

A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS (ENFOQUE CRÍTICO) — 1.^a PARTE*

LUIZ FLÁVIO GOMES

"A mitologia grega consagrou uma figura cujo hábito singular passou à História como um modelo negativo de conduta, o que não obsta o constante surgimento de seguidores. Falo de Procusto e seu famoso leito. Procusto dava abrigo aos passantes em sua morada, mediante uma condição — a de que deitassem no seu leito. Se o infeliz hóspede medisse mais do que ele, cortava-lhe as pernas. Se medisse menos que o anfitrião, era colocado em uma máquina, que o espichava até o tamanho exato de Procusto" (Lênio L. Streck, jornal Zero Hora, Porto Alegre, 19.07.95).

Sumário: 1.^a parte — Natureza jurídica da presunção legal de violência: 1. É presunção de natureza absoluta — *"iuris et de iure"*: 1.1 A doutrina dos que aceitam irrestritamente o leito de Procusto; 1.2 A tese da ficção jurídica da incapacidade de consentir. Particular enfoque da vítima menor; 1.3 Irrelevância do comportamento anterior (*vida anteacta*) reprovável da vítima; 1.4 O questionamento, desde a perspectiva das constantes mutações sociais e culturais, das bases empíricas (criminológicas) da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima menor; 1.5 Críticas à doutrina da presunção absoluta de violência — 2. É presunção de natureza relativa — *"iuris tantum"*: 2.1 A doutrina dos que aceitam restritamente o leito de Procusto; 2.2 Relatividade da presunção em relação à vítima menor; 2.2.1 Erro (de tipo) sobre a idade da vítima; 2.2.2 A restrição judicial, baseada em concepções moralistas, do âmbito aparente de incidência do tipo penal (art. 224, "a", do CP); 2.2.2.1 Afasta-se a presunção de violência no caso extremo de "prostituta de porta aberta"; 2.2.2.2 Afasta-se a presunção de violência no caso de vítima com comportamento reprovável; 2.2.2.3 A restrição da presunção legal e a criação do requisito típico pelo juiz: violação ao princípio da legalidade ou reserva legal; 2.2.2.4 A lamentável confusão entre Direito Penal e Moral Social; 2.2.2.5 A liberdade sexual como bem jurídico tutelado (renegação do princípio *"meretrices nulli sese copiam denegare possunt"*); 2.3 Relatividade da presunção em relação à vítima enferma mental; 2.4 Relatividade da presunção em relação à vítima incapaz de resistir; 2.5 Críticas à doutrina da presunção relativa de violência.

1.^a parte — Natureza jurídica da presunção legal de violência

1.1 A doutrina dos que aceitam irrestritamente o leito de Procusto

1. É presunção de natureza absoluta — *"iuris et de iure"*

a) Se a Exposição de Motivos que acompanhou o Código Penal de 1940 fosse concebida como interpretação

* O presente artigo terá sua 2.^a parte publicada na edição seguinte.

autêntica,^{1,2} muito provavelmente a presunção de violência contida no art. 224 do CPC seria enfocada (pela doutrina e jurisprudência majoritárias) como de natureza absoluta, isto é, *iuris et de iure*, sem nenhuma possibilidade de prova em sentido contrário.

b) No número 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP, com efeito, ficou proclamado que “na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (quatorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; ou c) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. 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. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) 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”.

c) Especialmente no que concerne à debilidade mental e à incapacidade de resistência da vítima, assim dispõe referida Exposição de Motivos: “Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*. Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou a incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos)”.

1.2 A tese da ficção jurídica da incapacidade de consentir. Particular enfoque da vítima menor.

a) A presunção de violência, ao menos no que tange às hipóteses de menoridade e debilidade mental, funda-se numa ficção jurídica (*fictio iuris*), consistente em que a vítima, só por ser menor ou débil mental, não tem capacidade de consentir ou não pode fazê-lo validamente. Como bem salienta o inolvidável penalista pátrio Nélson Hungria,³ “fiel a

(1) Diz-se autêntica a interpretação, consoante Damásio de Jesus (*Direito Penal — Parte Geral*, Ed. Saraiva, SP, 1979, 4.^a ed., p. 30), quando procede do próprio órgão de quem emana. É a interpretação que parte do próprio sujeito que elaborou o preceito interpretado.

(2) A Exposição de Motivos, no entanto, não é interpretação autêntica porque não é lei, não tem força obrigatória e pode estar em dissintonia com o texto legal (v. Damásio de Jesus, *Direito Penal — Parte Geral* cit., p. 30).

(3) V. seus *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1983, 5.^a ed., p. 225.

um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsóvio, o Código *presume* ou *finge* a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido”.

b) De se observar que nas hipóteses que estamos enfocando (menoridade e debilidade mental), assim como quando a vítima não possui capacidade de resistência (por razões permanentes ou temporárias), não existe efetivamente violência *real*, natural, seja na forma de *vis corpori illata* (violência física), seja na modalidade *vis animo illata* (violência moral). Só se pode falar em violência verdadeira, mesmo que enfocada nesse duplo sentido, quando há resistência da vítima (efetiva, ainda que não heróica), que deve ser vencida ou quebrada. A *resistência* (concreta, real), destarte, para além de configurar a expressão notória do dissenso ou a “dinamização da vontade contrária da vítima”,⁴ é requisito típico de todos os crimes sexuais violentos⁵ que atentam contra o bem jurídico liberdade sexual.

c) Sempre que a vítima oferece resistência (que é a dinamização do dissenso) ao ato sexual desencadeado contra sua vontade, não existe a menor dúvida de que, ao ser quebrada, a conduta (típica) do agente enquadra-se no respectivo dispositivo legal diretamente. Surge dificuldade, do ponto de vista da tipicidade da conduta, entretanto, quando a vítima não tem capacidade (passageira ou permanente) de oferecer

resistência. Pois uma coisa é empregar a violência ou a grave ameaça para aniquilar a resistência da vítima, outra bem diferente consistente em abusar da impossibilidade de resistência (por causa da idade, de debilidade mental duradoura ou passageira, estado de inconsciência etc.). Uma coisa, portanto, é a *agressão* sexual (aqui há dissenso expresso, claro inequívoco), outra bem diferente é o *abuso* da incapacidade de resistência.⁶

d) Constatada a efetiva agressão, a adequação típica da conduta não oferece nenhum problema. Ausente tal agressão real, em princípio, a conduta do agente não se enquadra no tipo legal *violento*. Tomemos como exemplo o estupro (CP, art. 213): verificando-se ter havido violência corporal (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), como condutas intermediárias da *conjunção carnal*, configurado está o tipo penal mencionado. Nele não se encaixa diretamente, no entanto, a conduta de quem *abusa* da vítima que está impossibilitada de oferecer resistência. É para assegurar a tipicidade penal dessa última conduta que foi imaginado o art. 224 do CP que, assim, configura hipótese de “adequação típica de subordinação mediata”.⁷

e) Em tese, para se promover a tutela penal nos casos de abuso e para evitar o *vácuo de tipicidade* (e, em consequência, de tutela do bem jurídico), existem dois sistemas: um primeiro vale-se para um tanto da *presunção* de violência (este foi acolhido pelo *ius positum*) e há

(4) Essa é a doutrina de João Mestieri (*Do delito de estupro*, RT, SP, 1982, p. 84), que se refere, no entanto, exclusivamente à vontade da mulher, porque seu enfoque estava voltado para o delito de estupro, que serviu de objeto para sua valorizada monografia.

(5) A expressão refere-se aos crimes de estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214) e rapto violento (art. 219).

(6) V. nesse sentido Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, cit., p. 227) que, no entanto, por ser adepto da teoria da presunção, acaba por concluir que só formalmente se diferem “quebrar uma resistência” ou “abusar da impossibilidade de resistência”.

