



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

PATRÍCIA GONÇALO DE ABREU 195771

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS
CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

343.5615
x Crime sexual - Brasil
x Direito penal - Brasil
x Violência (Dirito) - Brasil

Rp

Ac. 111477
M 343.5615
A 162P
R 13999704

FORTALEZA

2008

PATRÍCIA GONÇALO DE ABREU

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL**

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL**

Monografia apresentada à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo
Araruna Santiago.

FORTALEZA

2008

PATRÍCIA GONÇALO DE ABREU

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES CONTRA A
LIBERDADE SEXUAL**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Bel. Francisco Davi Fernandes Peixoto (UFC)
Advogado e Mestrando em Direito – UFC

Bela. Joyce Moreira Ramalho (UFC)
Assistente de Promotoria – MPE
Pós-graduanda em Direito Processual – UniDerp/LFG

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pela infinita misericórdia e amor incondicional.

A meus pais, pela educação em amor, pelo incentivo, pelo carinho e apoio dispensados ao longo de toda a minha vida.

Aos meus irmãos, pela compreensão e companheirismo.

Aos meus amigos, por acreditarem em meu potencial.

Ao meu orientador, pelos ensinamentos e pela dedicação a este trabalho.

RESUMO

Diante da democratização ocorrida em 1988 com a promulgação da atual Constituição Federal e da mudança nos costumes na área sexual observada nas últimas décadas, analisa a natureza jurídica do instituto da presunção de violência quanto à idade nos crimes contra a liberdade sexual. Relata o anacronismo do atual Código Penal Brasileiro, que considera os menores de até 14 anos totalmente inscientes dos assuntos sexuais. Estuda os princípios penais da legalidade e da taxatividade à luz da Constituição Federal de 1988. Examina os principais aspectos do instituto da presunção de violência nos crimes sexuais: hipóteses legais, origem e finalidade da presunção quanto à idade. Descreve o consentimento como forma de exclusão de ilicitude nos crimes sexuais violentos. Questiona quem pode emitir consentimento válido. Descreve os principais argumentos da teoria que considera absoluta a presunção quanto à idade e da que a considera relativa. A partir da crítica das teorias descritas, apresenta solução que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico e com a realidade social hodierna, considerando que a presunção de violência quanto à idade afronta o princípio constitucional da presunção de inocência e que o tratamento legal do adolescente mudou com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Crimes contra a liberdade sexual. Presunção de violência. Natureza Jurídica.

ABSTRACT

Facing the democratization occurred in 1988 after the promulgation of the present Federal Constitution and the behavior change on the sexual area noticed during the last decades, it analyses the juridical nature of the institute of presumption of violence in crimes against sexual liberty. It reports the anachronism of the current Brazilian Criminal Code, which considers minors under 14 years old as totally unaware of sexual subjects. It studies the criminal principles of legality and "categoricity" in the light of the Federal Constitution of 1988. It examines the main aspects of the institute of presumption of violence in sexual crimes: legal hypotheses, origin and goal of the presumption of violence by age. It describes the consent as a form of exclusion of the illicit in violent sexual crimes. It questions who can express a valid consent. It describes the main arguments of the theory that considers the presumption of violence by age as absolute and of the one that considers it as relative. From the criticism of the described theories, it presents the solution that better harmonizes with the legal system and with the current social reality, considering that the presumption of violence by age affronts the constitutional principle of presumption of innocence and also that the legal treatment of teenagers has changed after the promulgation of the Child and Teenager Statute.

Keywords: Constitutional Law. Criminal Law. Crimes against sexual liberty. Presumption of violence. Juridical Nature.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 OS PRINCÍPIOS PENAIS DA LEGALIDADE E DA TAXATIVIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	13
1.1 Os princípios penais e o Direito Constitucional	13
1.2 O princípio da legalidade	16
1.2.1 Conceito	17
1.2.2 Fundamentos	20
1.2.3 Garantias específicas do princípio da legalidade	22
1.2.3.1 Proibição de criação de crimes e penas pelo costume	22
1.2.3.2 Proibição de retroatividade da lei penal	24
1.2.3.3 Proibição do emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas	25
1.3 O princípio da taxatividade	27
1.3.1 Conceito	28
1.3.2 Fundamento	29
2 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	30
2.1 A presunção de violência nos crimes sexuais	30
2.1.1 Definição	30
2.1.2 Hipóteses legais (idade, alienação ou debilidade mental e incapacidade de oferecer resistência)	31

2.1.3 Origem e finalidade da presunção de violência quanto à idade	33
2.2 O consentimento	34
2.2.1 Definição	34
2.2.2 Quem pode emitir consentimento válido	37
3 TEORIAS A RESPEITO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANDO À IDADE NOS CRIMES SEXUAIS	39
3.1 Teoria objetiva (ou legal) acerca da presunção de violência quanto à idade	39
3.2 Teoria subjetiva acerca da presunção de violência quanto à idade	42
3.3 Críticas às teorias absoluta e relativa da presunção de violência	46
3.4 Nosso entendimento	51
CONCLUSÃO.....	55
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	58

INTRODUÇÃO

Desde que entrou em vigor, em 1º de janeiro de 1942, o atual Código Penal Brasileiro — Decreto-Lei Nº 2.848/40 — praticamente não sofreu alterações em sua Parte Especial. O contexto político nacional de então não era dos mais tranquilos e democráticos. Vivíamos sob o regime ditatorial comandado por Getúlio Vargas, um período da história brasileira que ficou conhecido como Estado Novo. Como em todo regime totalitário, o poder político concentrava-se na figura do chefe do Executivo, havia supressão de direitos e garantias individuais e vigência de uma constituição outorgada, com traços nazi-fascistas.

Apesar da democratização experimentada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Código Penal de outrora permaneceu como a principal lei penal do país, tendo sofrido alterações pontuais.

No que diz respeito aos crimes sexuais, as figuras típicas do estupro e do atentado violento ao pudor, por exemplo, continuaram inalteradas desde então: o estupro, codificado no artigo 213 da Lei Penal Brasileira, consiste em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, e o atentado violento ao pudor, codificado no artigo 214, consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

A grande inovação em relação à legislação penal anterior foi a previsão da violência presumida ou ficta, codificada no artigo 224 e suas alíneas. Ocorrerá sempre que a vítima não for maior que quatorze anos, for alienada ou débil mental e o agente conhecia esta circunstância, ou quando a vítima não podia, por qualquer causa, oferecer resistência. A legislação penal anterior considerava 16 e não 14

anos a idade limite para a referida presunção. Além disso, não existiam as outras duas hipóteses.

No específico caso da presunção quanto à idade, clara foi a preocupação do legislador em resguardar os menores com idade até 14 anos, criando uma ordem geral de abstenção no que concerne a atos sexuais em relação aos indivíduos nessa faixa etária. Questiona-se se a natureza jurídica de tal presunção seria de caráter absoluto ou relativo.

Os defensores da corrente absoluta colocam em relevo a proteção especial que o Estado deve proporcionar às crianças e aos adolescentes, indivíduos em fase de formação não apenas física, mas também moral, emocional e psicológica. O legislador impôs a presunção da violência em favor da pouca idade, mesmo quando ela não exista de fato, pois entende que o consentimento para a prática de atos libidinosos não deve ser considerado quando emitido por pessoa de até quatorze anos, em razão da sua “completa insciência em relação aos fatos sexuais”¹.

É bastante louvável a intenção do legislador de 1940, visto que se preocupou em salvaguardar os de mais tenra idade. Não obstante, a sociedade mudou muito de lá para cá. As crianças e os adolescentes de outrora não são mais os mesmos. A difusão dos meios de comunicação, sobretudo a televisão e a *internet*, expôs nossas crianças e adolescentes a uma enxurrada de informações e valores, de modo que os assuntos sexuais são objeto de conversas entre eles, sem qualquer tabu. Salvo raras exceções, qualquer adolescente de hoje conhece e entende o que seja uma relação sexual, ainda que não tenha iniciado sua vida sexual.

¹ BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, de 4 de novembro de 1940 In: _____ *Constituição (1988), Código Penal e Código de Processo Penal* – Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinho, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272.

O tema mostra-se cada vez mais relevante em uma sociedade em que as crianças são cada vez mais espertas e estimuladas, em que os adolescentes têm cada vez mais informações sobre seu próprio corpo e iniciam-se sexualmente cada vez mais cedo. Enfim, em uma sociedade que avançou não apenas tecnologicamente, mas também em termos de acesso ao conhecimento e, conseqüentemente, em precocidade dos mais jovens para os assuntos relacionados ao sexo, que deixou de ser um tabu.

A definição da natureza jurídica da presunção da violência não é tarefa das mais simples, pois a questão envolve não apenas aspectos jurídicos. O Direito, como ciência que se presta à busca pela justiça, não pode fechar os olhos para as mudanças sociais e seguir cegamente a letra da lei. Seria um retrocesso pensar dessa forma, remetendo-nos ao período da Escola Exegética.

Em contrapartida, o juiz deve ater-se ao texto legal, especialmente em âmbito penal. Se não houvesse essa submissão, estaria instaurado um regime arbitrário, avesso ao Estado Democrático de Direito, com o qual não concordamos, concedendo-se plenos poderes aos magistrados.

O sistema penal regido pela legalidade e taxatividade, contudo, não deve-se prestar à criação de um Direito rígido, engessado. O fim maior deverá ser sempre a justiça e a pacificação social.

Assim, propõe-se estudar as correntes — *jure et de jure* e *juris tantum* — a fim de se chegar à conclusão mais justa possível em relação à aplicação ou não da presunção da violência nos crimes sexuais violentos, entendendo que a incidência ou não da ficção jurídica em estudo dependerá do caso concreto.

Para tanto, nos capítulos que seguem, proceder-se-á a um estudo dos princípios penais da legalidade e da taxatividade, enlevando seus papéis

garantísticos dentro do Estado Democrático de Direito, seguido de uma análise do instituto da ficção jurídica de violência, sua origem e finalidade, bem como de um estudo sobre o consentimento do ofendido em âmbito penal e sobre quem pode emití-lo validamente. O consentimento ganha papel de destaque na solução do problema exposto, pois ele é uma das formas admitidas pela doutrina para afastar ora a ilicitude do fato, ora a antijuridicidade. Entretanto, para que tenha validade, deve, entre outros, ser emitido por pessoa com capacidade para tanto.

Responder quem é ou não capaz de emitir consentimento válido quanto à disposição do corpo para fins sexuais é papel das correntes absoluta e relativa acerca da presunção de violência quanto à idade nos crimes sexuais, assunto abordado no capítulo derradeiro.

