

2. DOUTRINA NACIONAL

A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

(Enfoque Crítico)

2.^a Parte *

LUIZ FLÁVIO GOMES

SUMÁRIO: 2.^a Parte – A questão da constitucionalidade da presunção legal de violência nos crimes sexuais – 1. O juiz e o controle de constitucionalidade das leis; 1.1 O juiz pode examinar a constitucionalidade das leis? 1.2 O juiz deve sempre se preocupar com a constitucionalidade da lei – 2. Limites constitucionais das presunções em Direito Penal. Particular enfoque da presunção legal de violência nos crimes sexuais; 2.1 A doutrina dos que rejeitam a presunção legal de violência (é dizer, o leito de Procusto); 2.2 A presunção “legal” de violência como violação ao princípio “constitucional” da presunção de inocência; 2.2.1 Sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência; 2.2.2 O confronto da lei penal com a Constituição; 2.3 A presunção legal de violência como violação ao princípio do fato (Direito Penal do fato); 2.4 A presunção legal de violência como violação ao princípio do *nullum crimen sine iniuria*; 2.5 A presunção legal de violência como violação ao princípio do Direito Penal da culpa (do princípio da culpabilidade) – 3. Em busca do alcance constitucionalmente legítimo do art. 224 do Código Penal; 3.1 Parte do art. 224 do CP não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional; 3.2 Natureza jurídica dos crimes sexuais tipificados (parcialmente) no art. 224 do CP (depois do expurgo de natureza constitucional) – 4. Consequências jurídicas da não recepção da presunção legal de violência; 4.1 Necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual; 4.2 Necessidade de se comprovar os fatos concretos configuradores do abuso sexual – 3.^a Parte – Relevância jurídica do consentimento válido – 1. O consentimento válido como causa de exclusão da tipicidade nos crimes sexuais – 2. Necessidade do exame de cada caso concreto – 4.^a Parte – Conclusões.

2.^a PARTE – A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS

“Ementa: REsp. Penal. Estupro. Presunção de violência. O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se

prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudença a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperati-

* A primeira parte deste artigo foi publicada no volume n. 15.

vo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento" (STJ, REsp 46/424-2 - RO, 6.ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 14.06.1994, v.u., DJU de 08.08.1994, p. 19.576.)

1. O juiz e o controle de constitucionalidade das leis

1.1 O juiz pode examinar a constitucionalidade das leis?

a) O controle de constitucionalidade das leis, dentro do atual Estado Constitucional e Democrático de Direito, possui dupla fundamentação: uma formal e outra substancial. Do ponto de vista *formal*, justifica-se tal controle para que fique assegurada a *supremacia da Constituição*, isto é, se o ordenamento jurídico como um todo tem no seu topo um texto Constitucional (verdadeira Magna Carta), emanado do Poder Constituinte, todas as demais normas jurídicas do país devem adequar-se a ele. Pelo princípio da *compatibilidade vertical*, as normas inferiores só valem quando compatíveis com a norma superior.⁶¹

b) No que diz respeito ao aspecto *substancial*, o controle de constitucionalidade das leis destina-se a assentar a prevalência dos direitos e garantias fundamentais das pessoas. Não existe consenso a respeito do que seria um arcabouço do sistema de garantias dos direi-

tos fundamentais (sem embargo de que estes só valem na medida em que dotados daquelas). De qualquer modo, sem nenhum compromisso com sua verdadeira extensão, poder-se-ia dizer que esse sistema conta com garantias genéricas e específicas. Estas visam a tutelar direitos certos e específicos (o *habeas corpus*, por exemplo, é ação constitucional voltada para a garantia do *ius libertatis*); aquelas representam garantias sistemáticas que visam a dar consistência e efetividade aos direitos globalmente considerados e às próprias garantias específicas. Tais garantias genéricas podem ser *não-jurisdicionais* ou *jurisdicionais*. Dentre as primeiras podemos elencar: a) a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais; b) a aplicação imediata das normas respectivas (CF, art. 5.º, § 1.º) e c) a vinculação de todos, é dizer, poderes públicos e particulares.⁶² Quanto às garantias jurisdicionais cabe destacar a possibilidade de acesso à jurisdição (ordinária, constitucional e, em muitos países, internacional), assim como o controle de constitucionalidade das leis, tratados e atos normativos.

c) Assim enfocado, o controle de constitucionalidade, para além de assegurar a supremacia da Constituição, configura garantia substancial dos direitos funda-

⁽⁶²⁾ Sobre a eficácia imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais v. Joaquín García Morillo, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valência, 1994, p. 28 e s. No que concerne à força vinculatória, v. Antonio Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madri, 3.ª ed., 1988, p. 66 e s. Esta obriga o acatamento de tais normas por todos, poderes públicos e particulares (cf. as grandes construções do Tribunal Constitucional alemão, principalmente a teoria da *Drittwirkung* ou *Horizontalwirkung*, em Teresa Freixes Sanjuán, *Constitucion y Derechos Fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992, p. 70 e ss).

⁽⁶¹⁾ V. a respeito José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10.ª ed., SP: Malheiros, 1995, p. 50.

mentais. E no Brasil essa garantia (genérica) é jurisdicional, porque o sistema entre nós adotado não foi o político (controle político de constitucionalidade das leis, como se dá na França, por exemplo), senão o jurisdicional.⁶³ Do exposto conclui-se que somente órgão dotado de jurisdição é que pode exercer referido controle. Dito de maneira linear: o juiz, inclusive o de primeiro grau, pode averiguar a constitucionalidade das leis no nosso país. Esta é, de resto, nos dias atuais, uma afirmação truística, amplamente difundida pela doutrina.⁶⁴

d) Na teoria do Direito Constitucional moderno são conhecidos dois critérios de controle de constitucionalidade: o difuso e o concentrado, também chamados, conforme José Afonso da Silva, respectivamente, de jurisdição constitucional difusa e jurisdição constitucional concentrada.⁶⁵ O primeiro ocorre por via de exceção, é dizer, é incidente de um processo em curso; o segundo se concretiza por via de ação (autônoma). No controle concentrado, dissertou Francisco Roberto Machado,⁶⁶ “o objeto da ação é o próprio vício de inconstitucionalidade da lei em tese. O pedido há de ser a própria declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, cuja decisão fará coisa julgada com efeito *erga omnes*, tornando a lei inaplicável para todos. No controle difuso, diferentemente, a declaração de inconstitucionalidade constitui, apenas, causa-de-pedir da demanda. O pedido, a depen-

der de um ato ou negócio jurídico; a condenação da outra parte numa obrigação de dar ou fazer; ou mesmo a declaração de existência de uma determinada relação jurídica etc. A decisão fará coisa julgada somente entre as partes”.

e) Como se viu, a decisão em um ou outro caso é muito distinta. Bem realçou a diferença Hugo de Brito Machado,⁶⁷ ao assinalar que “no primeiro caso (controle concentrado) o que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade, manifesta-se no plano normativo, ou plano da abstração. No segundo (controle difuso), o que se questiona é a validade dos atos praticados com fundamento na lei cuja conformidade com a Constituição é posta em dúvida. No primeiro caso, a declaração de conformidade, ou de inconformidade, da lei com a Constituição é o objeto mesmo da decisão. No segundo, essa conformidade, ou inconformidade, é apenas o fundamento da decisão, que dirá se o ato de concreção do direito é válido, ou inválido. No primeiro caso, a declaração não afeta diretamente direitos subjetivos. Laborando, como labora, no plano normativo, onde não se pode falar, sem impropriedade, em direito, ou dever jurídico, a decisão proferida em ação direta a estes não atinge”.

f) O juiz de primeiro grau, em suma, pode averiguar, quando há pertinência e interesse das partes para a decisão do litígio, a constitucionalidade da lei. O fundamental é que tal controle esteja vinculado ao caso concreto deduzido em juízo. Essa declaração de conformidade ou inconformidade constitucional surge, destarte, como questão prejudicial. Daí a conclusão de que, em primeiro grau, não pode o juiz examinar a constitucionalida-

(63) Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 52.

(64) No sentido do texto: Celso Ribeiro Bastos e Paulo Bonavides, citados por Francisco Roberto Machado, em “A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau”, em *Ciência Jurídica*, ano II, n. 14, novembro de 1995, p. 3.

(65) *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 53.

(66) “A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau”, cit., p. 3.

(67) “Efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade”, em *Direito & Justiça*, Correio Braziliense, de 04.03.1996, p. 4.

de de uma lei em tese. Disse-o com grande acerto Francisco Roberto Machado: “qualquer pedido que vise à declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, sem qualquer consequência específica para as partes, é juridicamente impossível no 1.º grau de jurisdição, cabendo o seu deduzimento, apenas, via ação direta de inconstitucionalidade, perante o STF (art. 102, inc. I, CF/88)”.⁶⁸

g) O controle de constitucionalidade incidental, consoante a doutrina de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁶⁹ “configura o sistema geral (no sentido de que está aberto a todos e pode ter lugar em qualquer demanda) e é *judicial, repressivo, difuso, incidental*, com efeitos *inter partes*. Importa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), numa declaração de *nulidade*, com a consequência de que seus efeitos retroagem, isto é, são *ex tunc*”.

h) É judicial referido controle porque somente órgão dotado de jurisdição é que pode exercê-lo. É repressivo porque se dá depois da vigência da lei (opõe-se, como se percebe, ao controle preventivo). É difuso porque qualquer juiz, inclusive o de primeiro grau, pode concretizá-lo. Incidental porque não faz parte do objeto principal da causa. É apenas uma questão prejudicial. A todas essas características deve-se agregar, *ex abundantia*, uma mais: é forma de controle que exige uma demanda concreta em curso.

i) Ao lado desse controle difuso, como já salientado, existe o concentrado (feito pelo STF). De acordo com o sistema constitucional brasileiro atual, o controle por via de ação pode se realizar: a) pela ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 102, inc. I, “a”); b) pela ação interventiva de inconstitucionalidade (CF, art. 36, inc. III); c) pela ação direta de in-

constitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º); d) pela ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, inc. I, “a”). Em suma, uma via difusa (incidental, prejudicial) e quatro vias concentradas (ação direta). A principal diferença entre tais formas de controle de constitucionalidade das leis é a seguinte: na via difusa a decisão tem eficácia *inter partes* (só vale para o caso concreto); na via de ação *erga omnes* (vale para todos). Na via difusa, de outro lado, a decisão tem eficácia *ex tunc*; na via direta, em regra, eficácia *ex nunc*. “Somente em casos especiais, expressamente indicados pelo STF, deve tal declaração produzir efeitos retroativos, para alcançar situações concretas, como de resto acontece também com o ato normativo típico, vale dizer, a lei, que excepcionalmente pode retroagir, respeitando, em qualquer caso, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.⁷⁰

1.2 O juiz deve sempre se preocupar com a constitucionalidade da lei

a) Romper com o modelo legalista-positivista é uma necessidade, se quer a sociedade conter eventuais abusos dos que detêm o poder, principalmente o de legislar. Para isso, desde logo, como já enfatizamos em outro trabalho,⁷¹ é fundamental reconhecer que “a função judicial não é automática ou de pura subsunção, senão reflexiva; não é fruto de um mero voluntarismo, senão de resoluções contrastadas pelos fatos, pelas normas (sujeição à lei) e em definitivo pela Constituição”.⁷² Romper com o nefasto

⁽⁶⁸⁾ “A declaração de inconstitucionalidade e o juiz de 1.º grau”, cit., p. 3.