(7) A propósito, v. Damásio de Jesus, *Direito Penal — Parte Geral*, cit., p. 255.

um segundo (aceito na Alemanha, Itália etc.) que equipara ou assimila à violência a falta de consentimento válido (ou impossibilidade de resistência). Aquele mereceu a prioridade do legislador, assim como de Nélson Hungria que, a respeito, dissertava:⁸ “não há despropósito algum em que se *presuma* a violência (não obstante o sofisma do *velle non potuit, ergo noluit*) quando falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou, pelo menos, de consentir validamente”.

f) O insuperável defeito do sistema acolhido pelo Código Penal brasileiro reside em que o Direito Penal da culpa não se concilia com presunções fáticas. Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo legislador, principalmente quando vem em prejuízo do seu autor⁹ que, aliás, é presumido inocente. Nosso *ius positum* teria seguido melhor caminho se tivesse aderido ao sistema que permite o exame dos requisitos típicos do crime sexual em cada caso concreto, conforme haja ou não lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

g) Apesar da flagrante aporia (presunção de fato pelo legislador *versus* Direito Penal da culpa), apenas esboçada por enquanto, na jurisprudência brasileira não é tão raro o entendimento de que a tal presunção legal é de natureza *absoluta*, nada podendo removê-la. Assim, *ad exemplum*, o entendimento adotado no v. acórdão relatado pelo Ministro da Corte Suprema Octávio Gallotti,¹⁰ em cuja ementa se lê: “Estu-

pro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Incapacidade de consentimento — Presunção que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida — Inteligência dos arts. 213 e 224 “a” do CP. Ementa Oficial: Estupro cometido contra vítima que não é maior de 14 anos (arts. 213 e 224, “a”, do CP). Presunção legal de violência, que não cede em face da consideração da experiência sexual da ofendida. Recurso provido para condenar-se o réu. RE 116.649-5-PR — 1.^a T. — j. 09.09.1988 — Rel. Min. Octávio Gallotti — DJU 14.10.1988”.

h) Embora (hoje) minoritários, não são poucos os julgados, como veremos em seguida, que secundam a natureza absoluta da presunção legal de violência, impedindo-se, com isso, qualquer valoração do magistrado sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima. Em voto proferido no RE 108.267-4-PR,¹¹ o Min. Sydney Sanches, ancorado em vários precedentes, invocou em sua fundamentação que “O consentimento da ofendida e sua experiência anterior não desconstituem a tipicidade de tal fato criminoso” (STF, Rel. Min. Antonio Neder, RTJ 68/735); “O consentimento da menor de catorze anos não ilide a configuração do crime de estupro, desde que, juridicamente irrelevante, absolutamente nulo; “A defloração não é requisito indispensável no crime de estupro” (TJSC, Rel. Des. Miranda Ramos, RT 397/353); “Inadmissível a impunidade do indivíduo lascivo que mantenha coito carnal com menor de 14 anos, sob a alegação de ter sido por ela provocado e incitado para o ato. Mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a menor merece toda a proteção legal”

⁽⁸⁾ V. seus *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 227.

⁽⁹⁾ Essa postura crítica, que será amplamente retomada mais adiante, faz parte do REsp 46.424-2/RO, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro (DJU 08.08.1994, p. 19.576).

⁽¹⁰⁾ V. RT 636, p. 384.

⁽¹¹⁾ V. RT 646, p. 364 e especialmente p. 375.

(TJSP, Rel. Des. Carlos Ortiz, RT 444/296).¹²

i) Mesmo na eventualidade de existir consentimento dos genitores, além da anuência da vítima, ainda assim, não fica afastada, diz parte da jurisprudência, a presunção legal. É o que ficou assentado neste acórdão: “Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Consentimento dela e dos genitores à realização da cópula com o acusado — Irrelevância — Condenação mantida — Inteligência dos arts. 213 e 224, “a”, do Código Penal. Ap. Crim. 13.798 — Campos Novos — TJSC — Rel. Ivo Sell” (v. RT 494, p. 386).

j) Pouco importa, de outra parte, que tenha o ato sexual partido de iniciativa da vítima. É o que se reconheceu na Apelação Criminal 130.544 (TJSP), nestes termos: “Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade, virgem e honesta — Réu, seu parente, que sustenta ter partido dela a iniciativa do ato sexual — Irrelevância — Condenação mantida — Voto vencido — Inteligência dos arts. 213 e 224, “a”, do Código Penal. Tratando-se de estupro cometido com presunção de violência, em face da idade da vítima, circunstância conhecida do acusado, seu parente, irrelevante é o fato de ter dela partido a iniciativa do ato sexual, pois nenhuma é a sua capacidade de consentir. Ap. 130.544 — Itanhaém — Apel.: Ernesto Santana — Apelada: Justiça Pública — Rel. Carvalho Filho” (v. RT 494, p. 305).

1.3 Irrelevância do comportamento anterior (vida *anteacta*) reprovável da vítima.

⁽¹²⁾ No sentido da doutrina que acaba de ser exposta v. ainda: RT 510/435, 536/307, 577/353, 651/312, RJTJESP, Lex, 60/360, 82/374 e JTJ, Lex, 165/323.

a) Mais por razões moralistas (estas serão melhor enfocadas quando da consideração da presunção relativa) que sistemáticas (o crime considerado como efetiva violação a um bem jurídico), parte da jurisprudência brasileira procura atenuar o questionável caráter absoluto da presunção, possibilitando entendimento contrário no caso de vítima com vida anterior (*anteacta*) reprovável. A corrente mais próxima do positivismo-legalista, é dizer, a que assume a função de porta-voz das *secas* palavras da lei (*bouche de la loi*), no entanto, dissente dessa “abertura” e sua irresignação é inexorável.

b) Bem retrata essa postura crítica (mas consentânea com a *letra da lei*) o acórdão em cuja ementa se lê: “Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos de idade — Irrelevância de ser leviana e de ter concordado com a conjunção carnal — Incapacidade de consentir ante a biológica falta de maturidade — Condenação decretada. Mesmo que se admita a presunção *juris tantum* de violência no estupro ficto, deve-se concluir que o crime subsiste ainda com o consentimento da menor, que não tem maturidade em termos de consciência crítica. O que caracteriza o crime de estupro é a ausência ou incapacidade do consentimento, não sendo elementos do crime a inocência, a honestidade e a virgindade da vítima. Ementa oficial: Estupro. Presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos de idade (arts. 213 e 224, “a”, do CP). O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (arts. 213 e 224, “a” do CP). Recurso Extraordinário conhecido e provido, em parte, para que, afastada a tese em contrário do acórdão recorrido, prossiga o Tribunal na apreciação das demais questões da apelação,

incluída aquela relativa “ao erro quanto à idade da vítima”. RE 108.267-4-PR — 1.^a T. — j. 21.03.1989 — Rel. Min. Sydney Sanches — DJU 05.05.1989 (v. RT 646, p. 364).¹³

1.4 O questionamento, desde a perspectiva das constantes mutações sociais e culturais, das bases empíricas (crimológicas) da ficção jurídica fundada na incapacidade de consentir da vítima menor.

a) Nos últimos tempos, entre nós, quem mais profundamente e melhor questionou, partindo de perspectivas sociais e culturais irrefutáveis, as bases empíricas da ficção jurídica fundada na incapacidade (irrestrita) de consentimento da vítima menor foi o eminente Magistrado Márcio Bártoli¹⁴ que, a propósito, assinalou: “A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e 1991 (primeiro da década final do século), vários acontecimentos modificaram o mundo. Guerras e conflitos. Mísseis, satélites, computadores de alta definição etc. No campo das ciências humanas, a medicina avançou, célere, dos transplantes até a investigação da fecundação *in vitro*. A psicanálise vem desvendando, com muita nitidez, os caminhos do desconhecido, que guiaram muitas das decisões do homem. Mutações espantosas atingiram a vida social, política e familiar. Apenas esses exemplos servem para indicar que diante de tantas e importantes transformações que

afetaram a sociedade, o tema *sexo*, evidentemente, não poderia continuar sendo tratado da mesma forma de antes: *um assunto proibido*, porque, evidentemente, também a mulher mudou, às duras penas, é verdade, crescendo, impondo-se, dimensionando seu espaço, igualando-se ao homem, em muitas vezes. Mas, o assunto *sexo*, que, para alguns ainda continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e a mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. Afastadas idiossincrasias banais e o conservadorismo hipócrita”.

b) Hoje — continua o articulista —, “a família trata do tema sem tanto receio, com mais liberdade. Na mídia, é objeto de amplas discussões. Em algumas escolas, passou à condição de matéria curricular. A ciência médica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia, passou a estudar, cogitar da sexualidade infantil e juvenil, como sendo o início do processo de formação da capacidade de autodeterminação sexual. Retornando ao campo penal, nota-se que, nesse mundo e sociedade transformados, *aplica-se ainda o mesmo direito penal de 50 anos atrás*, sob o pretexto de proteger a liberdade sexual das pessoas, desprezando-se a advertência de Heleno Fragoso no sentido de que: “Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, consequência de uma nova posição que a mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores” (*Lições de*

⁽¹³⁾ No mesmo sentido v. RT 613/371 e 693/383.

⁽¹⁴⁾ V. seu artigo “A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”, in RT 678, p. 410 e s.

