hipótese em que a decisão do Poder Judiciário importará na revogação da norma infraconstitucional. Nas demais situações, prescinde-se de pronunciamento judicial³⁰⁹.

Todavia, é de se registrar entendimento diverso, no sentido de tratar a contradição entre norma ordinária anterior e norma constitucional nova de inconstitucionalidade superveniente, e não revogação, não só nos casos de revisão constitucional, como quando a Constituição acaba de nascer. Não se trata, aqui, de mera querela acadêmica, mas de questão de interesse prático, pois, em se tratando da superveniência de norma constitucional determinante de revogação, poderão e deverão os tribunais recusar-se a aplicar a norma inferior, mas se determinante de inconstitucionalidade, somente os tribunais com poder de apreciação dado pela Constituição poderão negar-lhe a vigência. O penalista português Jorge Miranda, adepto da teoria da inconstitucionalidade superveniente, não obstante, entende que esta determina a caducidade da norma inferior, independentemente de qualquer ato de vontade especificamente dirigido à sua eliminação³¹⁰.

5.3. Do avanço da compreensão sexual do menor de 14 anos

Pode-se afirmar que a significação e a importância de delitos sexuais em uma sociedade depende muito mais de fatores culturais, sociais e psicológicos do que fatores naturais, seja, fisiológicos e biológicos. Daí a justificativa de determinadas condutas sexuais

³⁰⁹ DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I. Curitiba: Juruá, 2000. p. 226.

³¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 282-291.

como o homossexualismo, o adultério e a sedução terem sua punição variada no tempo e espaço, decorrência do que ocorre com o sentimento médio de pudor e vergonha³¹¹.

Daí a indagação sobre se o dispositivo legal do art. 224, al. “a”, do Código penal, que presume a incapacidade de consentimento válido do menor de 14 anos para o ato sexual, inserido num corpo legislativo que data de mais de 60 anos, traduz a realidade social do momento ou refere-se a uma época em que o sexo era tabu, a virgindade dogma, a mulher relativamente capaz, bases destruídas pela sociedade moderna? É concebível que os menores de 14 e maiores de 12 anos, portanto, adolescentes, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sejam, nos dias atuais, considerados, de forma absoluta, como pessoas desinformadas em matéria de sexo ou é notório que alguns, nesta idade, possuem desenvoltura e práticas sexuais tão avançadas que podem ser considerados verdadeiros sedutores e não seduzidos? O desenvolvimento somato-sexual se dá sempre em paralelo ao desenvolvimento psicosssexual?

O ato sexual praticado com o menor de 12 anos de idade, seja, a criança, não se discute, sempre configurará crime sexual, agressivo ou abusivo, a depender da existência ou não de violência física. É que à criança é reconhecido, unanimemente, 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 genital³¹², ou em decorrência de sua inaptidão anatômica e fisiológica para a vida sexual, constituindo-se em verdadeira aberração biológica tal prática³¹³.

A criança possui, segundo Sigmund Freud, todos os sentimentos de um adulto, inclusive os prazeres sexuais. O ato sexual produz um forte contato da pele e este atrito pode conduzir à estimulação física e fisiológica da criança ao nível máximo de dor e excitação. Disso decorre a possibilidade, além de sua submissão, por medo ou culpa, ao ato sexual, de seu consentimento. Todavia, este consentimento não pode ter nenhum valor jurídico, primeiro porque só parceiros podem consentir, segundo porque tal consentimento traduz o resultado da não-compreensão da sexualidade nesta fase, o que os teurapêuticos chamam de dispersão do

³¹¹ ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 45-46.

³¹² UNICEF-FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, *Situação de Abuso Sexual e da Prostituição Infanto-Juvenil no Brasil*. s/l, fev. 1996. p. 8.

³¹³ OLIVEIRA, José Lima de. *Violência Presumida* Tese (Concurso à Livre Docência), Universidade Federal da Bahia. Salvador: S.A Artes Gráfica. Salvador, 1959. p. 22.

sentimento da sexualidade por todo o corpo, não se concentrando na área genital³¹⁴. Fontan Balestra, de sua vez, fala em incapacidade para compreender o significado social e fisiológico do ato³¹⁵.

De relação à criança, portanto, deve prevalecer o critério da aferição do desenvolvimento somato-sexual sobre o psicosexual para efeito de configuração de crimes sexuais, sendo absolutamente desprezado seu eventual consentimento. Inclusive, no mais das vezes, os crimes sexuais de que são vítimas são praticados com violência real, e não presumida, emprego de violência física ou moral, sendo os principais agentes os próprios pais, padrastos e outros familiares.

Diversa, contudo, a situação do menor situado na faixa etária de 12 anos completos a 14 anos incompletos, isto é, a chamada fase pré-púbere, período que antecede a adolescência e, portanto, fase em que já iniciam, de forma mais intensa para uns e menos para outros, as transformações psicofisiológicas acima aludidas, certo que estas não ocorrem em razão de uma simples passagem de data natalícia, mas fruto de um processo lento³¹⁶. Plenamente possível, assim, que o menor, entre 12 e 14 anos, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosexual. 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 vivencial e prático. Incontestável, por conseguinte, que muitas vezes a medida do componente somático e a do componente psíquico não correspondem no desenvolvimento de um ser da mesma forma³¹⁷.

Exsurge, enfim, como evidência da realidade contemporânea, de aglomerações humanas, que uma pessoa com menos de 14 e mais de 12 anos pode ter uma noção teórica clara dos segredos da vida sexual, permitindo-lhe uma anuência consciente, ainda que não possua escala de valores definida a ponto de vislumbrar toda a sorte de conseqüências que lhe

³¹⁴ UNICEF-FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, *Situação de Abuso Sexual e da Prostituição Infante-Juvenil no Brasil*. s/l, fev. 1996. p. 13.

³¹⁵ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal- parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 212.

³¹⁶ FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (Unicef), *Metodologia do Projeto Casa da Menina Adolescente*. Pernambuco, mar.1996. p. 9.

³¹⁷ OLIVEIRA, José Lima de. *Violência Presumida*. Tese (Concurso à Livre Docência), Universidade Federal da Bahia. Salvador: S.A Artes Gráfica, 1959. p.19.

podem advir³¹⁸. Corroborando tal conclusão, pesquisas feitas pela socióloga Marlene Vaz, intituladas Meninas de Salvador (Centro de Defesa da Criança e do Adolescente) e Meninas de Aracaju (Secretaria de Estado do Trabalho e da Ação Social de Sergipe), revelaram que em Salvador 30% das informantes tiveram sua primeira relação sexual na faixa de 10 a 13 anos e, em Aracaju, 56,92%, enquanto 34% das entrevistadas em Salvador, e 38%, em Aracaju, afirmaram que tiveram a primeira relação com o namorado³¹⁹, portanto, presume-se, relação desejada, consentida, baseada na atração sexual e relacionamento estável entre os parceiros. Ainda que uma parte destas meninas possa estar mentindo, tais dados devem ser levados em consideração como reflexo de uma realidade social.