⁽⁶⁹⁾ *Direitos Humanos Fundamentais*, Saraiva, SP, 1995, p. 121.

⁽⁷⁰⁾ V. Hugo Brito Machado, “Efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade”, cit., p. 5.

⁽⁷¹⁾ V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 124 e s.

⁽⁷²⁾ V. A. Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, cit., p. 34.

sistema legalista-positivista, de outro lado, significa promover uma aliança histórica entre o juiz contemporâneo e a idéia que já vigorava na Inglaterra no tempo do absolutismo no sentido de que sempre cabe uma “revisão judicial da constitucionalidade das leis e das decisões”.⁷³

b) O instrumento que o juiz deve manejar, dessa forma, para resolver os casos concretos, já não é a *lei* tão-somente, muito menos sua consciência isoladamente, senão o Direito (ordenamento jurídico globalmente considerado) que, como enfatizou Ollero Tassara, nem sempre “está posto na norma, pronto para ser aplicado ao caso, nem se condensa no caso mediante uma peculiar força normativa do fático. Consiste em um conjunto de exigências reais que se revelam no peculiar sentido que brota ao se colocar em correspondência com a norma (incluindo a Constituição) e fato”.⁷⁴ Uma das principais conclusões do Seminário de Juízes realizado em Buenos Aires (1991), aliás, foi exatamente neste sentido: “os juízes devem utilizar todas as possibilidades que subministram as constituições e os tratados internacionais para aplicá-los com preferência às leis ordinárias que em tantas ocasiões resultam conflitivas com aqueles, superando assim o legalismo positivista e a concepção de julgar como uma tarefa asséptica e neutra descomprometida com a realidade social... foi rechaçada, ademais, a identificação entre independência e apoliticismo do juiz e se reivindicou o ingrediente político da atividade jurisdicional em razão das margens de discricionariedade que inevitavelmente deixam abertas as leis”.⁷⁵

c) O certo é que a lei é estática enquanto o ordenamento jurídico é dinâmico por

natureza, porque a realidade social também o é. Uma situação concreta pode não encontrar previsão numa lei mas sempre terá uma solução dentro do ordenamento jurídico, que avança diariamente, seja por iniciativa dos próprios órgãos encarregados de legislar, seja pela tarefa interpretativa judicial progressiva que primordialmente deve se ater aos textos constitucionais e internacionais, acima de tudo, quando são contrariados pela legislação ordinária. Seria, no entanto, um erro supor que este modelo constitucionalista libera o juiz do texto legal. Não se trata de desvincular o juiz da lei nem de submetê-lo a algo metajurídico. Nada disso: o instrumento que servirá de fonte para suas decisões está rigorosamente dentro do mundo jurídico, sobretudo na lei, sempre que ela não contrarie dispositivos de hierarquia superior.

d) O juiz, dentro desse novo contexto, deve buscar a solução mais justa para o caso partindo do texto legal, obviamente, porém sempre confrontando-o com a Constituição e com os Tratados internacionais posteriores (é que *lex posterior derogat lex priori*).⁷⁶ Cabe-lhe assim exercer um papel de “motor no dinamismo jurídico”, procurando a solução mais justa para o caso concreto mediante a correta interpretação dos textos jurídicos anteriormente elaborados. E na medida em que ele interpreta tais textos vai, concomitantemente, “ajustando” o ordenamento, exercendo muitas vezes, dentro de suas limitações, uma função aparentemente “criativa” (como se deu, por exemplo, no passado, com a correção monetária nas causas judiciais) mas que, na verdade, não passa de “declaração do ordenamento já existente”. O Direito, assim, passa a ser concebido como “um

(73) Cfr. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social*, cit., p. 266.

(74) *Igualdad en la aplicacion de la ley y precedente judicial*, cit., p. 42.

(75) V. Antonio Doñate, em *El País* de 25.04.1991, p. 10.

(76) Sobre a obrigatoriedade dos Tratados Internacionais no Brasil bem como sobre o sistema paritário adota entre nós v. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s.

razoável processo de ajuste interpretativo" e mais num sentido problemático ("jurisprudência de problemas") que analítico ("dogmático").⁷⁷

2. Limites constitucionais das presunções em Direito Penal. Particular enfoque da presunção legal de violência nos crimes sexuais

2.1 A doutrina dos que rejeitam a presunção legal de violência (é dizer, o leito de Procusto)

a) Ao lado da doutrina tradicional (legalista-positivista, acrítica, neutral), que aceita a presunção legal de violência prevista no art. 224 do CP, urge a construção de doutrina oposta, consentânea com o moderno Direito Penal da responsabilidade pessoal e que se posicione contra tal presunção (verdadeiro leito de Procusto). O julgado relatado pelo eminente Min. Luiz Vicente Cernicchiaro (cuja ementa transcrevemos no frontispício desta Seção Segunda) será aqui invocado como a base dessa nova postura dogmática (crítica).⁷⁸

b) As presunções legais, especialmente em Direito Penal, contam com limites.⁷⁹ No Estado Constitucional e Democrático de Direito, firmado pelo art. 1.º da nossa Constituição, a intervenção punitiva estatal, exatamente porque é a mais

drástica (a mais violenta), é dizer, a que afeta um dos mais importantes direitos fundamentais do homem (*ius libertatis*), está sujeita a regras vinculantes (procedimentais) assim como a limites materiais. Não se nega a possibilidade de presunções no âmbito do direito criminal (algumas são inevitáveis), o que a moderna doutrina procura enfatizar é que hoje elas não podem ultrapassar determinadas barreiras. Uma dessas intransponíveis barreiras é a presunção de inocência, como veremos em seguida.

2.2 A presunção "legal" de violência como violação ao princípio "constitucional" da presunção de inocência

2.2.1 Sobre o conteúdo do princípio da presunção de inocência

a) O princípio da presunção de inocência tem agora assento constitucional no Brasil. Foi constitucionalizado em 1988 e está previsto no art. 5.º, inc. LVII, da nossa Magna Carta, *in verbis*: "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Cuida-se de princípio amplamente conhecido no âmbito internacional, assinalando alguns autores, no que se relaciona com sua origem remota, que ele seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*,⁸⁰ aforismo muito citado para expressar que na dúvida deve o juiz absolver o acusado (*In dubiis reus este absolvendus; In dubiis, abstine; Semper in dubiis benigniora praeferenda sunt*).

b) Inúmeros diplomas jurídicos do direito internacional, ancorados na idéia central de tutela dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, dão-lhe abrigo. Já o art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) dizia:

(77) Assim, G. Rodríguez Mourullo, *Aplicacion judicial del derecho y lógica de la argumentacion jurídica*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 51 e s.

(78) Sobre a importância da dogmática crítica na atualidade v., com referências bibliográficas, Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*, cit., p. 17 e s.

(79) V. sobre tais limites constitucionais relacionados com o Direito Penal Econômico alemão Joaquim Vogel, em *Estudios de Derecho Penal Economico*, Editores Luis Arroyo Zapatero e Klaus Tiedemann, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, p. 43 e s.

(80) Assim, Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 17 e s.

“Tout homme étant présumé innocent, s'il est jugé indispensable de arrêter, tout rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi”. A Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia da organização das Nações Unidas (ONU), em 10.12.1948, em seu art. 11.1, a propósito, dispõe: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”. Com inspiração nessas tradicionais declarações, dispositivos semelhantes foram introduzidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2), bem como no Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (ONU), art. 14.2. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), subscrita pelo nosso país, referido princípio ficou assim proclamado: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

c) O mencionado art. 5.^o, inc. LVII, da CF, em virtude de uma redação propositalmente dúbia (de se observar que não utilizou expressamente a locução “presunção de inocência”), permitiu, no começo da sua vigência, alguma tergiversação interpretativa acerca do seu conteúdo, o que era ademais previsível, porque no eixo da discussão sobre o conteúdo da presunção de inocência está uma clássica e histórica polêmica travada entre correntes liberais e antiliberais. Distanciando-se nossa Lei Maior dos seus modelos preferidos (Constituição portuguesa de 1976, art. 32.2 e Constituição espanhola de 1978, art. 24.2), que fazem explícita referência à “presunção de inocência”, acabou alinhando-se ao direito constitucional italiano que, a propósito, no art.

27.2 do seu Texto Fundamental, diz: “O imputado não é considerado culpado senão depois de condenação definitiva”.

d) Na base dessa ambígua redação, consoante a oportuna lembrança de Jaime Vegas Torres,⁽⁸¹⁾ existe um riquíssimo debate doutrinário envolvendo as Escolas Penais italianas. O ponto de partida reside na Escola Clássica, que teve como expoentes, dentre outros, Carrara e Carmignani. Eles conceberam, por influência do Iluminismo, o modelo *liberal* de processo penal, fincado no seguinte “dualismo”: o processo existe para castigar o delinquente, por um lado, e também para evitar que sejam castigados os inocentes. A presunção de inocência aparece, nesta concepção, como princípio orientador e fundamentador de todo o processo penal. Foi-lhe conferida a máxima amplitude: “Todos e cada um dos momentos do processo penal, todas e cada uma das regras que o disciplinam, encontram seu fundamento na proteção da inocência, de tal forma que a infração a qualquer dessas regras se converte em um ataque dirigido, em última instância, contra a própria presunção de inocência”.⁽⁸²⁾

e) De acordo com a Escola Positiva e Técnico-Jurídica, havia muito exagero nessa visão individualista liberal clássica.⁽⁸³⁾ O autor da *Sociologia Criminal*, Ferri, enfatizava que a presunção de inocência não possui a extensão que lhe pretendem conferir. Quando se trata de

(81) V. Jaime Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madri, 1993, p. 20.

(82) V. Jaime Vegas Torres, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 23.