Direito Penal, Parte Especial, 3.^a ed., RF, 1981, p. 1)”.
c)

Mas muitos que atuam com o direito — nos alerta o Magistrado citado — “ou não deram conta de que as coisas mudaram ou fazem de conta que tudo continua como antes, não acolhendo a lição do Prof. Eduardo Novoa Monreal, em artigo publicado na RDP, Ed. Borsói, n.º 2, abr-jun-71, à p. 10, de que: “As alterações sociais, com sua surpreendente mobilidade, vão sobrepassando amplamente os esquemas jurídicos e terminam por deixá-los de lado como coisa inútil e perturbadora do progresso de uma humanidade que parece haver alcançado um dos seus pontos culminantes em seu esforço pelo domínio da natureza. Se quisermos que o direito continue firme norma de conduta nas sociedades modernas, capaz de assegurar a todos os homens a livre possibilidade de desenvolvimento integral, os juristas temos de convencermos-nos de que não temos outra saída senão de modernizar o direito e reestruturá-lo sobre bases que o permitam ir-se adaptando, com a flexibilidade necessária, às novas e seguramente mais aceleradas alterações que haveremos de ver na vida futura dos povos”.

d) O critério etário para fixar a autodeterminação sexual mereceu do referido Magistrado esta censura: “Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a uma determinada faixa etária. Mas, o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo, até a véspera

de completar tal idade. Essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador. As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etário. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito da sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repetir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nessa esfera. Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido, e se presume, por lei, que o agente atuou com violência”.

e) Historicamente, bem demonstrou o juiz Márcio Bártoli, nosso *ius positum* já experimentou evolução nessa matéria. Vejamos sua argumentação: “O Código Penal de 1890, em seu art. 272, presumiu, em relação ao crime de natureza sexual, o cometimento com violência, “sempre que a pessoa ofendida for menor de dezesseis anos”. Cinquenta anos depois, o Código Penal de 1940, reduziu esse limite etário, estatuiu que a presunção de violência só teria cabimento, nos crimes sexuais, se a vítima, tivesse idade inferior a catorze anos (art. 224, a). É caso de se indagar sobre o que teria considerado o legislador de 1940 para efetivar a redução desse limite etário da ofendida, passando a fixá-lo em 14 anos de idade, para a partir daí considerar que ela poderia dispor livremente de seu corpo para exercer a sua capacidade sexual? A resposta é encontrada na Exposição de Motivos ao

Projeto de 1940 (item 70), de forma explícita: “Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato sexual contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes é a *inocentia 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. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 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”.

f) E agora — pergunta o autor aqui considerado —, “passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para o efeito de autodeterminação sexual? Transformações, alterações dos padrões sócio-culturais do mundo atual, não poderiam determinar uma novaleitura daquele preceito legal? É mais do que evidente que nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até “imoral” de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o *status* de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema “sexo” flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com

menos de 14 anos de idade, uma visão teórica da vida sexual possibilitando-a a “rechaçar” as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo”.

g) Ancorado uma vez mais no ensinamento de Novoa Monreal, o ínclito Magistrado conclui sua extensa e lúcida argumentação rejeitando a ficção jurídica de que o menor (sempre) não tem nenhuma capacidade de consentir validamente. Assim expressou: “Tem sido principalmente o rechaço de velhos valores, realizado com decisão pela juventude moderna, com maior acerto umas vezes e com menor outras, o que mais tem contribuído para deitar por terra uma errônea conceituação ética, que centralizava sua preocupação no corpo humano e nas funções genésicas, para reprovar quase tudo o que a eles se refere. Trata-se dessa antiga moral “da cintura para baixo” — dedicada a impor um hipócrita silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e à vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixava no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor dessa exagerada deformação sexual. Os passos que a humanidade tem dado a respeito nos anos mais recentes têm sido rápidos e de grande alcance. Essa tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas conseqüências, no âmbito penal. As noções de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos, experimentam indubitável alteração, acrescenta Eduar-do Novoa Monreal, ob. cit., p. 25.” Então, sob pena de conflitarem, lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente

de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética.

h) Como que fazendo eco a esses lúcidos reclamos de desatualização, o Poder Legislativo brasileiro, por via indireta, em 1990, de acordo com nosso ponto de vista, acabou por corrigir muita coisa neste âmbito da capacidade de consentir do menor. Simples comparação entre a imagem do legislador penal de 1940 a respeito do menor de catorze anos com a do Estatuto da Criança e do Adolescente, cinquenta anos mais tarde (Lei 8.069/90), nos revela, de pronto, a total inconciliação entre tais textos legislativos. Mudou o legislador brasileiro, radicalmente, sua "convicção" a respeito da incapacidade absoluta do menor (de entender e de consentir). Presumia-se no tempo do Código Penal (princípio da década de 40) que o menor, com até catorze anos, não tinha maturidade alguma, muito menos sexual (*inocentia consilii*). Seu consentimento a esse ato, por isso mesmo, era, por ficção legal, de nenhum valor. Cinco décadas mais tarde, a suposição do legislador é bem diversa. Cria-se clara distinção entre criança (pessoa até doze anos incompletos) e adolescente (pessoa entre doze e dezoito anos de idade) e fica esclarecido que ambos podem praticar **ato infracional** (art. 105 da Lei 8.069/90), que é a conduta descrita como crime ou contravenção na lei.

i) Já não existe a menor dúvida, como se percebe, que o imputável no Brasil (assim considerados os menores de dezoito anos, conforme o art. 104 da mesma lei) pode praticar crime ou contravenção. O que se modifica (e cuida-se de mudança puramente formal, eufemística) é o nome: legalmente tal infração chama-se **ato infracional**. A culpabilidade, por isso mesmo, que tem como pressuposto a imputabilidade, no direito brasileiro, está fora do conceito

formal de delito.¹⁵ A diferença essencial entre o ato infracional do menor comparado com o do adolescente reside nas conseqüências: ao primeiro são aplicáveis as medidas de proteção do art. 101; ao segundo as medidas sócio-educativas do art. 112 e s. Pode-se até criticar o critério do legislador,¹⁶ mas é negável o seu valor jurídico, assim como sua importância para a interpretação de todo o ordenamento. Mesmo porque, como se sabe, *lex non est textus sed contextus*.

j) O reconhecimento legal de que o adolescente (entre doze anos e dezoito anos) está sujeito a medidas sócio-educativas (só *formalmente* diferentes das sanções penais), inconfundíveis com as aplicadas ao menor (medidas de proteção), é prova mais que suficiente de que o legislador agora nele entreviu *certa* capacidade de discernimento, de compreensão. Mesmo porque, cuidando-se de adolescente *doente* ou *deficiente mental* (art. 112, § 3.º), que não conta com *nenhuma* capacidade de entendimento, seu recolhimento dar-se-á em local adequado às suas condições, para tratamento individual e especializado. A lei distingue, portanto, o adolescente com capacidade de entender e de querer (própria da sua idade) do deficiente mental. Cada qual merece resposta estatal específica. Em suma, é conforme a capacidade de motivação (compreensão) de cada um que o legislador procurou estabelecer a conseqüência jurídica mais adequada.

l) Se o adolescente conta então com capacidade de decisão e de sujeitar-se

(15) É exatamente essa a postura doutrinária, entre nós, de Damásio de Jesus (*Direito Penal — Parte Geral*, cit., p. 412, que se ampara no magistério de René Dotti, Maggiori etc.

(16) Tal como fizeram, acertadamente, Alberto Silva Franco e outros, em *Leis Penais Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, SP, 1995, p. 311.

a medidas sócio-educativas por ato infracional, emerge inconciliavelmente aporética, nos dias atuais, a presunção legal do art. 224, "a", do CP, no sentido de que o menor de catorze anos não tem capacidade ética de entender o ato sexual ou não tem capacidade de manifestar validamente sua vontade. Para se sujeitar a medidas punitivas do ECA a vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que esta última, em geral, surge antes daquela? Que sentido tem, destarte, depois do ECA, a presunção legal do art. 224? Se se pretende conceber que o ordenamento jurídico, como um todo, é algo coerente e sistemático e que as proposições jurídicas (particulares) devem ser compatibilizadas para se alcançar o maior nível de concatenação, lógica e segurança possíveis, nos parece muito evidente que a contradição estabelecida deva merecer consideração especial do intérprete hodierno. Se um adolescente de treze anos pratica uma relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele é punido em primeiro lugar porque entende o caráter ilícito do fato, é dizer, o sentido ético da atividade sexual e, ao mesmo, absurdamente, é punido também porque a vítima, da mesma idade, (presumidamente) não entende o sentido ético do ato. Dois adolescentes da mesma idade: há punição porque um deles tem consciência (embora restritivamente) do que faz; a punição, ademais, tem por fundamento a presunção de que o outro não sabe o que faz. Que paradoxo gritante! Nenhum ordenamento jurídico que se preza pode conviver com tamanha anomalia aporética!

m) Se o adolescente tem capacidade ética para compreender o ilícito e, desse modo, subordinar-se à advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e até mesmo internação (que no fundo é prisão) — art. 112 —, lógica alguma existe atualmente na teoria da ficção jurídica que prega a imaturidade do menor para compreender o caráter sexual do ato. Quem tem capacidade para o mais, tem para o menos. Base lógica alguma teriam os preceitos dos arts. 171 e ss. do ECA (que disciplinam o procedimento da apuração do ato infracional, a sujeição do adolescente a processo, as garantias processuais etc.) se se lhe negasse capacidade de compreensão (embora típica da sua faixa etária). O art. 190 chega a prever a possibilidade de intimação da sentença na pessoa do adolescente. Ora, se tem legitimidade passiva *ad causam* para o procedimento infracional, capacidade para a intimação da sentença, para ser "interrogado" etc., *a fortiori*, nos dias que correm, é evidente que tem capacidade também para compreender o caráter sexual de alguns atos humanos. Negá-la hoje ao adolescente é fazer *tabula rasa* ao ECA e, sobretudo, praticar a política do avestruz frente à realidade. Que o menor e o adolescente carecem de tutela jurídica não se discute.¹⁷ Outra coisa bem distinta é negar a incompatibilidade flagrante entre as representações do legislador de 1940 e o atual. Se o ordenamento jurídico, para expressar segurança, necessita ser organicamente coerente, urge a busca de uma interpretação que dê lógica e harmonia aos preceitos legais até aqui invocados.

