

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MESTRADO

**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO NOS CRIMES SEXUAIS:  
UMA CRÍTICA TRANSDISCIPLINAR**

ALEXANDRE AYUB DARGÉL

Porto Alegre

2006

**ALEXANDRE AYUB DARGÉL**

**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO NOS CRIMES SEXUAIS:  
UMA CRÍTICA TRANSDISCIPLINAR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador Prof. Dr. Alberto Rufino Rodrigues de Sousa

Porto Alegre

2006

ALEXANDRE AYUB DARGÉL

**PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO NOS CRIMES SEXUAIS:  
UMA CRÍTICA TRANSDISCIPLINAR**

**Banca Examinadora:**

Orientador Prof. Dr. Alberto Rufino Rodrigues de Sousa

\_\_\_\_\_ Nota atribuída: \_\_\_\_\_

1º Professor(a) Avaliador: .....

\_\_\_\_\_ Nota atribuída: \_\_\_\_\_

2º Professor(a) Avaliador: .....

\_\_\_\_\_ Nota atribuída: \_\_\_\_\_

Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2006.

## **Dedicatória**

*Aos meus pais e irmãos;*

*Aos meus amigos e ao Professor Ney Fayet de Souza Júnior.*

## **Agradecimentos**

Não poderia deixar de expressar meu profundo agradecimento àqueles professores que, além de seus misteres, contribuíram de modo significativo à minha formação — especialmente à minha formação humanista.

Em primeiro lugar, quero agradecer a Professora Ruth Maria Chittó Gauer, por ter me descortinado os horizontes da antropologia.

Também ao Professor Salo de Carvalho, que tão bem me conduziu pelo universo do garantismo.

Ainda, ao Grande Professor Alberto Rufino, que fez do direito penal uma ciência tão apaixonante que, como não poderia deixar de ser, me cativou decisivamente.

Aos meus familiares que sempre foram a razão de todas as minhas conquistas, de forma mais incisiva, a apresentação desse trabalho.

Aos meus amigos: sem esse apoio esse trabalho não seria possível.

Lanço meus agradecimentos, de forma especial, ao Professor Ney Fayet de Souza Júnior que sempre me guiou nos caminhos do Direito Penal e em muito influencia a minha própria vida pelo seu exemplo.

Finalmente, não posso me olvidar de lançar palavras de agradecimento a algumas outras pessoas que me auxiliaram na realização deste trabalho: a todo o pessoal do escritório, especialmente aos colegas Diego Viola Marty e Marta Elisa Nichel, pelo apoio incondicional até os últimos momentos da realização desse trabalho.

## RESUMO

O presente estudo tem como meta a análise do instituto da presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais, uma vez que o Código Penal Brasileiro estabelece na alínea a do artigo 224, que se presume a violência nos delitos violentos contra a liberdade sexual, quando a vítima for menor de catorze anos.

A abordagem do tema se fez com base no garantismo penal, bem como, tendo-se em mira a transdisciplinariedade a que se propõe o estudo, considerando-se as bases da psiquiatria e da antropologia social.

A partir disso, salientou-se a incompatibilidade da presunção de violência por motivo etário por afronta ao direito penal garantista, uma vez que a existência de presunções é limitada na seara penal e, quando, ocorrentes, devem sempre beneficiar o acusado. Mais ainda, esse instituto afronta um princípio basilar do direito repressivo moderno: o princípio da lesividade.

Como não bastasse a incongruência com o direito penal de garantias, baseado na doutrina de LUIGI FERRAJOLI, nossa pesquisa adentrou no estudo da psiquiatria, demonstrando a impossibilidade de fixar-se uma idade a partir da qual um adolescente poderia consentir com a prática de uma relação sexual.

Por fim, destacou-se, por meio de uma análise antropológica, a inafastável influência da cultura na determinação do amadurecimento sexual e o descompasso entre a proibição do início das relações sexuais antes da idade de catorze anos, com a realidade social brasileira, demonstrada por dados empíricos ofertados em uma pesquisa de campo de âmbito nacional realizada pelo Ministério da Saúde.

Assim, mediante uma abordagem transdisciplinar, envolvendo o direito penal, a Psiquiatria e a Antropologia, demonstrou-se a impertinência da presunção de violência por motivo etário com o sistema garantista, deslegitimada ainda pela realidade social brasileira.

**Palavras-chave:** Presunção de violência por motivo etário – crimes sexuais – impossibilidade de determinação do amadurecimento sexual – abordagem transdisciplinar – afronta ao garantismo penal.

## ABSTRACT

This study aims at the analysis of the institute of the presumption of violence, regarding age, in sexual crimes, once the Brazilian Penal Code establishes in line a of article 224 that violence is presumed in violent offenses against sexual freedom, when the victim is under fourteen-years-old.

The subject has been dealt with based on the doctrine of penal guarantees, as well as, aiming the trans-disciplines characteristics of the study, considering the bases of psychiatry and social anthropology.

From all that, the incompatibility of the presumption of violence for age reasons with the guarantees of penal Law has been highlighted, once the existence of presumptions must be limited within the penal sphere and, when they do occur, they must always benefit the accused one. Moreover, this institute challenges a basic principle of the modern repressive law: the principle of necessary harm.

As if the incongruence with the penal guarantees law were not enough, based on the doctrine of LUIGI FERRAJOLI, our research entered the field of psychiatry, demonstrating the impossibility of certainty regarding an age from which an adolescent would be able to consent with sexual practices.

Finally, it has been saliented, through an anthropological analysis, the very relevant influence of culture on the determination of sexual maturity and the contrast between the prohibition of sexual relationships before fourteen-years-old and the Brazilian social reality, portrayed through empirical data collected in a national field research sponsored by the Ministry of Health.

Thus, through a trans-discipline view, involving Penal Law, psychiatry and anthropology, the impertinence of the presumption of violence for age reasons with the guarantees system has been demonstrated, as well as legitimated by the Brazilian social reality.

**Key Words:** Presumption of violence for age reasons – sexual crimes – impossibility of determining sexual maturing – trans-disciplinary view – non-accordance with penal guarantees.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DIREITO PENAL E A LEGISLAÇÃO COMPARADA</b> .....	<b>12</b>
1.1 As presunções no Direito Penal .....	12
1.2 Origem histórica da presunção de violência .....	15
1.2.1 A presunção de violência no Direito Penal Brasileiro .....	17
1.3 O bem jurídico protegido pela aplicação da presunção de violência por motivo etário.....	21
1.3.1 Presunção absoluta ou relativa? .....	23
1.4 A presunção de violência no direito comparado.....	28
<b>2 A CULTURA E O AMADURECIMENTO SEXUAL</b> .....	<b>39</b>
2.1 O surgimento da adolescência .....	39
2.2 O amadurecimento sexual.....	45
2.2.1 Noções médicas do amadurecimento sexual .....	45
2.2.2 Uniformização do amadurecimento sexual.....	49
2.3 Desenvolvimento cultural e impossibilidade de certeza na determinação do amadurecimento sexual.....	53
2.3.1 A falta de justificção real para a existência da presunção de violência por motivo etário. Análise de pesquisas de campo .....	56
<b>3 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO SOB O ENFOQUE GARANTISTA: A INCOMPATIBILIDADE POR MEIO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE</b> .....	<b>63</b>
3.1 A justificativa do garantismo como modelo ideal .....	64
3.2 O estabelecimento do garantismo a partir do rompimento com o medievo (O princípio da secularização como marco fundante).....	67
3.3 O papel do Direito Penal como protetor dos indivíduos contra o poder do Estado .....	73
3.3.1 A consolidação do garantismo: o Direito Penal (mínimo) laico e os direitos fundamentais.....	75

3.3.2 A proteção constitucional dos postulados garantistas: dimensão democrática do garantismo penal.....	79
<b>3.4 O Direito Penal (mínimo) laico e a lesividade .....</b>	<b>81</b>
3.4.1 O fundamento da lesividade como limitador de poder .....	81
3.4.2 O princípio da lesividade como base para a crítica do Direito Penal.....	84
<b>3.5 Incompatibilidade da presunção de violência com o sistema garantista ....</b>	<b>89</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>102</b>

## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira tem experimentado ao longo das últimas décadas importantíssimas modificações capitaneadas nas relações sócio-econômicas o que repercutia em larga medida na substancial modificação dos valores superestruturais, notadamente aqueles relacionados aos costumes e às tradições sociais.

Obviamente estas modificações não seriam estranhas ao universo penal, que tem nas relações sociais a sua matéria prima substancial, essencial. Daí porque, como ponto que permite uma intersecção, descortinou-se um tema tópico por meio do qual entre esses dois universos (relações sociais e Direito Penal) coloca-se como uma ponte de ligação, revelando a um só tempo a sua importância e a sua atualidade.

Com efeito, as interpretações judiciais ou dogmáticas devem se louvar na interpretação teleológica para melhor conceber e compreender o papel extremamente dinâmico que têm as relações sociais na composição orgânica do material a ser processado pelo universo penal. Não se pode conceber o instituto da presunção de violência sem se levar em conta, hoje, os avanços que houve na sociedade. As transformações que se operaram no mundo (o fenômeno da

globalização) onde, para usar uma frase famosa de Marx: “tudo que é sólido se desmancha no ar”.

É nessa dimensão que tivemos o cuidado de compreender em toda sua abrangência e significado o conceito de violência ficta; tivemos a preocupação de enfrentar a sua análise sob diferentes perspectivas, aliando-as para decifrá-las sob o prisma, em última análise, jurídico-penal.

Daí porque procuramos conceituar, desde a origem histórica, as primeiras recepções jurídicas do fenômeno, a sua evolução ao longo dos tempos para, somente e então, nos posicionarmos sobre o papel que cumpre este instituto num cenário de alta volatilização como o é o da mundialização. Mas, especificadamente, não nos furtamos a posicionarmos sempre que necessário, em face desse problema destacando o comprometimento e o exaurimento deste conceito no contraste da cada vez mais dinâmica evolução social.

Nosso trabalho é, em síntese, um desafio. Precisamos desafiar o arcabouço dogmático interpenetrando-o com os novos e candentes horizontes das relações sociais. Tivemos de desafiar vertentes de conhecimentos novas como o são a antropologia e a psiquiatria para, a partir delas, traçarmos um quadro bastante complexo de um fenômeno como a presunção de violência.

Finalmente tivemos de ser maior do que nós mesmos para tentarmos estar à altura das exigências acadêmicas que o Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul nos impõe.

# 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DIREITO PENAL E A LEGISLAÇÃO COMPARADA

## 1.1 AS PRESUNÇÕES NO DIREITO PENAL

Como se sabe, a presunção se refere visceralmente à prova, e como tal deve ser examinada.

A prova pode ser, em classificação abrangente, dividida sob algumas formas, entre as quais se destacam: a prova direta e a indireta<sup>1</sup>.

Conforme ensina Malatesta<sup>2</sup>, a prova direta<sup>3</sup> tem por objeto imediato a coisa que se quer averiguar ou nela consiste. No caso do julgamento criminal, prova direta é aquela que tem por conteúdo imediato o delito imputado, o fato probando.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Otra distinción provechosa es la de *prueba directa* y *prueba indirecta*, según que la prueba se refiera directa e inmediatamente al objeto por probar, o se refiera a otro objeto al cual se vincule el objeto a probar. Efectivamente, directa es la prueba “cuando de las constataciones empíricas puede llegar el juez, en forma inmediata, a las proposiciones de hecho que deben servir de base a su decisión”; en cambio, es prueba indirecta “cuando el juez puede llegar en un primer tiempo sólo a establecer una proposición de hecho que en sí y por sí no es la que le sirve para los efectos de la decisión”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1962. t. II., p. 175.

<sup>2</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Traduzido por Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v. I., p. 167.

<sup>3</sup> Llamamos prueba directa o histórica aquella en que el medio de prueba tiende inmediatamente a convencer al juzgador de la verdad de un hecho que constituye el *thema probando*, es decir, aquella en la que entre el hecho que tiende a demostrar el medio de prueba y aquel que se quiere demostrar a los fines del proceso penal no se interpone ningún otro hecho diferente. FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Barcelona: Labor S.A., 1952. 1. v., p. 706-7.

<sup>4</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 20.

De outra forma, a prova indireta<sup>5</sup> tem referência com os chamados indícios ou, como alguns consideram, presunções, de larga atuação no direito processual.<sup>6</sup>

Nesse curso, esclarece Fenech<sup>7</sup>:

Según los vínculos que relacionen el thema probandi con el thema probatum, podemos diferenciar estas pruebas indirectas, a su vez, en dos tipos que se conocen en la doctrina con los calificativos de presunciones e indicios, respectivamente (...).

Cuando el thema probandi esta relacionado con el thema probatum por medio de una relación jurídica, preestablecida por el legislador, nos hallamos en presencia de una presunción.

Cuando entre el thema probandi y el thema probatum existe una relación de orden puramente material, no jurídico, nos encontramos ante un indicio.

Por sua vez, as presunções se dividem em presunções legais ou jurídicas, classificadas em relativas ou absolutas, e presunções judiciais<sup>8</sup>.

As presunções legais ou jurídicas são aquelas às quais a lei atribui um determinado valor de prova.<sup>9</sup> Essas presunções apresentam-se, de um lado, como relativas ou *juris tantum*. São as que admitem prova em contrário;<sup>10</sup> dão por

---

<sup>5</sup> “La prueba indirecta o lógica se caracteriza por la existencia de un hecho interferido entre el que se tiende a demostrar y el medio de prueba, es decir, el medio de prueba nos proporciona o tiende a proporcionar el convencimiento sobre la verdad de un hecho que nos es aquel que en definitiva pretende probarse, sino otro distinto, ligado con el primero por ciertos vinculos.” FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, p. 707.

<sup>6</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 151.

<sup>7</sup> FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*, p. 707.

<sup>8</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 151.

<sup>9</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, 1995. v. I., p. 210.