(83) Idem, ibidem. Cfr. neste autor as extensas citações das doutrinas positivista e técnico jurídica, sempre no sentido de se negar o amplo alcance emprestado pela doutrina clássica ao princípio da presunção de inocência.

flagrante delito ou de uma confissão, por exemplo, a presunção não conta com a mesma força lógica ou jurídica. Manzini, por seu turno, proclamava: "o processo penal resulta duplamente caracterizado, como meio de tutela do interesse social de repressão da delinquência, e como meio de tutela do interesse individual e social de liberdade. Porém, entre dois interesses tutelados pelo processo penal, o que se apresenta como fundamental não é o da liberdade individual, senão o da repressão da delinquência. Este interesse domina naturalmente sobre o que é uma consequência dele, o relacionado com a liberdade individual".⁸⁴

f) Em todo processo penal em jogo está, muito facilmente se percebe, um tradicional conflito que se estabelece entre o *ius puniendi* (estatal) e o *ius libertatis* (do cidadão). E o provento e histórico pêndulo ora privilegia aquele, ora confere primazia a este. Tudo depende da própria concepção do Estado, da política vigente, de cada momento, de cada estágio da civilização em suma. Num modelo de Estado liberal (em sentido político), a liberdade individual ganha realce. Em Estados totalitários ou autoritários, o interesse que prevalece é o oposto. O Código de Processo Penal italiano de 1930, que serviu de modelo ao nosso de 1941, gerado em pleno regime fascista, só podia ter afinidade, obviamente, com os postulados da direção técnico-jurídica.

g) Alfredo Rocco,⁸⁵ que ao lado de Manzini foi o maior nome dessa corrente técnico-jurídica, destacava na Exposição de Motivos do referido CPP italiano, "que o projeto rechaça de plano a absurda presunção de inocência que alguns quiseram reconhecer a favor do imputado. Isso é uma extravagância derivada dos velhos conceitos, nascidos com a

Revolução Francesa, que levam aos mais exagerados e incoerentes excessos as garantias individuais. Sagrado e inviolável é sem dúvida o direito de defesa, certo e indiscutível é o princípio de que o imputado não pode ser considerado culpado antes da sentença condenatória definitiva; porém, que se deva considerá-lo inocente enquanto se procede contra ele como acusado de delito é uma enormidade, uma patente inversão do sentido lógico e jurídico, que não se pode admitir nem mesmo como maneira de se expressar. Enquanto existe um processo em curso, não há nem um inocente nem um culpado, senão só um indiciado: somente no momento em que vem a sentença, se saberá se o indiciado é culpado ou inocente".

h) Superado o regime fascista totalitário e finalizada a Segunda Guerra Mundial, todo o continente europeu, com raras exceções (Espanha e Portugal, por exemplo, que só mais tarde alcançaram tal *desideratum*), faz revigorar o regime político democrático fundado em ideais liberais. Em 1947 é aprovada a nova Constituição italiana. A respeito da presunção de inocência, como que numa "solução de compromisso", para conciliar a doutrina (autoritária) anterior (de Manzini, Rocco etc.) com os ventos democráticos que sopravam no período pós-guerra, chegou-se à redação já mencionada, nestes termos: "O imputado não é considerado culpado senão depois da condenação definitiva".

i) Referido texto, como se percebe, tal como o inscrito na Constituição brasileira, não faz explícita referência à presunção de inocência. Consoante o pensamento de Manzini, tal norma não estabelece presunção alguma de inocência, senão que se limita a declarar, como é natural, que "o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva". Além de Manzini, seguem a mesma linha de argumentação Guarneri, Frosali,

(84) Tanto Ferri como Manzini foram citados por Jaime Vegas Torres, ob. cit., p. 24 e s.

(85) Citado por Jaime Vegas Torres, ob. cit., p. 29.

Vannini, Leone etc.⁸⁶ Ao não se referir expressamente o art. 27 da Constituição italiana à presunção de inocência, nasceu a doutrina dos que entendem haver nesse dispositivo a consagração da mera *presunção de não culpabilidade*. Cuida-se de uma postura que vê o imputado numa situação “neutra”, é dizer, nem é culpado nem é inocente. É um imputado (ou indiciado). Essa linha de argumentação (antiliberal) deriva, como vimos, da Escola Técnico-Jurídica. Sua base política deita raízes no fascismo, que jamais podia aceitar ou permanecer indiferente ao símbolo antiautoritário que representa a presunção de inocência.

j) Como acertadamente destaca Jaime Vegas Torres,⁸⁷ “a doutrina mais recente, sem embargo, proclama que não é possível distinguir “presunção de não culpabilidade” e “presunção de inocência”. Desse modo, o art. 27.2 da Constituição [italiana] não faz outra coisa que consagrar o princípio da presunção de inocência (...) Essa é a doutrina de Illuminati, Bellavista e outros (...) Este último, impugnando a tese de Frosali segundo a qual a Constituição enuncia somente a formulação negativa de não presunção de culpabilidade, afirmou: “vale aqui a máxima *qui dicit de uno, negat de altero*. Quando não se é considerado culpado, se é considerado inocente. *Tertium non datur*”.

l) Considerando que o texto italiano aqui enfocado constituiu a fonte de inspiração do dispositivo nacional semelhante, para sua exata compreensão era mesmo necessário a incursão que fizemos ao debate peninsular. Agora já sabemos porque nosso Constituinte evitou a utilização da locução “presunção de inocência”. Quis adotar uma postura “neutra”, asséptica, no que concerne à posição do acusado frente ao processo penal. Essa sua pretensão, no entanto, longe

está do verdadeiro (e atualmente tríplice) significado que o princípio da presunção de inocência possui. A *mens legislatoris* não corresponde, sabemos, muitas vezes, ao texto escrito.

m) De qualquer modo, ainda que o princípio da presunção de inocência não contasse com a rica substância (inclusive material, limitadora) que se lhe assinala a moderna doutrina, com base sobretudo nos textos internacionais, reveladores do conteúdo essencial do mencionado princípio, ainda assim, dentro do contexto jurídico brasileiro, já teria representado um avanço extraordinário frente ao nosso CPP, marcadamente autoritário e fascista. A prova mais exuberante disso está na Exposição de Motivos, assinada pelo Min. Francisco Campos, que proclama: “De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”.

n) O indivíduo — continua esse trecho da Exposição de Motivos —, “principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do

(86) Idem, ibidem, p. 31.

(87) Idem, ibidem, p. 31/32.

presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal".

o) Em várias passagens, não é difícil notar, foram reproduzidas *ipsis litteris* expressões de Rocco e Manzini, os dois maiores porta-vozes do tecnicismo-jurídico. Se a primazia do processo penal em 1941 (sob plena influência fascista) era do interesse social (repressão da delinquência), agora, depois da CF de 1988, urge a proclamação do interesse oposto (da liberdade individual), que tem como um dos vetores principais a presunção de inocência. A aparente neutralidade do texto constitucional ora analisado (art. 5.º, inc. LVII) não consegue esconder (muito menos impedir) o manancial limitador e garantista que emerge do princípio citado. Uma Constituição que tem como fundamento "a dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inc. III), que afirma a inviolabilidade da liberdade (art. 5.º), que exige prisão fundamentada etc., evidentemente, parte do pressuposto de que a liberdade individual, no processo penal, vem em primeiro lugar. Só em casos excepcionais, respeitado o devido processo legal (*due process of law*), pode haver, portanto, privação ou restrição dessa liberdade.

p) Não possui nenhum sentido, diante do que foi exposto até aqui, não considerar que no inc. LVII do art. 5.º da CF está inscrito, com todas as letras, o *princípio da presunção de inocência*, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque (em termos de *ius positum*) a Declaração dos Direitos do Homem e do

Cidadão (1789), de fundo induvidosamente Iluminista. Mais que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão "neutral", típica do engajamento político acríptico do jurista), o que temos no texto *sub examinem* é a verdadeira e própria presunção de inocência.

q) Questiona-se o uso da locução *presunção de inocência*. Seria uma verdadeira presunção? A doutrina vem procurando assinalar que, na verdade, não se trata de uma presunção *em sentido jurídico*. Pois, nesse sentido, presunção, conforme nos ensina o Tribunal Supremo espanhol,⁸⁸ *ad exemplum*, "é a consequência que se deduz de um fato acontecido para averiguar a verdade de um fato incerto; (...) implica um silogismo, um processo lógico que partindo de uma premissa constituída por uns fatos provados, induz a uma consequência necessária, racional e lógica segundo as normas do critério humano; (...) é o enlace ou relação existente entre o fato demonstrado e aquele que se trata de deduzir". Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, no seu *Novo Dicionário Aurélio*, conceitua a presunção como "consequência que a lei deduz de certos atos ou fatos, e que estabelece como verdade por vezes até contra prova em contrário".

r) Tampouco pode-se sustentar que o preceito constitucional (art. 5.º, inc. LVII) configure uma "norma de presunção", visto que essa exige: previsão em lei positiva, caráter processual, com repercussões probatórias e enlace entre si de duas afirmações, antecedente e consequente, as quais devem ser qualitativamente distintas.⁸⁹ No nosso texto constitucional aqui analisado não temos o último requisito da norma de presunção, isto é, não existe nenhum vín-

(88) As citações que seguem foram recolhidas por Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, cit., p. 44.

(89) Essa é a lição de M. Serra Dominguez, citado por Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, cit., p. 45/46.

culo entre duas afirmações qualitativamente distintas. Existe, isso sim, uma só afirmação, que não é deduzida de nenhuma outra.

s) Só resta considerar que a expressão presunção (quando da presunção de inocência estamos a falar) está sendo utilizada *em sentido vulgar*, não técnico. Sob esse enfoque, a presunção de inocência é a expressão de uma *valoração* feita pelo Legislador Constituinte (frente ao acusado da prática de um ilícito) que se decidiu por uma de duas proposições possíveis (ser inocente ou culpado), sem ter certeza absoluta de que se decidiu pela proposição correta. Todo ordenamento jurídico (e particularmente suas concretas proposições normativas) ou parte da presunção de que o acusado é inocente (o ônus da prova da culpabilidade nesse caso pertence a quem faz a acusação) ou, anormalmente, parte de presunção oposta (quando então o ônus da prova da inocência compete ao acusado). *Tercium non datur*. O nosso, pelo que já ficou assentado, insere-se, em nível constitucional, no primeiro grupo. Mais isso não significa que dispositivos jurídicos infra-constitucionais concretos, emanados de legisladores que atuaram sob o império de outra realidade histórica e política, estejam em posição aporética frente ao ponto de partida assinalado. E sempre que isso ocorre, é evidente que se deve preservar o Texto Maior.

t) No que concerne à *natureza jurídica* da presunção de inocência urge destacar o seguinte: do ponto de vista *extrínseco* (*formal*), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito *constitucional fundamental*, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5.º). Do ponto de vista *intrínseco* (*substancial*) é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo *probatório, das garantias (garantista)* e

de *tratamento do acusado*. Cuida-se, por último, como não poderia ser diferente, de uma presunção *iuris tantum*, é dizer, admite prova em sentido contrário.

u) Do processo de *constitucionalização* da presunção de inocência temos que extrair algumas consequências jurídicas inafastáveis, todas atreladas ao que podemos denominar (super) garantias dos direitos e garantias fundamentais. Essas (super) garantias são “não jurisdicionais” ou “jurisdicionais”. Dentre as primeiras destacam-se: (a) a aplicação imediata do preceito, tal como previsto no art. 5.º, § 1.º, da CF; (b) a vinculação de todos (poderes públicos e particulares), que lhe devem estrita obediência. No que concerne às garantias jurisdicionais cabe assinalar: (a) o acesso à jurisdição (sempre que algum direito fundamental não é observado, conta o vitimizado com o direito líquido e certo e buscar a tutela judicial desse direito); (b) o controle de constitucionalidade das leis que exige o reconhecimento da primazia das normas constitucionais (a presunção maior do ordenamento jurídico-penal, que é a da inocência, não pode ser restringida ou eliminada por presunções “legais” — menores — em sentido contrário).

v) O legislador, muitas vezes no entanto, tal como já proclamamos em outro trabalho,⁹⁰ parece não ter a mínima idéia dos limites da sua atividade legiferante, impostos, sobretudo, pela eficácia direta e imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais,⁹¹ bem como pela sua força vinculatória,⁹² que obriga seu acatamento por todos, isto é,

(90) V. Luiz Flávio Gomes, *Crime Organizado*, cit., p. 17.