Também interessante o registro por Roque de Brito Alves, na condição de Defensor Público na 1ª Vara Criminal de Recife, Pernambuco, no sentido de que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos processos por crime de sedução em que atuou na década de 1980-1990 resultaram na absolvição do acusado pela ausência de seus elementos típicos subjetivos, morais. Informa o mesmo que em inúmeros processos as “vítimas”, em juízo, se comportaram de forma desembaraçada, ousada, cínica, sem deixar dúvida de que de enganadas não se tratavam, confessando implicitamente que tinham buscado o prazer pelo prazer, sem finalidade mais séria e que o interesse no processo penal era, na verdade, de seus pais ou responsáveis³²⁰. Embora a faixa etária integrante do tipo penal do crime de sedução seja dos 14 aos 18 anos, incontestável que tal comportamento e desenvolvimento mental não são atingidos de um dia para o outro, tratando-se de um processo que se inicia e atinge seu ápice em momento impossível de se precisar.

De fato, o sexo, há muito, deixou de ser o tema “ímoral” de antigamente. Até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstias letais, bem como de busca de melhor qualidade de vida, comprometida com a ocorrência de gestações na adolescência, abortos, etc., procura-se hoje discutir livre e exaustivamente o assunto. É, assim, plenamente possível que o adolescente maior de 12 e menor de 14 anos, no presente, tenha certa capacidade de entendimento e de determinação em matéria sexual, e, por conseguinte, maturidade suficiente para rechaçar propostas e agressões que nessa área se produzirem, ou, ao invés, anuir validamente ao ato sexual.

³¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. A Liberdade Sexual do Adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v.1, n.º. 2, , jul.- dez. 1996. p.279.

³¹⁹ UNICEF-FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, *Situação de Abuso Sexual e da Prostituição Infanto-Juvenil no Brasil*. s/l, fev. 1996. p. 16.

³²⁰ ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 55.

Enfim, não se justifica que permaneça a idéia de crime, em certos comportamentos socialmente adequados, ainda que outrora tenham sido considerados incompatíveis com os costumes e cultura da época e que, por isso, tenham sido moldados à categoria de delitos³²¹. Tendo se renovado os conceitos de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, não se pode mais simplesmente ignorar, nos crimes sexuais, a capacidade volitiva do menor de 14 e maior de 12 anos de idade como posto pelo legislador penal.

Se se trata de evolução ou involução é algo que depende das posturas éticas de cada um, mas não se tem como negar que, na era da cibernética e da comunicação de massa, a quantidade de informação disponível é enorme, o que influi decisivamente na maturidade precoce dos adolescentes, inclusive em matéria sexual. Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos, o despertar mais precoce dos desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitado, assim como as opções diferentes decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes. Consoante o pai da psicanálise:

Uma das óbvias injustiças sociais é que os padrões de civilização exigem de todos uma idêntica conduta sexual, conduta esta que pode ser observada sem dificuldades por alguns indivíduos, graças à suas organizações, mas que impõe a outros os mais pesados sacrifícios psíquicos. Entretanto, na realidade, essa injustiça é geralmente sanada pela desobediência às injunções morais³²².

Por outro lado, como considerar válida a vontade do adolescente, a partir dos 12 anos, para se sujeitar a medidas punitivas do Estatuto menorista, e inválida para anuir a um ato sexual dentro de um mesmo ordenamento jurídico? Se se entende que o menor tem capacidade ética de compreender o ilícito criminoso, legitimidade passiva *ad causam* para o procedimento infracional e capacidade para submeter-se a medidas punitivas, inclusive internamento, medida privativa de liberdade, como atribuir-lhe imaturidade para a compreensão de certos comportamentos sexuais, se esta apresenta um *minus* e, em geral, aparece primeiro, em relação àquela outra? Como aceitar que um adolescente de 13 anos que pratique ato sexual com uma adolescente da mesma idade seja punido porque capaz de entender a ilicitude praticada, seja, o sentido ético da atividade sexual e, ao mesmo tempo,

³²¹ SILVA, Antônio César. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R.(Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 70-71.

³²² FREUD, Sigmund. *Moral Sexual Civilizada e Doença Nervosa Moderna*. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud, v. IX. Rio de Janeiro: Imago, 1969, p. 187 *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 75.

absurdamente, seja punido também porque a vítima, da mesma idade, presumidamente não entende o sentido ético do ato?³²³.

Embora a responsabilidade penal e a compreensão sobre a atividade sexual sejam coisas distintas, possuem íntima relação no que se refere aos crimes sexuais, impondo-se uma lógica na fixação do momento de seus alcances, sob pena do absurdo de, segundo o Código vigente, numa hipótese de dois menores de 13 anos praticarem ato libidinoso, 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.

Para que o ordenamento jurídico cumpra sua função de normatização das relações transpessoais, expressando segurança, precisa ser coerente organicamente e lógico, o que requer a harmonização dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal.

5.4. Proposta de adequação da tutela penal sexual do menor de 14 anos ao contexto jurídico-social

Ao Estado, pelo menos o que pretende a condição efetiva de Estado Democrático e Constitucional de Direito, falece legitimidade para impor coativamente quaisquer concepções morais e, especialmente no campo da sexualidade, tudo deve ser deixado à livre decisão pessoal³²⁴. É que a norma só deve interferir o mínimo possível na vida do indivíduo, dentro do critério da necessidade da intervenção, punindo-se apenas aqueles que tenham atingido bens essenciais à vida social, bens, segundo Jescheck, que

são indispensáveis para a convivência humana na comunidade e devem ser protegidos conseqüentemente pelo poder coativo do Estado através da pena

³²³ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, 1996. p.167.

³²⁴ Neste sentido Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid, Reus, 1976, p. 23: “ao legislador penal falta em absoluto legitimidade para prevenir condutas não lesivas de bens jurídicos, apenas em nome da imoralidade” e N. Morris e G. Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Crime Control*. Chiacago, Univers. Press, 1969. p. 2: “Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem directamente a pessoa ou a propriedade alheia” *apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes Contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16, p. 94-95.

pública [...] por exemplo, a vida humana, a integridade corporal, a liberdade de ação e movimento [...]³²⁵

Com efeito, a defesa do pudor e da moralidade não são tarefas do Direito Penal, valores por demais abstratos e que se incompatibilizam com o enfoque moderno conferido à pessoa humana e sua autonomia, princípio fundamental da ordem axiológica constitucional. É que os imperativos constitucionais não permitem a proteção da ética social por si própria, mas apenas na medida em que a violação dos valores sociais ofenda o indivíduo e os seus bens pessoais. Os interesses sociais não podem ofender a autonomia ética individual, estando submetidos aos direitos individuais que representam a opção axiológica básica da Constituição³²⁶. A proteção da moralidade sexual deve ser substituída por bens jurídicos específicos que pretendam preservar as condições de existência da sociedade ou os intangíveis valores da personalidade³²⁷. Não se pode, sob o pretexto de proteger bens de menor magnitude, sacrificar bens de mais elevada magnitude axiológica. Daí que hoje só possam ser consideradas legítimas as incriminações de condutas sexuais que atentem contra um específico bem jurídico eminentemente pessoal, correspondente à liberdade de autodeterminação sexual.