<sup>10</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 152.

existente um fato ou alguma circunstância conhecida e provada, sem que o julgado fique a ela atrelado de forma absoluta e cedem ante a prova em sentido oposto.<sup>11</sup>

Já presunções absolutas, *juris et de jure*, são aquelas que não admitem prova em contrário e que como bem adverte José Henrique Pierangeli<sup>12</sup>, interferem no critério do livre convencimento do juiz e, conseqüentemente, na investigação da verdade real. Não admitem impugnação, não são contrariadas por provas. Os atos e fatos deduzidos por presunções absolutas são tidos como verdadeiros.<sup>13</sup>

Tanto as presunções como as provas diretas constituem fontes de certeza judicial. No entanto, ao contrário das provas, as presunções absolutas retiram do juiz qualquer possibilidade de valoração, inviabilizando o estabelecimento da verdade real, finalidade do processo penal.

As presunções judiciais, chamadas presunções de fato, estão relacionadas com a busca da verdade real e não com a prova em si. Conforme Eugênio Florian:

En primer lugar, el fin de la acción penal no es el hacer que se llegue a una condena, sino el de hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona, determinación que no es raro que lleve a la conclusión de que el hecho no ha existido, o que no se trata de delito, o que el acusado no lo ha cometido, o que no ha tomado parte en el.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 470.

<sup>12</sup> “Constituem numa fenda no critério do livre convencimento do juiz e uma ofensa à concepção da investigação da verdade material, que constituem um dos postulados estruturais do Direito Processual Moderno, através do qual se busca estabelecer uma decisão judicial justa e com ela se fixar a própria segurança estabelecida pela ordem jurídica. (PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, p. 151-2)

<sup>13</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*, p. 165.

<sup>14</sup> FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho Processual Penal*. Barcelona: Bosch, 1934, p. 173.

Assim, o entendimento de que a presunção é um meio de certeza e não meio de prova é contestado por Malatesta<sup>15</sup>, para quem classificar a presunção como uma especial fonte de certeza criminal, estranha à prova, seria algo perigoso, pois poderia estimular o desprezo pela prova, e nesse sentido, separando a presunção, que é a espécie, de seu gênero, que é a prova indireta, perder-se todo o critério lógico para avaliar sua natureza.

## 1.2 ORIGEM HISTÓRICA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

A presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual teve origem na Idade Média por intermédio, primeiramente, de Carpzovio, que se baseou em duas passagens do Digesto, a primeira de Pomponio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula (*nulla voluntas est*); a segunda de Celso, que afirmava que o pupilo, nem quer, nem deixa de querer (*nec velle, nec nolle*). Assim, os atos libidinosos que forem praticados contra os menores de idade e os alienados mentais terão caráter violento<sup>16</sup>. A teoria de Carpzóvio foi considerada incoerente por autores como Hommel e Leyser, que afirmavam ser o incapaz de querer também incapaz de não querer, um indiferente (*nec nolle, nec velle*), não havendo razão para se presumir o dissenso.<sup>17</sup>

Além disso, afirma Nelson Hungria:

---

<sup>15</sup> MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Traduzido por Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001, p. 193.

Fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não lhes possa dar valor jurídico.<sup>18</sup>

Em contraposição à teoria de Carpzóvio, foi criada, no Direito alemão, a figura do *stuprum nec voluntarium nec violentum*, também denominado “Schändung”, que caracteriza a conjunção carnal, sem violência, com mulher alienada, embriagada, ou adormecida, ou com uma impúbere.<sup>19</sup>

O Código alemão, bem como os códigos italianos de Zanardelli e Rocco, segue o sistema da equiparação, que equipara ou assimila à violência a falta de consentimento válido ou impossibilidade de resistência.<sup>20</sup>

Em oposição à teoria da equiparação e da presunção de violência, Carrara afirma haver uma diferença moral entre o malefício praticado quando o agente vence uma resistência e quando ilude a pessoa inexperta ou débil mental, e argumentava com o furto, indagando: “Porque não se diz que o furto praticado sobre menor ou demente é furto violento? Sustentava, ainda, que deveria reconhecer – se não a violência carnal presumida, mas, sim, a sedução presumida, por ser crime menos grave.”<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> “Não sendo a vítima maior de certa idade para que se lhe reconheça válido o consentimento costuma-se falar em *violência presumida*. A construção de semelhante ficção jurídica no campo dos crimes sexuais deve-se aos práticos.” (MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 30).

<sup>17</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - parte especial: arts. 213 a 359 CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 41.

<sup>18</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: arts. 197 a 249*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 234.

<sup>19</sup> Idem, p. 234-5.

<sup>20</sup> Idem, p. 235.

<sup>21</sup> “Por esto, si el incapaz para consentir debe considerarse como renuente, pues *qui velle non potuit noluit* [el que no puede querer no quiere]; si el causarle prejuicio a una persona demente o impúber debe tenerse como un acto acompañado de violencia inductiva, y si esta violencia inductiva equivale, en cuanto a sus efectos jurídicos, a la *violencia verdadera*, yo pregunto: ¿ por qué no se castiga como reo de *hurto con violencia* al que le roba una joya a una niña o a una demente, aunque estas, por falta

### 1.2.1 A presunção de violência no Direito Penal Brasileiro

No Brasil, durante o período colonial, era válida a legislação portuguesa, sendo que foram registradas como leis nacionais as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603). Estas, não faziam menção alguma quanto à presunção de violência, além do fato de que, nesse período, o Direito aplicado era ainda, em grande parte, supletivamente baseado nos usos e costumes e nos ditames dos glosadores (Acúrcio) e comentadores (Bartolo).

Posteriormente, no período imperial, diante da proclamação da independência do Brasil, surgiu a primeira Constituição brasileira, a qual previa a elaboração de um Código Criminal fundado nos preceitos constitucionais da justiça e da equidade. Assim, em 1830, surge o primeiro Código Criminal que teve como base os códigos da França (1810), Áustria (1803), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820), e Espanha (1822)<sup>22</sup>. No que tange à presunção de violência, nada refere o primeiro código penal brasileiro.

Em 1889, é proclamada a República e a abolição da escravatura, em 1888, traz a necessidade de reelaboração do Código Penal, surgindo, assim, o Código Penal Republicano em 1890. Foi em seu artigo 272 que surgiu primeiramente a presunção de violência nos crimes sexuais, que se aplicava aos atos sexuais praticados com menores de 16 anos.<sup>23</sup>

---

de razón, no se le resistan? Yo quería que los defensores de la equiparación respondiesen a esta pregunta. Y además, ¿por qué el hurto recibe de la violencia una calificante tan grave? ¿Y por qué el estupro es tan gravemente calificado por ella? Evidentemente, porque en la violencia empleada como *medio* para llegar a un fin, sea de liviandad o de avidez, se manifiesta la violación de un derecho precioso, como los es el de la libertad individual.” CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Parte especial. Colômbia: Temis, 1986. v. II, n.º 4., p. 206.

<sup>22</sup> DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 144.

<sup>23</sup> “O Código Penal de 90 não se referia, quer no texto em que incriminava o estupro ou o atentado violento ao pudor, quer como hipótese de violência presumida, ao abuso de mulher demente”. Na companhia de Crisólito de Gusmão, Hungria contraria a aplicação analógica do artigo 269 do antigo

O Código Penal de 1890 colocava a matéria da presunção de violência, da seguinte maneira:

Art. 272. Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos.<sup>24</sup>

Um ano após o surgimento da Constituição de 1937, Alcântara Machado elaborou o anteprojeto do novo Código Penal, o qual foi submetido a uma comissão revisora integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra; tendo sido aprovado e publicado em 31 de dezembro de 1940.<sup>25</sup>

A presunção de violência estava prevista no anteprojeto de Alcântara Machado no artigo 293, nos seguintes termos:

Presumir-se-á a violencia, não se admitindo prova em contrario, quando a vítima de qualquer dos crimes definidos nos dois capítulos precedentes: I – fôr menor de 16 anos; II – tiver mais de 16 e menos de 18 anos, e fôr descendente ou tutelada do agente ou estiver sujeita á autoridade, guarda, cuidado ou vigilância dele, por motivo de educação, tratamento, emprego ou custódia; III – encontra-se em estado de alienação mental, ou de inconsciencia, ou de inferioridade física ou psíquica, provocado ou não pelo agente, que lhe impossibilite ou enfraqueça a resistencia. § único – Não haverá, todavia, presunção absoluta de violencia; I – nos casos dos numeros I e II do § 1.º, se a vítima fôr mulher pública; II – no caso do n.º III, se o agente não conhecer, nem tiver motivo para conhecer o estado da vítima.<sup>26</sup>

---

Código a esse caso: Ao emprego de violência equipara a lei a prévia redução da vítima ao estado de inconsciência, por meio de hipnotização, ministração de anestésicos, narcóticos, etc”. “Trata-se, na verdade, em tais casos, de violência efetiva, pois o agente, não tendo provocado o estado de inconsciência da vítima, dela se aproveite? Perante a nossa lei, que não previu especialmente a hipótese, deixará de haver crime”. (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249, p. 236).

<sup>24</sup> PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 303.

<sup>25</sup> DOTTE, René Ariel. *Reforma penal brasileira*, p. 158-61.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938, p. 229-30.

O Código Penal de 1940, vigente até os dias atuais, em seu artigo 224, dispõe sobre presunção de violência da seguinte forma:

Art. 224. Presume-se 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.<sup>27</sup>

Magalhães Noronha, comentando a ficção jurídica do legislador, diz que a razão da presunção legal “origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexistente ou é por demais precária”.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 430.

<sup>28</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3, p. 214.

No item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal<sup>29</sup>, com efeito, ficou proclamado que com a redução do limite de idade de dezesseis para quatorze anos, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. Isso porque, na época da edição do Código Penal, seria uma hipocrisia negar que uma pessoa de quatorze anos completos já tenha uma noção teórica bastante exata da vida sexual e dos riscos inerentes a ela. Sendo fundamento da presunção de violência a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que se pode dar valor algum ao seu consentimento, pertinente, no entendimento do intérprete na Exposição de Motivos, a redução do limite etário nos casos de violência ficta.

Por derradeiro, o Anteprojeto de Reforma do Código Penal exclui a presunção de violência, criando o tipo penal de violação de menor ou incapaz:

Violação de menor ou incapaz:

---

<sup>29</sup> “Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância; c) acha-se em estado de inconsciência (provocado ou não pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para o efeito da presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a ‘innocentia consilii’ do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (catorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e ‘ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio’. Por outro lado, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou a incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc. (ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimento)”.

Art. 163. Praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos de idade, ou pessoa alienada ou débil mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência.

Pena: Reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.<sup>30</sup>

Dessa forma, na evolução legislativa, a solução perfilhada pelo Anteprojeto de Reforma do atual Código Penal, de um lado, retira a presunção de violência, todavia, não resolve o problema da existência de uma proibição ao início da vida sexual antes de uma idade determinada, conforme trataremos no momento da crítica a essa proibição.

### **1.3 O BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELA APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO**

No modelo de repressão criminal vigente, o bem jurídico protegido nos crimes contra a liberdade sexual é a livre disponibilidade do próprio corpo em matéria sexual, sendo que, além da tutela legal a um bem pessoal, existe ainda a ofensa à moral pública sexual. Assim, em se tratando de violência presumida, o ofendido que não é maior de quatorze anos não pode consentir em matéria sexual e, se o faz, tal consentimento carece de validade.

Nesse sentido, o fundamento da presunção de violência é *innocentia consilli* do ofendido. Tomou o legislador como base a completa insciência dos fatos sexuais, a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência

do menor, tido como incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e, assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente, tendo em vista não poder ele ignorar ser o menor protegido no pudor e nos costumes e que, pela própria impossibilidade de eficazmente se defender, a ação criminosa contra ele avulta no caráter anti-social e abjeção.<sup>31</sup>

De outro modo, Nelson Hungria, apoiando-se na lição de Manzini<sup>32</sup>, o qual entende que não se deve falar em presunção de violência, pois o que ocorre é que a lei impõe um dever absoluto de abstenção de relações sexuais com certas pessoas (impúberes, dementes), que ela particularmente protege, considerando-as carnalmente invioláveis, ainda quando consencientes<sup>33</sup>.

No que concerne à violência, nas hipóteses de presunção elencadas no artigo 224 do Código Penal:

[...] não existe concretamente violência real, natural, seja na forma de 'vis corpori illata' (violência física), seja na modalidade 'vis animo illata' (violência moral ou grave ameaça).<sup>34</sup> Violência, define Nelson Hungria, "é a 'necessitas imposita contraria voluntati', a coação exercida para vencer uma oposição ou resistência<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> ANTEPROJETO do Código Penal. *Diário Oficial da União* – I de 25 mar. 1998.

<sup>31</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981. v. 3., p. 218-9.

<sup>32</sup> Il vero criterio della legge, limpido e positivo, è questo: essa impone ad ognuno, o a determinate persone, un dovere assoluto di astensione dal congiungimento carnale com quelle persone che essa particolarmente tutela, e che implicitamente ritiene carnalmente inviolabili anche se consenzienti". (MANZINI, Vincenzo. *Diritto penale italiano*. Milano, Torino: Fratelli Bocco Editori, 1915. v. VI, p. 544.)

<sup>33</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249, p. 233-4.

<sup>34</sup> GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.

<sup>35</sup> HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 233.

A resistência, conforme João Mestieri, é a dinamização da vontade da vítima<sup>36</sup>, e constitui requisito típico de todos os crimes sexuais violentos que atentam contra o bem jurídico liberdade sexual.