(91) Cfr. Joaquim García Morillo, *La proteccion judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 28 e s.

(92) Cfr. Antonio E. Perez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madri, 3.ª ed., 1988, p. 66 e s.

poderes públicos e particulares.⁹³ A presunção de inocência, porque dotada de supergarantias, em síntese, é de imperativa observância e aplicação, inclusive no que concerne ao âmbito das infrações e procedimentos administrativos.⁹⁴

x) A presunção de inocência como regra probatória. A primeira e importante regra que deriva do princípio da presunção de inocência relaciona-se com o campo probatório. No nosso sistema jurídico, essa regra está inscrita no art. 8.º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que diz: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". Antes de o Brasil ratificar a citada Convenção podia-se discutir sobre a eficácia dessa regra jurídica no direito interno. Agora, no entanto, como bem destacou Magalhães Gomes Filho,⁹⁵ com amparo no art. 5.º, § 2.º, da CF, tornou-se indiscutível no nosso ordenamento jurídico a amplitude da presunção de inocência "desde que o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Governo brasileiro, em 25.09.1992, depositou a Carta de Adesão a essa Convenção, determinando-se seu integral cumprimento pelo Decreto 678, de 06.11.1992, publicado

no Diário Oficial de 09.11.1992, p. 15.562 e s."⁹⁶

z) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como já procuramos enfatizar,⁹⁷ entrou em vigor no Brasil em 09.11.1992, data da sua publicação. Consoante a jurisprudência do STF e o pensamento majoritário da doutrina, não refutados pela Constituição de 1988, vige no Brasil, no mínimo, o sistema paritário, que coloca os tratados e convenções no mesmo pé de igualdade das leis federais (o tratado, é dizer, equivale a uma lei federal). Pelo sistema diferenciador, que é muito superior, temos que fazer a seguinte distinção: se a norma internacional constitui mera repetição ou explicitação de uma norma constitucional (tal se dá no caso do mencionado art. 8.º, n. 2.º, em relação com o princípio da presunção de inocência), possui *status* constitucional; de outro lado, se prevê direito outro não capitulado na Constituição, vale como lei ordinária.

aa) Uma norma contida num tratado, por mais antagonismo que apresente, jamais pode revogar a norma constitucional (no nosso país), visto que este goza de absoluta primazia. Logo, havendo conflito entre elas, vale a norma constitucional. Mas no que concerne ao direito interno "ordinário", o que predomina é o princípio da *lex posterior derogat priori*. Em outras palavras, todos os dispositivos legais ordinários (precedentes) afetados pela norma internacional são revogados ou derogados. E se o preceito internacional repete ou explicita "direitos e garantias individuais" (é o caso do art. 8.º sub análise), acha-se amparado pela cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4.º, da CF.

(93) Cfr. as grandes construções do Tribunal Constitucional alemão, principalmente a teoria da *Drittwirkung* ou *Horizontalwirkung* em Teresa Freixes Sanjuán, *Constitucion y Derechos fundamentales*, PPU, Barcelona, 1992, p. 70 e s.

(94) Assim, Esteban Romero Arias, *La presunción de inocencia*, cit., p. 60.

(95) V. Antonio Magalhães Gomes Filho, "O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em *Revista do Advogado*, da AASP, n. 42, abril/94, p. 30.

(96) V. o referido Pacto de San Jose, na íntegra, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, do IBCCrim, n. 1, jan./mar. 1993, p. 253 e s.

(97) V. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s. e particularmente p. 85.

bb) No sistema jurídico brasileiro, em suma, todo acusado é presumido inocente, *até que se comprove legalmente sua culpa*. Culpa, aqui, logo se percebe, deve ser entendida no sentido de “culpabilidade” (não culpa *stricto sensu*), ou seja, “atribuição culpável de um injusto típico ao seu autor”. Com a lucidez de sempre, Jaime Vegas Torres ensina:⁹⁸ “Certamente, a “culpabilidade” do acusado não é, a rigor, objeto de prova; objeto de prova são os fatos e a culpabilidade não é um fato, senão um conceito jurídico. Mas quando se atribui a um sujeito a culpabilidade em relação a uma determinada infração criminal não se faz outra coisa que afirmar a existência de uns fatos que se ajustam a uma descrição típica penal e a participação nos mesmos do sujeito em questão. Neste sentido, a expressão “declarar a culpabilidade” não é senão uma forma abreviada de referir-se à afirmação da certeza de uns fatos que se ajustam em um tipo penal e da participação nos mesmos do acusado; e a utilização do conceito de prova em relação à culpabilidade deve entender-se, igualmente, como uma forma abreviada de se referir à prova de todos e cada um dos fatos que integram o tipo penal e à participação nos mesmos do acusado”. Comprovar a culpabilidade, em conclusão, é comprovar o fato típico assim como o vínculo, o elo, do acusado com tal fato.

cc) E esse ônus de comprovar os fatos e a *atribuição culpável* (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação. Sabemos que a ilicitude e a culpabilidade (esta entendida, consoante o finalismo de Welzel, como juízo de reprovação) não são objeto da prova acusatória. Neste âmbito funciona um conjunto de presunções (não refutadas)

que favorecem a acusação. O fato típico constitui indício da ilicitude⁹⁹ e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva¹⁰⁰ (dolosa ou culposa). Dito de outra maneira: o injusto penal doloso é indício da culpabilidade dolosa, enquanto o injusto penal negligente é indício da culpabilidade negligente. O que compete à acusação, isso sim, é a demonstração inequívoca dos fatos e da participação do acusado nesses fatos.

dd) A jurisprudência dos Tribunais espanhóis, particularmente da Corte Constitucional, enfocada com acuidade por Jaén Vallejo,¹⁰¹ além de destacar a *regra de tratamento* que emana do princípio da presunção de inocência, nunca deixou de reconhecer como algo inerente a *regra probatória*. Daí a doutrina no sentido de que o conteúdo do direito fundamental da presunção de inocência comporta uma dupla exigência: (a) de uma parte, que ninguém pode ser considerado culpado até que assim estabeleça uma sentença condenatória; (b) de outra, que as consequências da incerteza sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado beneficiam este, impondo uma carga material da prova às partes acusadoras. O Tribunal Constitucional espanhol, com efeito, no seu julgado 31/81, proclamou os cinco pressupostos necessários para afastar a referida presunção: (a) uma mínima atividade probatória; (b) produzida com as garantias processuais; (c) que a prova seja incriminatória (prova “de cargo”); (d) que da prova se possa deduzir a culpabilidade do acusado; (e) que a prova seja produzida em juízo (imediatidade e oralidade). Da doutrina

(99) Cfr. por toda doutrina Damásio E. de Jesus, *Direito Penal-Parte Geral*, cit., p. 250.

(100) V. Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 121 e s.

(101) Manuel Jaén Vallejo, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madri, 1987, p. 23 e s.

(98) V. *La presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 43.

deste Tribunal podemos extrair algumas conclusões: as partes acusadoras são as obrigadas a alcançar o convencimento do juiz sobre a existência dos fatos e sua atribuição culpável ao acusado; a presunção de inocência é uma presunção *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em sentido contrário (da culpabilidade); a prova, no entanto, deve ser suficiente para convencer o juiz, valendo o princípio do *in dubio pro reo*.

ee) De tudo se deduz que o princípio da presunção de inocência, que é instituto de direito preponderantemente processual, como regra probatória, possui íntima conexão com três princípios (limitadores) pertencentes ao Direito Penal, que são: (a) princípio do fato (Direito Penal do Fato), (b) princípio do *nullum crimen sine iniuria* (Direito Penal da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico) e (c), princípio da imputação pessoal ou subjetiva (Direito Penal da Culpa). Estudaremos cada um desses princípios em seu momento oportuno. De qualquer modo, desde logo impõe-se salientar que de inúmeras formas pode-se violar cada um deles (que configuram limites à intervenção penal estatal), e, em razão do vínculo que possuem, concomitantemente a presunção de inocência, como regra probatória. Vejamos: viola-se o princípio do fato (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume, contra o réu, certos fatos (art. 224 do CP, por exemplo); viola-se o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume a lesão ou o perigo ao bem jurídico (perigo presumido, tal como o do art. 32 da LCP); viola-se o princípio da responsabilidade pessoal ou subjetiva (e também a presunção de inocência) quando o legislador presume a participação de determinadas pessoas num específico crime (art. 95, § 3.º, da Lei 8.212/91). De outro lado, pode-se violar ainda o princípio da presunção de inocência

invertendo-se o ônus da prova (tal como se dá no art. 25 da LCP).

ff) A presunção de inocência como regra de tratamento. A doutrina nunca deixou de reconhecer que a presunção de inocência também significa, além de regra probatória, regra de tratamento. Magalhães Gomes Filho,¹⁰² profundo conhecedor do tema, elencou, como emanações da primeira, (a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); (b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; (c) tal comprovação deve ser feita *legalmente* (conforme o devido processo legal); e (d) a impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí seu direito de silêncio),¹⁰³ como *regra de tratamento* a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar etc.

gg) No processo penal, destarte, a presunção de inocência joga duplo papel. Cobo del Rosal e Vives Anton,¹⁰⁴ dissertando sobre o tema, explicam: “Como

⁽¹⁰²⁾ V. “O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana...”, cit., p. 31.

⁽¹⁰³⁾ Ainda sobre esse aspecto de regra probatória, v. Claude Lambois, “La presumption d’innocence”, em *Rev. Pouvoirs*, n. 55, PUF, Paris, 1990, p. 81 e s.

⁽¹⁰⁴⁾ V. Cobo Del Rosal, M. e Vives Anton, T.S., *Derecho Penal-Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 3.ª ed., 1990, p. 78/79.

regra de juízo a presunção de inocência exige que toda condenação tenha por fundamento prova incriminatória e que as dúvidas sejam resolvidas em favor do réu (*in dubio pro reo*)... como regra de tratamento a presunção de inocência comporta a proibição de que as medidas cautelares e, em especial, a prisão preventiva, sejam utilizadas *como castigos*, isto é, que mais além de sua finalidade de asseguramento do escopo processual, sejam utilizadas para infligir ao acusado, antecipadamente, a pena". A regra da presunção de inocência, enfatizou Weber M. Batista,¹⁰⁵ com apoio no pensamento de Bettiol, "vale como uma idéia-força, no sentido de impedir que o réu seja tratado como se já estivesse condenado, que sofre restrições de direito que não sejam necessárias à apuração dos fatos e ao cumprimento da lei penal, em suma, que não seja tratado como mero objeto de investigações, mas como sujeito de direitos, gozando de todas as garantias comuns ao devido processo legal, sobretudo "as garantias da plena defesa".

hh) A presunção de inocência como regra de garantia. A comprovação da culpabilidade, como exigência que emana da regra probatória, de outro lado, precisa revestir-se de legalidade. Não é qualquer comprovação que se coaduna com o Estado Constitucional de Direito. A colheita das provas deve seguir o *due process of law*. Cuida-se de atividade pública cercada de garantias. A Convenção Americana mesmo, no seu art. 8.º, proclama algumas dessas garantias (juiz natural, direito a ser julgado em prazo razoável, juiz competente, direito de ser informado da acusação etc.). Viola-se a presunção de inocência como regra de

garantia quando na atividade *acusatória* ou *probatória* não se observa estritamente o ordenamento jurídico. É o que ocorre hoje com as chamadas denúncias genéricas, interceptação telefônica etc. Por força de regra de tratamento, ademais, todas as medidas coercitivas antes ou durante o processo só se justificam quando há extrema necessidade fundada em fatos concretos. Viola-se esse aspecto da presunção de inocência quando se prevê prisão automática (art. 594 do CPP, por exemplo), prisão por força de lei (prisão não fundamentada enquanto pendente Recurso Especial ou Extraordinário) etc.

ii) No âmbito do direito material (penal), afirmam Cobo del Rosal e Vives Anton,¹⁰⁶ além de projetar sua eficácia para a interpretação das leis penais (em igualdade de condições, deve-se preferir o sentido mais favorável ao acusado), "a presunção de inocência representa um *limite frente ao legislador*. Em virtude desse limite, e dada a natureza constitucional do mesmo, serão nulos os preceitos penais que estabeleçam a responsabilidade baseada em fatos presumidos ou em presunções de culpabilidade". O princípio da *presumption d'innocence*, pelo exposto, tanto é relevante no âmbito processual como no âmbito do Direito Penal. Preponderantemente naquele, sim, mas não se pode negar que tenha valia também no âmbito do direito substancial.