Outrossim, conforme ensinamento de Novoa Monreal:

Se quisermos que o Direito continue firme norma de conduta nas sociedades modernas, capaz de assegurar a todos os homens a livre possibilidade de desenvolvimento integral, os juristas temos de convencer-nos de que não temos outra saída senão a de modernizar o direito e reestruturá-lo sobre bases que o permitam ir-se adaptando, com a flexibilidade necessária, às novas e seguramente mais aceleradas alterações que haveremos de ver na vida futura dos povos³²⁸.

Urge, como decorrência, seja modificada a denominação do Título VI do Código Penal, que trata dos crimes sexuais, a fim de que se abandone de vez a concepção de se tratar a moralidade do bem jurídico posto em foco, filiando-se o legislador brasileiro à maioria da

³²⁵ JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. José Luiz Manzanares Samaniego. Granada: Editorial Cornares, 1993, p. 6 *apud* FRANCO, Alberto Silva. Do Princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção. *Justiça e Democracia. Revista Semestral de Informações e Debates*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, nº 1, 1º sem. 1996. p. 167.

³²⁶ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 156.

³²⁷ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989. p. 90.

³²⁸ NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoço. *Revista de Direito Pena (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.-jun. 1971. p.10.

doutrina estrangeira que entende ser a liberdade sexual o verdadeiro objeto de tutela do Direito Penal sexual nas hipóteses de violações sexuais, numa demonstração de valoração da sexualidade como uma das dimensões vitais mais intensamente relacionadas à auto-realização pessoal do indivíduo.

Tal compreensão já foi atingida por inúmeras codificações, sobretudo as européias, mais atualizadas com o momento histórico-cultural. Assim é que, no passado, o StGB alemão falava em *Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*, o Código francês, de *Atentats aux mœurs*, o belga, de *Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*, o italiano, em *Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume* e o espanhol, em *Los delitos contra la honestidad*. Hoje, o StGB alemão (1973) fala em *Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung*³²⁹, o Código espanhol (1999), em *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, o português (1995), em Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual³³⁰, o francês, em agressões sexuais, o grego (1984), em delitos contra a liberdade sexual e contra a exploração econômica da vida sexual e o italiano (1996), em *delitti contro la libertà personale*³³¹.

Liberdade sexual esta que deve ser compreendida no sentido mais amplo possível, conciliando tanto o seu aspecto dinâmico ou positivo, segundo o qual a liberdade sexual pode ser definida como a livre disposição do sexo e do corpo para fins sexuais, guiada pela vontade, seja no que diz respeito à sua forma de manifestação, seja quanto ao seu destinatário, dentro dos limites de tolerância e respeito à liberdade sexual alheia, quanto o seu aspecto estático ou passivo, que importa no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais³³².

Com efeito, as formas por meio das quais se pode violar a liberdade sexual são variadas, uma vez que o que se protege propriamente nada mais é do que a vontade, havendo as condutas atentórias da liberdade de formação da vontade, da liberdade de decisão da vontade e da liberdade de execução da vontade. No caso de crime sexual consentido contra menores, protege-se uma vontade individual, ainda insuficientemente desenvolvida e apenas

³²⁹ Delitos contra a autodeterminação sexual.

³³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 4, nº 16, p. 94-95.

³³¹ SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.-set. 1999. p. 84-85.

³³² NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 141.

parcialmente autônoma, dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais. O que ocorre com a prática sexual é justamente uma violação da liberdade de resolução da vítima segundo motivos próprios, uma vez que o autor se aproveita da sua inexperiência ou fraqueza de caráter, de sua falta de maturidade para decidir de forma livre. Já em se tratando de menores prostituídos, o autor se aproveita de sua situação de necessidade, o que o impede de determinar-se sexualmente por razões pessoais³³³.

De igual modo, a ficção jurídica da presunção de violência merece ser abolida do diploma repressivo, punindo-se simplesmente a prática de ato sexual com menores cujo consentimento ao ato sexual seja considerado inválido. E isto, seja porque a presunção de violência foi estabelecida com fundamento nos costumes, moralidade pública e individual, bens que hoje se têm como estranhos, na maior parte das legislações, à criminalização sexual, seja porque, como anteriormente visto, afrontam princípios e direitos fundamentais do ordenamento jurídico vigente, base axiológica de nossa Carta constitucional.

Inconcebível, ainda, a equiparação do crime sexual violento, seja praticado com violência ou grave ameaça, ao crime praticado com consentimento inválido por parte da vítima. No primeiro caso, havendo resistência vencida, o crime se apresenta, a nosso ver, revestido de maior gravidade, assim como maior o grau de periculosidade revelado pelo seu autor. Já na segunda hipótese, verifica-se a impossibilidade de resistência, entendida como ausência de consentimento válido, decorrente da falta de compreensão da natureza sexual do ato, ou seja, da falta de consciência ética do fato pela vítima³³⁴. É que a ausência de capacidade de valoração ética ou de maturidade inviabiliza o oferecimento de qualquer resistência. Aqui, portanto, não se pode falar de agressão, mas de abuso, não existe dissentimento da vítima, mas consentimento inválido. Trata-se, em verdade, de crime de abuso sexual, como, aliás, denominado pelo recente Código Penal Espanhol, de 1995.

Não se pode olvidar, por outro lado, que nenhum critério científico, muito menos o cronológico, possui consistência absoluta na generalidade dos casos, considerando as condições sociais modernas e a maciça sexualização do cotidiano, antes, “*la fijación de um*

³³³ NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 151-153.

³³⁴ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, 1996. p. 191.

*límite biológico como inalterable frontera para el juicio de tipicidad no puede ser ajena a um convencionalismo que, como tal, encierra una importante carga de relatividad*³³⁵.

Justamente para atenuar os efeitos do corte dogmático provocado pela fixação de limite de idade para a atribuição de eficácia jurídica à manifestação de vontade do menor, no campo da sexualidade, e pelos demais motivos supra-expostos, propomos uma modificação das disposições normativas relativas aos crimes sexuais contra menores previstos no Código Penal, incluindo-se norma transitória, na qual se transporia para os adolescentes na faixa de 12 a 14 anos a tipicidade prevista para as crianças, acompanhada de exigências especiais, com o seguinte texto:

De relação aos menores de doze anos de idade –
Praticar conjunção carnal, coito anal ou oral, com menor de doze anos de idade;
Praticar atos sexuais de relevo, diversos da conjunção carnal, anal ou oral, com menor de doze anos de idade.

De relação aos maiores de doze e menores de quatorze anos de idade –
Praticar conjunção carnal, coito anal ou oral com maior de doze anos e menor de quatorze, com abuso de sua capacidade de consentimento livre e válido;
Praticar atos sexuais de relevo, diversos da conjunção carnal, anal ou oral, com maior de doze anos e menor de quatorze, com abuso de sua capacidade de consentimento livre e válido.