Surge a dificuldade, do ponto de vista da tipicidade da conduta, quando a vítima não tem capacidade de oferecer resistência. Pois uma coisa é empregar a violência ou a grave ameaça para aniquilar a resistência da vítima, o que caracteriza a agressão sexual (onde há dissenso expresso, claro e inequívoco da vítima), outra bem diferente é abusar da impossibilidade de resistência (por causa da idade, de debilidade mental duradoura ou passageira, estado de inconsciência, etc.), o que caracteriza o abuso sexual. Assim, para assegurar a tipicidade penal dessa última conduta é que foi imaginada a presunção de violência do artigo 224 do Código Penal.<sup>37</sup>

### 1.3.1 Presunção absoluta ou relativa?

A fixação de determinado limite para a presunção de violência não tem sido aceita unanimemente pelos juristas. Argumenta-se que se fixando uma idade certa para a presunção, nem sempre esse limite estará de acordo com o desenvolvimento do indivíduo que varia de pessoa para pessoa, consoante os fatores étnicos, mesológicos, etc.<sup>38</sup> Se a vítima é maior de 14 anos, e vem a ratificar o que se

---

<sup>36</sup> MESTIERI, João. *Do delito de estupro*, p. 84.

<sup>37</sup> GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*, p. 18.

<sup>38</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, p. 218.

passou durante o seu estado de inconsciência, não subsiste a presunção de violência.<sup>39</sup>

Em uma interpretação do artigo 272 do Código Penal de 1890 - que na época previa a *innocentia consilii* dos menores de 16 anos - a doutrina brasileira, em sua ampla maioria, inclinava-se por reconhecer, no caso, a presunção absoluta, podendo ser citados, dentre outros defensores desse entendimento, Chrysolito de Gusmão<sup>40</sup>, Viveiros de Castro<sup>41</sup>, Galdino Siqueira<sup>42</sup>, Nelson Hungria<sup>43</sup>, Magalhães Noronha<sup>44</sup> e Macedo Soares.<sup>45</sup>

<sup>39</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249, p. 245.

<sup>40</sup> “A única hipótese chamada *violência presumida* prevista pelo nosso legislador, ou *violência indutiva*, como alguns a denominam, *stuprum nec voluntarium, nec violentum*, é o de menor de 16 anos vítima de conjunção carnal, caso em que sempre se presume, *jure et jure* que o ato carnal foi praticado com violência, quer seja a menor honesta e haja ou não sido a conjunção carnal consensual, e seja virgem ou não.” (GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954, p. 127.)

<sup>41</sup> “A lei supõe que até essa idade a mulher não tem bem nitida a compreensão do acto que affecta tão profundamente a sua honra e o seu futuro. E’ uma presunção legal, não admite demonstração em contrario. Provado pela certidão de idade ou documento juridico que a substitua ser a offendida menor de 16 annos, o crime é estupro e não defloramento. Pouco importa qualquer allegação em contrario. Prove o réo que a offendida consentio, mesmo foi por ella solicitado, que em vez de seductor foi seduzido. O crime é estupro. A menor de 16 annos, é considerada incapaz e inconsciente, nullo, portanto o seu assentimento. Prove ainda o réo que a menor tinha uma intelligencia perspicaz e viva, sabia perfeitamente o que fazia; *virgo et intacta* physicamente estava moralmente pervertida, conhecia theoreticamente todos os segredos da voluptuosidade, semelhante a uma dessas *demi-vierges* que Marcel Prevost descreveu em seu celebre romance. O crime não muda de natureza, é estupro, a innocencia e a pureza da virgem são dogmas legaes.” (CASTRO, Viveiros de. *Os delictos contra a honra da mulher*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936, p. 111).

<sup>42</sup> “Se se tratar de prostituta menor de 14 anos, a configuração do estupro por violência presumida, resultante da idade (art.224), não tem cabida, embora em contrario pensem eminentes criminalistas. Entre estes estão CARVALHO DURÃO, BENI DE CARVALHO e outros, entendendo que o preceito do art. 272 do anterior código, repetido no art. 224 do atual, é geral. Opinamos em sentido contrario, porque se a razão da presunção, contida nesses dispositivos assenta em que, pela idade não amadurecida, a menina não pode avaliar a gravidade dos atos atentatórios do pudor, necessário sendo, portanto, pô-la sob a proteção da lei, essa presunção encontra um limite evidente no fato da prostituição encontra um limite evidente no fato da prostituição plenamente exercida, desaparecido o objeto da presunção.” (SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: José Konfino, 1947. t. III., p. 259).

<sup>43</sup> “A *Exposição de motivos* do ministro CAMPOS, acentuando a inovação que o art. 223 importaria, em cotejo com o Código de 90, assim se exprime: “Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz para o efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de 16 anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção

No entanto, no início da vigência do Código Penal de 1940, passou-se a entender que a presunção de violência possui caráter relativo, sendo que argumentou Nelson Hungria que a melhor prova da alteração foi a supressão, por parte da Comissão Revisora do Projeto Alcântara Machado, da expressão "não se admitindo prova em contrário" inserta na referida norma. Entendeu-se, assim, que se o legislador adotou a presunção relativa nas hipóteses inseridas nas alíneas b e c, não seria de boa técnica não admitir esse entendimento também em relação à alínea a.<sup>46</sup>

Segundo a lição de Paulo do José da Costa Júnior, a presunção de violência elencada no art. 224 do CP não é absoluta, admite, assim, prova em contrário. Dessa forma, não configura crime se a menor "mostrar-se experiente na prática sexual, já houver praticado relações com outros indivíduos, for despudorada e sem

---

legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre, se se presta à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibieadem dispositio*. Por outro lado, se a *incapacidade de consentimento* faz presumir a violência, com maioria e razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua *incapacidade de resistência*, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidade, grande debilidade orgânica, paralisia, etc.) ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos)" (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249, p. 235-6).

<sup>44</sup> "Assentemos, em primeiro lugar, que, pelo Código, o ato praticado contra menor de 14 anos *presume-se violento*". (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, p. 225).

<sup>45</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. III., p. 269.

<sup>46</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: arts. 197 a 249, p. 237-8.

moral, corrompida, ou apresentar péssimo comportamento”. A presunção sempre será relativa, admitindo prova em contrário.<sup>47</sup>

Além disso, outro argumento de suma importância é o fato de que a realidade social sofreu grandes mutações no que tange ao sexo que, deixando de ser tabu, passou a ser discutido com frequência em diversos lugares em que a criança e o adolescente se encontram inseridos, sendo que não se pode mais afirmar que uma pessoa menor de quatorze anos seja insciente sobre as coisas do sexo.<sup>48</sup>

A primeira vez que a Suprema Corte brasileira considerou a presunção de violência relativa foi no julgamento do *Habeas Corpus* 73.662-9/MG, cujo relator Ministro Marco Aurélio, em seu voto deixou consignado que:

[...] Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. [...]<sup>49</sup>

Na mesma linha, Márcio Bártoli assinalou:

É mais do que evidente que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à

---

<sup>47</sup> COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 759-60.

<sup>48</sup> PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, p. 270.

<sup>49</sup> STF, 28 Turma, HC 73.662-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21.05.1996, *DJU* 20.09.1996.

adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser tema preconceituoso e até 'imoral' de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque: na família, onde é discutido livremente, até por questão de sobrevivência, em virtude do surgimento e disseminação de moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o 'status' de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto quase que corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas até com menos de 14 anos de idade uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a 'rechaçar' as propostas e agressões que nessa área se produzem e uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.<sup>50</sup>

O estabelecimento de um critério etário para a autodeterminação sexual afronta a lógica e o bom senso, já que a partir de uma idade legalmente fixada esta pode livremente decidir sobre sua vida sexual, mas se encontra proibida de fazê-lo às vésperas de tal fator temporal.<sup>51</sup>

Maria Lúcia Karam adverte, ainda, que a presunção de violência acaba por funcionar como circunstância inibidora da sexualidade daqueles que supostamente a norma diz proteger. Afirma, também, que a intervenção do sistema penal deve ser limitada à finalidade de proteção da pessoa, de forma a "garantir a cada indivíduo o livre exercício de sua sexualidade, o que, naturalmente, não se compatibiliza com a proibição de se manterem espontâneas e consensuais relações sexuais com pessoas menores de quatorze anos".<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> BÁRTOLI, Márcio. "A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência". In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, 1992, p. 412.

<sup>51</sup> BÁRTOLI, Márcio. "A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência". In: *Revista dos Tribunais*, p. 411.

<sup>52</sup> KARAM, Maria Lúcia. "Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente". In: *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 2, 2. sem. 1996, p. 282.

O precoce amadurecimento dos mais jovens com relação à sexualidade, adequado ou não, existe e há de ser respeitado, do mesmo modo que se devem respeitar quaisquer opções diferentes que nasçam da evolução dos costumes.<sup>53</sup>

#### 1.4 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO DIREITO COMPARADO

Comparativamente à legislação brasileira, muitos países juridicamente avançados possuem regras similares no que tange à presunção de violência nos crimes sexuais.

O Código Penal Argentino, em seu artigo 119, instituiu o delito de violação, dispondo que:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los casos siguientes:

- 1 – Cuando la víctima fuere menor de doce años;
- 2 – Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa, no pudiere resistir;
- 3 – Cuando se usare de fuerza o intimidación.<sup>54</sup>

A materialidade do delito de violação está no acesso carnal com pessoa de um ou outro sexo, contra a vontade dos mesmos, mediante violência. Assim, enumera a lei argentina circunstâncias que indicam, real ou presumidamente, a ausência de vontade do sujeito passivo com relação ao acesso carnal.

---

<sup>53</sup> Idem, p. 284.

## Segundo Eusebio Gómez:

La violencia, como atributo esencial de la violación, es presumida por la ley cuando el sujeto pasivo tiene menos de doce años, lo mismo que cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiese resistir.<sup>55</sup>

O autor destaca, ainda, a falta de consentimento válido do sujeito passivo nas situações em que se presume a violência, alegando a inexistência de desenvolvimento mental necessário para que seja proferido tal consentimento.

No que diz respeito ao sujeito ativo, afirma ser necessário o conhecimento quanto às circunstâncias em que a presunção legal se funda, uma vez que sua ausência acarretaria na inexistência do elemento subjetivo da violação. Assim, tendo como exemplo um caso de acesso carnal onde existe erro quanto à idade da vítima, excluída está a presunção de violência e, conseqüentemente, o dolo próprio do delito de violação, porém, persiste o dolo referente ao delito de estupro.<sup>56</sup>

Gómez menciona a divergência existente no entendimento doutrinário no tocante ao limite de idade, salientando a existência de uma corrente fundada na teoria de que "no obstante la fijación del limite expresado, debería librarse al arbitrio judicial la potestad de establecer, en cada caso, si las condiciones de la victima autorizan, o no, la presunción de violencia"<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1940. v. III., p. 75.

<sup>55</sup> Idem, p. 89.

<sup>56</sup> GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*, p. 89.

<sup>57</sup> Idem, p. 91.

Em oposição a esta teoria, defende o autor que las leyes no pueden formular sus previsiones en mira de los casos excepcionales; y lo son de una excesiva precocidad sexual".<sup>58</sup>

Existe uma grande tendência quanto à extensão do limite de idade da vítima para o fim de estabelecer a presunção de violência. O projeto argentino de 1937 fixa esse limite aos quatorze anos de idade, e em dezesseis quando o autor do delito for ascendente, tutor, curador, ou pessoa a quem o menor tiver sido confiado para sua educação ou instrução profissional, para sua custódia ou para qualquer trabalho a ser realizado sob sua autoridade ou dependência.<sup>59</sup>

O Código Penal Espanhol<sup>60</sup>, em seus artigos 178, 179 e 180 estabelece os delitos sexuais violentos da seguinte forma:

Art. 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Art. 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

---

<sup>58</sup> Idem, p. 92.

<sup>59</sup> GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*, p. 92.

<sup>60</sup> OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales; MUÑIZ, José Manuel Valle, *Comentarios al nuevo Código Penal*. 2 ed. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 878-887.

## Art. 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.<sup>a</sup> Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.<sup>a</sup> Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4.<sup>a</sup> Cuando, para la ejecución Del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.<sup>a</sup> Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

Este caso constitui para o direito espanhol a violação real, que, conforme

Carrara:

[...] se concreta en el concurso de dos voluntades en guerra. Por ello es característico de este delito no sólo el empleo de la "vis physica" o de la "vis

moralis", sino una resistencia seria y mantenida por parte de la víctima durante el curso de la acción violenta.<sup>61</sup>

De outra forma, os atos sexuais praticados sem violência ou intimidação praticados contra menores, a partir da reforma do diploma penal espanhol, em vigor a partir de 23.11.1995, foram considerados como delito de abuso sexual, conforme se pode notar no artigo 181 do Código Penal Espanhol:

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaleándose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

No Direito Penal Italiano, apesar de não haver a utilização da presunção, existe um tipo penal estabelecendo a proibição de que se pratiquem atos sexuais

---

<sup>61</sup> RODRIQUEZ DEVESA, Jose Maria Rodriguez. *Derecho penal español* - parte especial, p. 179

nos casos em que o sujeito passivo seja menor de quatorze anos; quando for menor de dezesseis anos e existir uma relação de afinidade com o sujeito ativo ou, ainda, quando a vítima for doente mental ou não tiver capacidade de resistir:

#### 609 bis Violenza sessuale

Chiunque con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito com la reclusione da cinque a dieci anni.

Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali:

1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto;

2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

#### 609 ter Circostanze aggravanti

La pena è della reclusione da sei a dodici anni se i fatti di cui all'articolo 609 bis sono commessi:

1) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni quattordici;

2) com l'uso di armi o di sostanze alcoliche narcotiche o stupefacenti o di altri strumenti o sostanze gravemente lesivi della salute della persona offesa;

3) da persona travisata o che simuli la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio;

4) su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà personale;

5) nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni sedici della quale il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore.

La pena è della reclusione da sette a quattordici anni se il fatto è commesso nei confronti di persona che non ha compiuto gli anni dieci.

#### 609 quater Tai sessuali con minorenne

Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609 bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie tai sessuali con persona che, al momento del fatto:

1) non ha compiuto gli anni quattordici;

2) non ha compiuto gli anni sedici, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore anche adottivo, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza.