A coleta de informações e demais elementos necessários à composição do trabalho monográfico foi viabilizada através de pesquisa do tipo bibliográfica, analisando-se a literatura já publicada em forma de livros e artigos jurídicos que envolvam o tema em estudo, bem como documental, através de projetos, normas e pesquisas on-line.

1 OS PRINCÍPIOS PENAIS DA LEGALIDADE E DA TAXATIVIDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Impossível imaginar a Ciência Jurídica sem princípios. Eles são a bússola sem a qual o Direito pode tornar-se uma disciplina cuja finalidade restará inócua.

Em se tratando de Direito Penal, imprescindível é o estudo dos princípios, especialmente por ser este o ramo do direito que mais duramente restringe a liberdade do ser humano. O inafastável estudo principiológico serve tanto para a tarefa de criminalização quanto para evitar que se caia no equívoco de se tolher liberdades mais do que o necessário. Dessa forma, não se dirigem apenas ao Legislativo quando da elaboração dos tipos penais, mas também ao Judiciário e ao Executivo. Ao Judiciário, para que exerça o devido controle difuso de constitucionalidade, assumindo seu papel dentro do processo penal de garantidor da dignidade da pessoa humana. Ao Executivo, para que se abstenha de condutas e procedimentos notadamente constrangedores e abusivos, como vem acontecendo na polícia preventiva².

1.1 OS PRINCÍPIOS PENAIS E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Antes de tudo, importa perguntar o que é um princípio. Num sentido mais vulgar ou *lato*, princípio — palavra derivada do latim *principium* (origem, começo) — quer exprimir o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou coisas

² AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, pp. 21-22.

começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa³. Mas não é esse o sentido que nos interessa.

Numa acepção mais jurídica, Plácido e Silva⁴ ensina:

Princípios. No sentido, notadamente no plural, significa as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos como *base*, como *alicerce* de alguma coisa.

E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixam para servir de *norma* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a *conduta* a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria *norma* ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em prefeitos *axiomas*.

Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo o axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito.

Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos. (grifos nossos)

Durante um longo período da história, os cientistas jurídicos se debruçaram sobre o tema da normatividade e da natureza jurídica dos princípios. Os debates deram origem a três principais escolas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista, prevalecendo atualmente esta última.

Inicialmente, os princípios não tinham qualquer normatividade, resumindo-se a um “conjunto de verdades objetivas, derivadas da lei natural e humana; vinham concebidos em forma de axiomas jurídicos ou enunciados estabelecidos pela reta razão”⁵, de acordo com a escola jusnaturalista. Acreditavam que o Direito emanava de uma ordem superior universal, imutável e inderrogável, não podendo, por esse motivo, desaparecer da consciência dos homens e carecer de norma posta para

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 639.

⁴ *Op. cit.*, p. 639.

⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 42.

existir.

A escola positivista foi a responsável por inserir os princípios nos códigos como fonte normativa, ainda que subsidiária. Defendiam que a existência dos princípios na ordem normativa é que lhe dariam eficácia, porque a sua positivação consistia na manifestação legítima da soberania popular. Entretanto eram como pautas programáticas supralegais, a fim de aumentar a eficácia da lei e garantir seu reinado absoluto. Permaneciam, portanto, carentes de normatividade.

Na fase pós-positivista, os princípios, que já estavam inseridos no ordenamento jurídico, passam a fazer parte da Lei maior do Estado e ganham *hegemonia axiológica*. Assim, consolida-se o entendimento de que não há distinção entre regras e princípios no que diz respeito à normatividade, ou seja, regra e princípio têm a mesma origem ontológica. A norma foi elevada à categoria de gênero do qual princípios e regras são espécies.

A respeito desse pensamento, de grande valia é a lição de Cláudio do Prado Amaral⁶:

Essa visão deu maior coerência ao sistema jurídico. As normas constitutivas de um ordenamento jurídico não estão insuladas, mas fazem parte de um sistema onde os princípios atuam como vínculos, mediante os quais elas se congregam de molde a constituírem um bloco sistemático. Esta é a visão juspublicista atual. A formação unitária do sistema, tendo por vínculo os princípios, dá maior coerência, porque há identidade de natureza entre a norma e o princípio — o princípio também é norma.

Devido ao papel axiológico que os princípios assumem dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que os princípios penais ocupam cadeira no rol das garantias constitucionais, vez que se situam como limitadores e condicionantes do poder punitivo do Estado.

Assim, a Constituição deve ser entendida como o instrumento jurídico

⁶ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 43.

principal no estabelecimento de garantias fundamentais do homem e a favor do homem em face do Estado, manifestando-se tais garantias por meio de princípios dirigentes e limitadores da intervenção do Estado na esfera da liberdade e integridade física individual⁷. Dentre esses princípios dirigentes e limitadores, dá-se especial enlevo aos princípios penais da legalidade e da taxatividade, garantidores que são do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III da Constituição), que representa a dimensão antropocêntrica do Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade, devido à sua extrema importância, está expressamente inscrito em nossa Constituição, no artigo 5º, inciso II: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Especificamente em âmbito penal, também ganhou *status* constitucional, estando inscrito no artigo 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O princípio da taxatividade, que proíbe a criação de fórmulas vagas e indeterminadas na elaboração de tipos penais, apesar de não expresso claramente na Constituição, não perde a sua importância, visto que se trata claramente de princípio dirigente e limitador do poder punitivo estatal, decorrente daquele. Da mesma forma que o princípio da legalidade penal, serve como garantia constitucional de que o Estado não intervirá inadequadamente — seja pelo agir em excesso, seja pelo agir em falta — na esfera da liberdade e integridade física individual.

1.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. *Op. cit.*, p. 30.

O princípio geral da legalidade é um princípio basilar no Estado Democrático de Direito, pois é da essência de seu próprio conceito a submissão à Constituição e a uma ordem legalmente instituída, por meio de representantes do povo.

Sendo a lei ato de decisão política por excelência, efetivamente o ato de maior realce a vida política enquanto emanada da atuação da vontade popular, não pode ser levada em consideração somente em seu conceito formal — ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente⁸. A lei deve ser vista também como principal instrumento normativo capaz de proporcionar ao Estado Democrático de Direito a consecução dos seus fins, pois como pensa José Afonso da Silva, “[...] a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”.⁹

Dessa forma, conclui-se que um Estado Democrático de Direito não poderia subsistir senão em observância ao princípio da legalidade, seja pelo aspecto da submissão ao império da lei, decorrente de sua própria definição, seja pelo aspecto da busca dos fins almejados pela sociedade. Nesse contexto, importante salientar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscritos na Constituição Federal de 1988:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.¹⁰

1.2.1 Conceito

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 121.

⁹ *Idem ibidem*, p. 121.

¹⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

Segundo o princípio geral da legalidade, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. É um princípio que visa combater o poder arbitrário do Estado, limitando sua ação ao império da lei. Assim, somente por meio de espécies normativas, devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Dessa forma, o indivíduo fica certo de que não terá que se submeter aos caprichos daquele que detém o poder.

Sua natureza mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que não protege, especificamente, um bem jurídico, mas assevera que o sujeito não será compelido em sua esfera individual a fazer ou deixar de fazer algo que não seja por meio de lei, podendo repelir imposições que não advenham desse meio.¹¹

Antes de se passar à análise do princípio da legalidade penal, faz-se necessário diferenciar o princípio da legalidade do princípio da reserva legal. Muito comum na doutrina é a confusão entre os dois, mas a diferença entre eles, ainda que sutil, é fácil de ser percebida.

O princípio da legalidade, nas palavras de José Afonso da Silva¹², significa a “submissão e o respeito à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”. Já o princípio da reserva legal “consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer necessariamente por lei formal”.

Por conseguinte, o princípio da reserva legal tem abrangência menor que o da legalidade. Enquanto todos os comportamentos humanos estão submetidos a

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 102.

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 421.

este, nem todos estão submetidos àquele. Entretanto, apesar de possuir menor abrangência, o princípio da reserva de lei tem mais densidade ou conteúdo, visto incidir tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. O problema das relações entre esses princípios pode ser solucionado, com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo:

— Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal.¹³

Interessante classificação doutrinária é a que divide o princípio da reserva de lei quanto ao vínculo imposto ao legislador em reserva constitucional absoluta e reserva constitucional relativa de lei. Será absoluta quando a disciplina da matéria é reservada à lei pela Constituição, excluindo qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando emprega expressões como “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei criará”, etc. Será relativa a reserva quando a disciplina da matéria é em parte admissível por outra fonte que não a lei, sob a condição de que esta indique os requisitos ou condições em que aquela deva ser validamente produzida. É o caso, por exemplo, de a Constituição facultar ao Executivo, *por decreto*, alterar as alíquotas dos impostos de importação e exportação, desde que atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (art. 153, §1º da Constituição de 1988). Para tanto, utilizam-se expressões como “nos termos da lei”, “no prazo da lei”, “na forma da lei”, “segundo os critérios da lei”, “nos limites da lei”, etc.¹⁴

Dentro dessa classificação, o princípio da legalidade em âmbito penal encaixa-se no padrão das reservas absolutas de lei. Segundo o artigo 5º, inciso

¹³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 421.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* pp. 422-423.

XXXIX da Constituição Federal de 1988, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Por conseguinte, fica estabelecido que somente por meio de lei em sentido formal, ou seja, ato jurídico validamente aprovado segundo os critérios constitucionais, pode o Estado delimitar o que é lícito e ilícito. Assim, a lei penal torna-se a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas. Essa delimitação faz-se mister para a tarefa de *criminalização*, bem como da *proteção aos direitos e garantias individuais*, uma vez que só sofrerá os rigores da lei penal aquele que incorrer em ação previamente descrita como ilícita por lei penal. Ademais, não se pode olvidar o *aspecto preventivo* da lei penal, quando, ao descrever a conduta típica, manda uma mensagem a toda a sociedade no sentido de avisar a todos que quem incorrer naquela conduta sofrerá a penalização correspondente.