Tal norma, embora possa ser dita casuística, levaria em consideração a situação pessoal da vítima, a conduta concreta praticada pelo autor e as conseqüências que desta poderiam advir para aquela, a fim de se estabelecer o grau de lesão do bem jurídico tutelado, seja, a liberdade sexual. Ainda, conciliaria a necessidade de reconhecimento ao adolescente, maior de 12 e menor de 14 anos, do exercício da liberdade sexual, direito fundamental constitucional, com a proteção da formação adequada de sua personalidade e liberdade de decisão de sua vontade. Através destes enunciados penais, se atribuiria ao juiz, no caso concreto, o poder de aferir a capacidade da vítima em manifestar sua vontade sexual livremente, somando-se ao critério cronológico uma apreciação judicial valorativa, nas hipóteses em que as vítimas, em razão de sua idade, se encontram numa situação limítrofe entre a pré-puberdade e a puberdade, e, portanto, apresentando níveis de maturidade extremamente variados conforme suas circunstâncias pessoais, promovendo o legislador, desse modo, uma resposta penal mais justa e exata.

³³⁵ BUENO ARÚS, Francisco. Análisis General de las Últimas Tendencias Político-Criminales en Materia de Delitos Sexuales. Justificación Político-Criminal de la Reforma Española de 1999. In: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 237-238.

O fato de se unir um critério subjetivo, “abuso de capacidade de consentimento livre e válido”, a um critério científico reduziria as dificuldades de natureza processual, de existência inevitável, quanto a produção de prova e formação do convencimento judicial, nesta seara sexual, que, de resto, deve privilegiar sempre a palavra e a situação da vítima. Claro que, nestas situações, “*han de entrar em juego las reglas de la psicología del testimonio, que sólo puede aplicar quien presencia las declaraciones, es decir, el Tribunal*”³³⁶. Com efeito, o Direito processual é quem deve melhor se aparelhar para enfrentar com êxito a questão da prova de fatos com menor ou nenhum caráter técnico, e não se proibir ao legislador de construir tipos penais com alguma carga de subjetividade, circunstância inerente à condição do ser humano.

O Código penal argentino, em seu art. 120, dispõe que caracterizado estará o “estupro” quando houver acesso carnal com mulher honesta maior de 12 e menor de 15 anos que não se encontre nas circunstâncias configuradoras do crime de violação (acesso carnal violento), portanto, proteção legal fundamentada na inexperiência sexual³³⁷. Trata-se, a nosso ver, de uma norma que busca proteger o adolescente no momento de transição de etapas de seu desenvolvimento físico-psíquico, mas que peca por confundir inexperiência sexual com maturidade sexual, esta sim, pedra de toque no consentimento válido no âmbito sexual.

Pela nossa proposição, caberia ao magistrado, no caso concreto, examinar o grau de compreensão do menor nos assuntos sexuais, afastando-se, destarte, a confusão entre Moral e Direito. O maior de 12 e menor de 14 pode ter maturidade sexual e não concordar com o ato, mas pode, de igual modo, anuir, ainda que excepcionalmente, de forma válida. Ao acusador, dessa forma, caberia não apenas a prova da prática do ato sexual, mas da incapacidade de resistência da vítima, entendida através da invalidade de seu consentimento, em razão de falta de maturidade suficiente, no caso concreto, dado as suas circunstâncias pessoais. Prova esta que deve ser feita em processo regular, segundo as normas processuais vigentes, e precedida de ampla e detalhada descrição dos fatos imputados ao autor, dando-se, assim, cumprimento às regras de garantia e de prova derivadas do princípio do estado de inocência³³⁸. Desta forma,

³³⁶ Repertorio de Jurisprudencia ano 1996, v. 62, I. Pamplona: Aranzadi, 1996, n. 818, p. 1.149-1.150 *apud* SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.-set. 1999. p. 98. Com relação às regras o Tribunal Constitucional indica: “a) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de um móvil espúreo; b) verosimilitud corroborada por circunstancias periféricas; y c) persistencia en la incriminación”(p. 1.150).

³³⁷ FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal- parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 222.

³³⁸ GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, 1996. p. 191-193.

preservada estaria, ainda, a observância do princípio da lesividade, já que “*la afectación real del bien jurídico, como en todos los casos, ha de valorarse en concreto, con la posibilidad de concluir en la falta de lesividad o la lesión insignificante*”³³⁹.

³³⁹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996. p. 126.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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, pelo perigo que representa de agravamento da crise da dogmática penal contemporânea e estímulo para que o Direito Penal relegue a plano inferior sua função social, atendendo tão-somente sua função normativa.

Induvidoso que o menor de idade mereça proteção penal especial em vários aspectos, principalmente no que se refere ao livre desenvolvimento de sua sexualidade. Por isso se explica que, na quase maioria dos sistemas penais, pune-se a prática sexual com menores que se mostram incapazes de consentir ou, pelo menos, de consentir validamente, ainda que o crime tenha sido praticado sem violência física ou ameaça, antes, com pronta adesão daqueles ao ato sexual. A questão, todavia, gira em torno dos limites e da legitimidade da intervenção punitiva neste campo.

Em primeiro lugar, a fórmula encontrada pelo legislador brasileiro para promover a tutela penal nestas situações, através da presunção de violência, afronta princípios e direitos fundamentais garantidos pela Carta de 1988, em especial o princípio da presunção do estado de inocência, assim como a moderna concepção do Direito Penal.

É que a presunção constitucional de inocência, de categoria internacional, antigas raízes históricas e forte carga liberal, democrática, limitadora e garantista – apresentando-se como um dos mais relevantes direitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico e conceito fundamental em torno do qual se constrói o modelo de processo penal de corte liberal –, entra em choque frontal com presunções legais, particularmente quando dotadas estas de cunho punitivo. Isto porque a presunção de inocência cria para o acusado um *status* especial de respeito à sua liberdade, exigindo, pois, no campo probatório, ampla comprovação de todos os fatos atribuídos à sua pessoa, principalmente os que lhe são desfavoráveis, em procedimento regular, rechaçando qualquer forma de presunção de culpa. A presunção de violência nos crimes sexuais contra menores importa, justamente, na presunção de um fato, seja, a violência praticada pelo acusado, desobrigando o acusador do dever de comprová-la, portanto, violação do princípio do estado de inocência.

Mesmo a doutrina da relatividade da presunção de violência, embora tenha servido para atenuar o rigor do texto legal, aproximando-o da realidade, permanece, de forma equivocada, atrelada à ultrapassada concepção da moralidade e dos costumes como bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais. Demais disso, ofende o princípio do estado de inocência, na medida em que inverte para o acusado a carga de provar sua inocência, além de representar afronta ao princípio constitucional da legalidade, já que modifica, ilegitimamente, a configuração do tipo penal, através da criação de requisito típico pelo julgador, de relação ao comportamento sexual da vítima, para o qual não tem competência, terminando por impor à vítima um julgamento de sua vida pessoal, função estranha ao Direito.