Ainda, o Código Penal Italiano prevê uma excludente de punibilidade no caso de a vítima já ter completado treze anos, quando a diferença de idade entre o sujeito ativo e a vítima não for superior a três anos, conforme se vê:

Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609 bis compie tai sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni.<sup>62</sup>

O Novo Código Penal Português, aprovado pelo DL 48/95, em seu artigo 172 traz o crime de Abuso sexual de crianças e no artigo 173, o abuso sexual de adolescentes e dependentes:

#### Art. 172

1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo consigo ou com outra pessoa, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

<sup>62</sup> CRESPI, Alberto; STELLA, Frederico; ZUCALIA, Giuseppe. *Comentario breve al Codice Penale*. Padova: CEDAM, 1986, p. 860.

2. Se o agente tiver cópula ou coito anal com menor de 14 anos é punido com pena de prisão de 3 a 10 anos.

3. Quem:

a) Praticar acto de carácter exibicionista perante menor de 14 anos;  
ou

b) Actuar sobre menor de 14 anos, por meio de conversa obscena ou de escrito, espetáculo ou objecto pornográficos;

c) Utilizar menor de 14 anos em fotografia, filme ou gravação pornográficos; ou

d) Exibir ou ceder a qualquer título, ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior; é punido com pena de prisão até 3 anos.

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

#### Art. 173

1. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos nos números 1 ou 2 do artigo 172, relativamente a menor entre 14 e 18 anos que lhe tenha sido confiado para educação ou assistência, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Quem praticar acto descrito nas alíneas do número 3 do artigo 172, relativamente a menor compreendido no número anterior deste artigo e nas condições aí descritas, é punido com pena de prisão até 1 ano.

3. Quem praticar ou levar a praticar os actos descritos no número anterior com intenção lucrativa é punido com pena de prisão até 3 anos.

Até os quatorze anos, os menores gozam de uma proteção absoluta no que concerne ao seu crescimento e desenvolvimento sexuais. A lei protege-os inclusive

deles próprios, considerando irrelevante o eventual consentimento que prestem para a prática de atos sexuais.<sup>63</sup>

Conforme Sénio Manuel dos Reis Alves,

A partir dos 14 anos, a protecção, ainda visível e actuante, é relativa: admitindo a relevância do consentimento do menor para a prática de actos sexuais, a lei procura rodeá-lo de garantias suficientes em ordem a assegurar a inteira liberdade, esclarecimento e seriedade na formação de sua vontade.<sup>64</sup>

Com relação ao incapaz de resistir, o Direito Penal Português estipulou o crime de abuso sexual de pessoa incapaz de resistência:

Art. 165

1. Quem praticar ato sexual de relevo com pessoa inconsciente ou incapaz, por outro motivo, de opor resistência, aproveitando-se do seu estado ou incapacidade, é punido com pena de prisão de 6 meses a 8 anos.

2. Quem, nos termos previstos no número anterior, praticar com outra pessoa cópula ou coito anal é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.<sup>65</sup>

O Código Penal Uruguaio, em seu artigo 272, traz o crime de violação e, juntamente, a presunção de violência ao menor de quinze anos:

Art. 272 – Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, com violencias o amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse.

---

<sup>63</sup> ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais*: notas e comentários aos artigos 163 a 179 do Código Penal. Coimbra: Almedina, 1995, p. 84.

<sup>64</sup> Idem, ibidem.

<sup>65</sup> Idem, p. 39.

La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa:

1. Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos.
2. Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad;
3. Con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia;
4. Con fraude, sustituyéndose el culpable a otra persona. Este delito se castiga, según los casos, con penitenciaría de dos a doce años.

[...] <sup>66</sup>

De modo semelhante, legislações de outros países também adotam o mesmo critério com relação a presunção de violência. Assim, o Código do Peru, França, China, Suíça, Polônia, dentre outros.

Contrariamente, sistemas penais como o soviético (art. 151), calcado na madurez sexual, e o mexicano (arts. 262 e 266), que apresenta majorantes ou equiparações fictas assemelhadas, não seguem a regra da presunção de violência.

Art. 151 – El comercio carnal con persona que todavía no aya alcanzado la madurez sexual, cuando tuviere lugar su desfloración o cuando el instinto sexual se satisficere en forma anormal, sera sancionado con privación de libertad hasta ocho años.

El comercio carnal com persona que no haya alcanzado aún 1a madurez sexual, cuando no concurrieren las circunstancias agravantes

---

<sup>66</sup> URUGUAI. *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*. Anotado y concordado por Adela Rita e Ofelia Grezzi. 2. ed. actualizada. [s.l.]: FCU, 1986, p. 116.

antes mencionadas, será sancionado com privación de libertad hasta tres años.<sup>67</sup>

Art. 262 – Al que tenga cópula con mujer menor de dieciocho años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o engaño, se le aplicará de un mês a tres años de prisión y multa de cincuenta a quinientos pesos.

Art. Se equipara a la violación y se sancionará com las mismas penas, la cópula con persona menor de doce años o que por cualquier causa no esté en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa.<sup>68</sup>

De todo o exposto, tem-se claro que a presunção de violência segue um parâmetro preestabelecido, qual seja o limite etário, o que resulta na tentativa de proteção da liberdade sexual dos indivíduos que não alcançaram a idade determinada em lei para o início da sua vida sexual.

---

<sup>67</sup> ASUA, Luis Jimenez. *Derecho penal soviético*. Buenos Aires: TEA Tipografía Argentina, 1947, p. 251.

<sup>68</sup> LA VEJA, Francisco González de. *El Código Penal comentado*. 3. ed. México: Editorial Parrua, 1976, p. 331-4.

## 2 A CULTURA E O AMADURECIMENTO SEXUAL

### 2.1 O SURGIMENTO DA ADOLESCÊNCIA

Em um primeiro momento, incursionaremos na sociedade medieval, buscando o surgimento histórico das noções de infância e de adolescência, com o movimento de moralização religiosa da sociedade, baseado no cristianismo.

Como se pode notar, com base no estudo de Philippe Ariès<sup>69</sup>, não havia, até o século XVIII, qualquer distinção entre infância e adolescência, uma vez que não representava mudança alguma esta diferenciação. Na sociedade medieval, não se relacionava o amadurecimento a fatores biológicos<sup>70</sup>, a criança era definida pela sua dependência em relação ao adulto e, no momento em que ela adquirisse um mínimo de autonomia, já passava a participar da vida adulta. A adolescência, vista como a fase de transição entre a infância e a idade adulta, portanto era um período do desenvolvimento pelo qual não passavam as crianças medievais, não se efetivando a distinção entre crianças maiores ou menores<sup>71</sup>.

A fase da adolescência, conforme definida hodiernamente, era suprimida na sociedade medieval. As crianças, ao adquirirem certa independência, uma vez

---

<sup>69</sup> ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Jurídicos Editora S.A., 1981, p. 41.

<sup>70</sup> Idem, p. 42.

<sup>71</sup> Conforme salienta o autor francês não havia sequer palavras na Língua Francesa para distinguir as crianças maiores das menores; problema também identificado no Inglês, no qual a palavra baby se aplicava também às crianças grandes. In: Idem, p. 44.

desmamadas – o que ocorria por volta dos três anos<sup>72</sup> – já sabiam andar e falar, começando, então, a participar da vida adulta.

Do mesmo modo, a criança não tinha um papel importante na sociedade, essa pouca importância dada às crianças, de certa forma, se relacionava com a alta taxa de mortalidade infantil que existia no período medieval. Diante desse fato, não havia apego algum a crianças, haja vista a grande probabilidade de falecerem pouco tempo depois do nascimento. Até mesmo a personalidade de uma criança era negada<sup>73</sup>, tendo sido reconhecida, apenas, a partir do século XVII, em decorrência do fortalecimento do sentimento religioso cristão, que passou a influenciar fortemente os costumes – uma vez que os índices de mortalidade infantil não sofreram mudança significativa –. O reconhecimento da criança se deu muito mais porque o cristianismo lhe atribuía uma alma, do que pela sua própria importância na vida social.<sup>74</sup>

Ainda assim, da forma como se apresentava a composição social medieval, não havia espaço para a consideração da infância, uma vez que não havia separação entre adultos e crianças. A criança medieval participava de todas as atividades dos adultos, inclusive dos jogos e brincadeiras, não havendo qualquer pudor em relação a sua presença, nem mesmo quanto às atividades relacionadas à sexualidade.

---

<sup>72</sup> Isso se evidencia, conforme o autor supracitado, uma vez que *a Julieta de Shakespeare ainda era alimentada ao seio aos três anos de idade*. ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*, p. 52.

<sup>73</sup> Não se pensava como normalmente acreditamos hoje, que a criança já contivesse a personalidade de um homem. *Elas morriam em grande número*. Idem, p. 57.

<sup>74</sup> Idem, p. 61.

A partir da sexualidade, tema que mais se relaciona com este trabalho, o que se evidencia na Idade Média é a total liberdade com que é tratado este assunto, uma vez que as crianças conviviam com os adultos em seus jogos e brincadeiras, que incluíam, também, o sexo. A inclusão das crianças nas brincadeiras sexuais dos adultos estava arraigada no costume da época e não causava qualquer repulsa no meio social<sup>75</sup>.

Os contatos físicos e as brincadeiras de índole sexual só eram proibidos quando a criança atingisse a puberdade – o que se dava por volta dos sete anos<sup>76</sup> –, *ou seja, praticamente, o mundo dos adultos*<sup>77</sup>. Havia, no mundo medieval, uma crença de que a criança, antes da puberdade, não fosse capaz de ter qualquer noção a respeito da sexualidade e, por isso, não se influenciaria com as brincadeiras e alusões à sexualidade e, também, uma vez que não se acreditava na existência da inocência infantil, não se acreditava que os recorrentes temas sexuais pudessem gerar qualquer mácula no desenvolvimento da criança.<sup>78</sup>

Esse comportamento licencioso entre adultos e crianças só mudaria muito tempo depois, no período entre os séculos XVIII e XIX<sup>79</sup>, com a reforma moral

---

<sup>75</sup> ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*, p. 128.

<sup>76</sup> Idem, p. 127.

<sup>77</sup> Idem, p. 131-2.

<sup>78</sup> Idem, p. 132.

<sup>79</sup> “Na sexualidade da infância elabora-se a idéia de um sexo que está presente (em razão da anatomia) e ausente (do ponto de vista da fisiologia), presente também caso se considere sua atividade e deficiente se nos referimos à sua finalidade reprodutora; ou, ainda, atual em suas manifestações mas escondido em seus efeitos, que só aparecerão em sua gravidade patológica mais tarde; e no adulto, se o sexo da criança ainda estiver presente, será sob a forma de uma causalidade secreta que tende a anular o sexo adulto (foi um dos dogmas da medicina dos séculos XVIII e XIX, supor que a precocidade sexual provocaria mais tarde a esterilidade, a impotência, a frigidez, a incapacidade de sentir o prazer, a anestesia dos sentidos), sexualizando-se a infância, constituiu-se a idéia de um sexo marcado pelo jogo essencial da presença e da ausência, do oculto e do manifesto; a masturbação com os efeitos que lhe atribuem revelaria, de maneira privilegiada, este jogo da presença e da ausência, do manifesto e do oculto”. FOUCAULT, Michel. *Historia da sexualidade I: A vontade de saber*. Traduzido por Maria Theresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998, p.143-4.

implementada pela Igreja Católica<sup>80</sup> e, ao depois, pela incorporação dos valores morais pela sociedade leiga burguesa.

Ainda, somente por volta de 1900 é que se reconheceu a figura do adolescente moderno<sup>81</sup>, contudo o reconhecimento da juventude, que antes se limitava à literatura e à arte, se popularizou, após a Primeira Grande Guerra, como um sentimento pertencente aos ex-combatentes e se alastrou *empurrando a infância para trás e a velhice para a frente*<sup>82</sup>.

O que se pode notar, nos dias atuais, é que, apesar da assunção de responsabilidades pelos jovens, a maioria deles ainda continua dependendo dos pais, residindo na mesma casa, o que ocasiona um *prolongamento da juventude*<sup>83</sup>, principalmente nos integrantes da classe média.

---

<sup>80</sup> “É sem dúvida um traço comum a muitas sociedades que as regras de conduta sexual variem segundo a idade, o sexo, a condição dos indivíduos, e que obrigações e interdições não sejam impostas a todos da mesma maneira. Mas, para se ater ao caso da moral cristã, essa especificação se faz no quadro de um sistema global que define, de acordo com os princípios gerais, o valor do ato sexual, e indica sob que condições ele poderá ou não ser legítimo, sendo a pessoa casada ou não, ligada ou não por votos, etc.; trata-se aí de uma universidade modulada”. FOUCAULT, Michel. *Historia da sexualidade II: O uso dos prazeres*. 9. ed. Traduzido por Maria Theresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001, p. 57

<sup>81</sup> O primeiro adolescente moderno típico foi Siegfried de Wagner: a música de Siegfried pela primeira vez exprimiu a mistura de pureza (provisória), de força física, de naturismo, de espontaneidade e de alegria de viver que faria o adolescente o herói do nosso século XX, o século da adolescência. ARIËS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*, p. 47.

<sup>82</sup> Idem, ibidem.

<sup>83</sup> “A literatura sobre juventude salienta que mudanças ocorridas no cenário mundial a partir dos anos 70 tornaram a passagem à vida adulta bem mais complexa. Em contraste com gerações passadas, as transições à vida adulta (a autonomização familiar-residencial e a escolar-profissional) não acontecem sincronicamente. É possível mesmo a reversibilidade da autonomia, e o retardamento das conquistas juvenis na carreira profissional redundam em uma postergação de sua independência material e domiciliar em relação aos pais. HEILBORN, Maria Luiza e outros. “Aproximações socioantropológicas sobre a gravidez na adolescência”. In: *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, PPGAS, ano 8, n. 17, p. 13-45, 2002, p. 24.