2.2.2 O confronto da Lei Penal com a Constituição

a) O art. 224 do CP, na parte em que *presume a violência*, conflita diretamente com o princípio constitucional da presunção de inocência. Violência é fato e, como acertadamente advertiu o Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções

(105) V. Weber Martins Batista, "O princípio constitucional de inocência: recurso em liberdade, antecedentes do réu", em *RJDTACrim* n. 6, 1990, p. 15 e s.

(106) V. *Derecho Penal-Parte General*, cit., p. 78.

de fato.¹⁰⁷ Do voto do ínclito Ministro mencionado, cabe extrair esta preciosa lição: "(...) Em consequência, não há, pois, como sustentar-se, em Direito Penal, presunção de fato. Este é fenômeno que ocorre no âmbito da experiência. Existe ou não existe. Em consequência, não se pode punir alguém por delito ao fundamento de que se presume que o cometeu. Tal como o fato (porque fato) o crime existe, ou não existe. Assim, evidente a inconstitucionalidade do art. 224 do CP (...) presumir violência é punir por crime não cometido!"¹⁰⁸

b) O Exmo. Sr. Min. Adhemar Maciel, demonstrando estar estupefacto com o voto do Min. Cernicchiaro, indagou-lhe: "V. Exa. estaria considerando o *caput* do art. 224 inconstitucional? A resposta, em seguida, foi: "A presunção sim". A procedência dessa conclusão é irrefutável, pois a presunção legal (de violência) desobriga o acusador de comprová-la. A preocupação do órgão acusador, nos casos em que a lei presume a violência, seria tão-somente comprovar a situação fática embasadora da presunção (que a vítima seja menor de catorze anos, débil mental etc.). Caber-lhe-ia exclusivamente provar *uma parte dos fatos* (que é a base da presunção). A *outra parte dos fatos* (a violência) é dada pelo legislador. O acusador, destarte, por força da presunção legal, desobriga-se de comprovar parte dos fatos. E essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é

realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).

c) Todo acusado é presumido inocente, até que se comprove legalmente sua culpabilidade (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, n. 2, que, neste ponto, complementa o princípio constitucional da inocência). A culpabilidade (que aqui significa fatos e participação nesses fatos do acusado) precisa ser *comprovada*, isto é, demonstrada, evidenciada no processo. Não pode, evidentemente, ser presumida pelo legislador. E quando isso ocorre, dá-se um choque entre duas presunções: uma de natureza *constitucional* e outra de natureza *legal*. Tem preferência obviamente a primeira. O art. 224 do CP, em conclusão, na parte em que presume a violência, conflita com o princípio constitucional da presunção de inocência. Não foi recepcionado (parcialmente) pela Constituição brasileira de 1988, porque desobriga o acusador daquele "mínimo probatório" (relacionado com a violência), sem o qual a presunção de inocência resulta intacta. Ainda que se considere tal presunção como de natureza relativa, ainda assim, o conflito constitucional é patente, pois passa a exigir do acusado a prova de alguns fatos que eliminam a figura penal (desonestidade da vítima, prostituição etc.).

2.3 A presunção legal de violência como violação ao princípio do fato (Direito Penal do fato)

a) No moderno Direito Penal a responsabilidade do agente deve atrelar-se sem-

(107) Cfr. REsp. 46.424-2/RO, STJ, 6.ª T., rel. Min. Luiz V. Cernicchiaro, j. 14.06.1994, DJU de 08.08.1994, p. 19.576).

(108) Cfr. JSTJ e TRF, LEX, v. 65, p. 387.

pre a um fato (existente no plano realístico e comprovado no plano processual). Como já deixamos assentado em outro trabalho,¹⁰⁹ o agente só pode ser considerado culpado “por aquilo que ele fez, não pelo que ele é”; é a culpabilidade do fato. Pune-se o agente por ser o autor de um furto, não porque é ladrão. Pune-se o agente por praticar um homicídio, não por ser um homicida profissional. A culpabilidade do Direito Penal, em suma, é culpabilidade do fato isolado, não culpabilidade de caráter. O juízo de culpabilidade só pode recair sobre o fato do agente, não sobre seu caráter ou maneira de pensar. O juízo de censura deve recair não sobre um abstrato modo de pensar, senão sobre uma concreta conduta e posição de antagonismo do agente com o direito.

b) O princípio do fato aparece no atual Direito Penal como “limite material do *ius puniendi*”. Responsabilizar alguém pelo que fez significa, então, pressupor uma ação ou omissão, uma conduta, já que o Direito Penal regula a coexistência externa dos indivíduos, não a consciência deles.¹¹⁰ Existe controvérsia sobre a real posição do princípio do fato no sistema penal.¹¹¹ De qualquer modo, o que não se nega é sua imprescindibilidade para a estruturação da responsabilidade penal. Ele é violado, dizem Cobo del

Rosal e Vives Anton,¹¹² quando há responsabilidade por fato presumido. Dessa doutrina não discrepa García-Pablos de Molina.¹¹³

c) O *nullum crimen sine actio* é princípio reitor do Direito Penal do Fato. No art. 224 do CP o legislador presume a violência, isto é, um fato. A responsabilidade do agente recai, destarte, não sobre o que efetivamente ocorreu no plano empírico, senão sobre o que o legislador presumiu. O agente é punido por um fato não existente na realidade, senão presumido por outrem. Se ele pratica o crime sexual com violência real (efetiva), é evidente que deve ser responsabilizado por isso. Nesse caso estamos diante de uma *agressão sexual*, punível nos termos dos arts. 213, 214 etc. Não havendo efetiva violência contra a vítima, o que cabe perquirir é eventual *abuso sexual*, que ocorre quando a vítima menor ou doente mental ou por qualquer outro motivo não pode oferecer resistência. Na capacidade concreta da vítima de oferecer ou não resistência ao ato sexual está a linha divisória entre o ato sexual normal e o abuso sexual. É essa distinção importante (entre agressão e abuso sexual) que o legislador de 1940 não se preocupou em fazer. Pelo contrário, ele quis jogar tudo para o mesmo denominador comum da violência. Hoje se sabe que o crime sexual, em boa técnica, pode ser agressivo ou abusivo.¹¹⁴ Em suma, violando o art. 224 do CP, na parte em que presume a violência, o Direito Penal do Fato e, em consequência, a presunção de inocência, é evidente que devemos negar legalidade constitucional para essa parte do tipo.

(109) V. Luiz Flávio Gomes, *Erro de Tipo e Erro de Proibição*, cit., p. 128 e s.

(110) Assim, Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Serviço de Publicações, Madrid, 1995, p. 260.

(111) Para alguns ele deriva do princípio da culpabilidade (Mir Puig), para outros do princípio da humanidade (Silva Sánchez) e ainda há os que entendem que deriva do princípio da legalidade (Zugaldía Espinar). Cfr. Sobre tais posições, Antonio García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introducción*, cit., p. 260/261.

(112) Cfr. *Derecho Penal-Parte General*, cit., p. 270.

(113) *Derecho Penal-Introducción*, cit., p. 263.

(114) V. sobre essa distinção o recente CP espanhol, que entrou em vigor em maio/96, arts. 178 e s.

2.4 A presunção legal de violência como violação ao princípio do *nullum crimen sine iniuria*

a) Não existe crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Não se nega, nos dias atuais, que a missão fundamental do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos.¹¹⁵ Sendo isso, somente quando ocorre uma efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão é que se justifica a intervenção penal. Essa *ofensividade* ou *lesividade*, obviamente, deve derivar da conduta do agente, não de presunção legal. A natureza *lesiva* do resultado (do evento) é limitação atrelada, como diz Luigi Ferrajoli,¹¹⁶ ao princípio da "necessidade penal" (*nulla necessitas sine iniuria*). No dano causado a outrem reside a legitimação da intervenção penal. Esse é um princípio que encontra ressonância nas lições de Aristóteles e Epicuro e faz parte da cultura Iluminista (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano, Romagnosi etc.).¹¹⁷

b) Sistemáticamente, o *nullum crimen sine iniuria* integraria o conceito de ilicitude (que é o segundo requisito formal do delito). Do ponto de vista puramente *formal* afirmamos que ilicitude (antijuridicidade) é a contradição da conduta com o ordenamento jurídico. Do ponto de vista *material*, no entanto, como ressalta com o costumeiro acerto Juan Bustos Ramirez,¹¹⁸ "a ilicitude não pode ser o conjunto de regras jurídicas do ordenamento jurídico, senão justamente

o que se desvaloriza e a concreção dessa desvalorização, o que só se pode extrair do bem jurídico (...) para que se possa reconhecer a ilicitude de um fato típico, não basta com a concreção desvalorativa de um ato, senão ademais é necessário que desvalorativamente a esse ato se possa imputar desde o bem jurídico uma afetação real, que pode consistir em uma lesão ou perigo de lesão. A perturbação do bem jurídico, isto é, o *desvalor do resultado*, é o que permite considerar desde o ponto de vista material todo o ordenamento jurídico (...) A ilicitude é, pois, a contradição do fato típico com todo o ordenamento jurídico em virtude de uma afetação efetiva do bem jurídico (...) não basta só a determinação ou determinabilidade do âmbito situacional e com isso do comportamento, senão também há de reger o princípio do *nullum crimen sine iniuria*, isto é, não há delito sem uma determinada lesividade ou afetação do bem jurídico (...) deste modo se exclui toda classe de presunções do Direito Penal".

c) O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, em geral, é a liberdade sexual que, como já vimos, consiste na liberdade de não se envolver em atos sexuais sem a livre manifestação da vontade. Sem lesão a esse bem jurídico torna-se impossível falar-se em crime sexual violento. No art. 224 do CP o que o legislador presume é exatamente essa lesão. Ela não deriva da conduta do agente. É presumida. Vejamos mais claramente: havendo uma relação sexual *consentida* envolvendo uma menor com treze anos de idade, não existe violência (entendida como meio de vencer uma resistência) na conduta do agente. Por causa da idade da vítima, a lei *presume* tal violência. Em outras palavras, na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico *liberdade sexual*, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da realidade, não da conduta do agente. Se um dos eixos centrais

(115) V. A. García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introducción*, cit., p. 40 e s.