Outros princípios constitucionais também restam violados pela previsão legal da presunção de violência, a exemplo da garantia da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), comprometidos em razão do impedimento de produção de prova contrária ao fato (violência) presumido por lei e do princípio da responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV), violado pela impossibilidade da conduta (violência) determinante da punição penal ser atribuída materialmente ao acusado.

O princípio do estado de inocência, por outro lado, repercutindo intensamente no âmbito do Direito material, guarda próxima relação com certos princípios do Direito Penal que, de igual modo, se mostram inconciliáveis com as presunções legais de fatos. Com efeito, a presunção de violência nos crimes sexuais viola o princípio do Direito Penal da culpa porque a violência, inexistente no plano fático, não possuindo vínculo material com o acusado, não lhe pode ser imputada subjetivamente, tratando-se, pois, de hipótese de responsabilidade objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico vigente. Em consequência, também o princípio do Direito Penal do ato resta violado porque a punição do acusado decorre de um fato não praticado por ele, mas presumido por lei, portanto, impossível de comprovação no plano processual. Por fim, verifica-se a não-observância do princípio do Direito Penal da lesão, já que a afetação do bem jurídico não decorre da conduta do acusado, e, em decorrência, avaliável no plano empírico, mas de uma presunção legal. Inexiste, destarte, a exteriorização da ofensa ou perigo do bem jurídico em jogo, liberdade sexual da pessoa, a legitimar o exercício do poder estatal, abrindo-se, assim, uma porta para práticas moralizantes subjetivas e arbitrárias por parte dos detentores do poder público.

Ora, o atendimento dos procedimentos e princípios materiais de justiça previstos na Constituição torna-se imprescindível por parte do legislador infraconstitucional, uma vez que

a realização jurídica e fática dos direitos fundamentais é que dá legitimidade ao sistema jurídico como um todo. Da opção constitutiva pela dignidade da pessoa humana e da garantia da liberdade pessoal como um dos seus pilares decorre que qualquer medida constritiva dessa liberdade só pode ser admitida em caráter excepcional, em razão de comprovada necessidade legalmente aferida. Daí que o princípio constitucional do estado de inocência e todos os demais direitos fundamentais, valores que desprendem da dignidade humana, determinam sua primazia em relação às normas infraconstitucionais, a indisponibilidade de seu conteúdo, sua observância e aplicação imediata pelos poderes públicos e particulares.

No Direito Penal, principalmente, a Constituição Federal, garantia máxima do cidadão, representa um limite à intervenção do Estado, de modo que toda norma legal ordinária que com ela não guarde compatibilidade deve ser expurgada da ordem jurídica porque sem legitimidade substancial, fundamento constitucional. Em consequência, a norma relativa à presunção de violência nos crimes sexuais, violadora de direitos fundamentais do cidadão, não encontrando recepção na nova ordem constitucional criada pela Carta de 1988, deve ser tida como revogada.

Demais disso, a presunção legal de violência se mostra imprestável para integração de tipicidade de relação aos crimes sexuais contra menores, porque determina julgamentos eivados de grande margem de subjetividade, dificultando, assim, a atribuição de igualdade de tratamento a pessoas de igual categoria, condição de justiça de todo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que gera incerteza entre os cidadãos sobre as consequências jurídicas de seus atos.

Em segundo lugar, há um consenso doutrinário no sentido de que o bem juridicamente tutelado pelos crimes sexuais trata-se da liberdade sexual ou, como preferem os alemães, liberdade de autodeterminação sexual. De fato, numa sociedade pluralista, tolerante e aberta, característica de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, o respeito à diversidade ética, à dignidade da pessoa humana e ao máximo de liberdade, compatível com o sistema geral de liberdades, assume um valor social fundamental. Por isso que a intervenção penal deve ser mínima, visando à proteção apenas daqueles bens indispensáveis para a livre e plena realização da liberdade de cada um e para a conservação e desenvolvimento da sociedade.

Por isso, a defesa do pudor e da moralidade, opção antiga do legislador penal sexual, compatível com a ideologia patriarcal então dominante, não se compatibiliza com o enfoque moderno conferido à pessoa humana, sua autonomia e livre desenvolvimento de sua personalidade, base axiológica da Constituição de 1988. Pelos princípios constitucionais atuais, não cabe ao Direito Penal a proteção da ética social por si própria porque interesses sociais não podem ofender a autonomia ética individual, mas apenas quando a violação de valores sociais ofenda o indivíduo e seus bens. O Direito Penal, embora possa refletir valores morais e éticos de uma sociedade, não pode invadir o foro íntimo dos indivíduos para impor-lhes pautas morais de conduta, muito menos na esfera sexual, área das mais intensamente ligadas à auto-realização do ser humano.

É que as leis penais, como mecanismos de controle da convivência social, devem proteger bens jurídicos essenciais das pessoas que correspondam a valores consagrados na Constituição e tratados internacionais, valores estes que projetam e traduzem com intensidade a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, objeto e fim do Direito.

Daí que, nos tempos de hoje, legítimas apenas as incriminações de condutas sexuais que importem em um dano a este bem eminentemente pessoal, liberdade sexual, entendida esta como a faculdade de ação e opção no âmbito da sexualidade que cabe a cada pessoa e a possibilidade de acionar meios protetores desta autonomia, sempre que ameaçada em razão de conduta alheia. No que se refere ao menor, protege-se, também, o livre desenvolvimento de sua personalidade na esfera sexual, através da criminalização de condutas que condicionem a liberdade de escolha e exercício da sexualidade do menor no futuro. Enfim, carece de legitimidade o legislador penal para tipificar condutas não-lesivas a bens jurídicos, em nome da moralidade, o que não impede, todavia, que hábitos e costumes de uma determinada cultura sejam referências consideradas.

Ultrapassado, destarte, o entendimento de que a previsão de crimes sexuais visa à proteção de uma moral social sexual e dos bons costumes, bens coletivos, pois crimes contra o corpo e a vida são crimes contra o indivíduo, atingindo mais a própria pessoa do que a coletividade. A liberdade sexual, portanto, é de ser exercida limitada exclusivamente pelo respeito ao exercício da sexualidade alheia, sem qualquer restrição de ordem moral.

Em assim sendo, o tradicional e moralista enquadramento jurídico dos crimes sexuais feito pelo Código Penal vigente, de 1940, como crimes contra os costumes, encontra-se em

dissonância com a realidade social e o pensamento jurídico dominante na atualidade. É que o bem jurídico, indissociável do crime, é mutável no tempo e no espaço. Nestes novos tempos, não se concebe o Direito Penal como defensor de norma de cunho moral.

De sua vez, o direito à liberdade sexual da pessoa resta violado não somente quando sua resistência à prática do ato sexual é vencida, através de violência física ou moral, como também quando a vítima não tem capacidade de resistir, ou consentir validamente, como ocorre no caso de vítimas menores de certa idade. Nesta hipótese, verifica-se a violação da liberdade sexual através de conduta atentatória da liberdade de decisão da vítima, com base em motivos pessoais.