No mesmo rumo, o reconhecimento do prolongamento da juventude na sociedade atual é explicitado por JAMES LESLIE MCCARY<sup>84</sup>, ao analisar o incremento das relações sexuais pré-matrimoniais:

Other changes in sexual attitudes have their basis in the protracted period of adolescence that shifts in the American social structure have imposed on its youth. The imposition of additional educational and vocational requirements has made necessary an extended adolescence, on the one hand, yet the age of a youngster's physical maturation comes considerably earlier than did in previous generations. Because of these two considerations, the period of social adolescence is now approximately twice as long as it was 100 years ago. During this prolonged period of youth, the two sexes begin to develop different attitudes toward premarital sexual activity.

De outra forma, o prolongamento da juventude não implica qualquer atraso, ou mesmo proibição das práticas sexuais, uma vez que a dependência material coexiste com a autonomia e liberdade em suas vidas privadas, o que se evidencia na maior tolerância parental diante do exercício da sexualidade tanto dos filhos quanto das filhas.<sup>85</sup>

Nesse contexto, fica evidente que o amadurecimento sexual é determinado, em grande medida, pela cultura dominante<sup>86</sup>. Nesse sentido as evidências trazidas

---

<sup>84</sup> MCCARY, James Leslie. *Human sexuality*. Physiological and psychological factors of sexual behavior. New York: D. Van Nostrand Company inc., 1967, p. 205.

<sup>85</sup> HEILBORN, Maria Luiza e outros. "Aproximações socioantropológicas sobre a gravidez na adolescência". In: *Horizontes antropológicos*, p. 26-7.

<sup>86</sup> "La historia de la vida del individuo es ante todo y sobre todo una acomodación a las normas y pautas tradicionalmente transmitidas en su comunidad. Desde el momento del nacimiento, las costumbres en medio de las cuales ha nacido, modelan su experiencia y su conducta. Desde el momento en que puede hablar, es la pequeña criatura de la cultura, y cuando ha crecido y se ha hecho capaz de participar en actividades de ella; sus hábitos son los de ella; sus creencias, las creencias de ella, y lo mismo ocurre con sus limitaciones". BENEDICT, Ruth. *El Hombre y la Cultura*. Investigación sobre los orígenes de la civilización contemporánea. Traducción de Leon Dujovne. Buenos Aires: Sudamericana, 1939, p. 17.

pelos estudos de MARGARET MEAD<sup>87</sup> confirmam a influência da sociedade e da cultura na determinação do amadurecimento sexual e, mais ainda, na determinação dos papéis que cada um dos representantes de ambos os gêneros desempenha no meio social.

No entanto, em algumas sociedades modernas, como é o caso da sociedade brasileira, a constituição da cultura se dá de forma menos limitada, com a influência de várias outras determinantes e valores diferentes, não existindo um padrão extremo de educação e de fixação de padrões culturais. Assim, a definição de MARGARET MEAD explica esse tipo de formação cultural:

Tais sociedades, que adotaram como modelos os tipos mais comuns e menos agudamente definidos, muitas vezes revelam também uma estrutura social padronizada de modo menos definido. A cultura de tais sociedades é comparável a uma casa cuja decoração não foi composta por um gosto preciso e definido, por uma ênfase exclusiva na dignidade ou

---

<sup>87</sup> *“Consideramos até agora, em pormenor as personalidades aprovadas de cada sexo, entre três grupos primitivos. Vimos que os Arapesh – homens e mulheres – exibiam uma personalidade que, fora de nossas preocupações historicamente limitadas, chamaríamos maternal em seus aspectos parentais e feminina em seus aspectos sexuais. Encontramos homens, assim como mulheres, treinados a ser cooperativos, não-agressivos, suscetíveis às necessidades e exigências alheias. Não achamos idéia de que o sexo fosse uma poderosa força motriz quer para os homens quer para as mulheres. Em acentuado contraste com tais atitudes, verificamos, em meio aos Mundugumor, que homens e mulheres se desenvolviam como indivíduos implacáveis, agressivos e positivamente sexuados, com um mínimo de aspectos carinhosos e maternais em sua personalidade. Homens e mulheres aproximavam-se bastante de um tipo de personalidade que, em nossa cultura, só iríamos encontrar num homem indisciplinado e extremamente violento. Nem os Arapesh nem os Mundugumor tiram proveito de um contraste entre os sexos; o ideal Arapesh é um homem dócil e suscetível; o ideal Mundugumor é o homem violento e agressivo, casado com uma mulher também violenta e agressiva. Na terceira tribo, os Tchambuli, deparamos verdadeira inversão das atitudes sexuais de nossa própria cultura, sendo a mulher o parceiro dirigente, dominador e impessoal, e o homem a pessoa menos responsável e emocionalmente dependente. Estas três situações sugerem, portanto, uma conclusão muito definida. Se reputamos femininas – tais como passividade, suscetibilidade e disposição para acalantar crianças – podem tão facilmente ser erigidas como padrão masculino numa tribo, e na outra ser prescritas para a maioria das mulheres, assim como para a maioria dos homens, não nos resta mais a menor base para considerar tais aspectos de comportamento como ligados ao sexo. E esta conclusão torna-se ainda mais forte quando observamos a verdadeira inversão entre os Tchambuli, da posição de dominância dos dois sexos, a despeito da existência de instituições patrilineares formais. O material sugere a possibilidade de afirmar que muitos, senão todos, traços de personalidade que chamamos de masculinos ou femininos apresentam-se ligeiramente vinculados ao sexo quanto às vestimentas, às maneiras de à forma do penteado que uma sociedade, em determinados períodos, atribui a um ou a outro sexo. MEAD, Margaret. Sexo e temperamento. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 267-8.*

conforto, na pretensão ou beleza, mas onde foi incluído um pouco de cada efeito.<sup>88</sup>

Nessa linha, não se recomenda uma padronização do amadurecimento sexual, que é impossível em termos biológicos – conforme se verá no capítulo seguinte – com base na cultura da sociedade, a qual não é uniforme, muito menos padronizada, principalmente em relação ao sexo.

## 2.2 O AMADURECIMENTO SEXUAL

### 2.2.1 Noções médicas do amadurecimento sexual

ERIK H. ERIKSON<sup>89</sup> descreve oito estágios de desenvolvimento do ego ao longo do ciclo da vida e, diferentemente de FREUD – que denomina os estágios de desenvolvimento psicosssexual do ego, cuja maioria dos estágios acontece na infância e na adolescência – esses estágios são psicossociais, destacando a importância das relações sociais no amadurecimento do ego, mais do que o próprio desenvolvimento biológico das capacidades neurofisiológicas para a excitação.

Assim, o desenvolvimento sexual ocorre ao longo da vida, contudo, a maneira e o momento em que cada estágio será alcançado, são determinados pela cultura, pelas circunstâncias concretas e pela personalidade<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> MEAD, Margaret. *Sexo e temperamento*, p. 272.

<sup>89</sup> Citado por KAPLAN, Harold I. & SADOCK, Benjamin J. (editors) *Comprehensive textbook of psychiatry*. 6. ed. USA, Baltimore: Williams & Wilkins, 1995, p. 481.

<sup>90</sup> Idem, ibidem.

Apesar do estabelecimento dos oito ciclos de desenvolvimento, a determinação de uma idade a partir da qual uma jovem poderá consentir na prática sexual é impossível e depende, em grande parte, da cultura na qual está inserida e do meio social em que foi criada. É o que se pode notar com a explicação de ERIKSON<sup>91</sup>, no sentido de que a preocupação com a imagem perante os outros, com os conceitos que os outros fazem sobre a sua pessoa, identificam a puberdade, bem como as vicissitudes da libido e as experiências vividas na sua vida em sociedade, essa fase se desenvolve, aproximadamente, entre os 13 e os 21 anos.

Na mesma linha, GORDON D. JENSEN<sup>92</sup> explica que o desenvolvimento sexual dos adolescentes é fortemente influenciado por circunstâncias no adolescente, na sua família, na sua sub-cultura e nos seus companheiros. Diante disso, os fatores básicos que determinam esse desenvolvimento são comportamento, conhecimento e atitudes, salientando, ainda, a intervenção da moralidade, a qual começa, geralmente, aos dez anos e, algumas vezes, se estende até os 30 anos.

A adolescência, pois, é um período que pode se alongar por vários anos, uma vez que depende de diversos fatores, bem como o início da vida sexual se submete a essa evolução, uma vez que esse é o período entre a puberdade<sup>93</sup> e a

---

<sup>91</sup> Citado por KAPLAN, Harold I. & SADOCK, Benjamin J. (editors) *Comprehensive textbook of psychiatry*, p. 483.

<sup>92</sup> JENSEN, Gordon D. "Adolescent Sexuality". In: SADOCK, Benjamin J.; KAPLAN, Harold I. & FREEDMAN, Alfred M. *The sexual experience*. Baltimore: The Williams & Wilkins Company, 1976, p. 142.

<sup>93</sup> "Las ideas habituales en torno de las cuales se edifican las instituciones de la pubertad de las muchachas y que no se extienden, desde luego, a los muchachos, son las que tienen que ver con la menstruación. La impureza de la mujer menstrual es una idea ampliamente difundida, y en no pocas regiones la primera menstruación se convierte en foco de todas las actitudes sociales. Los ritos de la pubertad en estos casos son de carácter totalmente distinto de los que hemos comentado. Entre los indios Acarreadotes, de la Columbia Británica, el temor y el horror de la pubertad de una muchacha llegaba a alto grado. Aquí, res o cuatro años de reclusión eran llamados "el entierro en vida" y la muchacha vivía en todo este tiempo sola, en la selva, en una choza de ramas, lejos de todo camino frecuentado. Era una amenaza para toda persona que recibiese de ella

maturidade física, é o período que separa a maturidade sexual da maturidade física, emocional e social para se comprometer com o desenvolvimento de uma nova geração<sup>94</sup>.

Mais uma vez se ressalta o caráter relativo do desenvolvimento sexual, uma vez que a duração do período de adolescência varia com a maturação sexual e sua duração é influenciada por fatores sócio-econômicos e culturais<sup>95</sup>. A cultura<sup>96</sup>, ou melhor, as proibições e conceitos sociais influenciam com grande força o início da prática dos atos sexuais, deixando em segundo plano as conquistas com a evolução biológica, uma vez que uma pessoa biologicamente pronta para a prática sexual, pode ser levada a evitar a conjunção carnal, por proibições culturais<sup>97</sup>.

---

*una mirada, y su simple paso profanada una senda o un río. Estaba cubierta con un gran pañuelo de cuero curtido que tapaba su cara y sus pechos y caía hasta el suelo. Sus brazos y piernas se hallaban envueltos con fajas fibrosas para protegerla del mal espíritu de que estaba llena. Estaba ella misma en peligro y era una fuente de peligro para cualquier otro. Las ceremonias de la pubertad de las muchachas construidas sobre ideas asociadas con la menstruación son fácilmente convertibles en algo que, en lo concerniente a la conducta del individuo, es absolutamente contrario. Siempre hay dos posibles aspectos en lo sagrado: puede ser una fuente de peligro o una fuente de bendición. En algunas tribus, las primeras menstruaciones de las muchachas son una potente bendición sobrenatural".* BENEDICT, Ruth. *El Hombre y la Cultura. Investigación sobre los orígenes de la civilización contemporánea*, p. 49-50.

<sup>94</sup> LIDZ, Theodore. *The person: his development throughout the life cycle*. New York: Basic Books, 1968, p. 299.

<sup>95</sup> *"The youth whose father is a laborer and who leaves school at sixteen to take a semiskilled job and marries at eighteen has a very brief adolescence. In contrast, the graduate student who is still undecided about his career at twenty-three and has another three or four years of study ahead of him may be considered an adolescent in some respects, for he is still unprepared to assume adult responsibilities at the high level for which he is preparing.* LIDZ, Theodore. *Op. cit.*, p. 299.

<sup>96</sup> *"Um outro cuidado teórico preliminar, que seria bom termos ao tratar deste assunto, é lembrar que a repressão sexual se diferencia bastante no tempo e no espaço, estando articulada às formas complexas de simbolização que diferentes culturas elaboram nas suas relações com a Natureza, o espaço, o tempo, as diferenças sexuais, nas relações interpessoais, com a vida e a morte, o sagrado e o profano, o visível e o invisível. Nenhuma cultura lida com o sexo como um fato natural bruto, mas já o vive e compreende simbolicamente, dando-lhe sentidos, valores, criando normas, interditos e permissões."* CHAUÍ, Marilena. *Repressão Sexual. Essa nossa (des)conhecida*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 22.

<sup>97</sup> *"It should probably be underlined at the outset of any discussion of this nature that significant changes in human mores, behavior, laws, and social institutions occur only gradually. Especially slow are changes in culturally acceptable sexual behavior, because the orientation and experiences of childhood place strong limitations on the frequency, form, and freedom of such behavior in adulthood. Cultural differences, as one might expect, produce as wide variety of attitudes toward sexual matters as they do in other areas of human interaction.* MCCARY, James Leslie. *Human sexuality. Physiological and psychological factors of sexual behavior*, p. 204.

Considerando-se, pois, esses conceitos da psiquiatria, qualquer tentativa de definição a respeito de uma idade a partir da qual seriam permitidas as práticas sexuais para os adolescentes, seria imprecisa, motivo pelo qual a presunção de violência nos delitos sexuais em que a vítima possui idade inferior a 14 anos não pode subsistir em sistemas penais baseados nos ditames garantistas.

Essa proibição é reflexo de uma sociedade ultrapassada que tentava impedir as jovens adolescentes de conhecerem as práticas sexuais antes do casamento, uma vez baseia-se na regra de que os filhos devem seguir o código moral dos pais, o qual não inclui, de forma alguma, o sexo antes do casamento<sup>98</sup>, especialmente em relação às mulheres, servindo a presunção de violência por motivo etário, como uma maneira de sociedade conservar as moças virgens para o casamento. A moralidade dos pais em relação aos seus filhos é um problema de educação, papel que não pode ser desenvolvido pelo Direito Penal.