Nesse contexto, de grande valia é a lição de Aníbal Bruno:

Além disso, traçando o círculo fechado do ilícito penal, dentro do qual, em princípio, ninguém pode penetrar sem incorrer na pena, e fora do qual ninguém pode sofrer a imposição penal, *a lei punitiva não só promove a defesa pela proteção que confere, por meio dos rigores da sua sanção, às condições existenciais da sociedade, nos termos em que ela se acha constituída, mas assegura e delimita o campo de ação do Estado na repressão e prevenção direta da delinqüência, e com essa delimitação garante as liberdades individuais em geral e os direitos fundamentais que subsistem no próprio delinqüente.*¹⁵ (grifos nossos)

1.2.2 Fundamentos

Tradicionalmente, enumeram-se três fundamentos do princípio da legalidade, de acordo com os estudos de Cuello Contreras¹⁶:

- a) *Garantia dos cidadãos frente ao poder punitivo do Estado;*
- b) *Prevenção do delito;*

¹⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 206.

¹⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *Principio de Legalidad*. Madrid: Civitas, 1993 *apud* AMARAL, *op.cit.*, p. 85.

c) A dignidade do homem ou a culpabilidade.

Para Claus Roxin¹⁷, o princípio da legalidade se apóia sobre outros quatro fundamentos, que diferem um pouco da classificação anterior:

- a) O liberalismo político;
- b) A democracia e a divisão de poderes;
- c) A prevenção geral;
- d) O princípio da culpabilidade.

Para este trabalho, serão adotados três fundamentos que aglutinam a idéia de ambos os autores, seguindo a mesma nomenclatura de Contreras.

O primeiro fundamento (que corresponde ao primeiro e ao segundo da classificação de Roxin) relembra que no passado os detentores do poder agiam de acordo com seu próprio arbítrio, de forma, muitas vezes, contrária à idéia de justiça. Através de lutas históricas, os movimentos sociais conseguiram mudar a realidade política, instaurando-se o Estado Democrático de Direito, de forma a submeter os membros dos três Poderes à lei abstrata. Por ser o Direito Penal o ramo da ciência jurídica que mais duramente interfere na esfera da liberdade individual, tamanha ingerência só poderia ser legitimada se adviesse da instância que representa mais diretamente o povo como titular do poder do Estado: o Congresso Nacional, como a Casa dos representantes eleitos pelo povo.

O segundo fundamento mostra o princípio da legalidade sob o seu aspecto funcional. De fato, se a lei penal quer evitar que o delinqüente se abstenha da sua conduta ilícita ante a ameaça da pena, esta deve ser conhecida antes de perpetrar-se o delito. A pena agiria de forma a causar uma “coação psicológica” no indivíduo. Entretanto, só haverá o efeito de intimidação se a pena e o crime forem

¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1993 *apud* AMARAL, *op.cit.*, p. 87.

previamente definidos em lei.

Por fim, o terceiro fundamento sustenta a dignidade da pessoa humana e a culpabilidade como fundamentos do princípio da legalidade. Não se pode alegar a culpabilidade de alguém senão em relação a algo que já exista no ordenamento jurídico: a lei penal que o incrimina. Em outras palavras: se a aplicação da pena pressupõe culpabilidade, só se poderá falar neste caso antes do fato o autor soubesse (ou ao menos tivesse a possibilidade de saber) que sua conduta era proibida; e isso pressupõe, por sua vez, que a punibilidade estava determinada legalmente antes do fato. Portanto, “a pena só é conciliável com a liberdade e a dignidade do homem se fundamentar-se na culpabilidade”.¹⁸

1.2.3 Garantias específicas do princípio da legalidade

Ao longo de sua evolução, desde a Magna Carta da Inglaterra, passando pela *Petition of Rights* norte-americana até a Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa¹⁹, o princípio da legalidade vem dissociando de seu contexto as garantias que hoje apresenta.

1.2.3.1 Proibição de criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*)

Por essa garantia, não há crime nem pena sem *lei escrita*, isto é, lei promulgada conforme dispõe a Constituição. Fica dessa forma afastado o uso do direito costumeiro para a criação ou agravamento de tipos e penas.

¹⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 86.

¹⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 208.

Não obstante, não se pode dizer que o costume está totalmente abolido do âmbito penal. Ele continua sendo uma importante fonte de direito no tocante à elucidação do conteúdo dos tipos e até mesmo para descriminalização e abrandamento de pena.

O costume surge na sociedade sem necessidade de qualquer interferência estatal. É o processo mais direto e espontâneo de formação da manifestação da vontade de uma sociedade organizada.²⁰ Não necessita de força para ser cumprido, uma vez que emana da própria consciência e necessidade daqueles que o praticam. Por conseguinte, o costume, na concepção de Prado Amaral²¹, é “uma prática constante, geral e uniforme, seguida com a convicção de sua obrigatoriedade, tal qual fosse lei”. Segue o autor listando dois de seus elementos caracterizadores indispensáveis: a repetição constante de certos atos e a convicção de sua obrigatoriedade.

O costume atua sobre o Direito Penal quando uma prática, ainda que descrita como crime, é socialmente aceita e perde assim o seu caráter de antijuridicidade. Chama-se de antijurídico o fato que não coadune com as concepções éticas, sociais e políticas dominantes. Exemplo comumente citado é o da contravenção do jogo do bicho, prática já incorporada à cultura nacional e que vem sendo praticada antes mesmo da norma que o reprime, sem que haja reprovção social.

Em relação às causas de exclusão de ilicitude (causas supralegais), o costume aparece como verdadeira fonte para compreensão do que seria estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Assis Toledo²² vai ainda mais além: defende que as normas permissivas

²⁰ VARGAS, José Cirilo. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. Tomo 1. Belo Horizonte: Del Rey, 1997 *apud* AMARAL, *op.cit.*, p. 91.

²¹ *Op.cit.*, p. 91.

²² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

não se restringem às hipóteses expressas em lei; precisam igualmente estender-se àquelas que, sem “limitações legalistas”, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes, dentre elas, o costume.

Por fim, ressalte-se a importância integrativa do costume, especialmente em relação aos conceitos de direito privado, quando da elucidação de alguns tipos penais (por exemplo, o conceito de “exercício de atividade comercial ou industrial” descrito no crime de receptação dolosa, artigo 180, §1º do Código Penal Brasileiro²³).

Em conclusão, pode-se inferir que o princípio da legalidade afasta o costume somente no tocante à criação ou agravamento de tipos e penas, permanecendo, contudo, como fonte de direito quando da descriminalização ou abrandamento de tipos e penas, ou ainda como fonte integrativa.

1.2.3.2 Proibição de retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*)

Esta garantia tem por finalidade precípua asseverar a segurança jurídica, porquanto proíbe que haja crime ou pena sem que haja *lei prévia*. Desse modo, nenhuma lei penal poderá retroagir de forma a incriminar prática que antes não era considerada típica. A irretroatividade alcança não só a lei penal incriminadora, mas tudo o que se refere ao crime, como a inclusão de uma qualificadora, ou a supressão de um elemento de uma causa de exclusão de ilicitude, por exemplo, ou

apud AMARAL, *op.cit.*, pp. 90-91.

²³ Art. 180 (*omissis*). § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. [...]” BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei Nº 2.848/40. Rio de Janeiro: Senado, 1940.

à pena, como o agravamento do regime.

De acordo com o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, a lei penal só retroagirá para beneficiar o réu. O benefício poderá advir de revogação da norma incriminadora (*abolitio criminis*), cessando, conseqüentemente, a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, conforme o artigo 2º do Código Penal Brasileiro (CPB). Excetua-se a essa regra as chamadas leis excepcionais, promulgadas na vigência de situações calamitosas ou conflitivas, e leis temporárias, promulgadas com termo de vigência, que, segundo o artigo 3º do CPB, “aplicam-se ao fato praticado durante a sua vigência” e continuam a regê-los mesmo depois de sua revogação, ainda que posteriormente seja promulgada lei mais benéfica.

Ainda em tema de *lex praevia*, grande foi a celeuma doutrinária acerca das medidas provisórias: poderia um ato normativo do Executivo, com força de lei, criar crimes ou cominar penas? Desde que a Constituição Federal foi promulgada em 1988, a doutrina, muito acertadamente, já dizia que não. Atualmente, a discussão não mais existe porque, em 11 de setembro de 2001, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 32, a qual proibiu a edição de medidas provisórias em matéria penal, modificando a redação do artigo 62 da CF. Sendo a medida provisória uma espécie de delegação do poder de legislar ao chefe do Executivo nacional, a modificação trazida pela emenda está em perfeita consonância com o artigo 68, § 1º, inciso II da CF, o qual proíbe que direitos individuais sejam objeto de delegação pelo Congresso Nacional ao Presidente da República.

1.2.3.3 *Proibição do emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta)*

A proibição advinda desta garantia é corolário lógico do princípio da legalidade. Para uma melhor compreensão do seu sentido, imprescindível delinear o que seja analogia e diferenciá-la de outras figuras que com ela comumente se confundem.

Analogia consiste num processo lógico de integração do ordenamento jurídico. Segundo Damásio E. de Jesus, é a aplicação de uma regra de direito reguladora de determinadas relações a outras relações que têm afinidade com aquelas, mas para as quais não foi estabelecida²⁴. Consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante, que não fora expressamente contemplado. É, portanto, meio integrativo e não interpretativo da lei, ou seja, supridor de suas lacunas, até porque não se pode falar em interpretação de lei que não existe.

A analogia não pode ser utilizada como forma de suprir as lacunas da lei penal no sentido de englobar situações não tidas como típicas e, conseqüentemente, atribuir-lhe uma pena. A não ser que seja para beneficiar o réu (princípio do *in dubio pro reo*), caracterizando-se a chamada analogia *in bonam partem*.

Não se confunde a analogia com a interpretação extensiva. Esta é forma de interpretação utilizada quando a lei disse menos do que queria. Assim, é utilizada quando as palavras ou expressões contidas na lei permitem que lhes sejam atribuídos significados mais amplos, em razão de um atributo próprio dessas palavras ou expressões, que é a “dotação de uma elasticidade semântica variável”²⁵.

²⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º vol. Parte Geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 51.

²⁵ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 105.

No dizer de Damásio de Jesus²⁶, na interpretação extensiva há “a vontade de a lei prever o caso”, mas o seu texto diz menos que o desejado, então se estende o seu sentido até o fato; na analogia não há essa vontade, restando ao intérprete ampliar a *vonluntas legis* até ele. A interpretação extensiva é aceita em direito penal.