Em terceiro lugar, embora a idade cronológica, a despeito de seus “senões”, na falta de um critério mais eficiente e seguro, permaneça como aquele utilizado pela maioria dos sistemas penais, inclusive o brasileiro, como determinante do marco da aquisição da capacidade de consentimento válido para o ato sexual pelo indivíduo, urge sejam feitas algumas modificações em sua previsão no Direito Penal pátrio.

Tratando-se a *innocentia consilii* da vítima, de acordo com a exposição de motivos do Código Penal brasileiro, do fundamento da presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra menores, seja, sua impossibilidade de entender em toda a extensão o ato sexual a que é levado a praticar, exsurge evidente que, apresentando o menor capacidade para decidir com liberdade sua vida sexual, por contar com amadurecimento biológico e fisiológico, não há como ser sustentada a eficácia da tutela penal pretendida, porquanto dela prescindível.

Ora, as bases empíricas de sustentação da presunção de violência no caso de vítima menor de 14 anos caíram por terra. A sexualidade em todos os seus aspectos passou a ser alvo de diversas pesquisas no mundo afora. A intensa propaganda sexual através dos meios de comunicação, de sua vez, provocou uma ampla discussão, no âmbito doméstico, escolar e social, sobre a sexualidade, determinando uma mudança nos padrões morais em geral, com uma maior permissividade. A juventude não ficou para trás, apresentando uma maior precocidade no seu desenvolvimento psicosssexual, e, conseqüentemente, na sua capacidade de aderir ao ato sexual de forma válida, a partir da compreensão de seu caráter ético. E esta iniciação sexual, cada vez mais cedo dos jovens, não decorre de uma intenção de afronta aos

pais ou à sociedade, mas de um forte desejo de exercício de sua liberdade, em todas as suas vertentes.

O Estatuto Menoril, posterior ao Código Penal, que disciplina direitos e deveres de menores, soube, inclusive, acompanhar esta evolução social, tanto assim que passou a atribuir certa capacidade de entendimento e consentimento aos menores a partir dos 12 anos, fazendo nítida diferenciação entre criança e adolescente. Evidente, desse modo, a mudança de postura do legislador acerca do momento de alcance da maturidade mental pelo menor, surgindo, por isso mesmo, incompatibilidade entre o diploma repressivo e o estatuto do menor. Urge, daí, a modificação do Código Penal, a fim de que expresse o interesse social e reflita a realidade da sociedade, em constantes avanços, dado as mudanças de hábitos e usos da coletividade, conferindo-se, também, coerência ao ordenamento jurídico como um todo.

A criança, inquestionável, 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 ao fato de apresentar estado psíquico incompletamente desenvolvido.

Já de relação à pessoa maior de 12 e menor de 14 anos, tendo-se verificado a possibilidade de a mesma apresentar instalados os sinais da puberdade, encontrando-se fisicamente apta para a 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 anuir validamente ao ato sexual. Que os menores merecem proteção, não há dúvida; inaceitável é confundir o campo do Direito repressivo com os domínios da moral.

O possível reconhecimento da capacidade de autodeterminação sexual a menores entre 12 e 14 anos não tem qualquer aplicação no caso de menores sexualmente explorados, que formam um grupo de pessoas vulneráveis, que não tem conhecimento, capacidade, compreensão ou condições de decidir sobre os atos sexuais praticados. Embora possam conhecer a mecânica da atividade sexual a fundo, estes menores não possuem capacidade de se determinar de acordo com este entendimento. Encontram-se em estado de dependência que os incapacita do poder de decidir, e, portanto, consentir, livremente, nas relações sexuais.

Todavia, não se pode pretender punir por um delito que não é considerado como tal do ponto de vista ético-social. A intervenção penal na vida das pessoas deve ser reduzida ao mínimo possível, reservada a situações de grave ofensa a bens jurídicos relevantes, sob pena de interferirem na liberdade e dignidade da pessoa humana. Não é legítimo subtrair ao adolescente o seu direito e anseio de livremente exercer sua sexualidade, por mais acertadas que possam parecer a alguns, ou à maioria, as concepções morais dominantes na sociedade ou adotadas por seus pais ou responsáveis, mas que não correspondem às suas opções pessoais, sob pena de cerceamento da garantia constitucional de sua liberdade. Uma política criminal não pode ignorar a realidade social e deve respeitar ao máximo possível a diversidade de comportamentos sociais. Daí que o Direito Penal deva manter-se neutro diante das diversas modalidades de opção ou orientação sexual.

O anteprojeto de reforma do Código Penal, publicado no Diário Oficial da União, em 25.03.1998, atento às necessidades de mudanças nos tipos sexuais, propõe algumas destas. Poderia, contudo, ter ido além. Prevê a eliminação das odiosas hipóteses de presunção de violência, dando maior coerência ao ordenamento jurídico; mas permanece atribuindo certo cunho de moralidade ao bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais, ao classificá-los como crimes contra a dignidade sexual. Por outro lado, mantém a idade de 14 anos como a mínima necessária para a validade do consentimento da pessoa ao ato sexual. A Comissão da Reforma Penal, presidida pelo ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, esclarece na exposição de motivos, acerca da parte especial do referido anteprojeto, que a biologia e a psicologia não recomendam a vida sexual antes dos 14 anos, principalmente para a mulher, dado o risco de gravidez e carências, em muitos casos, para criação do filho³⁴⁰.

Ora, a nosso ver, tal posição peca, tanto por ignorar que o alcance do desenvolvimento psicosexual é um processo e, como tal, se perfaz em etapas, cuja maior ou menor duração varia de pessoa para pessoa, conforme uma série de fatores conjunturais, como por, sob o pretexto de combater um problema social, cercear o direito à liberdade sexual de adolescentes, física e psicologicamente aptos ao seu exercício. Gravidez precoce e indesejada, como outras tantas questões sociais de relevância relacionadas aos jovens, deve ser combatida através do implemento de política estatal séria, que lhes garanta acesso à educação, lazer, saúde, ambiente familiar e formação profissional, tratando-os com um mínimo de dignidade e respeito aos seus direitos legalmente instituídos. Na atualidade,

³⁴⁰ <www.direitocriminal.org.br>. Acesso em 30.07.01.

todavia, quase que inexitem programas de amplo alcance que assegurem aos adolescentes, de qualquer idade, informações e atendimento básicos necessários para que tenham uma vida sexual saudável.

A intervenção do sistema penal há de ser limitada à proteção da pessoa, de forma a garantir ao indivíduo o direito ao livre exercício de sua sexualidade; no caso do menor, o livre desenvolvimento de sua personalidade no campo sexual, o que, naturalmente, não se compatibiliza com a irrestrita proibição de se manterem espontâneas e consensuais relações sexuais com pessoas menores de 14 anos.

Desse modo, melhor que se opte pela previsão de tipo próprio, descrevendo a simples 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 Penais italiano, alemão, português, espanhol, entre outros. Tipo penal no qual seus elementos sejam claros e precisos, proporcionando uma interpretação uniforme, com o mínimo possível de subjetivismo do julgador.