Ocorre que, na sociedade brasileira atual não mais se configuram esses valores com relação à virgindade para o casamento, inexistindo no meio social qualquer repulsa ao fato de uma jovem casar já tendo experiências sexuais, ou seja, a sociedade já aboliu a discussão a respeito da virgindade, não havendo qualquer motivo para a reprovação do sexo em relação aos adolescentes.

Com base nisso, deve-se analisar a presunção de violência por motivo etário em relação a dois aspectos relevantes: a) a cultura tem um papel determinante no amadurecimento sexual e b) a cultura dominante na sociedade atual não exterioriza

qualquer nota de reprovabilidade em relação à idade em que as jovens ingressam no mundo das práticas sexuais<sup>99</sup>.

### 2.2.2 Uniformização do amadurecimento sexual

Na natureza o sexo é um comportamento natural, biológico, contudo, entre os humanos os temas referentes a esse assunto são tratados não de forma natural, como decorrência do desenvolvimento biológico, sofrendo, assim, o sexo, influência da cultura, da religião, da sociedade, onde várias instâncias do conhecimento se envolvem na regulação, estudo e até, no que respeita ao Direito Penal, na punição de determinados comportamentos sexuais.

Esse é o quadro mostrado por MARILENA CHAUI<sup>100</sup>:

As proibições e permissões são interiorizadas pela consciência individual, graças a inúmeros procedimentos sociais (como a educação, por exemplo) e também expulsas para longe da consciência, quando transgredidas porque, neste caso, trazem sentimentos de dor, sofrimento e culpa que desejamos esquecer ou ocultar.

---

<sup>98</sup> JENSEN, Gordon D. "Adolescent Sexuality". In: SADOCK, Benjamin J.; KAPLAN, Harold I. & FREEDMAN, Alfred M. *The sexual experience*, p. 142.

<sup>99</sup> No dizer de JENSEN, Gordon D. "Adolescent Sexuality". In: SADOCK, Benjamin J.; KAPLAN, Harold I. & FREEDMAN, Alfred M. *The sexual experience*, p. 145: "Some adolescents begin dating and become sexually active early, as young as 12 or 13 years of age. Because girls have a full 2-year advance on puberty over boys, they are likely to date boys a few years older than themselves. Sexual activity with intercourse as young as 12 years of age is often a symptom of maladjustment, particularly in the parent-child relationship, and unwanted pregnancy compounds the problems. However, contrary to popular belief, sexual behavior that includes intercourse can be adaptive, rather than pathological or pathogenic, provided the young adolescent girl accepts her sexuality and acts responsibly. It is possible for some to enjoy sexual intercourse at this age and to avoid getting into trouble, physically and psychologically. In accordance with the double standard of society, adults show little concern about the psychologically harmful effects of sexual intercourse on young adolescent boys.

<sup>100</sup> CHAUI, Marilena. *Repressão Sexual*. Essa nossa (des)conhecida, p. 10.

Temos, assim, um fenômeno curioso, qual seja, o de algo suposto ser meramente biológico e meramente natural (sexo) sofrer modificações quanto ao seu sentido, à sua função e a sua regulação ao ser deslocado do plano da Natureza para o da Sociedade, da Cultura e da História.

O momento determinante da passagem do sexo, como expressão natural da humanidade, para uma concepção cultural, é o do surgimento do tabu do incesto<sup>101</sup>. Assim, a passagem do sexo “natural” ao sexo “cultural”, isto é, simbolizado e sujeito a códigos, ocorre com a determinação do primeiro e mais importante dos interditos: a proibição do incesto<sup>102</sup>.

Diante desse deslocamento do sexo, principalmente da sua regulação, para o plano da sociedade e da cultura, é que se apresentam as proibições, como

---

<sup>101</sup> “O problema do incesto, deste ponto de vista, ainda é significativo. Por um lado, como vimos, sua proibição é colocada como princípio absolutamente universal que permite pensar, ao mesmo tempo, o sistema de aliança e o regime da sexualidade; essa interdição, sob uma forma ou outra, vale, portanto, para toda sociedade e todo o indivíduo. Mas, na prática, a psicanálise assume a tarefa de eliminar, naqueles que estão em condições de recorrer a ela, os efeitos de recalque que a interdição pode induzir; permite-lhes articularem em discurso o desejo incestuoso. Ora, na mesma época, organizava-se uma caça sistemática às práticas incestuosas, tais como existiam no campo ou em certos meios urbanos a que a psicanálise não tinha acesso: organizou-se, então, um estreito esquadrinhamento administrativo e judiciário para por-lhes fim; toda uma política de proteção à infância ou de tutela dos menores “em perigo” tinha por objetivo, em parte, sua retirada das famílias suspeitas – por falta de espaço, proximidade dúbia, habito de devassidão, “primitivismo” selvagem, ou degenerescência – de praticarem o incesto. Enquanto o dispositivo de sexualidade, desde o século XVIII intensificara as relações afetivas, as proximidades corporais entre pais e filhos, enquanto houvera uma constante incitação ao incesto na família burguesa, o regime de sexualidade aplicado às classes populares, implica, ao contrário, na exclusão das práticas do incesto ou, pelo menos, em seu deslocamento para outra forma. Na época em que o incesto é, de um lado, perseguido como conduta, a psicanálise, do outro lado, empenha-se em revelá-lo como desejo e em eliminar, para os que sofrem, o rigor que o realça. Não se deve esquecer que a descoberta do Édipo foi contemporânea da organização jurídica da perda do poder paterno (na França, através das leis de 1889 e 1898). No momento em que Freud descobria qual era o desejo de Dora, e permitia-lhe manifestar-se, havia quem se armasse para desatar, em outras camadas sociais, todas essas proximidades condenáveis; o pai, por um lado, era erigido em objeto de amor obrigatório; mas por outro lado, se fosse amante, era proscrito pela lei. Assim, a psicanálise, como prática terapêutica reservada, desempenhava em relação a outros procedimentos um papel diferenciador, num dispositivo de sexualidade agora generalizado. Os que tinham perdido o privilégio exclusivo de se preocupar com sua própria sexualidade têm, doravante, o privilégio de experimentar mais do que outros o que a interdita, e possuir o método que permite eliminar o recalque”. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*, p. 121-2.

<sup>102</sup> CHAUI, Marilena. *Repressão Sexual*. Essa nossa (des)conhecida, p. 10.

expressão da repressão sexual<sup>103</sup> que nos coloca diante da quebra da simples naturalidade biológico-animal do sexo e de sua passagem à existência como fenômeno cultural ou histórico. Torna-se aquilo de que se deve ter vergonha. Aquele “inferno” que é preciso coibir, refrear, moderar, dissimular, ocultar e disfarçar. Como escreveu o escritor Bataille, o sexo, nos humanos, é erotismo e este é impossível sem as interdições e as transgressões<sup>104</sup>.

Essa culturalização do sexo acarreta a sua regulação inclusive pelo direito e as proibições são erigidas à categoria de delitos, trazendo o direito penal para um campo de atuação ao qual deveria ficar alheio, uma vez que a maior parte das proibições são baseadas em concepções moralistas – defrontando-se, inclusive, com o princípio da secularização implementado pela separação entre direito e moral

---

<sup>103</sup> “Tivemos, portanto, no decorrer do século XIX, uma generalização do dispositivo de sexualidade, a partir de um foco hegemônico. Em última análise, ainda que de um modo e com instrumentos diferentes, o corpo social inteiro foi dotado de um “corpo sexual”. Universalidade da sexualidade? É aqui vemos introduzir-se um novo elemento diferenciador. Um pouco como a burguesia, no fim do século XIX ela vai procurar redefinir a especificidade da sua sexualidade em face da dos outros, retomá-la diferencialmente, traçar uma linha de demarcação que singulariza e protege o seu corpo. Esta linha não será mais a que instala a sexualidade, mas uma outra que, ao contrário, serve-lhe de barreira; o que fará a diferença será a interdição, ou pelo menos a maneira como se exerce e o rigor com que é imposta. A teoria da repressão, que pouco a pouco vai recobrir todo o dispositivo da sexualidade, dando-lhe o sentido de uma interdição generalizada, tem aí seu ponto de origem. Ela é historicamente ligada à difusão do dispositivo de sexualidade. Por um lado, vai justificar sua extensão autoritária e coercitiva, colocando o princípio de que toda sexualidade deve ser submetida à lei, mas não tereis uma sexualidade a não ser por vos submeterdes à lei. Mas, por outro lado, a teoria da repressão vai compensar essa difusão geral do dispositivo da sexualidade por meio da análise do jogo diferencial das interdições, de acordo com as classes sociais. Do discurso que dizia, no fim do século XVIII: “Existe em nós um elemento de valor que se deve temer e poupar, a que devemos prestar todos os cuidados se não quisermos que engendre males infinitos”, passou-se a um discurso que diz: “Nossa sexualidade, por oposição à dos outros, está submetida a um regime de repressão tão intensa que o perigo, agora, está nisso; não somente o sexo é um segredo temível, como não cansaram de dizer às gerações precedentes os diretores espirituais, os moralistas, os pedagogos e os médicos, não somente é preciso desencavar sua verdade, mas, se ele carrega consigo tantos perigos, é porque – por escrúpulo, senso aguçado do pecado ou hipocrisia, como quiserem – os reduzidos a silêncio por tempo demais”. Doravante, a diferenciação social não se afirmara pela qualidade “sexual” do corpo, mas pela intensidade da sua repressão. A psicanálise vem inserir-se nesse ponto: teoria da mútua implicação essencial entre a lei e o desejo e, ao mesmo tempo, técnica para eliminar os efeitos da interdição lá onde o seu rigor a torne patogênica. Em sua emergência histórica, a psicanálise não pode se dissociar da generalização do dispositivo de sexualidade e dos mecanismos secundários de diferenciação que nele se produziram.” FOUCAULT, Michel. *Historia da sexualidade I: A vontade de saber*, p. 120-1.

<sup>104</sup> CHAUI, Marilena. *Repressão Sexual*. Essa nossa (des)conhecida, p. 15-6.

possibilitada pelos avanços do iluminismo – até hoje encartadas nos códigos penais, como é o caso da violência sexual ficta em virtude da idade da vítima.

Nesse particular, ainda, há, no próprio sistema legal brasileiro, uma enorme incongruência, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) estabelece as idades em que se separa a criança do adolescente:

Art. 2.º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Ainda, a supra-referida lei prevê a aplicação de medidas sócio-educativas para o adolescente que praticar um ato infracional, que é uma conduta descrita como crime ou contravenção penal<sup>105</sup>.

Analisando-se a legislação especial aplicável aos adolescentes, ressaltamos que as medidas sócio-educativas são nada menos do que penas, inclusive há a previsão de medida de internação<sup>106</sup>, a qual em muito se assemelha à pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Daí que surge a incongruência: como se pode imputar a uma pessoa menor de 14 anos a prática de um ato infracional (equiparado a um crime) e, esta mesma pessoa, não pode consentir na prática de um ato sexual por se inexperiente ou

---

<sup>105</sup> Art. 103, da Lei 8.069/90 – Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

<sup>106</sup> Art. 121, da Lei 8.069/90 – A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

imatura? Como pode existir responsabilidade por ato infracional e inexistir a capacidade para o consentimento na prática de um ato sexual?

### **2.3 DESENVOLVIMENTO CULTURAL E IMPOSSIBILIDADE DE CERTEZA NA DETERMINAÇÃO DO AMADURECIMENTO SEXUAL**

De uma forma geral, todos os integrantes de uma sociedade, ou ainda de determinado estrato social, estão submetidos a regras preordenadas de comportamento, as quais fundamentam a cultura de determinado povo ou classe social.

Nesse sentido, RUTH BENEDICT esclarece essa influência das normas de cultura no desenvolvimento pessoal:

La costumbre tradicional, refiriéndonos al mundo, es una masa de conducta detallada más sorprendente que la que cualquier persona pueda desarrollar jamás en acciones individuales, por anómalas que sean. Pero este es más bien un aspecto trivial del asunto. El hecho de importancia primordial es el papel predominante que la costumbre desempeña en la experiencia y en la creencia, y las muy grandes variedades en que se puede manifestar.

Ningún hombre mira jamás el mundo con ojos prístinos. Lo ve a través de un definido equipo de costumbres e instituciones y modos de pensar.<sup>107</sup>

Em relação com a iniciação sexual, o fator determinante é a influência do meio social no qual está inserida a pessoa, uma vez que, conforme visto

---

<sup>107</sup> BENEDICT, Ruth. *El Hombre y la Cultura*. Investigación sobre los orígenes de la civilización contemporánea, p. 16.

anteriormente, mesmo o desenvolvimento biológico e psicológico sofrem ascendência da cultura no que se relaciona com o sexo.