Questiona-se se a interpretação analógica é permitida. Sendo uma espécie de interpretação extensiva, também é permitida. O que difere uma da outra é que enquanto nesta a lei diz menos do que o desejado, naquela a lei expressa e genericamente relata os casos que devem ser abrangidos. A título de exemplo de interpretação analógica pode-se citar o artigo 171 *caput* do CPB; que ao definir estelionato, fala em “qualquer outro meio fraudulento” (fórmula genérica), ou seja, qualquer meio semelhante ao “artifício” ou “ardil” (fórmula casuística). A própria lei deixa claro que há necessidade de interpretação que, no caso, é a analógica, pois se buscam os casos semelhantes (análogos) aos do *caput*.

1.3 O PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

A respeito dos efeitos funestos de interpretações errôneas feitas pelo juiz ao aplicar uma lei sobre a vida do cidadão comum, já escrevia o milanês Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”²⁷:

Veríamos, desse modo, a sorte de um cidadão mudar face ao transferir-se para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um raciocínio errôneo ou da bile de um juiz. Constataríamos que o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as idéias vagas e obscura que estivessem, no momento, em seu espírito. Veríamos os mesmo delitos punidos diferentemente em épocas diversas, pelo mesmo tribunal, porque, em vez de ouvir a voz constante e invariável das leis, se entregaria à instabilidade enganadora das interpretações ocasionais.

²⁶ *Op. cit.*, p. 52.

²⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas. (Dei Delitti e Delle Penne – 1764)* Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 23.

A questão torna-se ainda mais grave quando a própria lei é defeituosa, seja por obscuridade ou imprecisão, seja por não ser escrita no vernáculo ou em nível de linguagem não acessível a todos os cidadãos. Continua Beccaria:

Se a arbitrária interpretação das leis constitui um mal, a sua obscuridade o é igualmente, pois precisam ser interpretadas. Tal inconveniente é ainda maior quando as leis não são escritas em língua comum.

Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, como um catecismo, enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, e enquanto forem, de maneira solene, mantidas como oráculos misteriosos, o cidadão que não puder aquilatar por si próprio as conseqüências que devem ter os atos que pratica sobre a sua liberdade e sobre seus bens, estará dependendo de um pequeno número de homens que são depositários e intérpretes das leis.

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloqüência das paixões.²⁸

Desse modo, não sendo a lei clara o suficiente para o entendimento de seus destinatários, a saber, todos os homens, poderá dar azo a interpretações errôneas, bem como não surtirá o efeito intimidador e preventivo para o qual foi criada. Eis o cerne do princípio da taxatividade.

1.3.1 Conceito

O princípio da taxatividade é corolário lógico do princípio da legalidade, mas, por motivos mais didáticos do que epistemológicos, é estudado em tópico separado.

Trata-se da proibição do emprego de fórmulas vagas e indeterminadas na elaboração dos tipos penais (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Portanto, devem os tipos penais ser elaborados legislativamente de forma clara e determinada, com clareza denotativa, sem que se precise recorrer a extremados

²⁸ *Op. cit.*, p. 24.

exercícios de interpretação ou integração para se chegar à compreensão de qual seja a conduta delitiva. Num sistema jurídico que se funda sobre codificações, é necessário que as leis escritas sejam prontamente inteligíveis àqueles a quem ela se dirige: todos os cidadãos.

1.3.2 Fundamento

De acordo com Prado Amaral²⁹, o fundamento do princípio da taxatividade assenta-se em dupla base.

A primeira está relacionada com o fato de a norma penal incriminadora conter uma ordem de abstenção de conduta ou de realização de conduta, que, para ser cumprida, necessita que o destinatário compreenda exatamente o seu conteúdo. Assim, o princípio da taxatividade encontra razão de ser na própria exigência de observância da norma penal.

A segunda encontra-se na função intimidadora da norma penal. Para que haja intimidação, é preciso que o conteúdo da norma seja claro. Sem clareza, não há intimidação.

Por fim, vale ressaltar o fundamento constitucional do princípio em estudo. Ao afirmar que “não há crime sem lei anterior que o *defina*”, o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal pretende considerar inconstitucionais as normas penais incriminadoras que contenham conduta imprecisa ou indefinida.

²⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 115-116.

2 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E A QUESTÃO DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

2.1 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

2.1.1 Definição

Presumir algo consiste em “imaginar, supor, conjecturar, suspeitar, entender, baseando-se em certas probabilidades”³⁰. A definição encontrada no Vocabulário Jurídico é a seguinte:

PRESUNÇÃO. Do Latim *praesumptio* (conjectura, idéia antecipada), é o vocábulo empregado na terminologia jurídica para exprimir a *dedução*, a *conclusão* ou a *conseqüência*, que se tira de um *fato conhecido*, para se admitir como *certa*, *verdadeira* e *provada* a existência de um *fato desconhecido* ou *duvidoso*.

A *presunção*, pois, faz a prova e dá a certeza do que não estava mostrado nem se via como certo, pela ilação tirada de outro fato que é certo, verdadeiro e já se mostra, portanto, suficientemente provado.

As *presunções* podem ser *estabelecidas por lei* ou podem ser *determinadas pelos fatos* ou *estabelecidas pelo homem*.

Assim, discriminam-se em *praesumptiones juris* (presunções jurídicas), *praesumptiones facti* (presunções fáticas) e *praesumptiones hominis* (presunções do homem).

As *presunções de fato* ou as *presunções do homem*, denominadas, também, de *presunções comuns*, na linguagem jurídica entendem-se mais propriamente *indícios (indica)*, que *presunções*.

As *presunções jurídicas*, por seu lado, dizem-se relativas (*juris tantum*) e absolutas (*juris et de jure*).³¹ (grifos no original)

Desse modo, *presunções* são formas das quais o legislador pode se valer para considerar como verdadeiro aquilo que não foi provado, por meio de uma conclusão tirada de um fato conhecido. Quando emanam da lei, essas *presunções* são ditas *jurídicas* ou *legais* e criam o que a doutrina chama de *ficção jurídica*.

Em se tratando dos crimes sexuais cometidos mediante violência ou

³⁰ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1. ed. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [197-] p. 1136.

³¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 637.

grave ameaça, o legislador escolheu algumas hipóteses em que, mesmo não havendo violência real, presumir-se-á a violência. Por conseguinte, ainda que haja consenso da vítima para a prática do ato libidinoso (seja ele conjunção carnal ou não), estará configurado o crime. Importante ressaltar neste ponto que somente haverá presunção de violência, jamais se falando em presunção de grave ameaça.

2.1.2 Hipóteses legais

De acordo com o artigo 224 do CPB, “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior que 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Estando a vítima em qualquer uma dessas condições quando cometido o crime de estupro simples (art. 213 *caput* do CPB) ou qualificado por causar lesão corporal grave ou morte (art. 223 *caput* e parágrafo único do CPB), ou o crime de atentado violento ao pudor simples (art. 214 *caput* do CPB) ou qualificado por causar lesão corporal grave ou morte (art. 223 *caput* e parágrafo único do CPB), a pena é agravada de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão. É a inteligência do artigo 9º da Lei n. 8.072/1990, mais conhecida como a Lei dos Crimes Hediondos (LCH).

Pelo tratamento penal diferenciado atribuído pela LCH, Damásio E. de Jesus³² afirma que as presunções legais de violência foram transformadas pelo legislador em *circunstâncias legais especiais*, denominadas *causas de aumento de pena*.

³² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 3º vol. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos crimes contra a paz pública. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

O artigo 224 do CPB aplica-se aos crimes sexuais violentos, a saber, o estupro e o atentado violento ao pudor. Antes se aplicava também ao crime de rapto violento, contudo, este delito foi revogado pela Lei Nº 11.106/2005.

A primeira hipótese de presunção de violência refere-se à vítima não maior de catorze anos. Se o crime é cometido no dia em que a vítima completa catorze anos, será presumida a violência, vez que não será “maior que catorze anos”.³³

A presunção não subsistirá se o sujeito incidir em erro quanto à idade da vítima, erro plenamente justificado pelas circunstâncias (erro escusável). De acordo com o artigo 20, §1º do CPB, primeira parte, “é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. Colocam-se como exemplos a certidão de nascimento falsa apresentada pela vítima ou a aparência de maior idade pelo aspecto físico e pelo comportamento da vítima. A possibilidade de a presunção ceder face ao erro escusável é uma das alegativas a favor da relatividade dessa pressuposição. Tratar-se-á mais adiante do assunto.

Também será presumida a violência se a vítima é alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância. Faz-se necessário que, em virtude da doença, haja total incapacidade de entender a natureza do gesto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Além disso, para a configuração da presunção, é forçoso que o agente tenha conhecimento desta condição, não bastando o dolo eventual, aquele em que o indivíduo não quer o resultado danoso, mas assume o risco de produzi-lo. Não sendo perceptível a condição da vítima

³³ Nesse sentido: BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 903 e JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 3º vol. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos crimes contra a paz pública. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

desde logo, cede a presunção de violência, que, neste caso, é relativa.³⁴ A deficiência mental da vítima deve ser comprovada por meio de perícia, não sendo suficiente a sua alegação.

Por fim, presumir-se-á a violência se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Neste caso, não importa se a impossibilidade foi ou não causada pelo agente. Entretanto, forçoso é que essa condição seja devidamente comprovada. Citam-se alguns exemplos: enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, sono mórbido, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de torpor causado pela ingestão de medicamentos que provocam sono etc.³⁵ Neste caso também será relativa a presunção, podendo ceder em face de circunstâncias do caso concreto.³⁶

2.1.3 Origem e finalidade da presunção de violência quanto à idade

Clara foi a intenção protetiva do legislador ao criar três hipóteses em que, mesmo não havendo violência real ou dissenso da vítima, estará caracterizado o crime, por considerar que as pessoas enquadradas em uma das hipóteses legais do artigo 224 estão em condição de fragilidade perante o agente.

No tocante à primeira hipótese, a fragilidade decorre da pouca idade da vítima, cujo consentimento não é juridicamente válido.

De acordo com a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal³⁷, datada de 4 de novembro de 1940,

³⁴ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. cit.* p. 155.

³⁵ Exemplos de JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. cit.* pp. 155-156.

³⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Op. cit.* p. 156.

³⁷ BRASIL. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, de 4 de novembro de 1940 *In*: _____. *Constituição (1988), Código Penal e Código de Processo Penal* – Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinho, Márcia Cristina Vaz dos

O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, **a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais**, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. (grifo nosso)

Contudo, na própria ocasião em que foi escrita a Exposição de Motivos, seu autor admite que esse é um entendimento já em vias de restar incompatível com a realidade social do país. Escreve:

Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (catorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem.³⁸

Hodiernamente, poder-se-ia afirmar que alguns adolescentes têm noção não apenas teórica, mas também prática a respeito dos atos sexuais. Infelizmente, a exposição exagerada a sensualidade levou nossos pré-adultos a comportamentos pervertidos pelo excesso de precocidade.