(17) V., a propósito, o art. 227, § 4.º, da Constituição Federal, que diz: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

1.5 Críticas à doutrina da presunção absoluta de violência

a) Muitas são as críticas que podem ser endereçadas à doutrina dos que aceitam irrestritamente a natureza absoluta da presunção legal da violência, é dizer, dos que se sujeitam incondicionalmente às medidas de Procusto. Nelson Hungria, a propósito, enfatizava:¹⁸ “A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as “roupas feitas” da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justeza será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela”. Para fazer justiça, não basta “aplicar necessariamente a lei (Maggiore), mas a lei deve aplicar-se segundo a justiça”. Essa é a lição do inolvidável Alípio Silveira, lembrado pelo Des. Gonçalves Sobrinho,¹⁹ que acrescenta: “Daí porque pode e deve o juiz penal recorrer a um critério objetivo de antijuridicidade para excluir, no caso concreto, o delito, quando, entre a previsão legislativa que tipifica uma determinada conduta, e a valorização ético-social do fato *sub judice*, surge uma desarmonia ou contraste”.

b) Aceitar sem nenhum questionamento a presunção legal de violência prevista no art. 224 do CP, particularmente no que concerne ao menor de catorze anos, significa ignorar a realidade, o mundo que nos circunda. Continuar imaginando que esse menor, em hipótese alguma conta com noção sobre a sexualidade humana é querer negar o óbvio e ululante. Ao menos no que diz respeito ao adolescente (de doze a dezoito anos), a *fictio iuris* de que ele é abso-

lutamente inocente, ignorante, em geral, já não condiz com nossa realidade. Se se trata de evolução ou involução é algo que depende das idiossincrasias e posturas éticas de cada um. Mas o certo é que hoje, na era de cibernética e da comunicação de massa, é enorme a quantidade de informação sexual (reserva-se que para muitos isso significaria desinformação) transmitida abertamente, em qualquer horário, pela mídia. O uso de preservativo nas relações sexuais, por exemplo, em todo momento, ocupa a atenção do telespectador. Mais recentemente, em novela de responsabilidade da maior emissora de televisão no nosso país, só não recomendada para menores de doze anos, foi possível ver, no horário nobre, cenas explícitas de sexo.²⁰

c) Não se pode pretender, obviamente, que tenha a mídia (ou os costumes) o poder de revogar as leis. Uma lei só pode ser revogada por outra. Mas se a presunção legal de violência em relação ao menor de catorze anos funda-se na ficção de que ele nada sabe sobre sexo (que é um imaturo, ingênuo), é inegável que as bases dessa suposição acham-se corroídas. E, cessada a causa, findam-se os efeitos (*Cessante causa tollitur effectus*). A faixa etária (catorze anos) que serviu de base para o legislador de 1940 para estabelecer a linha divisória entre o consentimento válido e inválido do menor ao ato sexual já não se presta, em geral, para a mesma finalidade neste final de milênio.

d) Impõe-se considerar, de outra parte, que foi o próprio legislador quem reconheceu que o adolescente (de doze a dezoito anos) possui certa capacidade de entendimento. Como vimos em páginas anteriores, ele pode ser autor de

(18) V. seus *Comentários ao Código Penal*, v. I, p. 77.

(19) Cfr. RJTJESP, Lex, 72, p. 330.

(20) Para a emissora tratou-se apenas de uma “licença poética” (cfr. Veja de 10.01.1996, p. 73).

ato infracional, está sujeito a processo, com todas as garantias, e, sobretudo, pode sofrer sanções até mesmo severas, incluindo a prisão, que se denomina internação no ECA. Para se falar em aplicação de sanção (medidas sócio-educativas) é evidente que se deve pressupor no autor do fato certa capacidade de motivação (entendimento do caráter ilícito). Sua vontade, como se percebe, é relevante. Se ele tem capacidade de compreensão do ilícito, se sua vontade é relevante no âmbito sancionatório, com muito mais razão tal capacidade e vontade estão presentes na sua vida no que se relaciona com a área sexual. Conceber a presunção legal de violência como absoluta, em suma, significa reconhecer absurdamente que o ordenamento jurídico, como um todo, pode conter aporias gritantes como a aqui enfocada.

e) Afirmar que o adolescente de hoje (principalmente o da faixa etária de doze a catorze anos), depois de mais cinquenta anos de vigência do Código Penal, é o mesmo de então, que não sofreu nenhuma alteração, que o conjunto de informações não experimentou variação de relevo, significa refutar ainda que seja um lampejo de sensibilidade que, aliás, sobrou no legislador de 1940, visto que, cinquenta anos depois do Código de 1890, não se intimidou em reduzir a idade (que enseja a presunção de violência) de dezesseis para catorze anos. E é exatamente essa sensibilidade que marcou o Código Penal de 1940 que é buscada, depois de mais de meio século, nos dias atuais.

f) Tampouco justifica-se a presunção absoluta de violência no que tange ao alienado ou débil mental (CP, art. 224, "b"). Pode ser que o enfermo mental, apesar do seu estado patológico, tenha consciência do ato sexual. Negar validade ao seu consentimento em todas as hipóteses, aprioristicamente, é ir contra

a realidade, é ignorar que o Direito Penal é direito de cada caso concreto. Quanto à presunção contida no art. 224, "e", (impossibilidade de resistência), pela própria redação do texto legal, como veremos oportunamente, pensamos ser impossível sustentar qualquer tese peremptória.

g) A presunção legal de violência, ademais, como veremos mais adiante em detalhes, conflita integralmente com o moderno Direito Penal da culpa e, sobretudo, com o princípio da presunção de inocência. Se se considera tal presunção como de natureza absoluta, aí o choque é muito mais patente, pois cuidando-se de presunção *iuris et de iure* isso significa que não admite prova em contrário, em hipótese alguma. Assim, ainda que se comprove que o menor tinha experiência sexual, tinha maturidade nesta área, tinha consciência do que fazia, mesmo assim, tratando-se de presunção peremptória, resulta impossível qualquer prova em sentido contrário ou qualquer valoração da prova colhida em sentido contrário. É o clássico *dura lex, sed lex*, que já não corresponde às atuais concepções do Estado Constitucional e Democrático de Direito. O princípio da presunção de inocência exige comprovação efetiva dos fatos. Logo, a lei não pode presumi-los. E violência é fato. Existe ou não existe.

2. É presunção de natureza relativa — "*iuris tantum*"

2.1 A doutrina dos que aceitam restritamente o leito de Procusto

a) Não são poucos, sabemos, os que negam o caráter absoluto da presunção legal de violência contida no art. 224 do CP, concebendo-a, no entanto, com a natureza *relativa*, isto é, sustentam tratar-se de presunção *iuris tantum*, que admite prova em sentido contrário.

Cuida-se de doutrina avançada, se comparada com a anterior, mas, de qualquer modo, continua presa ao positivismo legalista, é dizer, aceita, ainda que resstritamente, a presunção legal (o leito e as medidas de Procusto).

b) A natureza *iuris tantum* da presunção, de outro lado, conforme o entendimento hoje nitidamente majoritário, estende-se a todas as hipóteses contempladas no art. 224 do CP, isto é, nenhuma está infensa a prova em sentido contrário, para autorizar, excepcionalmente, a absolvição do acusado.