(116) Cfr. Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione-Teoria del Garantismo Penale*, Ed. Laterza, Roma, 1990, p. 467.

(117) Assim, Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragioni*, cit., p. 468.

(118) V. Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal Español - Parte General*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 186.

do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa a outrem, quando esse dano não emerge da sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. A presunção legal de violência, em síntese, viola o princípio do *nullum crimen sine iniuria*.

2.5 A presunção legal de violência como violação ao princípio do Direito Penal da culpa (do princípio da culpabilidade)

a) É inconstitucional, assinalou o Min. Cernicchiaro no seu já citado voto,¹¹⁹ “qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva”. A conjugação dos princípios da reserva legal e da responsabilidade pessoal, consoante sua lição,¹²⁰ fornece subsídio para demonstrar que a Constituição repele a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva (...) o tipo descreve conduta. Invariavelmente encerra o verbo, vocábulo indicativo de comportamento que, por sua vez, traduz vinculação da vontade (...) Se a infração penal é indissolúvel da conduta, se a conduta reflete vontade, não há como pensar o crime sem o elemento subjetivo. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade a substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Ação, vale repisar, no sentido material. Consequência incontornável: é inconstitucional qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva”.

b) O Direito Penal da Culpa (ou princípio da culpabilidade), hoje, possui duplo significado: um coligado com o

causalismo (responsabilidade subjetiva, acima enfocada pelo Min. Cernicchiaro); outro decorrente do finalismo (a culpabilidade como reprovabilidade). E como *pressuposto básico* de um ou de outro sentido temos o seguinte: só pode haver responsabilidade penal se o fato punível *pertence* ao seu autor desde o ponto de vista *material*. Isso implica que ninguém pode ser punido por fato praticado por outra pessoa. Cada um responde pelo que concretamente fez, pelo seu ato. Não pode ser responsabilizado pelo ato de outrem nem pelo fato presumido pelo legislador. Na presunção de violência do art. 224 do CP há violação ao princípio da culpabilidade, entendida como vínculo pessoal (e material) do agente com o fato ocorrido. É que a violência é fictícia, é invenção do legislador, portanto, inexistente no plano da realidade. Numa relação sexual *consentida* praticada com menor de treze anos, por exemplo, não existe, no plano empírico, nenhuma violência, nenhuma quebra de qualquer resistência. O que se pode questionar é se houve ou não abuso, o que é coisa distinta. A violência, nesse caso, não possui vínculo material com a conduta do agente (em outras palavras: não pode ser imputada subjetivamente ao agente). É puramente normativa (fixada pela lei). Se a culpabilidade tem como *pressuposto material básico* o vínculo pessoal e material do agente com o fato, ela inexistente quando o fato não é do agente, senão “presunção” do legislador.

c) O princípio da culpabilidade requer: que o fato pertença *materialmente* ao seu autor (e é esse vínculo existencial, empírico, realístico, que deve ser comprovado legalmente pelo órgão acusador para derrubar a presunção de inocência), que haja nexos *subjetivo* (o correto seria dizer, subjetivo-normativo porque esse nexos consiste na existência de dolo ou culpa) e que seja obra de um ser “responsável”, é dizer, que o agente tenha tido possibilidade de normal acesso à proibi-

⁽¹¹⁹⁾ V. REsp. 46.424-2-RO, 6.ª Turma, STJ, em JSTJ e TRF, LEX, vol. 54, p. 387.

⁽¹²⁰⁾ Transcrita no mencionado voto, mas originalmente exposta no (Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior) *Direito Penal na Constituição*, RT, SP, 3.ª ed., 1995, p. 94 e s.

ção (normal motivabilidade ou atribuíbilidade).¹²¹ O que falta na presunção legal de violência é o que se requer como requisito mais elementar da culpabilidade: o vínculo material do agente com o fato. No exemplo citado (relação com menor de treze anos), o agente está materialmente vinculado com o ato sexual, com a menor. Mas não existe essa relação substancial entre ele e a violência (uso de meios coercitivos para vencer uma resistência). A violência não é fato do autor, senão do legislador. Logo, não se justifica de modo algum a responsabilidade penal por uma violência presumida.

d) Em razão do exposto, amparado no magistério de Joaquim Vogel,¹²² “devemos assinalar que as normas sancionadoras que contêm presunções, seja no âmbito penal clássico, seja na esfera do direito penal especial, econômico ou contravencional, lesionam o princípio da culpabilidade e isso porque, como já assinalado pelo próprio Tribunal Constitucional [alemão], no ordenamento em um Estado de Direito deve sempre haver possibilidade de progresso e desde este ponto de vista as presunções supõem um retrocesso cada vez maior (...). Sabendo-se que a culpabilidade pressupõe ou contém a ilicitude, o princípio da culpabilidade pode ser também lesionado mediante presunções situadas no injusto penal”.

e) A presunção de violência contida no art. 224 do CP, em conclusão, por violar o Direito Penal do Fato (imputação objetiva ou desvalor da ação), o princípio do *nullum crimen sine iniuria* (desvalor do resultado) e o princípio da culpabilidade (imputação subjetiva), assim como o princípio da presunção de inocência, todos com assento constitucional, não

conta com legitimidade constitucional dentro do nosso atual Estado Democrático de Direito. Tal presunção, por isso mesmo, não possui valor jurídico. Não foi recepcionada pela Magna Carta de 1988. Deu-se a chamada inconstitucionalidade superveniente. Não vale como “direito”. É letra morta dentro do art. 224 do CP. Daí a necessidade da (re) construção do tipo penal estampado nesse dispositivo. É o que será feito em seguida.

3. Em busca do alcance constitucionalmente legítimo do art. 224 do Código Penal

3.1 Parte do art. 224 do CP não foi recepcionada pelo novo ordenamento constitucional

a) A redação original dada ao art. 224 do CP não se coaduna inteiramente com a Constituição brasileira. Dele consta: “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Na parte em que “presume a violência” a inconstitucionalidade (superveniente), como vimos no número anterior, é manifesta.

b) E pode haver inconstitucionalidade apenas parcial de uma norma? A resposta nos é dada por José Joaquim Gomes Canotilho¹²³ que ensina: “Quando a desconformidade de um acto normativo com a Constituição não for total, mas meramente parcial, a inconstitucionalidade e conseqüente sanção da nulidade deve também ser parcial, evitando-se a completa destruição do acto sujeito a fiscalização (...) as exigências da vida obrigam a soluções conciliadoras das exigências

(121) V. sobre as várias exigências derivadas do princípio da culpabilidade A. García-Pablos de Molina, *Derecho Penal-Introducción*, cit., p. 283 e s.

(122) V. seu “Los límites constitucionales a las presunciones...”, cit., p. 53.

(123) Cf. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina, 4.ª ed., 1989, p. 737.

da constitucionalidade com as exigências da segurança do direito". Se o art. 224 do CP fosse declarado inconstitucional *inteiramente*, haveria um vazio de tutela judicial, é dizer, não contaríamos no CP com a previsão do crime sexual abusivo. Dito de outra maneira: todo abuso contra menor, alienado mental etc. não encontraria ressonância típica e, assim, passaria a algo permitido. A consequência nefasta desse entendimento é mais que evidente.

c) Eliminada a locução "presume-se a violência" do art. 224 do CP, o que resta em termos de previsão típica? O óbvio, para atender a vontade do legislador que quis estender a tutela penal (partindo-se dos crimes sexuais violentos) às pessoas arroladas nas alíneas do mesmo dispositivo, é ler o seguinte: Nos crimes previstos nos capítulos anteriores e tipificados como violentos, há abuso sexual, se a vítima (...). Não se discute que o legislador no art. 224 quis ampliar a tutela penal, é dizer, quis proteger algumas pessoas de atos sexuais não desejados ou não conscientemente desejados. Urge que se respeite a vontade do legislador, embora não exatamente da forma (constitucionalmente viciada) como ele projetou a tutela penal. Em suma, sendo parcial a inconstitucionalidade (superveniente) do art. 224 do CP, a vontade do legislador, na parte que é legítima, deve resultar preservada. Existe, destarte, abuso sexual nas três hipóteses elencadas no art. 224. O crime deixa de ser violento porque a violência existe ou não existe. Não pode ser presumida. Quando de ato sexual (realmente) violento se trata, isto é, quando há emprego efetivo de violência ou grave ameaça contra a vítima, o que resulta configurado é um crime de *agressão sexual* (estupro — art. 213 —, atentado violento ao pudor — art. 214 — ou rapto violento — art. 219). Quando, de outro lado, nesses crimes tipificados como violentos, a vítima está numa das situações

previstas no art. 224, e não consente validamente, o que se configura é o *abuso sexual*.

3.2 Natureza jurídica dos crimes sexuais tipificados (parcialmente) no art. 224 do CP (depois do expurgo de natureza constitucional)

a) João Mestieri, em lição dedicada exclusivamente ao delito de estupro, mas que serve de paradigma geral, proclama:¹²⁴ "A conjunção carnal com mulher não maior de certa idade, com vítima débil mental, embriagada ou adormecida ou que por qualquer outra razão não possa prestar válido consentimento são hipóteses de *stuprum nec voluntarium nec violentum*. Os antigos criminalistas, dentre eles Mestieri, evidenciaram a hipótese. O agente não emprega os meios necessários a provocar o estado de indefesa mas aproveita-se dele para ter conjunção carnal. A esse tipo de estupro deu-se o nome de *stuprum nec voluntarium nec violentum*. Não é voluntário, pois não conta com o consentimento da mulher, e nem se enquadra nas hipóteses de estupro violento, pois nenhuma violência é empregada".

b) Da magistral lição que acaba de ser transcrita podem ser extraídas em relação aos crimes sexuais em geral estas premissas elucidativas:

1.^a) Quando a vítima dissente e sua resistência é dobrada, vencida, seja pela violência real ou grave ameaça, estamos diante de crime violento (*crimen violentum*);

2.^a) Quando a vítima não resiste nem consente, porque incapacitada de oferecer resistência (em virtude da idade, da debilidade mental, embriaguez etc.), surge o crime sexual abusivo, que não é nem

(124) Cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, cit., p. 31.

violento nem voluntário (*crimen nec voluntarium nec violentum*);

3.^a) Quando a vítima consente invalidamente também estamos diante de crime *nec voluntarium nec violentum*;

4.^a) Por último, quando a vítima consente validamente, não há nenhum crime sexual (por se tratar de um ato *voluntarium*).