Ainda assim, a uniformização do amadurecimento sexual não pode ser almejada, muito menos determinada em uma sociedade, pois não existe, mesmo entre integrantes de um mesmo grupo social, a possibilidade de se determinar quando certa pessoa estará apta para a prática de atos sexuais. A diversidade de condutas, não é determinada biologicamente<sup>108</sup>, é ínsita à sociedade, principalmente às sociedades como a brasileira – que se forma a partir de várias culturas e é integrada por uma gama de grupos sociais – não se podendo, em relação a atitudes pessoais, como a iniciação sexual, haver uma imposição de regras, levando-se em conta que o comportamento adolescente é baseado, severamente, na opinião do seu grupo e influenciado pelos conceitos sociais de virilidade (em relação ao

---

<sup>108</sup> (...) o social (e cultural) é tudo aquilo que independe da natureza interna (genética ou quadro genético) ou externa (fatores ambientais, naturais). Ou seja, todos aqueles fatos que não podem ser razoavelmente resolvidos por estes fatores, sendo mais adequadamente tratados quando são estudados uns em relação aos outros. Se tal formulação não é definitiva, deixando em aberto muitos problemas, ela pelo menos tem a enorme vantagem de situar, à maneira de Durkheim, um campo (ou um objeto) dentro do qual podemos trabalhar com essa realidade que estamos tomando como sociológico e que é o nosso alvo deslindar. Ela também expõe claramente a perspectiva a meu ver crítica, de acordo com a qual o mundo social é um fenômeno coletivo, globalizante, múltiplo e dependente para a sua compreensão correta, de uma abordagem capaz de percebê-lo e estudá-lo nestes termos. O social não decorre de um impulso natural (como o chamado “instinto gregário”), nem de uma resposta a um estímulo externo (como um terremoto), nem de uma reação à condição básica de que os homens têm uma existência individual. Ele não é uma estrada de mão única, com diretrizes bem traçadas e domínios bem demarcados, exceto na nossa cabeça, nos sistemas de classificação e nas nossas teorias. O social, nessa perspectiva, é muito mais um caminho amplo, com muitas direções e zonas de encontro e espaços de choque e conflito. E aqui poderia, sem nenhuma dúvida, lembrar uma elaboração de Marx freqüentemente esquecida nestes dias de sequiosa busca de certezas, quando uma visão totalitária do mundo social é marcante: “os homens fazem sua própria história, mas não a fazem como querem; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam, diretamente legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos”. DA MATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, p. 45-6.

homem) e da capacidade de atração de parceiros (em relação às mulheres)<sup>109-110</sup>.

Nesse sentido, ainda é a lição de RUTH BENEDICT:

En el hombre no está prefijada en detalle la constitución de variedad particular alguna de conducta. La gran diversidad de soluciones sociales que el hombre ha elaborado en culturas diferentes respecto del matrimonio, por ejemplo, o el comercio, son igualmente posibles sobre la base de su dotación original.

La cultura no es un complejo transmitido biológicamente.<sup>111</sup>

Por esse modo, tem-se que a determinação do amadurecimento sexual não obedece a padrões biológicos, uma vez que a maturidade biológica pode não corresponder à maturidade psicológica para o início da vida sexual. Não podemos olvidar, que a maturidade psicológica é fortemente influenciada pela cultura de determinada sociedade, tendo como base o abandono da infância, que se dá biologicamente no período denominado de puberdade. Essa é a receita para o

---

<sup>109</sup> *"The natural feelings of security which adolescence breeds and the increase in physical drives (especially in boys) make the adolescent particularly susceptible to the hawkings of Madison Avenue when it extols the supreme value of sex appeal in striving toward popularity, success, admiration, security, and the like. Boys are propagandized through the various mass communication media to believe that their masculinity (i.e., success as a man) depends upon their success in seduction: the farther they go with girls sexually, the more masculine they are in their own eyes and from the viewpoint of their peer group. Girls, on the other hand, are indoctrinated in the importance of being "sexy." They are exhorted to purchase an often ludicrous and useless conglomerate of products that, according to the advertisements, are guaranteed to increase sexual attractiveness. A young girl is indeed in a delicate position. She must appear and act "sexy" in order to attract as many boys and to have as many dates as possible, because these are the symbols in her all-important peer group of popularity and social success. At the same time, however, she must hold the line of propriety, because otherwise she risks losing her "good girl" status with a consequent loss of prestige. Girls too often are favorably evaluated by their peer group only in correlation with their popularity in dating (and the number of the boys whom they cause to make open affectionate commitments), coupled with their ability to remain free of sexual involvements."* MCCARY, James Leslie. *Human sexuality: Physiological and psychological factors of sexual behavior*, p. 206.

<sup>110</sup> "Revela-se, através do processo de iniciação sexual, a reflexão desses sujeitos sobre as idades da vida, em que a juventude é percebida como uma fase em que se goza da liberdade de experimentar o prazer de viver. Com relação aos jovens investigados, observa-se, entretanto, o disciplinamento a um regime que opõe estudo a festa, evidenciando a adesão a um *ethos* produtivo, que se mostra como a contrapartida da idealização das relações amorosas entre as jovens e a afirmação da masculinidade para os rapazes." RIETH, Flávia. "A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens". In: KNAUTH, Daniela Riva; VÍCTORA, Ceres Gomes (org.). *Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS*. Porto Alegre: PPGAS, Ano 8, n. 17, p. 78-91, 2002, p. 80.

<sup>111</sup> BENEDICT, Ruth. *El Hombre y la Cultura*. Investigación sobre los orígenes de la civilización contemporánea, p. 29-30.

amadurecimento sexual: uma combinação de fatores biológicos e psicológicos regidos pela cultura da sociedade<sup>112</sup> em que se encontra inserido o sujeito.

### **2.3.1 A falta de justificação real para a existência da presunção de violência por motivo etário. Análise de pesquisas de campo**

Após toda a análise – histórica, psicológica e sócio-cultural – perpetrada a respeito da determinação de uma idade para o amadurecimento sexual, a partir da qual o consentimento para a prática de atos sexuais poderia ser considerado válido, é de rigor uma abordagem da realidade social brasileira em relação ao início da vida sexual ativa da população.

Apenas para se ter em foco, no Brasil, não é considerado válido o consentimento para a prática de atos sexuais (conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da conjunção carnal), quando o consenciente não possuir, no mínimo, catorze anos. Dessa forma, aquele que praticar ato sexual com um, ou uma, menor de catorze anos, estará sujeito às penas dos delitos de estupro (art. 213 do Código Penal) e atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal), sendo presumida a violência na forma do art. 224, alínea a, todos do Código Penal.

Partindo-se dessas considerações, é que buscaremos por meio de uma análise da sociedade brasileira, determinar até que ponto se pode, com base na

---

<sup>112</sup> “(...) alguns estímulos surgem na biologia do homem, mas expressam-se sob formas culturalmente determinadas. Assim, uma pessoa pode sentir-se sexualmente desejosa, como consequência de actividades biofisiológicas desenvolvidas no interior do seu corpo, mas pode suprimir esses desejos por deferência para com os valores culturais; ou ainda, pode limitar suas actividades sexuais às relações maritais com um cônjuge legal e socialmente sancionado.” TITIEV, Mischa. *Introdução à antropologia cultural*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1963, p. 17.

realidade social, sustentar a total insciência dos menores de catorze anos em relação aos atos sexuais, como base para a desconsideração do consentimento desses menores, perfectibilizando as imputações penais acima especificadas.

A base para essa análise será a pesquisa de campo realizada pelo Ministério da Saúde em parceria com o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento<sup>113</sup>, abrangendo o território brasileiro, a qual, com o objetivo de identificar o perfil do comportamento sexual do brasileiro, determinou, em um dos tópicos da pesquisa, a idade da primeira relação sexual dos brasileiros.

A pesquisa abrangeu a determinação da idade da primeira relação sexual, uma vez que *o processo de mudança de comportamento das pessoas em curso na sociedade brasileira, leva a supor que a iniciação sexual se dê cada vez mais cedo. Por outro lado, a epidemia de HIV/Aids poderia estar afetando este comportamento no sentido de retardar a idade da primeira relação sexual.*<sup>114</sup>

Ressalte-se que essa é a mesma inquietação que nos conduziu a escrever a presente dissertação, tendo-se em mira, a evolução dos conceitos sociais, principalmente em relação ao sexo, visto que não mais existem proibições sociais extremas que impeçam a prática sexual pelos menores de catorze anos. Com a ausência de tais proibições, principalmente pela diminuição da influência da religião na sociedade atual, é que se evidenciam conceitos relacionados ao prazer sexual,

---

<sup>113</sup> BRASIL. Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de análise e planejamento. *Relatório final de pesquisa Comportamento Sexual da População Brasileira e Percepções sobre o HIV/AIDS*. São Paulo: CEBRAP, 2000.

<sup>114</sup> Idem, p. 56.

incluindo-se na propagação desses conceitos o crescimento da abordagem de temas relacionados ao sexo na televisão, nas músicas, nos filmes, nos jornais e, de maneira muito incisiva, na internet.

Partindo dessa análise em relação à diminuição da idade de início da vida sexual dos brasileiros, a pesquisa foi efetuada com base em dois períodos, representados pelos anos de 1984 e 1998, ou seja, um intervalo de 15 anos para que se pudesse evidenciar o crescimento da iniciação sexual em idades cada vez menores.

Utilizaremos os dados colhidos apenas em relação aos percentuais referentes ao início das relações sexuais até os catorze anos, que é a idade abaixo da qual se presume a violência nos crimes sexuais, ou, melhor dizendo, onde se estabelece a proibição da prática de atos sexuais.

Assim, com relação aos homens, no ano de 1984, 35,2% com idade entre 16 e 19 anos já tinham se relacionado sexualmente antes dos 14 anos. No grupo com idade entre 20 e 24 anos, 26% praticaram atos sexuais antes dos 14 anos. No que pertine ao sexo feminino, tendo-se como base também o ano de 1984, 13,6% das mulheres com idade entre 16 e 19 anos tiveram relações sexuais antes dos 14 anos, já no grupo com idade entre 20 e 24 anos, 7,7% perderam a virgindade antes dos 14 anos.

Baseando-se, agora, no ano de 1998, 46,7% dos representantes do sexo masculino, com idade entre 16 e 19 anos e 32,1% com idade entre 20 e 24 anos,

tiveram sua primeira relação sexual até os 14 anos. Ainda, em relação às mulheres, o aumento do número daquelas que perderam a virgindade até os 14 anos também é relevante: (i) na faixa dos 16 aos 19 anos, 32,3% e (ii) com idade entre 20 e 24 anos 16,2%, tiveram sua primeira relação sexual até os 14 anos<sup>115</sup>.

O estudo acima citado, confirma o fato segundo o qual a vida sexual dos jovens está começando cada vez mais cedo, conforme se vê na interpretação dos dados:

De fato, se em 1984 era de 35,2 a percentagem de homens jovens de 16 a 19 anos que já haviam iniciado a vida sexual antes dos 15 anos de idade, este percentual cresceu para 46,7, em 1998. Considerando-se aqueles jovens na faixa dos 20 a 24 anos, em 1984 e em 1998, verifica-se que este percentual passou de 26,0 para 32,1. Esta iniciação cada vez mais cedo pode ser apreciada também no confronto, para um mesmo ano calendário, da proporção de já iniciados sexualmente antes dos 14 anos, daqueles com 16 a 19 anos com os de 20 a 24 anos. Em 1984, estes percentuais foram iguais, respectivamente, a 35,2 e 26,0. em 1998 corresponderam, pela ordem, a 46,7% e 32,1%.

Em que pese o fato de que as mulheres começam a vida sexual mais tardiamente, a mudança ocorrida entre 1984 e 1998, ou seja, de 13,6% para 32,3%, é, em termos relativos, muito superior à observada entre os homens.<sup>116</sup>

Conforme se depreende das informações trazidas a lume pela pesquisa do Ministério da Saúde acima citada, sempre houve um número expressivo de adolescentes que iniciaram as suas relações sexuais antes dos catorze anos; no entanto, nos anos mais próximos da atualidade, essa parcela vem crescendo, principalmente entre as mulheres.

---

<sup>115</sup> BRASIL. Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de análise e planejamento. *Relatório final de pesquisa Comportamento Sexual da População Brasileira e Percepções sobre o HIV/AIDS*, p. 57.

<sup>116</sup> Idem, p. 57-8.

Como última constatação, podemos, ainda, analisar os motivos que conduzem a uma primeira relação sexual<sup>117</sup>, no panorama identificado por FLÁVIA RIETH:

Os depoimentos revelam o processo de decisão de se relacionar sexualmente com o namorado: o casal começa a conversar sobre o assunto, a troca de carícias se intensifica, algumas iniciativas masculinas esbarram na resistência feminina, até que um dia, de repente, acontece de a jovem resolver não mais resistir. A iniciativa é masculina, mas conta com o consentimento feminino. Veja-se a trajetória sexual/amorosa de Francine.

Francine, 19 anos, teve relações sexuais com o primeiro namorado quando tinha 13 anos e ele 17. Depois de três ou quatro meses de namoro, o casal resolveu “tentar”, porque ela gostava muito dele e “foi uma coisa que a gente foi descobrindo”.<sup>118</sup>

Essa passagem esclarece a obscuridade que traduz a presunção de violência por motivo etário, uma vez que esclarece o processo de decisão<sup>119</sup>, ou ainda, de formação do consentimento de uma adolescente de treze anos para a relação sexual.

A pesquisa de FLÁVIA RIETH demonstra que as adolescentes possuem total conhecimento acerca das relações sexuais e de suas conseqüências<sup>120</sup>,

<sup>117</sup> “As jovens elegem os namorados como parceiros ideais, enlaçando o sexo no contexto de uma relação amorosa. Declaram que o ficar não envolve manter relações sexuais. Preocupam-se com a reputação, por isso valorizam a prática do ficar várias vezes com a mesma pessoa. Elas aguardam as iniciativas masculinas esperando serem pedidas em namoro. Essas concepções são compartilhadas tanto pelas jovens já iniciadas como pelas virgens.” RIETH, Flávia. “A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens”. In: KNAUTH, Daniela Riva; VÍCTORA, Ceres Gomes (org.). *Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS*, p. 79-80.

<sup>118</sup> RIETH, Flávia. “A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens”. In: KNAUTH, Daniela Riva; VÍCTORA, Ceres Gomes (org.). *Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS*, p. 81.

<sup>119</sup> “Das jovens entrevistadas, 14 se declaram virgens. O momento, a “hora” da iniciação sexual aparece nos depoimentos ligado à uma avaliação da idade, por serem ainda “muito novas” para terem relações sexuais. Os riscos da gravidez na adolescência se somam a essa interpretação.” Idem, p. 87.

<sup>120</sup> “Esta é uma decisão, segundo as jovens, que pressupõe a “segurança” de um relacionamento “sério”, a “certeza” dos sentimentos em relação ao outro e a essa opção, bem como a responsabilidade de enfrentar as “conseqüências”. A expectativa de uso da camisinha aparece associada à gravidez, sendo cogitada a substituição pela pílula, que é vista como um método contraceptivo mais seguro.” Idem, p. 88.

deslegitimando a proteção penal que se lhes é atribuída pelo instituto da presunção de violência por ter a vítima menos de catorze anos.