2.2 Relatividade da presunção em relação à vítima menor

a) A presunção consubstanciada no art. 224, “a”, do CP seria relativa, como bem sintetizou Júlio F. Mirabete,²¹ pelo seguinte: as outras duas alíneas (b e c) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea a; a prevaler a opinião oposta, a menor seria mais protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção, dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada a expressão “não se admitindo prova em sentido contrário, que caracteriza a presunção absoluta.”

b) Ficou assentada a natureza relativa da presunção vinculada à idade da vítima na sentença enfocada no acórdão já mencionado e relatado pelo Min. Sydney Sanches.²² No principal trecho da referida sentença, transcrita no acórdão, ficou consignado: “Tem-se, como início de raciocínio, que a presunção de violência aludida no dispositivo penal precitado é *relativa*, como amiudemente a boa doutrina e a juris-

prudência vêm enfocando a temática. Conforme explica a *Exposição de Motivos* (n. 70), “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”. Heleno Cláudio Fragoso, sem parcimônia, tecia severas críticas ao legislador penal: “A presunção de violência deve desaparecer da lei, pois dá lugar a soluções injustas não tendo correspondência por vezes, na realidade” (*Lições de Direito Penal — Parte Especial*, 3.^a ed., arts. 213 a 359 do CP, Rio, Ed. Forense, 1981, p. 42). Magalhães Noronha, em linhas mais brandas, assim argumentava a relatividade da presunção de violência: “é uma triste realidade da vida, mas uma realidade, a existência de prostitutas ou de meninas corrompidas menores de 14 anos (...). Para essas desventuradas já não existe mistério algum no ato sexual. Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente, o pratica?”. O saudoso mestre paulista transfere à valoração judicial a resposta exata e justa aos casos concretos de violência ficta em estupro: “A conclusão que nos parece consentânea com o texto legal é, em sua interpretação, o juiz ser rigoroso, mas não perder o senso de realidade” (*Direito Penal*, 13.^a ed., vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, p. 228 e 230”).

c) E a *realidade* invocada por Heleno Fragoso e Magalhães Noronha — continua a sentença mencionada —, nos trechos antes transcritos, deve receber, aqui e agora, a atenção especial deste órgão aplicador de leis, em cotejo com os demais elementos do caso concreto (“A justiça exige que, em lugar de adaptarmos o caso à regra legal, adaptemos a regra legal ao caso” — Roscoe

(21) *Manual de Direito Penal*, v. 2, Atlas, SP, 10.^a ed., 1996, p. 470.

(22) V. RT 636, p. 384.

Pound, *apud* Alpio Silveira — *A Hermenêutica Jurídica — Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*, v. 4, São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 177). Nessa linha de pensamento, expôs o insigne Desembargador Ronald Accioly, professor de “Hermenêutica” da Escola da Magistratura do Paraná: “O juiz, na atualidade, deve buscar o direito na realidade, assumindo o papel de um intérprete que se importa em compreender a lei na plenitude de seus fins sociais, atento aos acontecimentos de sua época” (“A figura do magistrado nos dias de hoje e suas perspectivas”, *Paraná Judiciário* 17/11-15).

d) Em voto vencido, o eminente Des. Adriano Marrey, ainda no que pertine à presunção de violência em razão da idade, proclamou:²³ “Meu voto foi pelo provimento do recurso, para absolver o réu apelante, nos termos do art. 386, inc. III, do CP, adotando os termos do parecer da douta Procuradoria-Geral da Justiça, da lavra do ilustre Procurador João Severino de Oliveira Peres. Esse parecer começa lembrando a lição de Hungria, segundo a qual a presunção estabelecida na letra “a” do art. 224 do CP não é absoluta mas relativa. Decisivo em tal sentido o elemento histórico do dispositivo. A supressão propositada, segundo o testemunho do próprio Hungria, da cláusula “não se admitindo prova em contrário”, do art. 293 posteriormente art. 275 do projeto Alcântara Machado, que se inspirava em texto do Código Italiano, visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção. É o que se lê na obra de Hungria “Comentários ao Código Penal”, v. 8/223). Não apenas o erro sobre a idade da ofendida pode descaracterizar o estupro facto. Assinala o parecer que a proteção aos adolescentes menores de 14 anos parte da presunção de inocência e inexperiência em

matéria sexual. É o que se diz na “Exposição de Motivos” do Código Penal. Resulta assim da inteligência do dispositivo legal tratar-se de presunção relativa, repousando a ficção legal da violência na certeza da insciência do sujeito passivo relativamente aos fatos sexuais, sendo, por isso, seu consentimento destituído de eficácia jurídica. Sendo a “*innocentia consilii*” o fulcro da proteção jurídico-penal, resulta que, sendo a menor experimentada em assuntos sexuais, não se pode sustentar a eficácia daquela proteção jurídica quando, “*motu proprio*”, a menor insista em contactar-se sexualmente com parceiros que a procurem ou sejam por ela procurados”.

e) No âmbito doutrinário, além de Nélson Hungria, Magalhães Noronha e Heleno Cláudio Fragoso, cujos magistérios foram citados nos julgados acima transcritos, como adeptos da natureza relativa da presunção legal de violência, podem ainda ser invocados: Damásio E. de Jesus,²⁴ Celso Delmanto,²⁵ Paulo José da Costa Júnior²⁶ e Júlio Fabbrini Mirabete.²⁷ Em nota lançada no art. 224 do CP, Alberto Silva Franco e outros,²⁸ no que pertine à presunção fundada na idade da vítima, bem realçaram o estado atual da questão, *in verbis*: “A questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência baseada na idade da vítima já perdeu a relevância que, no passado, lhe era emprestada, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência já se

(24) *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, SP, 1993, 3.ª ed., p. 632.

(25) *Código Penal Comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, Ed. Renovar, RJ, 1991, 3.ª ed., p. 364.

(26) *Direito Penal Objetivo*, Forense Universitária, RJ, 1989, p. 466.

(27) *Manual de Direito Penal*, v. 2., Ed. Atlas, SP, 10ª ed., 1996, p. 470.

(28) *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, Ed. RT, SP, 5.ª ed., 1995, p. 2528.

(23) V. RT 494, p. 305.

pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, posto que afastável quando a ofendida, embora menor de 14 anos, se revele uma prostituta declarada, de porta aberta”.

f) A relatividade da presunção mereceu também a atenção do Magistrado Márcio Bártoli,²⁹ que no seu extraordinário trabalho destacou: “A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. Para tanto é só se verificar a doutrina e a jurisprudência. O absolutismo do disposto no art. 224, *a*, do Código Penal, foi abrandado para dar lugar ao entendimento no sentido de que ofendida, em virtude de sua compleição física, ou se a pessoa for prostituta ou de corrupção notória, deve cair a presunção. A respeito, confira-se Alberto Silva Franco e outros, in *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT 1990, p. 1172-1173”.

g) O Tribunal de Justiça de São Paulo — lembrado pelo articulista —, por decisão unânime de sua 4.^a CCrim, em v. Ac. relatado pelo Des. Ary Belfort, publicado na RT 644/259, já teve oportunidade de apreciar essa questão e deixou assentado que: “Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da idade cronológica como fator de violência ficta. Depois de sucessivas mutilações, o instituto foi sendo restringido. Principalmente na atualidade, ante a generalização das coisas do sexo e suas conseqüências, fartamente expostas em filmes e publicações, em novelas e programas de televisão e até mesmo na desnecessariamente escandalosa propaganda oficial

sobre meios de evitar a propagação de virose homossexual. Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal. Não a inocência em termos românticos, não a ingenuidade, como ignorância das coisas básicas da continuação da espécie. Mas a honestidade, ainda que em termos relativos. Aquela proibidade de costumes que esteja bem implantada, mas que ceda ao sedutor já preparado nessas coisas da vida. Atuando, precisamente, a apoucada idade como elemento justificador da cessão, pela vítima, de sua sexualidade, nem, necessariamente, por primeira vez, já que a perda da virgindade não equivale, por si só, a devassidão, serve, como infantilidade, assim para confortar legalmente a verdade ante a qual não pode a vítima vencer por conhecimentos o apelo sexual quanto de advertência aos que se comprazem — de forma vizinha da anormalidade — em se satisfazer sexualmente com quase-meninas. Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima de estupro, apresentando-se com incrível desenvoltura para a prática sexual, antes e depois mantendo postura de todo desajustada aos acontecimentos”.

h) Em decorrência do exposto — conclui o citado Magistrado seu artigo —, “a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência, quando a pessoa da ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter

(29) “A capacidade de autodeterminação sexual (...), cit., p. 412.

sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz; considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido. Hoje, com a edição da Lei 8.072/90, que aumentou severamente as penas de alguns dos crimes sexuais, verifica-se que essa causa de presunção de violência deve ser analisada e sopesada com bastante cautela e prudência pelo julgador, nunca olvidando da recomendação de Heleno Fragoso no sentido de que: “Na aplicação da Lei os juízes devem estar atentos ao envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos, (ob. cit., p. 1-2) e tendo presente ainda esta nova possibilidade de relativização do mencionado dispositivo”.

i) Em suma, no que diz respeito à presunção legal de violência relacionada com a idade da vítima, pode-se dizer, sucintamente, que não se trata de presunção absoluta, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial claramente majoritário. É presunção de natureza relativa, que pode ser afastada: a) quanto há erro (de tipo) sobre a idade; b) quando a vítima não conta com comportamento irrepreensível e, por fim, diante da contribuição doutrinária de Márcio Bártoli, também ficaria excluída a presunção quando a vítima menor conta com maturidade sexual bastante (autodeterminação sexual) e adere voluntariamente ao ato, ainda que não revele moral inatacável.