2.2 O CONSENTIMENTO

2.2.1 Definição

De acordo com Fernando Capez³⁹, consentimento é “a manifestação de vontade do ofendido no sentido de submeter a risco ou sacrifício um bem jurídico de que é titular”. Pode ser expresso ou tácito. Será tácito quando o titular do direito pratica atos compatíveis e inequívocos com a vontade de consentir; será expresso quando de forma escrita ou oral manifestar-se no sentido do acordo.

Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 272.

³⁸ *Idem ibidem*. p. 272.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 128.

O consentimento não se confunde com a renúncia ao direito de queixa ou de representação, que consiste numa disposição posterior do direito de autorizar ou dar início à *persecutio criminis in iudicio* nos crimes da ação privada. Ao contrário, o consentimento ocorre antes ou, no máximo, concomitantemente ao ato.

Não é pacífica a questão acerca da natureza jurídica do consentimento. Longos foram os debates para o delineamento da sua natureza nos encontros visando à elaboração do Código Penal Tipo para a América Latina. Apesar disso, não houve consenso, permanecendo a indefinição quanto ao tema, sobre o qual ora argumentava-se que o consentimento excluía a ilicitude, ora excluía a tipicidade.⁴⁰

O CPB não traz em seu bojo a definição de consentimento nem o prescreve como uma das causas de exclusão da ilicitude (art. 23, incisos I a III). A primeira tentativa de incluí-lo no ordenamento jurídico foi no projeto de Alcântara Machado. Em seu artigo 14, inciso I, dispunha: “Não será também punível aquele que praticar ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito ameaçado ou violado”. A Comissão Revisora decidiu retirá-lo por considerá-lo supérfluo. Tampouco foi incluído pela reforma penal de 1984.

Acerca do poder descriminalizante do consentimento do ofendido, ensina Aníbal Bruno:

Na situação atual do problema, o que é decisivo é o interesse que o Estado possa ter na tutela do bem ofendido ou ameaçado. *Se há interesse direto do Estado na proteção do bem, fica inválido o consentimento privado como causa de descriminação. Um bem jurídico recebe a proteção do Direito Penal quando a sua defesa se apresenta como de interesse primordial para o Estado. É com esse caráter de valor para a comunidade que a lei estende sobre ela a cobertura da sanção penal. Mas em muitos desses bens coincide com o interesse público um interesse privado. Em alguns casos mesmos, esse interesse privado é preponderante e o Estado só tem na defesa do bem jurídico um interesse indireto ou mediato. Então o Estado entrega o juízo da conveniência da defesa da situação atual do bem à livre disposição do seu titular. Se ele consente na sua perda, o Estado não interfere para mantê-lo inatacado. Esta posição do Estado em face do bem se declara mesmo na lei, quando esta põe a ausência de consentimento*

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 129-133.

como condição da incriminação. Mas fora desses casos, há bens que o Estado deixa à livre disposição do titular pelo menos até certos limites e dentro de determinadas circunstâncias. É isso que explica o poder discriminante do consentimento do ofendido.⁴¹ (grifos nossos)

A doutrina pátria tem sido unânime em considerar pelo menos dois casos diferentes em que o consentimento pode ser penalmente considerado: como causa de exclusão da tipicidade e como causa de exclusão da ilicitude (ou antijuridicidade). Nesse sentido Damásio de Jesus⁴², Cláudio Brandão⁴³ e Aníbal Bruno⁴⁴. Este autor ainda acrescenta uma terceira possibilidade, em que o consenso faz parte do tipo penal, como ocorre no aborto com consentimento da gestante (art. 124 do CPB).

O primeiro caso ocorrerá quando o dissenso for parte do tipo penal. Por conseguinte, ocorrendo o consentimento do titular do direito em jogo, o fato será atípico. É o caso, por exemplo, do crime de roubo (artigo 157 do CBP), que consiste em subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Concordando o proprietário da coisa, de livre e espontânea vontade, em entregá-la a outrem, não se configura a conduta típica; há mera tradição do bem. Temos o mesmo em outros crimes contra o patrimônio, na violação de domicílio, correspondência ou segredo, no constrangimento ilegal, no seqüestro e cárcere privado, em *crimes contra a liberdade sexual* e em outros em que o consentimento torna o fato não típico e, portanto, estranho ao Direito Penal.

Quando a figura típica não contém o dissenso como elementar, tratando-se de pessoa capaz e disponível o bem jurídico, a doutrina clássica ensina que o consentimento funciona como causa de exclusão da ilicitude. É o segundo caso.

⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte geral*. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 18-19.

⁴² JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º vol. Parte Geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁴³ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *Op. cit.*

Podem ser identificados requisitos básicos para que essa manifestação de vontade tenha eficácia: a) o ofendido tenha manifestado a sua vontade livremente, sem coação, fraude ou outro vício de vontade; b) o ofendido, no momento da aquiescência, esteja em condições de compreender o significado das conseqüências de sua decisão, possuindo, pois, capacidade para tanto; c) o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão se situe na esfera de disponibilidade do aquiescente; d) o fato típico penal se constitua em objeto de consentimento do ofendido.⁴⁵

Desta feita, no que concerne aos crimes sexuais, o bem jurídico tutelado — a liberdade sexual — é disponível, pois cada indivíduo pode escolher livremente com quem, quando e como praticará atos libidinosos. O consentimento, portanto, afasta a tipicidade e não a antijuridicidade desses crimes, que têm como elemento o dissenso da vítima. Entretanto, para ter validade jurídica, essa manifestação de vontade deve ser emitida espontaneamente (sem coação) por pessoa que tenha capacidade penal. Além disso, essa vontade não pode estar eivada de vícios.

2.2.2 Quem pode emitir consentimento válido

Como visto anteriormente, somente pessoas que possuam capacidade penal podem consentir validamente. Segundo a lição de Petrocelli⁴⁶, capacidade penal é o conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos ou obrigações no campo do Direito Penal.

A questão acerca de quem pode emitir consentimento válido é de extrema relevância para o estudo da presunção legal de violência nos crimes sexuais

⁴⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 215.

⁴⁶ PETROCELLI *apud* JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 167.

violentos, pois é exatamente aí que reside a diferença entre os que defendem sua absolutividade e sua relatividade.

Nesse contexto, pergunta-se: pode ser considerada válida a manifestação de vontade de pessoa não maior que catorze anos quando da disposição de seu corpo para fins sexuais? Esse indivíduo possuía condições de compreender o significado das conseqüências de sua decisão? Tais perguntas exigem uma resposta menos simplista do que apenas “sim” ou “não”.—

Se for considerado o que está enunciado na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal como interpretação autêntica — aquela que é realizada pelo próprio órgão de onde emana a lei —, não restariam dúvidas de que se trata de presunção absoluta e a resposta às perguntas acima seria negativa. Contudo, não se trata desse tipo de interpretação.

Passa-se, então, ao estudo das teorias acerca da presunção legal do artigo 224, a do CPB.

3 TEORIAS A RESPEITO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS CRIMES SEXUAIS

3.1 TEORIA OBJETIVA (OU LEGAL) ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE

A Teoria Objetiva defende que a presunção legal de violência quanto à idade nos crimes sexuais violentos é *absoluta*, ou seja, não admite prova em contrário. Em razão de a vítima ser pessoa não maior que 14 anos (fato conhecido), presume-se que houve a violência (fato presumido, porém não conhecido).

Argumentam os defensores desta teoria que, por causa da *innocentia consilli* do sujeito passivo, seu consentimento é juridicamente inválido, sendo irrelevante até mesmo a provocação ou iniciativa da vítima, bem como a sua experiência sexual anterior, vez que até mesmo “prostitutas de porta aberta” — pessoa que tem vida sexual corrompida de forma pública e notória — podem ser vítimas de crimes sexuais.

O simples fato de o (a) menor ter experiência sexual anterior não elide a prática do crime, muito menos implica em maturidade no campo sexual. De fato, não se pode olvidar que muitos ao atingirem a idade de 12 anos já apresentam desenvolvimento físico-sexual completo, porém o mesmo não ocorre com o desenvolvimento psicológico. Não andam lado a lado. A prévia prática de atos sexuais ou o seu conhecimento teórico não implicam em maturidade psicológica.⁴⁷ Fala-se até em “biológica falta de maturidade”.⁴⁸

Desse modo, a corrente absoluta advoga que o comportamento anterior

⁴⁷ MIRABETE, Júlio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985. P. 436.

⁴⁸ Cf. TJSP, 4ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 245598-3. Rel. Desembargador Bittencourt Rodrigues. São Roque. Julgado em 15.12.1998.

reprovável da vítima é irrelevante para afastar a presunção de violência quanto à idade, podendo ser vítima de tais crimes até a “mais desgraçada prostituta”⁴⁹, haja vista que o bem jurídico protegido não é a virgindade ou honestidade da vítima, mas a sua liberdade sexual.

Assim, o que caracteriza o crime não é a “presunção de inocência da vítima”, pois tanto a inocência quanto a honestidade não são elementos do crime. O que caracteriza a presunção é a ausência de consentimento válido da ofendida. É possível encontrar julgados que defendem que, ainda que haja consentimento por parte dos genitores da vítima, além obviamente da dela própria, para a prática o ato libidinoso, não fica afastada a prática do crime.⁵⁰

Dá-se se infere mais um dos argumentos dos defensores desta corrente: a presunção de violência estabelecida pelo legislador não pode ser afastada porque a idade da vítima constitui *elementar do tipo penal*, não cabendo ao juiz arbitrariamente suprimir o que foi posto pela lei, ainda que esta seja claramente anacrônica. O juiz, por não ser parte do legislativo, não estaria autorizado a rever ou questionar a idade estabelecida pelo legislador. Não lhe caberia descriminalizar fatos tipificados em lei porque esta só pode ser revogada por outra lei.⁵¹

Por esse viés, o crime de estupro, por exemplo, passaria a ser definido como “ter conjunção carnal com mulher não maior de 14 anos.” É como se houvesse um tipo especial de estupro, em que a idade da vítima é uma *elementar* e o dissenso desta é prescindível por ser juridicamente inválido.⁵² Em outras palavras: nos crimes

⁴⁹ Cf. TJRS, 1ª Câmara. Ap. 685053225. Rel. Desembargador Jorge Alberto de Moraes Lacerda. Julgado em 25.06.1986. Publicado na *RT* 613/371.