Na primeira hipótese estamos frente a uma *agressão sexual*; na segunda e terceira hipóteses diante de um *abuso sexual*; na quarta nos deparamos com um *fato atípico* (porque o consentimento válido retira a tipicidade da conduta).

c) Bem compreendido o art. 224, chega-se facilmente à conclusão de que nele estão previstas as situações que ensejam o *abuso sexual*. Combinando-se as descrições típicas dos crimes sexuais violentos (*mutatis mutandis*) com as situações que acabam de ser citadas, surgem os crimes sexuais *nec voluntarium nec violentum* (é dizer, abusivos). Nesses crimes, que são o resultado, no atual sistema penal, de uma combinação típica complicada, nem contamos com violência real, efetiva, nem tampouco existe ato voluntário (desejado) ou ato voluntário válido, porque a vítima, em razão da sua incapacidade, “não pode oferecer resistência”. Não são hipóteses em que a vítima manifesta sua irrisignação com o ato sexual, sua discordância, seu dissentimento, sua resistência, enfim. Tampouco existe consentimento válido. Pode até estar presente algum tipo de consentimento (p. ex.: vítima com 8 anos de idade que está de acordo com o ato sexual), mas é inválido.

d) Para a configuração do abuso sexual, destarte, para além do aproveitamento dos requisitos típicos “pertinentes” do crime sexual violento, não basta que a vítima tenha quatorze anos ou menos, seja alienada ou débil mental ou esteja incapacitada de manifestar validamente sua vontade. Mais que essa premissa

fática, que por si só não é suficiente para a adequação típica, urge que a vítima concretamente “não possa oferecer resistência” e, destarte, não tenha consentido validamente. A impossibilidade de resistência (entendida como ausência de consentimento), prevista expressamente no final do art. 224, é o eixo dos crimes de abuso sexual. Por causa dessa impossibilidade de oferecer resistência é que o sujeito se *aproveita* da vítima. A correta interpretação da alínea “c” do mencionado dispositivo legal afasta qualquer dúvida. Com efeito, nele se lê: “(...) se a vítima (...) c) não pode, por qualquer *outra* causa, oferecer resistência” (grifei). A doutrina nacional, até aqui, nunca revelou com clareza inequívoca a verdadeira exegese dessa norma. Pelo que dela se deduz, quando se fala em incapacidade de resistência por qualquer *outra* causa, isso significa que não estão excluídas as duas primeiras (idade e debilidade). É dizer: tanto na hipótese de idade, quanto de debilidade ou, enfim, “por qualquer *outra* causa”, só existe o crime sexual previsto no art. 224 se a vítima “não pode oferecer resistência”.

e) E quando não pode a vítima oferecer resistência? Isso se dá em duas hipóteses: 1.^a) Quando a vítima não tem capacidade de compreender a natureza sexual do ato ou, dito de outra maneira, quando a vítima não tem consciência ética do ato (seja em razão da idade, seja em razão de debilidade mental etc.). A ausência de capacidade de valoração ética ou de maturidade inviabiliza o oferecimento de qualquer resistência. Ainda que a vítima manifeste sua adesão ao ato (p. ex.: uma criança de sete anos dá sua anuência ao ato sexual), mesmo assim, de consentimento válido não se pode falar, em razão da falta de maturidade, da falta de consciência ética; 2.^a) Quando a vítima está impossibilitada transitória ou permanentemente de resistir (de oferecer defesa, reação), por causa de uma doença, de paralisia etc.

f) Em trabalho elaborado em 1994, para a Reforma do Código Penal, a Primeira Subcomissão, composta por Alberto Silva Franco, Luíza Nagib Eluf, Paulo Sérgio Pinheiro e Jair Leonardo Lopes, a propósito do tema deixou consignado: "A ofensa a liberdade sexual da pessoa humana centra-se na falta de consensualidade. Não há necessidade de que a vítima se oponha militantemente à atividade sexual do agente, basta que não consinta na prática sexual ou porque está incapacitada fisicamente para resistir (pessoa que padece de paralisia total ou parcial) ou porque não tem condições psíquicas para ser reativa (estar aturdida em face de uma violação sexual a que se seguiu outra, praticada por pessoa diversa) ou por não estar em condições de manifestar seu consentimento (pessoa anestesiada). Em todas essas situações pode não ocorrer violência física ou grave ameaça à pessoa mas sempre os atos sexuais são executados sem que a vítima tenha oportunidade de manifestar sua vontade".

g) Os crimes sexuais resultantes da combinação dos tipos penais violentos (*mutatis mutandis*) com o art. 224 do CP, em suma, depois de feito o devido expurgo da inconstitucional locução "presume-se a violência", podem ser denominados *crimes de abuso sexual*, que não se confundem com as *agressões sexuais*. Na essência destes está a violência (real) ou grave ameaça. Na essência daqueles está a impossibilidade de oferecer resistência e a falta de consentimento válido. Essa é, aliás, a orientação do recentíssimo Código Penal espanhol, que cuidou dos crimes contra a liberdade sexual no Título VIII, do Livro II, arts. 178 e s.

h) Há *abuso sexual*, em conclusão, quando o agente, sem consentimento ou sem consentimento válido, aproveita-se da vítima que não podia concretamente oferecer resistência. Somando-se o abuso sexual (que é uma situação fática, empírica, real) com os dados típicos

pertinentes dos crimes sexuais violentos, temos como resultado os *crimes de abuso sexual*. Aceito o que acaba de ser afirmado, teremos doravante, por exemplo, estupro *violento* e estupro *abusivo*. O primeiro está previsto no art. 213; o segundo é resultado da combinação do art. 213 com o art. 224 (que é norma de ampliação típica); na essência do primeiro há uma *agressão*; na do segundo um *abuso*; no primeiro há dissentimento da vítima, resistência; no segundo a vítima, em razão da incapacidade de oferecer resistência, não consente nem resiste. Às vezes a vítima até consente (menor de sete anos, por exemplo), mas esse consentimento não é válido.

4. Consequências jurídicas da não recepção da presunção legal de violência

4.1 Necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual

a) A consequência primeira da presunção de violência que aparecia (aparece?) na redação original do art. 224 consistia na desobrigação do órgão acusador de comprovar legalmente tal violência. Nos termos do dispositivo citado, ela era fictícia, dada como certa. Não havendo necessidade de tal comprovação, limitava-se o acusador a narrar, por exemplo, que o agente praticou relação sexual com menor de catorze anos. Dizia-se: cuida-se de crime violento em razão da presunção legal. Sempre foi muito cômoda a posição do acusador, pois contava em seu benefício com uma presunção legal. No fundo, não narrava nenhuma violência na peça acusatória. Não era preciso. Ela era presumida. A preocupação central era apenas comprovar a premissa fática da presunção (idade da vítima, debilidade, incapacidade etc.). O resto, era dado pelo legislador.

b) Concretizado o expurgo da presunção de violência e entendido o art. 224 do CP como o tipo penal que descreve, no

Direito Penal brasileiro, embora de maneira complexa e indireta, as hipóteses de *abuso sexual*, tudo é diferente. Pois caberá sempre ao acusador comprovar, em cada caso concreto, a existência de tal abuso, é dizer, que o ato sexual foi praticado sem que a vítima pudesse oferecer resistência e sem que tivesse dado seu consentimento válido. Obviamente, de outro lado, antes de comprová-lo, urge que tal abuso seja *narrado*, o mais detalhadamente possível, na peça acusatória. De modo algum seria possível uma denúncia que apenas descrevesse que o ato sexual foi praticado com vítima débil mental, por exemplo. Mais que isso: urge que se descreva que o agente conhecia essa circunstância e que a vítima, *na sua situação concreta*, não podia oferecer resistência. Com isso se constata que a debilidade mental, por si só (ou a idade), não é suficiente para a configuração do abuso sexual. O importante é verificar em cada caso concreto qual era o grau de debilidade e se a vítima tinha ou não consciência ética, se tinha ou não maturidade, se podia ou não resistir ao ato.

c) A necessidade de narrar os fatos concretos configuradores do abuso sexual, incluindo a incapacidade de resistência e de consentimento válido, deriva de exigências do direito interno, internacional e constitucional. No direito interno tal exigência vem proclamada no art. 41 do CPP. Quanto ao direito internacional cabe distinguir: no Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos (de 1966) é o art. 14, n. 3, "a" que cuida do assunto; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (de 1969), deve ser consultado o art. 8.º, n. 2, "b".¹²⁵ Da conjugação dos artigos por último citados se depreende que o acusado tem direito líquido e certo:

- 1) de ser informado (comunicado) da

- acusação; 2) de ser informado de modo minucioso (pormenorizado); 3) de ser informado previamente (antes de sua defesa); 4) de ser informado da natureza e dos motivos da acusação.

d) Quando enfocamos o princípio da presunção de inocência, deixamos consignado que um dos seus aspectos mais relevantes reside na sua configuração como *regra de garantia*. A culpabilidade deve ser comprovada legalmente, é dizer, respeitando-se o devido processo legal (*due process of law*). A comprovação da culpabilidade, pelo que até aqui foi exposto, deve sempre ser antecedida da narração do fato. Logo, uma peça acusatória que não narre, da forma mais detalhada possível, os fatos ensejadores da responsabilidade penal, viola o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa (porque a dificulta ou impossibilita), do contraditório etc.

4.2 Necessidade de se comprovar os fatos concretos configuradores do abuso sexual.

a) Um outro aspecto não menos relevante do princípio da presunção de inocência, como vimos, reside na sua configuração como *regra probatória*. Disso deriva a necessidade imperiosa de se comprovar, legalmente, a culpabilidade do agente (é dizer, a participação sua nos fatos ensejadores da responsabilidade penal). Com isso pode-se dizer: os fatos caracterizadores do abuso sexual não só devem ser narrados, senão também comprovados. Não basta, em síntese, que se comprove que a vítima não tem mais de catorze anos, que é alienada ou débil mental ou "qualquer outra causa" (física ou psíquica) que traz incapacidade para a vítima. Mais que isso: urge que se comprove em cada situação concreta que a vítima "não podia oferecer resistência", seja por razões físicas (vítima parálitica,

(125) Sobre a vigência de tais documentos internacionais no Brasil v. Luiz Flávio Gomes, *Direito de Apelar em Liberdade*, cit., p. 70 e s.

p. ex.), seja por razões psíquicas (vítima que acabou de ser estuprada e é submetida a novo crime sexual), seja, enfim, porque a vítima não tinha maturidade suficiente (consciência ética). Não podia compreender o sentido ético do ato (o que é comum nas “crianças”).

b) Néelson Hungria, um dos mais renomados intérpretes do Código Penal de 1940, a propósito da “presunção de violência” em relação à vítima débil mental ou alienada dizia:¹²⁶ “Na presunção da letra “b”, deve entender-se que a condição psíquica da vítima é idêntica à dos ‘irresponsáveis’, a que se refere o art. 22 [hoje 26], isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. Os chamados ‘fronteiriços’ (...) não são abrangidos na especial proteção legal. Não se poderia atribuir ao Código a grosseira incoerência de reconhecer a capacidade penal dos ‘fronteiriços’ e, a seguir, negar-lhes a capacidade de consentimento válido, quando vítimas de crime sexual”.

c) A ausência total de “entendimento ético-jurídico ou de autogoverno” é o que precisa ser comprovado em relação à vítima alienada ou débil mental. Não é qualquer alienação ou debilidade que produz tal ausência de capacidade ética. Com isso deve-se concluir que tal vítima, muitas vezes, pode praticar ato sexual juridicamente incensurável. Dito de outra maneira: os alienados também podem praticar atos sexuais normais e nesse caso não se pode falar em abuso (em crime). Gonzalo Rus¹²⁷ procurou justamente destacar, em relação ao Código Penal espanhol, que a exigência de “abuso” pode “abrir uma via à solução das relações sexuais normais com pessoas

alienadas”. Compartilhando dessa opinião, proclamou Diez Rippolés:¹²⁸ “a introdução do requisito do ‘abuso’ mostra claramente que não basta com que a pessoa haja sido classificada psiquiatricamente entre os alienados. É preciso ademais que, dadas as circunstâncias concorrentes no caso concreto, tal estado psíquico haja desempenhado um papel decisivo, de forma que o autor tenha se aproveitado da incapacidade do alienado para compreender o significado e o alcance de sua conduta”.

d) No que concerne à presunção de violência mencionada na alínea “c” (qualquer outra causa), advertia Nelson Hungria:¹²⁹ “Na averiguação das causas de impossibilidade de reação (notadamente quando se alega que foram preordenadas pelo agente) deve-se ter toda cautela, a fim de conjurar o êxito de falsas narrativas”. Com isso se constata que não é qualquer incapacidade de resistência que se enquadra na previsão legal. Urge a comprovação de uma causa que tenha retirado da vítima qualquer capacidade de entendimento, com o que o ato sexual passa a ser abusivo, é dizer, sem seu consentimento.

e) Em suma, em todas as hipóteses de abuso sexual previstas (como regra de extensão) no art. 224 do CP, depois de feita a abstração da ilegítima “presunção de inocência”, que é reconhecidamente inconstitucional, como vimos, urge que o acusador, em cada caso concreto, comprove a impossibilidade de “oferecer resistência”. Com isso, ao mesmo tempo, poderá estar comprovando que o ato sexual foi involuntário, sem consentimento da vítima, é dizer, *abusivo*. Particular enfoque irá merecer, no número seguinte, o abuso sexual envolvendo o menor.