2.2.1 Erro (de tipo) sobre a idade da vítima

a) O denominado *error aetatis*, quando invencível, obrigatoriamente relativiza a presunção legal fundada na idade da vítima, porque, na verdade, constitui erro de tipo, excludente do dolo e, em consequência, do crime (adotada a concepção finalista ou sistemática, que sustenta ser impossível a existência de dolo fora da conduta, é dizer, do tipo penal).⁽³⁰⁾ Negar que o erro de tipo aqui considerado não possui valor jurídico algum significaria negar vigência ao art. 20 do CP. E admitir, de outro lado, a responsabilidade penal objetiva. O clássico entendimento jurisprudencial de que nem sequer o erro sobre a idade atenuaria o rigor da presunção⁽³¹⁾ não conta, nos dias atuais, com nenhuma base dogmática.

b) O consagrado penalista João Mestieri⁽³²⁾ a respeito do tema escreveu: “Quanto à natureza da presunção, os nossos antigos criminalistas entendiam fosse absoluta. Essa posição de considerar *juris et de jure* a presunção da violência *ope legis* é a dominante na doutrina estrangeira, mesmo em países cuja legislação não fala em *presunção de violência*. Assim é nas doutrinas italiana, espanhola e argentina. Modernamente, no Direito brasileiro, a orientação é outra. Nelson Hungria, Basileu Garcia, Heleno Cláudio Fragoso e muitos outros têm admitido seja a presunção do art. 224, “a”, *juris tantum*. Sustenta-se, em geral, não subsistir a presunção nos

(30) Assim, Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, Ed. RT, SP, 3.ª ed., p. 101 e ss.

(31) Cfr. inúmeros acórdãos — antigos — nesse sentido compelidos por Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2525.

(32) *Do delito de estupro*, cit., p. 32.

casos de menor corrompida e no de *error aetatis* plenamente justificado”.

c) A jurisprudência hoje, inequivocadamente predominante,³³ já não discute que o erro sobre a idade pode levar à absolvição. Um dos últimos acórdãos sobre o tema tem ementa com esta redação: “Estupro — Violência presumida — Descaracterização — Vítima cujo precoce desenvolvimento físico pode levar o agente a errônea suposição de que se trata de maior de 14 anos de idade — Presunção elidida — Absolvição mantida — Inteligência do art. 224, “a”, do CP (...). O precoce desenvolvimento físico da vítima pode levar o agente à errônea suposição de que se trata de maior de 14 anos de idade, e assim elidir a presunção (relativa) estabelecida pelo art. 224, “a”, do CP”.³⁴

2.2.2 A restrição judicial, baseada em concepções moralistas, do âmbito aparente de incidência do tipo penal (art. 224, “a”, do CP).

2.2.2.1 — Afasta-se a presunção de violência no caso extremo de “prostituta de porta aberta”

a) Quem, por primeira vez, ao que tudo indica, mencionou a “prostituta de

porta aberta” como motivo para afastar a presunção de violência nos crimes sexuais que envolvem menores foi Nélson Hungria,³⁵ se bem que vinculando-a a um possível erro sobre a idade da vítima. A jurisprudência brasileira, com base nessa “abertura”, firmou o entendimento de que não vale a presunção de violência em tal hipótese.³⁶

b) Dentre outros, podem ser lembrados, a propósito, os acórdãos publicados na RJTJESP, LEX, 102/398 e RT 587/320.

2.2.2.2 — Afasta-se a presunção de violência no caso da vítima com comportamento reprovável.

a) A primeira fissura na (tradicional) doutrina da presunção absoluta de violência adveio com a possibilidade de se invocar o *error aetatis*. Como consequência deste surgiu a doutrina da presunção *relativa* quando se trata de vítima “prostituta de porta aberta”. Evoluindo um pouco mais, passou-se a admitir o mesmo caráter relativo da presunção em relação à vítima com comportamento reprovável (sem necessidade de que seja “prostituta de porta aberta”). Com a flexibilização dos costumes, flexibilizou-se também a jurisprudência.³⁷

b) Um dos acórdãos mais expressivos dessa ótica foi publicado na RT 644, p. 259 (TJSP, Ap. 65.216-3 — 4.ª C., j. 26.09.1989, rel. Des. Ary Belfort), de cuja ementa pode-se extrair o que segue: “Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da

(33) Cfr. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2526 e 2527.

(34) TJPR, Ap. 8.962-7, 2.ª C., j. 24.05.1990, rel. Des. Ivan Righi, em RT 678, p. 345. Contra o entendimento aqui retratado, que conta com o apoio de M. Noronha, assim dissertava Hungria (*Comentários ao Código Penal*, cit., p. 232): “Se nem mesmo a ciência pode fornecer dados positivos ou seguros para o cálculo da idade em certos períodos, e se é de experiência comum que nada mais enganoso que a avaliação da idade pela aparência da pessoa, a suposição do agente não pode deixar de ser lastreada pela *dúvida* (que é o princípio da sabedoria). Ora, quem age da *dúvida*, age por sua conta e risco, e, como dizem os italianos, *chi arrischia, vuole*”.

(35) *Comentários ao Código Penal*, cit., p. 232.

(36) V. nesse sentido Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2529.

(37) Cfr. os inúmeros julgados nesse sentido citados por Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 632 e Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2., cit. p. 470.

idade cronológica como fator de violência ficta (...). Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal (...). Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima (...).

c) Não destoa dessa doutrina relativista (e moralista) o famigerado acórdão da Segunda Turma do STF, relatado pelo ínclito Ministro Marco Aurélio (HC n.º 73.662-9-MG, publicado no Boletim IBCCrim n.º 42, junho/96), que procurou fundamentar a inexistência do crime de estupro na experiência sexual anterior da vítima.

2.2.2.3 — A restrição da presunção legal e a criação de requisito típico pelo juiz: violação ao princípio da legalidade ou reserva legal

a) No acórdão publicado na RT 644, p. 259, verdadeiro *leading case* da tese relativista, chega-se a admitir explicitamente “a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas (...) exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal (...)”. Percebe-se, com nitidez incontestável, que o julgador *sponte propria* está ampliando a configuração típica dada pelo legislador, para exigir também a *honestidade* da vítima menor. Cuida-se de uma concepção moralista do tipo penal e de uma ampliação típica absolutamente ilegítima, embora tenha a virtude de procurar fazer justiça em cada caso concreto. Do exposto conclui-se que as duas últimas correntes doutrinárias e jurisprudenciais acima enfocadas (sob números 2.2.2.1 e 2.2.2.2) encaram a presunção legal prevista no art. 224, “a”, como se estivesse assim redigida: Presume-se a violência: se a vítima

(honesta) não é maior de catorze anos. Só seria merecedora de tutela penal a vítima honesta. Em se tratando de prostituta de porta aberta ou vítima “conhecida das coisas do sexo”, corrompida, estaria fora do âmbito de proteção penal.

b) A “criação” desse requisito típico pelo juiz, além de patentemente inconstitucional (porque viola o princípio da reserva legal), funda-se numa concepção moralista do Direito (confunde o Direito com a Moral) e, sobretudo, despreza por completo o verdadeiro bem jurídico tutelado nos crimes sexuais aqui enfocados, que é a *liberdade sexual*, com total independência da vida *anteacta* da vítima. Até as prostitutas, ninguém atualmente se atreveria negar, merecem proteção da lei penal.

c) Sobre o princípio da legalidade (ou reserva legal) em matéria penal já tivemos ocasião de escrever o seguinte:³⁸ Uns apontam o Direito Romano, outros a *Magna Charta libertatum* do rei João Sem Terra (1215), como origem do princípio da legalidade. Jescheck não acredita que seja essa a origem de tal princípio. No mesmo sentido Welzel, que acrescenta: “só na época da Ilustração (Época das Luzes) se impôs o princípio “*nulla poena sine lege*” na luta contra a arbitrariedade judicial e da autoridade”. O certo é que sua formulação é devida ao pensamento ilustrado, instaurando-se como tal na Revolução Francesa. A origem do princípio da legalidade, em suma, na dimensão que conhecemos hoje, está em Beccaria, que é o pai do pensamento ilustrado, é dizer, ninguém como ele conseguiu, em sua época, retratar com maior perfeição as aspirações da “burguesia liberal” contra os desmandos e arbitrariedades dos governantes e juizes, que julgavam sem

(38) Cfr. Luiz Flávio Gomes, “A lei formal como fonte única do Direito Penal (incriminador)”, em RT 656, p. 258.

estar totalmente vinculados à lei. Beccaria dizia: "Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, deve essencialmente ser pública, pronta, necessária, a mais pequena das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionada aos delitos e ditada por leis (...)"; "(...) só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social". Como se vê, há mais de 200 anos Beccaria postulava não só a existência de lei para a criação de delitos e penas, não só a vinculação do juiz ao texto legal, como também, e sobretudo, a legitimidade exclusiva do *legislador* para criar tais leis.

d) Nem o Poder Executivo nem o Judiciário pode, legitimamente, "criar" a lei penal. Essa tarefa é exclusiva do Legislativo que, para tanto, deve seguir estritamente o processo legislativo constitucional. A exigência de **honestidade** da vítima menor para a configuração do crime sexual afronta o princípio aqui enfocado, assim como a Constituição brasileira (art. 5.º, inc. XXXIX). Estabelece, de outra parte, o paradoxo seguinte: a vítima maior do crime de estupro, por exemplo, pode ser honesta ou desonesta; já a menor teria que ser honesta.