Por outro lado, considerando que a conquista da capacidade de autodeterminação sexual é um processo dinâmico, que não se dá de forma súbita, brusca, e que pode ocorrer bem antes de um limiar etário estabelecido por lei, considerando que as diferenças regionais do nosso País provocam variações no que diz respeito ao momento em que os menores alcançam aptidão para consentir validamente no ato sexual; considerando a dificuldade das legislações estrangeiras encontrarem uma idade determinada que pareça a mais adequada para fixar o alcance da liberdade sexual pelo menor, havendo uma variação dos 11 aos 14 anos, de um para outro sistema penal e, muitas vezes, dentro de um mesmo sistema, conforme o momento histórico; considerando que o precoce amadurecimento e conseqüente despertar dos desejos sexuais de alguns jovens é um fato real e que deve ser respeitado, independente da opinião sobre se se trata de uma boa ou má evolução dos costumes, propomos uma norma penal de transição na tipificação de condutas atentatórias à liberdade sexual dos adolescentes maiores de 12 e menores de 14 anos.

Tratar-se-ia de uma norma atualizada à realidade do desenvolvimento social, disciplinando situações em que as vítimas, em razão de sua idade, encontrando-se numa fase de transição da infância para a puberdade, e da natureza do crime, apresentassem variada

capacidade de consentimento válido para o ato sexual, cabendo, então, ao magistrado avaliá-la no caso concreto, a partir das condições pessoais da ofendida. Tal apreciação valorativa permitiria ao julgador decidir, com maior segurança, pela existência, ou não, de abuso da capacidade de consentimento livre e válido da vítima, e, por conseguinte, de violação do seu direito à liberdade sexual.

Enfim, o Direito deve saber conciliar a sua função social à do espelho da sociedade em que se encontra inserido, e a nossa sociedade, como se sabe, não condena, antes, estimula as práticas sexuais e sua precoce iniciação, seja através da mídia, seja através de composições musicais, danças, peças do vestuário, “ídolos”, etc., de modo que os delitos sexuais precisam ser disciplinados em consonância com os princípios constitucionais e a atual realidade axiológica.

Mas, se urge a elaboração de uma reforma penal, deve esta ter por escopo não apenas a atualização de uma pauta típica, e sim, dotar o país de um sistema punitivo adequado ao momento histórico, sensível às transformações vividas pela sociedade e ao pensamento jurídico dominante. Somente assim é viável encontrar o caminho da atribuição de eficácia ao texto legal e, por conseqüência, a adesão social às suas regras.

A propósito, vale transcrita lição de Schultz, no sentido de que:

a permanente mutabilidade do Direito, associada à irreprimível esperança de o tornar cada vez melhor, pode também ser vista como conseqüência do facto de o Direito, embora dele se possa falar como de uma ordenação jurídica (*Rechtsordnung*), não ser nada de estático, antes um processo-de-ordenação (*Odnungsverfahren*), devidamente regulado³⁴¹.

³⁴¹ SCHULTZ, H. *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes Contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 4, nº 16, p. 88.

BIBLIOGRAFIA

Sumário: 1- Livros 2- Artigos 3- Legislação 4- Internet 5- Jurisprudência

6- Periódicos

1- Livros

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALGELI, H. A. *A Problemática Sexual na Adolescência*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Universidade Federal de São Paulo. São Paulo, 1986.

ALONSO PÉREZ, Francisco. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexuales (Perspectiva Jurídica y Criminológica)*. Madrid: Dykinson, 2001.

ALVES, Roque de Brito. *Ciência Criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes Sexuais. Notas e Comentários aos arts. 163 a 179 do Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo e GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un Concepto de Bien Jurídico para Colombia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1996.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Presunção de Inocência, Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Outros Tópicos de Direito Processual Penal à Luz da Constituição de 1988. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro: Intituto Carioca de Criminologia, v. 02, nº 04, 1997. p. 59 - 68.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECCARIA, Cesar. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: TecnoPrint Ltda, s/d.

BENEDICTO A. D. VICTORIANO E CARLA C. GARCIA. *Produzindo Monografia para Trabalho de Conclusão de Curso*. São Paulo: Publisher Brasil Editora, 1996.

BITENCOURT, Cezar e Luiz Regis Prado. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade Nacional de Brasília(UNB), 1999.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

BUENO ARÚS, Francisco. Análisis General de las Últimas Tendencias Político-Criminales en Materia de Delitos Sexuales. Justificación Político-Criminal de la Reforma Española de 1999. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 263-288.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Beni. *Crimes contra a Religião, os Costumes e a Família – títulos V, VI e VII, do Código Penal (arts. 208 a 249)*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1943.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões Penais*. São Paulo: Del Rey, 1998.

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

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido (Dir.) et ALBÁCAR LÓPEZ, José. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 2000.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Candido et alii. *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Artículos 138 a 385*. Madrid: Trivium, 2000.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. Delitos de Prostitución. Especial Referencia a la Prostitución con Menores. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir.). *Delitos contra la Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 287-321.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal. Parte Especial*, v.3. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

CURTY, Marlene Gonçalves e CRUZ, Anamaria da Costa. *Apresentação de Trabalhos Científicos: guia para alunos de curso de especialização*. Maringá: Dental Press Editora. 2000.

DANTAS, Ivo. *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro*, v. I. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. *O Valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio de Almeida Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo (Dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial*, tomo 1. Coimbra: Coimbra, 1999.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. El Objeto de Protección Del Nuevo Derecho Penal Sexual. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz (Dir.). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 217-259.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, mar. 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Juarez Tavares et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal- parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

FRANCO, Alberto Silva et alii. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal -Parte Especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKY, Jack. O Direito como Instrumento de Mudança Social Incremental. Trad. Maria Teresa Duarte Lima. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 203-207.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito de Apelar em Liberdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Sobre o Direito à Prova no Processo Penal*. Tese (Concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito Processual) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 1995.

GONÇALVES, M. Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 1995.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. Reflexões sobre Existência e Liberdade Humana. In: ZAFFARONI, Eugenio Raul e KOSOVSKI, Ester (Orgs.). *Estudos em Homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 23-32.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos Fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Wilis Santiago (Org.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977. p. 11-29.

HART, H. L. A. *Direito, Liberdade e Moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JESUS, Damásio de. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1962.

KARAM, Maria Lúcia. A Liberdade Sexual do Adolescente. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v.1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, nº 2, jul.-dez. 1996. p. 277-284.

LOPES, José Antônio Mouraz. *Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

LUCAS, Ana Cláudia Vinholes Siqueira. Transtornos Psicológicos versus Delinquência Juvenil: Alguns aspectos psicológicos da Delinquência Juvenil. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 44-53.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. Salvador: Saraiva, 1984.

MC KINNEY, J. P. et alli. *Psicologia do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Campos, 1983.