⁵⁰ Cf. GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. Série As Ciências Criminais no Século 21, volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. P. 27.

⁵¹ Cf. TEIXEIRA, Daniele Rodrigues Marota. *A presunção de violência nos crimes sexuais contra menores de 14 anos: uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e o italiano*. P. 81. Disponível em: <<http://www.esuv.com.br/documentos/revista/Artigos.doc>>. Acesso em 17.11.2008.

⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righ Ivahy. “A presunção de violência nos crimes sexuais como

sexuais violentos, o dissenso da vítima é um de seus elementos, mas quando se trata de menor de 14 anos, esse desacordo é dispensável para caracterizar o crime.

Entretanto, isso não significa dizer que não é possível afastar a natureza típica de uma conduta neste caso. Se por situação plenamente justificável pelas circunstâncias, o autor acreditava que mantinha relação sexual com pessoa maior de 14 anos, ocorrerá *erro de tipo escusável*, que afasta o dolo, tornando atípica a conduta.⁵³

Interessante posicionamento dentro da Teoria Objetiva é o que argumenta que a presunção absoluta observada no artigo 224, alínea a do CPB é de natureza material e não processual.⁵⁴ Afirma, acertadamente, que se a presunção absoluta estiver no campo probatório, ou seja, se for aquela que não admite prova em contrário, será incompatível com o Direito Penal da culpa. Entretanto, acredita essa linha de pensamento que a presunção absoluta de violência é apenas uma forma especial de o legislador criar um tipo penal, não tendo qualquer relação com o ônus da prova. A presunção absoluta, portanto, pertence ao campo material e não probatório do direito.

Segue essa corrente afirmando que a presunção absoluta no campo penal não viola a presunção de inocência.

O fato de se 'presumir', em caráter absoluto, um determinado fato, não se admitindo prova em contrário, significa apenas que não é necessária a ocorrência de tal elemento fático para que se realize o tipo penal.

A regra legal do artigo 224 do Código Penal que estabelece uma presunção absoluta de violência, nos crimes sexuais, não viola a presunção de inocência. Partindo da premissa correta, de que a presunção absoluta pertence ao direito material, o fato de se 'presumir', em caráter absoluto, um

presunção absoluta: análise de suas conseqüências e sua compatibilidade com a presunção de inocência." In: _____. LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (orgs.). *A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988*. Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 123-124.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righ Ivahy. "A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas conseqüências e sua compatibilidade com a presunção de inocência." *Op. cit.* P. 127.

⁵⁴ *Idem ibidem*. P. 123.

determinado fato — no caso, a violência —, não se admitindo prova em contrário, significa, apenas, que não é necessária a ocorrência de tal elemento fático para que se realize o tipo penal.

Por serem regras de direito material, e não normas que disciplinam o ônus da prova, as presunções absolutas não implicam alteração na regra *in dubio pro reo*. Em conseqüência, ao estabelecer uma presunção absoluta (*sic*) o legislador não está violando o princípio da presunção de inocência, por estabelecer uma 'inversão no ônus da prova'.⁵⁵

Surge uma contradição, apontada pelo próprio autor, que é não se admitirem as presunções relativas porque contradizem a presunção de inocência, enquanto se admitem as presunções absolutas pelo motivo contrário. Assim, seria preferível ao acusado que contra ele seja imputada uma presunção relativa, pois será inconstitucional, do que uma absoluta. A fim de sanar o "aparente" paradoxo, alega que a presunção absoluta não pode ser usada como uma forma de criar um tipo penal que não impute efetiva e concreta lesão, ou ao menos um perigo concreto, a um bem jurídico penalmente tutelado, justamente porque o dano ou o perigo foram presumidos. Em suma, a presunção absoluta não pode ser usada para violar o *princípio da ofensividade* ou da *lesividade* do Direito Penal.⁵⁶

Por fim, ao admitir que o assunto sexo vem sendo abordado corriqueiramente por espetáculos transmitidos pela televisão, argumentam que aos meios de comunicação ainda não é dado o poder de revogar leis no país.⁵⁷

3.2 TEORIA SUBJETIVA ACERCA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO A IDADE

Em contraposição à Teoria Objetiva, surgiu a Teoria Subjetiva em relação

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righ Ivahy. "A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas conseqüências e sua compatibilidade com a presunção de inocência." *Op. cit.* Pp. 127-128.

⁵⁶ *Idem Ibidem.* P. 128-130.

⁵⁷ Cf. STF, 1ª Turma. RE 116.649-5 PR. Relator Min. Octávio Gallotti. Julgado em 09.09.1988. Publicado no DJU em 14.10.1988.

à presunção de violência quanto à idade nos crimes sexuais. Acredita essa corrente que a referida presunção é de natureza *relativa*, sendo possível seu afastamento, dependendo das circunstâncias do caso concreto. É, portanto, presunção que admite prova em contrário.

A teoria que defende a relatividade da presunção do artigo 224, alínea a do Código Penal põe em relevo o fato de que a nossa lei penal é anacrônica, visto que promulgada nos idos da década de 40. Por conseguinte, não-se pode equiparar um adolescente de 14 anos de outrora com os da atualidade em termos de conhecimento e maturidade nos assuntos sexuais. Considera a Teoria Objetiva antiquada e acrítica, uma vez que limita o juiz a aplicar cegamente uma legislação que não mais condiz com a realidade hodierna.⁵⁸ Com base nesses argumentos, combate frontalmente a *innocentia consilli*, que é a base-mestra em que se fundamenta a teoria absoluta e cujo objetivo é justificar a falta de validade jurídica do consentimento dos menores de 14 anos, de acordo com o que diz a própria Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal.

⁵⁸ STF, 2ª Turma. HC 73.662-9/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 21.05.96. Publicado no DJ de 20.09.96, p. 34535. “[...] A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na quadra atual. [...] Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exurgia, glorioso e como símbolo de modernidade e liberalismo, o nosso vestuto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse com doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinqüenta anos — e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos — não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.[...]”

A Teoria Subjetiva tem sido amplamente aceita atualmente entre os juízes. Argumentam que, na atualidade, o sexo deixou de ser um tema proibido, para se situar em posição de destaque na família, onde é discutido livremente por causa da AIDS, nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos e de ensinamentos sobre o sexo flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, inclusive os menores de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-os rechaçar as propostas de agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo. Por conseguinte, declaram que, sob pena do conflito da lei com a realidade social, não se pode mais excluir completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo do(a) ofendido(a) menor de 14 anos, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética.⁵⁹

Para a teoria subjetiva fica afastado, portanto, que o consentimento do(a) ofendido(a) seja inteiramente inválido juridicamente porque não há mais que se falar em “completa insciência em relação aos fatos sexuais”, como preleciona a Exposição de Motivos do Código Penal.

Dentre os doutrinadores de maior renome, também é a teoria que tem tido maior aceitação. Nomes como Néelson Hungria, Heleno Cláudio Fragoso, Magalhães Noronha, Damásio Evangelista de Jesus, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior, Júlio Fabbrini Mirabete e Cezar Roberto Bittencourt⁶⁰ são exemplos de

⁵⁹ Cf. os julgados: TJRS, 7ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 70024921652. Rel. Desembargador Sylvio Baptista Neto. Passo Fundo. Julgado em 31/07/2008. Publicado no Diário da Justiça do dia 07/08/2008 e TJRS, 7ª Câmara Criminal. Ap. Crim. 70023563299. Rel. Desembargador Sylvio Baptista Neto. Passo Fundo. Julgado em 17/07/2008. Publicado no Diário da Justiça do dia 21/08/2008.

⁶⁰ Todos citados em GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. Série As

penalistas que advogam pela relatividade da referida presunção.

Cabe agora expor os casos em que, segundo essa corrente doutrinária, é possível afastar a presunção e descaracterizar-se o crime sexual. São basicamente três os casos: a) quando há erro de tipo sobre a idade; b) quando a vítima tem comportamento irrepreensível e corrupção notória; e c) quando apresenta maturidade sexual bastante para se auto-determinar nessa área e adere voluntariamente à prática do ato, ainda que não seja considerada corrompida.⁶¹

O erro quanto à idade da vítima — e neste ponto as duas correntes concordam — constitui em *erro de tipo*, que exclui o dolo e, conseqüentemente, o crime (fato típico, antijurídico e culpável). Negar que o erro de tipo aqui considerado não possui valor jurídico algum significaria negar a vigência do artigo 20 do Código Penal⁶² e admitir a *responsabilidade penal objetiva*. Não se pode conceber um Direito Penal sem culpabilidade, o que constituiria verdadeira afronta ao *princípio constitucional da presunção de inocência*.⁶³ Sobre esse princípio e sua conformidade com as presunções fáticas em Direito Penal será tratado mais adiante.

Em relação ao comportamento anterior corrompido da vítima, advogam os defensores dessa corrente que a presunção cederá quando tratar-se de “prostituta de porta aberta”, ou seja, pessoa que costumeiramente cede aos desejos carnis de outrem em troca de vantagem, financeira ou não. Cederá a presunção não porque passará a ter capacidade de consentir, mas porque o seu comportamento levará o

Ciências Criminais no Século 21, volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pp. 49-51.

⁶¹ GOMES, Luis Flávio. *Op. cit.* P. 53.

⁶² “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. § 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.” BRASIL. *Código Penal*. Decreto-lei Nº 2.848/40. Rio de Janeiro: Senado, 1940.

⁶³ GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. Série As Ciências Criminais no Século 21, volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Pp. 57-58.

agente a cometer erro de fato quanto à idade. Nota-se que essa segunda hipótese é decorrente da primeira.

Até o momento, apresentou-se o *error aetatis* como primeira fissura à doutrina tradicional da presunção absoluta de violência. Em sua decorrência, relativizou-se a presunção quando se tratava de meretriz. Nessa linha evolutiva, a jurisprudência flexibilizou-se ainda mais no sentido de admitir que a presunção ceda em relação a vítima com comportamento sexual reprovável, sem necessidade que seja notoriamente prostituída. Nos julgamentos que adotam essa linha de raciocínio, fala-se que a vítima deve ser inocente, ingênua e totalmente desinformada sobre —sexo, sendo, por isso, presa fácil.⁶⁴

3.3 CRÍTICAS ÀS TEORIAS ASOLUTA E RELATIVA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A aplicação estrita da lei não implica necessariamente na aplicação da justiça. O juiz não pode ser apenas a boca que diz as palavras da lei. Nesse ponto, muitas são as críticas que podem ser feitas à corrente absoluta. Atualmente, não se pode mais admitir o mito rosseuniano de que a lei é sempre a expressão da vontade geral, de que o legislador não erra ou de que a lei nunca é injusta. Seria reduzir o Direito à mera técnica de aplicação das regras legais, em detrimento dos princípios gerais do Direito, que são postulados éticos de justiça e que regulam todas as instituições jurídicas.⁶⁵

Aceitar sem nenhum questionamento a presunção legal do artigo 224,

⁶⁴ Cf. Julgados em DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 413 e GOMES, Luis Flávio. *Op. cit.* Pp. 62-64.