e) A preocupação da doutrina que encara a presunção legal de violência como presunção *relativa* como já enfatizamos, tem a virtude de ter procurado suavizar ou atenuar o rigor (aparente) do texto legal, é dizer, sempre procurou enfatizar que em alguns casos excepcionais, embora se cuide de vítima menor de catorze anos, deve-se admitir "prova em sentido contrário" para absolver o autor do fato. Considerando que a presunção funda-se na ficção de que o menor, em nenhum caso, tem maturidade sexual para consentir validamen-

te (teoria da ficção jurídica), a doutrina da *relatividade* acaba por permitir que se prove tal maturidade, visando a absolvição. Mas em lugar de partir da consideração do bem jurídico tutelado (liberdade sexual) para reconhecer relevância jurídica, em caráter excepcional, à vontade do menor que livremente aceita o ato sexual, pelo contrário, vai buscar fundamento na negação da ficção legal consistente na ingenuidade ou inexperiência do menor. Considerando que o fundamento da presunção legal é moralista (*inocentia consilii*), sua negação só podia possuir a mesma natureza. A uma ficção moralista seguiu-se uma negação também moralista. Com isso a doutrina da presunção relativa não só faz *tabula rasa* ao verdadeiro bem jurídico tutelado, como continua atrelada à presunção legal de violência, isto é, continua lastreada nas medidas de Procusto.

f) De outra parte, padece a doutrina aqui enfocada do vício de acabar julgando a vítima do delito, antes de concretizar o julgamento do autor do fato. Quem passa a ocupar lugar de relevo no julgamento é a vítima, como se tratasse de uma questão prejudicial. E entra em cena toda sua vida *anteacta*, seu comportamento, seu *modus vivendi*. Em síntese, julga-se antes a vítima. Concluindo-se que se trata de pessoa com comportamento reprovável (julgamento que é feito conforme a ótica particular do julgador, seu *second code*), absolve-se em seguida o acusado. Urge acrescentar, por último, que só impropriamente poder-se-ia falar em honestidade de menores de tenra idade, absolutamente incapazes de entender o sentido do ato sexual.³⁹

(39) Sobre o conceito de honestidade como dado impróprio para expressar o conteúdo dos crimes sexuais, v. J. L. Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 16.

g) 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 polo passivo), senão o seu *direito de exercer a atividade sexual em liberdade*.⁴⁰ 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 deseje, 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 de cada caso concreto.

h) O que não nos parece concebível é a “criação” pelo juiz de requisito típico nos crimes sexuais, embora com a intenção louvável de suavizar ou atenuar o rigor da presunção legal. A exigência de um *plus* (honestidade, ingenuidade, recato, indenidade, incolumidade etc.) para se reconhecer ou não o delito significa aprofundado apego legalista ao “bem jurídico” *costumes*,

hoje rejeitado por toda doutrina.⁴¹ Significa, ademais, como veremos logo abaixo, confundir o Direito (particularmente o Penal) com a Moral.

2.2.2.4 A lamentável confusão entre Direito Penal e Moral Social

a) Devemos evidentemente reconhecer que entre o Direito e a Moral existem conexões, pontos de encontro, linhas de interligação. Ambos procuram moldar a conduta humana por intermédio dos seus conjuntos normativos, sempre com o escopo final de permitir a convivência social. Em muitos campos chegam a coincidir, mas isso não significa que deva *sempre* ser assim. As valorações ético-morais podem não corresponder aos valores tutelados pela norma jurídica e vice-versa. Isso demonstra que Direito e Moral possuem âmbitos de incidência autônomos (ora coincidentes, ora não). Particularmente no que pertine ao Direito Penal, onde deve vigorar a estrita legalidade,⁴² entendida em termos constitucionais hodiernamente, nem se justifica a punição de uma conduta imoral mas não ofensiva a bens jurídicos (como se dá no caso do adultério, por exemplo), nem tampouco a ampliação dos tipos penais por razões “moralistas” para favorecer o imputado (é o que ocorre na doutrina “moralista” da presunção relativa de violência no caso de vítima menor).

b) A criação ou ampliação do tipo penal, fundada exclusivamente na moral social, sem se atentar para o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, conflita com o denominado Estado Constitucional de Direito, que ademais conferiu ao

⁽⁴¹⁾ Assim, José Luis Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 15 e s.

⁽⁴²⁾ A respeito do conceito de legalidade estrita v. Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione-Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma, 1990, p. 374.

⁽⁴⁰⁾ V. nesse sentido José Luis Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual — Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 29.

legislador a tarefa de *legislar*. Não se questiona que a postura doutrinária dos que sustentam a natureza relativa da presunção legal de violência ostenta finalidade muito louvável (a de fazer justiça em cada caso). Revela um certo desapego à presunção do legislador (às medidas de Procusto). O equívoco que vislumbramos nessa doutrina, no entanto, reside no *meio* encontrado para atingir tal escopo, qual seja o de afastar a presunção (por razões moralistas) quando a vítima for prostituta, for corrompida ou conta com passado "reprovável". Isso significa, *tout court*, confundir o Direito com a Moral.

c) Historicamente sabe-se que nem sempre foi possível evitar essa confusão.⁴³ Atualmente, no entanto, encarado o Direito Penal como forma de controle social que tem por missão a tutela de bens jurídicos,⁴⁴ já não existe espaço para a migração indiscriminada de valores éticos para o mundo jurídico. Quando coincidem as valorações, nenhuma censura há de ser feita. Onde, no entanto, o Direito traçou linhas próprias, impossível apresenta-se qualquer tentativa de substituição da valoração jurídica pela ética ou moral.

d) Nos crimes sexuais, atualmente, partindo-se da consideração do bem jurídico tutelado (liberdade sexual), pouco espaço subsiste para eventual mesclagem entre a moral e o *ius positum*. Nem todas as condutas ofensivas aos valores morais são suscetíveis de criminalização. Firmado o bem jurídico merecedor e tutela, só se pode vislumbrar delito quando ocorre efetiva lesão

ou perigo (concreto) de lesão a esse bem jurídico. No âmbito sexual, essa lesão tem que derivar da própria conduta e "o mero fato de alguém se desviar ou violar os padrões morais aceites, a moral social, não pode ser considerado um dano".⁴⁵ Do mesmo modo que o mero desvio dos "padrões morais aceites" não pode justificar uma criminalização, tampouco pode fundamentar a absolvição do acusado *só pelo fato* de a vítima ser corrompida ou ter experiência sexual precedente. A vítima, inclusive a menor, pode ter maturidade sexual e não ter concordado com o ato sexual: neste caso há crime. E pode também, apesar da menoridade, em casos muito excepcionais, ter anuído validamente: e nesta hipótese deve-se afastar o delito sexual.

2.2.2.5 A liberdade sexual como bem jurídico tutelado (renegação do princípio "*meretrices nulli sese copiam denegare possunt*")

a) Existe amplo consenso doutrinário no sentido de que a liberdade sexual é o bem jurídico que orienta a punição de (quase) todos os crimes sexuais. Cuida-se de valor de muito maior precisão e utilidade que a honestidade, costumes, moral sexual pública ou indenidade sexual.⁴⁶ No sentido positivo ou dinâmico, consoante o magistério de Natscheradetz,⁴⁷ "a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a liberdade de opção e de atuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma de manifestação da

(43) Sobre a separação iluminista entre direito e moral e a recaída pós-iluminista, v. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 203 e s.

(44) V., por todos, Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, v. I, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 9 e s.

(45) V. Karl Prelhaz Natscheradetz, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 39.

(46) Assim, na doutrina estrangeira, por todos, J. L. Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 17 e ss. Na doutrina nacional, v. Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 605.