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

MINAHAIM, Maria Auxiliadora. *Menor. Sujeito de uma Tutela Jurídica Especial*. Dissertação (Mestrado) , Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1979.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1996.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MONTAÑÉS PARDO, Miguel Angel. *La Presunción de Inocencia -- Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Arazandi, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas S.A., 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites*. Coimbra: Almedina, 1985.
- NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzato Nunes. *Manual de Monografia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, José Lima de. *Violência Presumida*. Tese (Concurso à Livre Docência), Universidade Federal da Bahia. Salvador: S.A. Artes Gráficas, 1959.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade Vista pelos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991.
- PERRON, Walter. El Reciente Desarrollo de los Delitos Sexuales en el Derecho Penal Alemán. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Dir). *Delitos contra La Libertad Sexual*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 53-81.

PIAGET, Jean. As Relações entre a Moral e o Direito. Trad. Reginaldo Di Piero. In: COUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 139-147.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos Jurídicos-Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O Consentimento do Ofendido (Na Teoria do Delito)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMALHO, Paulo. Presunção de Violência e Crimes hediondos. In TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo (Orgs.). *Livro de Estudos Jurídicos*, v. 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993, p. 340-347.

ROSA, Miguel Feu Antônio José. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

SILVA, Cesar Antônio. Direito Penal: A Descriminalização de Tipos de Crimes Sexuais. In: BITENCOURT, Cezar R. (Org.). *Crime e Sociedade*. Paraná: Juruá, 1988. p. 65-89.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. Mudança Social e Direito: Uma Pesquisa Exploratória Básica. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001. p. 267-278.

UNICEF- FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *Metodologia do Projeto Casa da Menina Adolescente*. Pernambuco, mar. 1996.

_____. *Situação de Abuso Sexual e da Prostituição Infante-Juvenil no Brasil*. s/l, fev. 1996.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, Departamento de Psicologia. *Saúde e Educação Sexual do Jovem*. Salvador: Centro de Estudos Interdisciplinares para o Setor Público (ISP), 1989.

VEGAS TORRES, Jaime. *Presuncion de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madrid: La Ley, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal, Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

_____ *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1986.

2- Artigos

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da UFPE*. Recife: Universitária UFPE, nº 8, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa. Os Novos Crimes Contra as Pessoas (A Experiência da Reforma Penal Portuguesa, 1982-1995). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 1996, ano 4, nº 16. p. 86-113.

BÁRTOLI, Márcio. A Capacidade de Autodeterminação Sexual da Vítima como Causa da Relativização da Presunção de Inocência. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 678, abr. 1992. p. 410-413.

BATISTA, Weber Martins. O Princípio Constitucional de Inocência: Recurso em Liberdade, Antecedentes do Réu. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado S.A. IMESP, nº 6, 2º trim. abr.-jun. 1990. p. 15-23.

CASTELLÓ NICÁS, Nuria. La Agravante Víctima Especialmente Vulnerable por Razón de su Edad del Delito de Abuso Sexual de los Arts. 181 y 182: su Aplicación al Menor de Trece Años y la Posible Vulneración del Principio Non Bis. *Actualidade Penal*. Madrid: Asociacion de Prensa Profesional, nº 37, out. 1999. p. 717-726.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Reforma Penal – 10 anos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 12, out.- dez. 1995. p. 130-137.

FAVARETTO, Ivete M. Ribeiro. Violência Presumida (Comentário de Jurisprudência). *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 5, nº 50, jan. 1997. p. 175-176.

FERREIRA, Sérgio de Andréia. O Direito à Liberdade em face da Prisão Provisória no Regime Constitucional de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 45-73.

FRANCO, Alberto Silva. A Reforma da Parte Especial do Código Penal. Propostas Preliminares. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 3, jul.- set. 1993. p. 68-78.

_____ Do Princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção. Justiça e Democracia. *Revista Semestral de Informações e Debates*. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, nº 1, 1º sem. 1996. p. 167-206.

GOMES, Luiz Flávio. A Presunção de Violência nos Crimes Sexuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, abr.- jun. 1996. p. 158-181.

_____ *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, jul.- set. 1996. p. 169-196.

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*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, nº 42, abr. 1994. p. 30-34.

JESUS, Damásio de. Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 6, nº 38, set. 1998. p. 11-12.

LOPES, José Antônio Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade Sexual no Código Penal Português após a Revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 10, abr.- jun. 1995. p. 47-51.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Progresso Humano e Direito Penal. Trad. J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal (RDP)*. Rio de Janeiro: Borsoi, nº 02, abr.- jun. 1971. p. 9-27.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Artigo 224, a, do Código Penal: Presunção de Violência Relativa? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 4, nº 38, fev. 1996. p. 8.

RAMOS, Fernando João Ferreira. Notas sobre os Crimes Sexuais no Projecto de Revisão do Código Penal de 1982 e na Proposta de Lei n. 92/VI. *Revista do Ministério Público*. Lisboa ano 15, nº 59, jul.- set. 1994. p. 29-49.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 8, jan.- mar. 2000. p. 146-158.

SABADELL, Ana Lúcia. A Problemática dos Delitos Sexuais numa Perspectiva de Direito Comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 27, jul.- set. 1999. p. 80-102.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O Assédio Sexual como Fato Criminoso. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 8, nº 89, abr. 2000, p. 11.

TAVARES, Juarez. Critérios de Seleção de Crimes e Cominação de Penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, número especial de lançamento, 1992. p. 75-87.

ZEIDAN, Rogério. Presunção de Violência por Motivo Etário. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, ano 6, nº 64, mar. 1998. p. 12.

3- Legislação

CHILE. *Mensaje Del Ejecutivo Al Congreso Sobre ElCodigo Penal*, 1874.

COSTA RICA. *Código Penal. Ley de Justicia Penal y Juvenil*: editorial Porvenir, 2000.

ESPAÑA. *Código Penal*: J.M. Bosch editor S.A, 1996.

PARAGUAI. *Código Penal de la Republica del Paraguay y Leyes Complementares Actualizadas*: ediciones comuneros, oct. 1981.

PORTUGAL. *Código Penal*: Almedina, 1999.

.

4- Internet

www.direitocriminal.org.br.

www.ibccrim.org.br.

5- Jurisprudência

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. nº 143-2, fev. 1993. p. 356-385.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Serviço de Jurisprudência. DJ 08.08.94, p. 19576, LEXSTJ v. 00065, jan. 1995. p. 00385.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Serviço de Jurisprudência. D.J. 20.09.96, ementário nº 1842-2. p. 310-321.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Serviço de Jurisprudência. D.J. 14.10.88, ementário nº 1519-3. p. 557-581.

6- Periódicos

AQUILES, Haroldo. Desempenho Sexual em Xeque. *A Tarde*. Salvador, ano 89, n. 30.342, 5 mai. 2002. p. 4

CARELLI, Gabriela. O Sexo Começa Cedo e com Ousadia. *Veja*. São Paulo, ano 35, n. 6, ed. n. 1.738, 13 fev. 2002. p. 80-83.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Violência Presumida. *Correio Braziliense*. Brasília, Caderno Direito e Justiça, 10 jun. 1996. p.1.

CUNHA JÚNIOR, FERNANDO. Habeas corpus e violência presumida. *Correio Braziliense*. Brasília, Caderno de Direito e Justiça, 26 ago. 1996. p. 4.