⁶⁵ ENTERÍA, Eduardo Garcia de. *Justicia y seguridad jurídica em um mundo de leys desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000 *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* p. 21.

alínea a do Código Penal, significa ignorar a realidade do mundo que nos circunda. Seria desconsiderar as mudanças sociais que ocorreram nestes mais de sessenta anos decorridos desde a promulgação do atual Código Penal Brasileiro. Anos que representaram um salto bem maior do que o observado entre o final do século XIX e o fim da primeira metade do século XX, apesar de serem intervalos de tempo iguais. As mudanças hoje acontecem de forma vertiginosa, de uma forma jamais vista antes. Em pouco tempo, o que era novidade tecnológica, torna-se obsoleta. No que diz respeito à sociedade e à mudança de costumes não é diferente. O acesso amplo à informação, sobretudo com a *internet* e os meios de comunicação de massa, mudou a forma como os adolescentes lidam com os assuntos sexuais, que hoje são objeto de matéria curricular nas escolas, de conversas com os pais e entre os amigos. O tabu de outrora é hoje abertamente conversado e discutido, mormente ante a ameaça da AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis.

Entretanto, não se pode conceber que as mudanças nos costumes tenham o papel de revogar as leis no país, tampouco o têm os meios de comunicação, sob pena de se instaurar uma situação de completa insegurança jurídica e de se violar o princípio da estrita legalidade penal. Somente a lei penal, promulgada pelo órgão legislativo competente, pode dizer o que é ou não crime. Contudo, continuar aplicando uma presunção legal que tem como fundamento a completa insciência dos fatos sexuais pelos adolescentes da atualidade é, no mínimo, de extrema ingenuidade. Cessada a causa, devem cessar os efeitos.

O legislador de 1890 determinara como sendo de 16 anos o limite etário para que se configurasse a ficção jurídica de violência. Na edição do novo código, o atual, não hesitou em reduzir essa idade para 14 anos, pois entendeu, com extrema sensibilidade, que a *innocentia consilli* não mais se aplicava aos adolescentes de 15

e 16 anos. É essa sensibilidade que se busca atualmente.

Ademais, presunções fáticas não se coadunam com um Direito Penal fundado na culpabilidade.⁶⁶ A Constituição Federal de 1988 consagrou entre seus princípios o da *presunção de inocência*, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁶⁷ Desse enunciado decorre o fato de que cabe à acusação desenvolver a prova dos fatos que imputa ao réu, pois sobre ele vigora uma presunção *juris tantum* de que é inocente. O réu não precisa provar sua inocência, mas, se ele for culpado, cabe à acusação a prova dos fatos. Portanto, o réu é considerado inocente até que se prove a sua culpabilidade.

Dentro da relação processual as provas giram em torno dos fatos, que não são presumíveis. Fato existe ou não existe. Para que seja imputada culpabilidade ao réu, necessário é que a sua conduta — fenômeno que ocorre dentro do plano da experiência, ou seja, um fato — se enquadre no ato descrito pela norma penal e não se encontre amparado por nenhuma causa de exclusão da ilicitude. Em resumo: para que um sujeito seja considerado culpado, necessária é a prova dos fatos que o enquadram na conduta típica, fatos esses que não podem ser presumidos.

O artigo 224 do Código Penal, ao presumir a violência, conflita com a presunção constitucional de inocência, pois se trata de uma presunção fática. Violência é fato e não pode ser presumida. A ficção jurídica, neste caso, isentará o acusador de provar a integralidade dos fatos que compõem o ilícito. Bastará provar a situação fática que embasa a presunção — ser a vítima não maior que 14 anos —,

⁶⁶ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.* pp. 19 e 22 e TEIXEIRA, Daniele Rodrigues Marota, *op.cit.* pp. 89-91.

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. Art. 5º, inciso LVII.

restando o outro fato — a violência — presumido em desfavor ao acusado. Contudo, este deve ser presumido inocente. Além disso, qualquer dúvida deve ser considerada em seu favor em razão do princípio do *in dubio pro reo*.

Diante de tamanha contradição, deve prevalecer a presunção de maior hierarquia, ou seja, a constitucional.⁶⁸ Não se pode conceber, dentro de um sistema penal baseado na culpa, que existam presunções fáticas. Não se prescinde do elemento subjetivo. Portanto, deve ser declarada inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva.⁶⁹

Afastar a ficção jurídica do artigo 224, alínea a do Código Penal pode significar o desamparo legal daqueles de mais tenra idade face aos que queiram se aproveitar de sua pouca maturidade. Porém, não é isso que busca o Direito, cujo fim último deve ser sempre a justiça, mesmo que isso signifique tratar os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades (princípio da proporcionalidade). Crianças e adolescentes até 14 anos estão em situação de desigualdade e, portanto, carecem de especial atenção do legislador. Com razão o fez a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA⁷⁰.

O grande mérito da corrente relativista é buscar a justiça em cada caso concreto, afastando ou não a presunção de violência de acordo com as circunstâncias, buscando evitar desproporções. Não obstante, também não está isenta de críticas.

Pelo exposto no tópico anterior, excluindo-se o caso em que a presunção cede em face de erro de tipo plenamente justificado pelas circunstâncias, fica patente que há uma exigência de honestidade da vítima menor para que se

⁶⁸ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.* pp. 19 e 22 e TEIXEIRA, Daniele Rodrigues Marota, *op. cit.* pp. 89-91.

⁶⁹ Cf. STJ, 6ª Turma. REsp 46.424-2 - RO. Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 14.06.1994. Publicado no DJU, Seção I, de 18.18.1994.

⁷⁰ Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

configure o crime. Sendo “prostituta de porta aberta” ou conhecedora dos assuntos do sexo, o ilícito não se configurará. Essa verdadeira ampliação da figura típica é completamente ilegítima, por que não dizer inconstitucional, visto que viola o princípio da reserva legal.⁷¹

A referida ampliação funda-se numa concepção moralista do Direito, vez que, ao invés de partir da consideração do bem jurídico tutelado — a liberdade sexual — vai buscar fundamento na negação da ficção legal consistente na ingenuidade ou inexperiência do menor. Seguindo-se esse viés, cria-se a seguinte incongruência: sendo a vítima maior, pode ser honesta ou desonesta; sendo menor, deverá ser sempre honesta.

Do ponto de vista jurídico correto, o que importa nos crimes sexuais violentos ou abusivos, fundamentalmente, não é a *honestidade* da vítima (pois até mesmo a prostituta pode figurar no pólo passivo), senão o seu direito de exercer a atividade sexual em liberdade. **Toda pessoa tem o direito de não se ver envolvida numa atividade sexual sem sua anuência.** Ainda que conheça os riscos do ato sexual, ainda que tenha experiência sexual anterior, mesmo assim, tem o direito líquido e certo de atuar livremente, de só se envolver em uma atividade sexual quando deseja, quando voluntariamente se disponha a tanto. **O fundamental, destarte, não é se apegar a concepções moralistas (para negar a tutela penal a quem já tenha experiência sexual anterior), senão ao bem jurídico tutelado pela norma penal. O decisivo para o reconhecimento de um crime sexual (violento ou abusivo) não é a ingenuidade ou a honestidade, senão a falta de liberdade da vítima.** Isso nos leva a concluir que quando a vítima livremente procura ou aceita o ato sexual (é dizer, se consente), nenhuma ofensa existe ao bem jurídico. Em algumas ocasiões, é verdade, impõe-se o questionamento da validade desse consentimento. Mas isso só é possível segundo a análise da cada caso concreto.⁷² (grifos nossos)

Muito embora com a intenção louvável de atenuar o rigor da lei penal, não se pode conceber a ampliação dos tipos penais por razões moralistas em benefício do réu. Direito e Moral não se confundem, de modo que condutas moralmente reprováveis podem não ser punidas legalmente e vice-versa. Firmado o bem jurídico merecedor de tutela, só se pode vislumbrar o delito quando ocorre efetiva lesão ou

⁷¹ GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.* P. 65.

⁷² GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* Pp. 67-68.

perigo concreto de lesão a esse bem jurídico — princípio do *nullum crimen sine injuria*. Outro não pode ser o motivo.

3.4 NOSSO ENTENDIMENTO

Nenhuma das teorias apresentadas foi capaz de apontar uma solução razoável para o problema. Poder-se-ia banir de vez a ficção jurídica em questão do ordenamento jurídico, passando-se a criar uma figura típica específica de crime sexual contra menores de 14 anos. Desse modo, não haveria qualquer presunção fática e ficaria estabelecido um dever geral de abstenção em relação aos menores, tal qual fez a Alemanha e a Itália.⁷³ Porém essa ainda não parece ser a melhor solução, pois na intenção de proteger a liberdade sexual dos adolescentes, passa a tolhê-la. Ademais, significaria igualar os adolescentes da atualidade aos da época da edição do Código Penal vigente.

Realizando-se uma verdadeira interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a solução mais coerente é extraída de dentro dele próprio. Encontra subsídio na promulgação, em 13 de julho de 1990, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que deu causa a uma mudança de paradigma. Definiu-se nesta lei o que seria criança — pessoa até doze anos de idade incompletos — e adolescente — aquela entre doze e dezoito anos de idade —, conferindo-lhes uma certa capacidade penal, visto que podem ser sujeitos ativos de delitos, chamados naquela lei de *ato infracional*. Em decorrência, submetem-se a penalidades, a saber, *medidas sócio-educativas*, que, apesar do nome, na verdade em muito se assemelham ao sistema prisional dos adultos. O ato infracional nada mais é do que a conduta

⁷³ Nesse sentido: TEIXEIRA, Daniele Rodrigues Marota. *Op.cit.* pp. 96-97.

definida como crime ou contravenção na lei penal praticada por pessoa com menos de 18 anos de idade.