(47) *O direito penal sexual*, cit., p. 141.

sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma, dentro dos limites implicados pela tolerância e o respeito da liberdade sexual alheia”.

b) Numa acepção inversa, continua o mesmo autor,⁴⁸ “realça-se o caráter estático ou passivo da liberdade sexual, que consiste na proteção do aspecto defensivo de tal liberdade, no direito de não sofrer qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de atos sexuais. Nesta perspectiva, a liberdade sexual reside pois no direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam (...)”.

c) Os dois aspectos da liberdade sexual enfocados, na verdade, antes que contraditórios, complementam-se. Seu real significado, portanto, tanto envolve a livre disposição do corpo para atividades sexuais, como o direito de não ser envolvido num contexto sexual sem seu consentimento.⁴⁹ Dito de outra maneira: liberdade sexual é o “direito de toda pessoa de exercer a atividade sexual em liberdade”.⁵⁰ E essa liberdade não existe seja quando a resistência é vencida (casos de violência, de agressão), seja quando a vítima não tem possibilidade de resistir (casos de abuso) ou de resistir validamente (caso de menor que não pode dar consentimento válido), seja, enfim, quando não é dado à vítima a possibilidade de resistir (casos de exploração).

d) Encarados os crimes sexuais como crimes ofensivos à liberdade sexual, com a consequência de serem expurgados de toda concepção “moralista” (que,

de resto, é o fruto mais perceptível da secularização do Direito, especialmente o Penal), pouco importa a honestidade da vítima, em princípio (exceção só deve ser feita, dentro do *ius positum*, quanto aos tipos penais que exigem tal honestidade explicitamente, como é o caso do art. 219 do CP). Com isso chega-se a uma conclusão hoje indiscutível no sentido de que inclusive a prostituta (ainda que de porta aberta) merece tutela penal. Da proposita regra do Direito Romano (*meretrices nulli sese copiam denegare possunt*), que não emprestava à prostituta nenhum tipo de proteção, passou-se para regramento oposto (no tempo dos *delicta carnis*), depois discriminatório (redução da pena em abstrato quando se trata de prostituta — Código italiano de 1889, por exemplo), até se alcançar o meio termo atual (nenhuma discriminação em abstrato, cabendo ao juiz em cada caso concreto ajustar a pena conforme as consequências de cada delito).⁵¹

2.3 Relatividade da presunção em relação à vítima enferma mental

a) A presunção de violência no que concerne à vítima com enfermidade mental (CP, art. 224, “b”), consoante a doutrina absolutamente majoritária,⁵² sempre foi concebida como de natureza *relativa*. A relatividade, no caso, funda-se no seguinte: 1) não basta que a vítima seja alienada ou débil mental, é preciso que tal alienação ou debilidade “seja de

(51) V. nesse sentido João Mestieri, *Do delito de estupro*, cit., p. 32/33.

(52) Assim: Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 633; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, cit., p. 365; Heleno C. Fragoso, *Lições de Direito Penal*, Ed. Forense, RJ, 3.ª ed., 1981, p. 43; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3.º, Ed. Saraiva, SP, 10.ª ed., 1976, p. 215; Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal Objetivo*, cit., p. 467.

(48) Idem, *Ibidem*.

(49) V. J. L. Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 23.

(50) V. J. L. Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual*, cit., p. 29.

molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno”,⁵³ 2) é preciso ademais, como diz a lei, que o agente conheça tal circunstância. Não é qualquer enfermidade mental que justifica, desde logo, a existência de crime sexual. Em cada caso, urge que se comprove a total falta de compreensão quanto ao sentido do ato sexual. O estado mental da vítima deve ficar comprovado por laudo pericial seguro nos seus fundamentos e na sua conclusão.⁵⁴

b) A exigência de prova quanto à impossibilidade de resistência da vítima (porque não tem capacidade de compreender o sentido ético do ato) relativiza a presunção e, desse modo, a existência de crime sexual ou não depende das circunstâncias de cada caso concreto. Com isso não se adota, de outra parte, nenhuma atitude preconceituosa frente aos enfermos mentais que, em muitos casos, podem agir livremente nessa esfera comportamental. Se o agente não conhece a enfermidade mental (nem tinha razões evidentes para dela conhecer), estamos frente a um claríssimo erro de tipo, excludente do dolo (e, em consequência, do crime).⁵⁵

2.4 Relatividade da presunção em relação à vítima incapaz de resistir

a) No art. 224, “c”, do CP, o legislador presume a violência quando a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. O fundamento já não é a falta de consentimento válido, senão a incapacidade de resistên-

cia, de reação, de defesa, que pode resultar, como nos diz Nélson Hungria, de variadíssimas causas transitórias ou permanentes: enfermidade, paralisia, idade avançada, desmaios, embriaguez, entorpecente etc.⁵⁶ A relatividade dessa presunção não é negada pela doutrina⁵⁷ nem pela jurisprudência.⁵⁸

b) Bem espelha a relatividade da presunção legal o acórdão em cuja ementa se lê: “Estupro — Violência presumida — Presunção que não é de caráter absoluto — Necessidade de prova inequívoca de completa impossibilidade de oferecer resistência — Caso em que não realizado o exame de dosagem alcoólica — Absolvição decretada — TJSP, Ap. Crim, 120.999-3, Lins, j. 06.05.1992, rel. Des. Cunha Bueno (v. RJTJESP, Lex, 137, p. 464).

c) Urge a comprovação inequívoca da incapacidade concreta de resistência da vítima. A rigor, portanto, de presunção não se pode falar, no que concerne a essa hipótese legal. Nenhuma inversão probatória aqui ocorre. A quem alega incumbe a prova. Só por puro formalismo é que a doutrina e a jurisprudência continuam ainda falando em presunção. Na verdade, não se presume nada. Comprovada a impossibilidade de resistência, há crime. Não comprovada, não existe crime.

⁽⁵³⁾ V. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 232.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2, cit., p. 471.

⁽⁵⁵⁾ Ainda no sentido da relatividade da presunção v. JTJ, Lex, 170/297, RT 648/774, 620/342 e 706/346.

⁽⁵⁶⁾ *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 235.

⁽⁵⁷⁾ V. Damásio de Jesus, *Código Penal Anotado*, cit., p. 634; Celso Delmanto, *Código Penal Comentado*, cit., p. 365; J. F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, v. 2, cit., p. 471; H. C. Fragozo, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 43; Paulo J. da Costa Junior, *Direito Penal Objetivo*, cit., p. 467; E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, cit., p. 215.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2538 e s.

2.5 Críticas à doutrina da presunção relativa de violência

a) As mais fortes críticas a respeito da presunção legal de violência nos crimes sexuais devem ser endereçadas à presunção fundada na idade da vítima. Isso, no entanto, não significa que as demais hipóteses de presunção estejam isentas de qualquer censura, apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial que procura conformá-las ao Estado Constitucional e Democrático de Direito. A primeira crítica possível reside no fato de se continuar admitindo que o legislador penal pode descrever condutas típicas baseadas em presunções. A tese *relativista*, no fundo, sem embargo de que procura suavizar o rigor da presunção, a ela continua adstrita, procurando, no entanto, abrir brechas, frestas, por onde devem passar situações excepcionais justificadoras de absolvição.

b) Os relativistas, em suma, procuram assentar a doutrina de que é possível *prova em sentido contrário* ao da presunção legal. Assim procedendo, entretanto, não só continuam vinculados à presunção do legislador (ao leito e às medidas de Procusto), como, em última instância, acabam por defender a *inversão do ônus da prova*. A presunção de maior relevância no nosso ordenamento jurídico atual é a da *inocência* (ou estado de não culpabilidade). Conta com *status* constitucional e internacional.⁵⁹ Logo, está acima das presunções *legais*. No entrechoque, há de prevalecer a presunção de maior envergadura. A quem alega é que incumbe provar. Fatos não devem ser presumidos, senão comprovados.

c) No que concerne à presunção afiançada com a idade da vítima, a tentativa de se encontrar “abertura” na lei (sem renegá-la) tem tangenciado o insustentável,

mesmo porque procura-se afastar uma presunção claramente moralista com concepções da mesma natureza.⁶⁰ Vítima prostituta ou de comportamento reprovável não mereceria a tutela penal. Cuida-se de lamentável confusão que se estabelece entre Direito e Moral. Revela, ademais, desprezo total pelo bem jurídico tutelado (liberdade sexual), culminando por “criar” um requisito típico (honestidade) de forma absolutamente inconstitucional. O apego positivista-legalista da doutrina que procura relativizar a presunção legal não está em conformidade com o nível de exigência atual da ciência penal, que finca suas raízes, primordialmente, no Estado Constitucional e Democrático de Direito. Mesmo a tese relativista mais avançada, que propugna pelo afastamento da presunção legal no caso de a vítima possuir autodeterminação sexual, não conseguiu desvencilhar-se do positivismo legalista, é dizer, como tantas vezes já repetimos, do leito e das medidas de Procusto. Urge, pelo que foi exposto até aqui, para além de procurar restringir o alcance da presunção, censurar a postura positivista-legalista das correntes enfocadas e encarar a questão da presunção desde o prisma *constitucionalista*, visando afastar por completo tal presunção do nosso ordenamento jurídico. Isso é o que tentaremos fazer na segunda parte deste trabalho, cuja publicação está prevista para o próximo número da RBCCrim.

(60) O risco de se admitir “brechas” moralistas na lei reside, especialmente, na impossibilidade de se ter como pauta uma só postura moralista, conhecida por todos. Quando de conceitos morais se trata, cada seita, cada grupo, cada religião etc. possui seus *second codes*. Desde que parâmetro que o ato sexual seria visto e julgado? Segundo o de Santo Agostinho, por exemplo, que dizia que nada afasta mais o espírito do homem das alturas do que os carinhos da mulher...?; conforme o de Santo Alberto, que afirmava que o sexo rarefaz o cérebro? (Cfr. tais citações em Veja de 20.02.1996, p. 56 e s.).

(59) V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, Ed. RT, SP, 2ª ed., 1996, p. 39 e ss.