(126) Cfr. *Comentários ao Código Penal*, vol. VIII, cit., p. 232.

(127) Citado por José Luis Diez Rippolés, em *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 50.

(128) V. J.L. Diez Rippolés, *La proteccion de la libertad sexual*, cit., p. 50.

(129) Cf. *Comentários ao Código Penal*, v. VIII, cit., p. 237.

3.^a PARTE: RELEVÂNCIA JURÍDICA DO CONSENTIMENTO VÁLIDO

1. O consentimento válido como causa de exclusão da tipicidade nos crimes sexuais

a) Tanto os crimes sexuais violentos propriamente ditos (que exigem dissentimento, resistência) quanto os crimes sexuais abusivos possuem como eixo fundamental a falta de consensualidade. Isso significa que havendo consentimento válido, está afastado o tipo penal (logo, o crime). Não há crime algum quando o envolvido no ato sexual dele tomou parte porque o desejava, porque queria e podia consentir validamente. Havendo consentimento válido, impossível a afirmação da existência de qualquer crime sexual. Daí se infere o seguinte: não basta tão-somente que a vítima conte com perturbação mental ou impossibilidade física momentânea (embriaguez) ou permanente (paralisia). Urge que tenha sido envolvida num ato sexual *sem sua vontade, sem seu consentimento*. Nisso reside o ataque ao bem jurídico liberdade sexual, entendida como direito de não se envolver em nenhum ato sexual sem sua vontade. Uma vítima com perturbação mental, por exemplo, dependendo do grau de compreensão que possui, pode validamente consentir com o ato sexual. Uma vítima embriagada, nas mesmas circunstâncias, pode dar sua anuência validamente ao ato sexual. O mesmo pode ser dito de um paraplégico etc.

b) E em relação ao menor com catorze anos ou menos? Pela letra (original do Código Penal), de modo algum pode esse menor consentir validamente. O Código presumia a violência nessa hipótese. Mas como vimos, essa presunção hoje não tem valor jurídico. Urge, então, indagar: quando o menor pode consentir validamente?

c) A resposta, em grande parte, já foi dada na Seção Primeira *supra* (n. 1.4)

quando enfocamos o Estatuto da Criança e do Adolescente. Desde 1990 distingue esse Estatuto, no Brasil, a “criança” do “adolescente”. Aquela não está sujeita a sanções. Este sim. E o adolescente, como acentuamos, está sujeito a ser sancionado por ato infracional porque possui “certa” capacidade de compreensão. Nunca idêntica à de um adulto, evidentemente, mas conta com certa capacidade motivacional. Ora, se o menor adolescente, pela lei, dentro de certos limites, é encarado como capaz de compreender o sentido ético do seu ato infracional, não há como excluir da mesma capacidade de compreensão os atos sexuais.

d) Aliás, como já enfatizamos, na hipótese de um menor com treze anos praticar uma relação sexual com uma menor da mesma idade, não podemos conviver com a anomalia verdadeiramente aporética de o menor ser sancionado primeiro porque entende, conforme o ECA (embora de acordo com sua idade), o caráter (ético) sexual do ato e segundo porque a “vítima”, da mesma idade, por força de uma presunção do CP de 1940, não possui tal capacidade de compreensão. O menor é punido porque tem capacidade de entender o ato sexual e, contraditoriamente, também punido exatamente porque a menor, da mesma idade, com quem ele manteve a relação sexual, não tem essa capacidade de compreensão! O menor é punido porque sabe o que faz e, absurdamente, também porque a menor, da mesma idade, não sabe o que faz! No ordenamento jurídico, considerado como algo harmônico, não existe espaço para tanta contradição!

e) Logo, desde 1990, mudou por completo no Código Penal tudo que pertence ao menor considerado “criança” e inclusive a imagem do legislador frente a ele. Em 1940 o menor com catorze anos ou menos era tido como um absolutamente incapaz de compreender o sentido ético dos atos sexuais. De 1990 para cá a situação mudou. Essa faixa etária caiu

para doze anos (que é a idade que distingue a criança do adolescente). O adolescente, pelo ECA, tem certa capacidade de compreensão. Logo, pelo *princípio da contextualização*,¹³⁰ não se pode negar essa capacidade no que concerne aos atos sexuais. A conclusão de tudo que até aqui se expôs é a seguinte: o adolescente pode consentir validamente frente a um ato sexual. Tudo depende de cada caso concreto, não se nega. Mas em princípio, desde 1990, o adolescente tem vontade juridicamente relevante, pode consentir validamente; o mesmo não pode ser dito, em princípio, quanto à criança (que é quem tem menos de doze anos).

2. Necessidade do exame de cada caso concreto

a) Um ato sexual praticado contra uma *criança* significa abuso sempre ou praticamente sempre (somente em casos escabrosos e raríssimos, de criança com vida sexual pública militante e notória, poder-se-ia imaginar o afastamento do delito sexual, inclusive com apoio num eventual erro de tipo sobre a idade). Já o ato sexual praticado com um *adolescente*, *com sua anuência*, em regra é juridicamente válido. Valendo-nos do critério do legislador (que pode não ser o melhor, mas é um critério legal), pelo *ius positum* vigente, podemos afirmar que a autoterminação sexual, em regra, ocorre quando a criança se transforma em adolescente. Enquanto se trata de criança há a *innocentia consilii*. Cuidando-se de adolescente, cada caso é um caso. Pode haver violência real, pode haver consentimento válido. Tudo depende do caso concreto.

b) E quando o adolescente pratica o ato sexual com consciência do que fazia, com voluntariedade, não há crime. Seu consentimento é, agora, válido. É exatamente isso o que reconheceu a Egrégia 1.^a Turma do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (v. RT 709, p. 356), rel. Des. José Benedicto de Figueiredo, onde se proclamou: “Violência presumida – Vítima menor de 14 anos, fisicamente e intelectualmente desenvolvida – Ofendida que de livre e espontânea vontade e sabedora do que fazia, pratica conjunção carnal com o namorado – Presunção inexistente – Absolvição decretada – Voto vencido. Para a presunção de violência, por ser a vítima menor de 14 anos, é preciso que, ao tempo do fato, a mesma fosse completamente ignorante em matéria sexual. Vítima que, de livre vontade e sabedora do que fazia, praticou conjunção carnal com o namorado, sendo fisicamente e intelectualmente desenvolvida, além de continuar a namorá-lo. Presunção inexistente. Absolvição decretada”.

4.^a PARTE: CONCLUSÕES

Do exposto podemos extrair estas conclusões:

1.^a) A doutrina e a jurisprudência brasileiras, majoritariamente, continuam aceitando a presunção de violência prevista no art. 224 do CP. Uns a encaram como presunção *iuris et de iure* (absoluta), outros como presunção *iuris tantum* (relativa).

2.^a) Referida presunção legal, no entanto, conflita claramente com o princípio constitucional da presunção de inocência, assim como com os princípios do Direito Penal do Fato, *Nullum crimen sine iniuria* e Direito Penal da Culpa (princípio da culpabilidade).

3.^a) Logo, na parte em que prevê a presunção de violência, o art. 224 do CP não foi recepcionado pela nova ordem

(130) V. a respeito desse princípio Raúl Cervini, *Os processos de descriminalização*, trad. de Eliana Granja, Jeni Vaitsman, José Henrique Pierangelli e Maria Alice Andradé Leonardi, RT, SP, 1995, p. 114.

constitucional. E cabe ao juiz, inclusive o de primeiro grau, reconhecer essa inconstitucionalidade (superveniente), deixando de aplicar tal mandamento legal.

4.º) Uma vez expurgado o art. 224 do CP, que é hipótese de ampliação típica, só resta considerar que as situações nele previstas configuram o chamado *abuso sexual*, que ocorre quando o agente aproveitando-se da incapacidade de resistência da vítima com ela mantém ato libidinoso sem sua vontade, sem seu consentimento.

5.º) Combinando-se os tipos penais dos crimes sexuais violentos (*mutatis mutandis*) com as situações de abuso previstas no art. 224 do CP temos os tipos penais (compostos, indiretos) de *abuso sexual*.

6.º) Afastada a presunção de violência e reconhecida a preponderância da presunção de inocência, urge que o acusador não só narre os fatos constitutivos do abuso sexual, senão também que os comprove legalmente depois, dentro do devido processo legal.

7.º) Afastada a presunção de violência, de outro lado, urge que o abuso seja constatado em cada caso concreto. Não basta a menoridade, a debilidade mental ou incapacidade de resistir. Impõe-se sempre considerar o grau de compreen-

são do sentido ético do ato sexual em cada caso concreto.

8.º) No que se refere ao menor, totalmente desarrazoada é hoje a idade de catorze anos prevista no art. 224 do CP. Depois do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que se justifica como linha divisória é a idade de doze anos. O adolescente, pelo ECA, possui "certa" capacidade de compreensão, de entendimento (tanto assim que pode e é punido, inclusive com internação). E se pode compreender o sentido ético do ato infracional, não há como excluir a mesma capacidade para entender o sentido ético do ato sexual.

9.º) Em consequência, o ato sexual praticado contra "criança" praticamente sempre configurará abuso sexual. Seu consentimento, de outro lado, em regra, não possui nenhum valor jurídico (ressalva deve ser feita a casos escabrosos de criança com vida sexual pública e notória, onde inclusive pode concorrer um erro de tipo quanto à idade).

10.º) A vontade do adolescente, ao contrário, consoante o *ius positum* (ECA), possui relevância jurídica. Se o ato sexual do qual ele tomou parte ocorreu com seu consentimento, livremente, nenhum crime existe porque seu consentimento é válido.