Nesse contexto, pergunta-se: sendo o adolescente capaz de figurar como sujeito ativo de um delito e igualmente de ser por ele punido, por que não poderia ser o seu consentimento válido quanto à disposição do seu corpo para fins sexuais? Se para se sujeitar às medidas sócio-educativas do ECA a manifestação de vontade do adolescente é válida, por que não o seria para consentir um ato sexual? Inegável é a posição do legislador no sentido de que o adolescente tem capacidade de entendimento do caráter ilícito de sua conduta, visto que é por ela punido. Negar-lhe a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais é, portanto, uma grande incongruência.⁷⁴

Em razão dessa capacidade de discernimento e compreensão atribuída ao adolescente pelo próprio legislador, não há como subsistir, sob pena de manifesto paradoxo dentro do ordenamento jurídico, a presunção legal do artigo 224, a do Código Penal.

Interessante situação hipotética foi a levantada por Luiz Flávio Gomes⁷⁵, em que um adolescente de 13 anos mantém relação sexual com uma adolescente da mesma idade. Tem-se o seguinte absurdo: o adolescente será punido porque, segundo o ECA, entende o caráter ilícito do fato (o sentido ético do ato sexual), ao mesmo tempo em que é punido porque a vítima, da mesma idade, não entende o sentido ético do ato, em razão da presunção imposta pelo legislador penal. O ECA diz que o menor tem entendimento e o Código Penal o nega. É gritante a contradição dentro de um mesmo sistema legal. Questiona-se: qual lei deve prevalecer? Certamente o Estatuto da Criança e do Adolescente. Primeiramente por

⁷⁴ Nesse sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Op. cit.* Pp. 38-42 e 141-143.

⁷⁵ *Op. cit.* p. 40-41.

ser lei posterior e mais específica, e finalmente por estar em maior concordância com a realidade atual.

Por óbvio, a validade do consentimento da criança não pode ser igual ao do adolescente. Tanto é que o próprio legislador deu-se ao trabalho de diferenciar esses dois grupos etários. Assim, o consentimento da criança para a disposição de seu corpo para fins sexuais jamais será válido, pois nela há *innocentia consilli*, salvo raríssimas exceções. No geral, não apresenta compreensão ética do ato que está praticando nem é capaz de entender suas conseqüências. Em relação ao adolescente entre 12 e 14 anos, a sua manifestação de vontade é *juridicamente relevante*, mas deve ser analisada dentro de cada caso concreto.

Firmado o entendimento de que a criança não pode ter o mesmo tratamento jurídico do adolescente, cabe analisar os casos em que o adolescente possui ou não consentimento legalmente válido.

Coube ao legislador a difícil tarefa de fixar o limite para que um indivíduo seja capaz de exercitar livremente a sua autodeterminação sexual. A vinculação dessa fronteira a uma idade, acabaria por criar a desproporção em que, na véspera de completar a idade limite, a pessoa não dispõe de qualquer poder decisório válido, ao passo que, no dia em que a completa, adquire plena liberdade de decisão. Por questão de um dia, muda completamente o tratamento legal dispensado àquela pessoa. Certo é que maturidade é algo adquirido com o tempo, ao longo da vida, de acordo com as experiências e o conhecimento de cada indivíduo. Desse modo, partindo-se do pressuposto de que a vontade do adolescente é *juridicamente relevante*, impende que cada caso concreto seja analisado em separado para que se possa julgar se é caso de consentimento *juridicamente válido*. Portanto, estando diante de adolescente que, conhecedor do ato que praticava, bem como de seu

valor ético e de suas conseqüências, pratica-o, voluntariamente, não há que se falar em consentimento inválido. Contudo, frise-se, as circunstâncias devem ser analisadas dentro do caso concreto.

Diante do exposto, tem-se que depois da promulgação do ECA, o adolescente passa a ter consentimento jurídico relevante, podendo vir a ser considerado válido, dependendo do seu grau de maturidade, que deverá ser aferido de acordo com seu entendimento diante do ato praticado. Impende ressaltar que todas as circunstâncias do fato delituoso devem ser comprovadas dentro do contexto de um *devido processo legal*. Não bastará, por conseguinte, somente comprovar a idade da vítima (menor de 14 anos); deve ficar comprovado que o autor utilizou-se de violência ou grave ameaça *reais*, ou que a vítima, por algum motivo, não podia resistir ou manifestar sua vontade, ou ainda que, se tiver manifestado, esse consentimento não era válido — quando emitido por qualquer criança ou por adolescente que apresente *innocentia consilli*.

CONCLUSÃO

Diante das mudanças nos costumes e nos valores de uma sociedade, muito comum é que a lei de um Estado esteja sempre em descompasso com a realidade.

No caso da legislação penal do Brasil em relação aos crimes sexuais, especificamente no instituto de presunção legal de violência quanto à idade, não foi diferente. O legislador de 1940 determinou, por meio de uma ficção jurídica, que sempre que praticado ato libidinoso com pessoa de até 14-anos de idade, presumir-se-ia a violência, mesmo que houvesse consenso da vítima. A presunção fundamentava-se na *innocentia consilli*, pois o legislador considerou que pessoas naquela faixa etária eram completamente inscientes em relação aos assuntos sexuais.

Flagrante o descompasso com a realidade hodierna, tão logo a doutrina passou a combater o pensamento legalista de que a lei deveria ser sempre aplicada. Despontaram defensores dos dois lados. Uns defendendo a aplicação irrestrita da letra da lei — teoria absoluta ou objetiva—, outros, a sua aplicação em determinados casos — teoria relativa ou subjetiva.

O certo é que não se pode mais admitir que o juiz permaneça alheio a essas mudanças, exercendo o papel de mera boca que diz as palavras da lei. Ao contrário, o magistrado, dentro de uma interpretação constitucional dos princípios penais da legalidade, da taxatividade e da presunção de inocência, deve utilizar a lei para chegar à solução mais adequada e justa em cada caso concreto.

A teoria absoluta afirma que a presunção de violência não deve ser afastada porque o consentimento do menor, ainda que emitido, é juridicamente

inválido. Não leva em consideração a experiência sexual anterior da vítima nem sua iniciativa ou provocação para o ato, de modo que até as prostitutas podem ser vítimas de crimes sexuais. O simples fato de o menor ter alcançado a maturidade sexual, não implica em maturidade psicológica, justificando dessa forma o fundamento da *innocentia consilli*.

Ademais, entende que a idade da vítima é uma elementar do tipo penal, como se o legislador tivesse criado um tipo especial de crime sexuais contra menores de até 14 anos. Nesse viés, não cabe ao juiz suprimir o que foi posto pelo legislador, só excluindo-se o crime em caso de erro de tipo escusável. Entretanto, acaba por criar uma responsabilidade penal objetiva, o que não se coaduna com um Direito Penal baseado na culpabilidade.

Assim, a teoria absoluta é de pronto descartada. Apesar de ter a virtude de buscar a justiça em cada caso concreto, a teoria relativa também não se prestou à solução do problema aqui apresentado, mas nem tudo o que alega deve ser desconsiderado.

Tem razão quando combate o argumento da *innocentia consilli*, visto que os adolescentes de hoje tratam dos assuntos do sexo sem quaisquer embaraços. Também, do mesmo modo que a teoria absoluta, quando considera que a presunção deve ceder em caso de erro de tipo.

Contudo, a teoria relativa adota uma visão moralista quando exige da vítima uma conduta de honestidade, deixando descobertas as vítimas “desonestas”. É como se as meretrizes não pudessem sofrer violação em sua liberdade sexual. Ora, toda pessoa tem o direito de escolher com quem, como e quando exercerá sua sexualidade, inclusive a mais “desgraçada das prostitutas”.

Sem sombra de dúvidas, a maior contribuição da teoria relativa consiste

em considerar inconstitucional toda presunção fática em desfavor do acusado, pois estão em desacordo com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Conseqüentemente, esse tipo de presunção deve ser banido do nosso ordenamento jurídico, visto que não encontrou guarida constitucional.

Realizando-se uma interpretação sistemática dentro do próprio ordenamento jurídico, observa-se que depois da aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o legislador modifica o tratamento legal dos adolescentes, uma vez que podem ser autores de delitos e submetidos a punições. Assim, seu consentimento é *juridicamente relevante*.

Sugere-se que o legislador, a fim de proteger os de mais tenra idade, deve criar um tipo penal específico, contra menores de até 12 anos, cuja vontade não tem valor jurídico em razão da *innocentia consilli*. Somente em casos extremos esse entendimento pode ser flexibilizado.

Em relação ao adolescente, seu consentimento pode vir a ser válido juridicamente, desde que possua grau de maturidade suficiente para entender o significado ético do ato praticado, bem como de suas conseqüências. Além disso, as circunstâncias do fato concreto (violência ou grave ameaça) devem ser comprovadas no contexto de um devido processo legal, não bastando comprovar a idade da vítima.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righ Ivahy. "A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas conseqüências e sua compatibilidade com a presunção de inocência." In: _____. LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (orgs.). **A Renovação Processual Penal após a Constituição de 1988**. Estudos em homenagem ao Professor José Barcelos de Souza. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Pp. 113-137.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. (*Dei Delitti e Delle Penne* – 1764) Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto-lei Nº 2.848/40. Rio de Janeiro: Senado, 1940.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Nº 8.069/90. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____. Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, de 4 de novembro de 1940 In: _____. **Constituição (1988), Código Penal e Código de Processo Penal** – Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinho, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pp. 261-277.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo 1º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAPEZ, Fernando. **Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 3. Dos crimes contra os costumes a Dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DANTAS, Bruno Macedo. **Estupro presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea "a" do Código Penal**. Jusnavigandi. Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: < www.jus.uol.com.br >. Acesso em: 03 set. 2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOMES, Luis Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. Série As Ciências Criminais no Século 21, volume IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial (arts. 155 a 249 do CP). Vol. III. 2. ed. rev. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. 5ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [197-].

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 1º vol. Parte Geral. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 3º vol. Parte Especial: Dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos crimes contra a paz pública. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. ‘

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

_____, Júlio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985.

MONTEIRO, Antônio Lopes. **Crimes Hediondos**: texto, comentários e aspectos polêmicos. 6.ed. atual., de acordo com as Leis Nº 9.677, de 02.07.98 e 9.695, de 20.08.98. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, Daniele Rodrigues Marota. **A presunção de violência nos crimes sexuais contra menores de 14 anos**: uma análise comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e o italiano. Disponível em: <<http://www.esuv.com.br/documentos/revista/Artigos.doc>>. Acesso em 17.11.2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO**

PATRÍCIA GONÇALO DE ABREU

**A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUANTO À IDADE NOS
CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

FORTALEZA

2008