Com base em todo o exposto, não bastasse a incongruência da presunção de violência com o sistema garantista, no que se refere ao âmbito do Direito Penal, conclui-se claramente que não se configura na realidade fática a existência, entre os jovens menores de 14 anos, uma total – nem sequer parcial – insciência em relação aos atos sexuais e suas conseqüências.

Ao longo desse capítulo destacamos o papel da cultura na determinação do amadurecimento sexual e, com a análise das pesquisas realizadas com a sociedade brasileira, não há como se manter a presunção de violência nos delitos sexuais, no que se relaciona com a vítima menor de catorze anos, tendo-se por base os números apontados na pesquisa – realizada no ano de 1998 – que já demonstravam naquela época um número de mais de 40% de jovens que teriam perdido a virgindade até os catorze anos de idade.

Anteriormente à realização dessa pesquisa, já era impossível se admitir que um adolescente menor de catorze anos não pudesse consentir na prática de uma relação sexual, por sua insciência em relação às conseqüências dessa prática. Na mesma linha, a partir dos números revelados pela pesquisa do Ministério da Saúde, bem como dos argumentos narrados no trabalho de FLÁVIA RIETH<sup>121</sup>, ainda, com base na análise do desenvolvimento dos conceitos e do período da adolescência, explicitados nesse capítulo e mais, com a imprecisão da determinação psicológica

do amadurecimento sexual, é cristalino o descompasso da legislação penal, no que se refere ao objeto desse trabalho – a presunção de violência por motivo etário – com a realidade social existente há vários anos.

---

<sup>121</sup> RIETH, Flávia. “A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens”. In: KNAUTH, Daniela Riva; VÍCTORA, Ceres Gomes (org.). *Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS*, p. 78-91.

### 3 A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR MOTIVO ETÁRIO SOB O ENFOQUE GARANTISTA: A INCOMPATIBILIDADE POR MEIO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

O objeto desse estudo é propor uma análise acerca da presunção de violência baseada nos ditames da Teoria Garantista, com o intuito de se estabelecer os pontos de conflito entre o instituto da violência ficta e as garantias do indivíduo contra o Estado.

É de rigor que tenhamos algumas considerações acerca do garantismo, como ponto de partida em relação ao qual todas as construções se devem estabelecer, na medida em que a idéia da presunção de violência tem uma relação visceral com (a diminuição de) determinadas garantias do indivíduo.

Com efeito, como se vai sustentar ao longo da construção desse trabalho, a presunção, a partir de um núcleo secularizado, deve ser feita sempre *pro reo*, sendo, sob todos os títulos, inconstitucional uma presunção que se estabeleça *in malam partem*<sup>122</sup>.

Essa é a pedra de toque desse ponto: estabelecer em que dimensão se embate a violência ficta, e de que forma a sua admissibilidade no cenário penal-constitucional contribui para o enfraquecimento das garantias do cidadão em face do Estado.

---

<sup>122</sup> “Presunções não são provas e mesmo que provas fossem seriam totalmente inadmissíveis no Direito Penal Moderno. As presunções podem ser simples (não especificadas) ou legais, previamente estabelecidas pelo legislador. Na área penal só são admissíveis, de forma relativa (*júris tantum*) ou absoluta (*juris et jure*), em benefício do acusado”. COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996, p. 25.

### 3.1 A JUSTIFICATIVA DO GARANTISMO COMO MODELO IDEAL

O garantismo<sup>123</sup> se estrutura a partir da necessidade de se restringir a intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos, de forma a estabelecer um sistema no qual prevaleça a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado.

Nesse prisma, o modelo garantista é um sistema estruturado na efetividade das normas penais e das garantias individuais do cidadão. Para defini-lo, ninguém melhor que o próprio Ferrajoli<sup>124</sup>, quando esclarece:

“Garantismo”, en efecto, significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respecto también de su verdad.

Trata-se, portanto, de um sistema de garantias do cidadão contra o Estado, que alcança sua significação na concepção de que o homem ocupa uma posição centralizadora dentro do contexto social, e é em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve servir.

Hodiernamente, salientam Carvalho e Carvalho<sup>125</sup> que:

<sup>123</sup> Refere MIGLINO, Arnaldo. “Brevi Riflessioni sul significato del garantismo (com riferimento a vicende italiane degli anni 1988-1994)”. In: RODRIGUES, Horácio W. *Lições alternativas de processo*. São Paulo: Acadêmica, 1995, p. 44, que “o termo nasce para individualizar as teorias políticas, antes que jurídicas, dirigidas a proteger a liberdade do cidadão de qualquer abuso ou arbítrio de quem exercita o poder”.

<sup>124</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 336.

<sup>125</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 19.

a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idóneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

É que, definitivamente, o ingresso na modernidade significou, para o Direito Penal, o caminho da democratização, na medida em que, ao deitar raízes na ruptura do paradigma operada pela separação entre o direito e a moral (pressuposto teórico do garantismo), optou-se, num caminho sem retorno, pela civilidade/racionalidade, oposto, em larga medida, à barbárie/irracionalidade, fruto, fundamentalmente, do chamado *medievo*.<sup>126</sup>

Nessa linha, quando se decidiu trilhar o caminho da racionalidade (a partir, fundamentalmente, da laicização), consolidou-se a idéia de Estado de Direito<sup>127</sup> e, com o intuito de refrear o poder que dele adviesse, estruturou-se um modelo de

<sup>126</sup> Como se sabe, a passagem do *medievo* para o mundo moderno ocorreu ao longo de vários séculos, bem como em diferentes intensidades e momentos nos mais diversos países europeus (FARIA COSTA, José de. “Ler Beccaria hoje”. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXXIV, p. 89-105, 1998, p. 94-5).

<sup>127</sup> Referiu Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE (*Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 18-9) que “*el término ‘Estado de Derecho’ es una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros idiomas. Y también aquello que trata de designarse con este concepto es una creación del pensamiento alemán sobre el Estado. El concepto del Estado de Derecho surge en la teoría del liberalismo temprano alemán, que se orienta desde planteamientos propios de la concepción racional del derecho: Roberto von Mohl la utiliza en su Staatsrecht des Königreichs Württemberg de 1829 y con ello la introduce en la discusión general sobre la política y el derecho del Estado. Incluso se puede indicar con exactitud la primera ocasión en que se utiliza este término. Lo utiliza por primera vez Carl Th. Welcker en 1813, y reaparece luego en 1824 en el Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie de Joh. Christoph Freiherr von Aretin. Ninguno de estos tres autores entiende el Estado de Derecho como una forma especial de Estado, como por ejemplo en el sentido del status mixtus, o como una forma de gobierno. Lo entienden más bien como una nueva ‘especie’ de Estado. El Estado de Derecho es, como indica Welcker, el ‘Estado de la razón’, el ‘Estado del entendimiento’ (Mohl), ‘en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general’ (von Aretin). Sobre esta base el uso de este término se explica bien: el Estado de Derecho es el Estado del derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional.*” Nessa perspectiva, interessa-nos, em linha diretriz, a oposição que se plasma entre as noções de Estado de direito e Estado de não direito, da qual emerge que o Estado de direito é uma forma político-estadual determinada e limitada pelo direito, cujo princípio básico “é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 9), enquanto que o Estado de não direito pressupõe “que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito” (Idem, p. 11). Ainda José Joaquim Gomes CANOTILHO (Idem, p. 12) assenta as principais características desse Estado de não direito: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a

direito penal minimalista/racionalizador, que tinha por objetivo atingir o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, por isso, de limitação do poder punitivo e da tutela do indivíduo contra a arbitrariedade estatal.<sup>128</sup>

Todavia, a passagem do medieval para o moderno, refletida no Direito Penal, constitui-se num processo inconcluso, eis que, o direito penal, segue preso, ainda, a práticas pré-racionais. Talvez porque a cultura propagada no período pré-moderno, ao se transformar no esqueleto do organismo social, impediu que seus valores fossem rapidamente substituídos. Assim Grossi<sup>129</sup>:

No olvidemos nunca que la civilización despreciativamente liquidada por la acritud humanista como media aetas, edad intermedia, interludio insignificante o – peor todavía – negativo entre dos edades historicamente creativas, la antigua (clasica) y la moderna, tuvo la posibilidad de desarrollarse durante todo un milenio, de enraizarse profundamente, de transformarse – gracias también al auxilio de la Iglesia – en costumbre y mentalidad, de forjar la conciencia colectiva y una cultura apropiada a esa conciencia.

O processo, pois, está sendo lento.

Em outra linha, a estipulação da teoria do garantismo permite a compreensão crítica das categorias penais vigentes, notadamente através do viés humanitário/democrático, razão pela qual, por sua base, alcança ao intérprete importante ferramenta de verificação da racionalidade/civilidade dos sistemas jurídico-penais (os quais oscilam, permanentemente, entre o modelo garantista e o

---

'razão do Estado' imposta e iluminada por 'chefes'; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito."

<sup>128</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 34.

<sup>129</sup> GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003, p. 35.

modelo antigarantista). Não passa, pois, como sugeriu Ferrajoli, de um modelo ideal.<sup>130</sup>

A construção do arcabouço teórico do garantismo remonta, nesse sentido, ao estudo do estabelecimento de seu marco teórico fundamental, qual seja, a separação entre o Direito e a moral, originário dos movimentos ocorridos durante a Idade das Luzes, com o fim do Estado de Polícia e o estabelecimento do Estado Liberal. É que, como indicou Faria Costa, o Direito Penal e o processo penal, *ao serem sacudidos pela força da diacronia* originária do rompimento do medievo, *passaram a ser vistos como realidades históricas e daí para a frente tudo passou a ser diferente no mundo das coisas da ciência do direito penal.*<sup>131</sup>

### **3.2 O ESTABELECIMENTO DO GARANTISMO A PARTIR DO ROMPIMENTO COM O MEDIEVO (O PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO COMO MARCO FUNDANTE).**

A teoria garantista, que teve sua matriz no movimento Iluminista<sup>132</sup>, alicerçou seu nascimento em uma teia de fatores de ordem política, econômica, social, científica e filosófica, onde o homem passou o ser o centro do universo (antropocentrismo)<sup>133</sup>, substituindo a figura medieval do teocentrismo.

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 34.

<sup>131</sup> FARIA COSTA, José de. "Ler Beccaria hoje". In: *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 98.

<sup>132</sup> Nesse processo de reconstrução do garantismo como possibilidade de fundar um modelo de tutela dos direitos fundamentais, a avaliação da matriz Iluminista é por demais importante, visto que a crítica do direito penal e processual nos século XVIII, que ocupa uma boa parte dos esforços da filosofia ilustrada, pode hoje apresentar-se como um dos capítulos principais da gênese ideológica dos direitos fundamentais. (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3.)

<sup>133</sup> Na redescoberta do homem como medida de todas as coisas, com o ingresso do 'Novo Mundo' no cenário histórico, e com a visualização de um novo estado de coisas no qual liberdade e igualdade se opõem à servidão, o impulso da laicização das ciências torna o processo secularizador inevitável. Da exclusão do diverso nasce a idéia de tolerância, da barbárie inquisitiva afloram teorias civilizatórias.

Dessa forma, a superação dos paradigmas medievais, principalmente com os avanços da ciência – possibilitados pela laicização –, revelou o homem como o centro do universo e a razão passou a ser o elemento fundante das teorias baseadas na liberdade do indivíduo, como indicou Gauer<sup>134</sup>:

O universo medieval era finito, esférico e hierarquizado; esse universo morreu, e, com ele, a “consciência” medieval de um “mundo fechado”. A ruptura criada por GALILEU contrapôs-se a esse mundo; sua teoria criou um universo “infinito” e, portanto, “aberto”. A dimensão religiosa do saber medieval foi quebrada. Na “nova” visão, houve a separação entre razão e fé; a verdade reveladora não podia mais ser confundida com a ciência. O “finito”, ao ser substituído pelo “infinito”, subverteu a ordem de se pensar o mundo. O homem vive em um mundo onde ele não é o centro, o céu abriga inúmeros mundos, e o lugar do homem no mundo passou a ser questionado.

Como se vê, as bases do *status quo* do medievo passaram a ser questionadas e já não era mais possível se sustentar uma visão de mundo na qual Deus seria o centro de tudo e o homem vivesse em função de conquistar um lugar no paraíso (céu)<sup>135</sup>.

Do ponto de vista social, a sociedade medieval era voltada para Deus, e a vida terrena se restringia à busca de um lugar na eternidade, como bem explicou Dumont<sup>136</sup>: *o indivíduo como valor era então concebido como alguém situado no exterior da organização social e política dada, estava fora e acima dela, um indivíduo-fora-do-mundo em contraste como o nosso indivíduo-no-mundo. O*

---

Surge o racionalismo, e a capacidade crítica do homem é revelada. (CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 24).

<sup>134</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-Nação no Brasil*. A contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2001, p. 105.

<sup>135</sup> Os espaços sagrados passaram também a ser questionados. A geometria de GALILEU eliminou os espaços heterogêneos (céu-inferno) e criou espaços homogêneos, despojados de qualidades e passíveis de serem quantificados, mensurados, enquanto uma nova geometria espacial. Podemos arriscar dizer que GALILEU criou a gênese do espaço democrático, uma vez que para ele todos os espaços se equivalem. GAUER, Ruth Maria Chittó. *Op. cit.*, p. 106.

<sup>136</sup> DUMONT, Louis. *O Individualismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985, p. 61.

indivíduo-fora-do-mundo é característico da sociedade medieval, por sua busca incessante de Deus.

A decadência da sociedade medieval, tem como fator principal a ascensão e o aumento do poder da burguesia, sendo, da mesma forma, decisivo o papel da Reforma católica, principalmente com as idéias de Lutero e Calvino, que criticaram o *status quo* social do medievo, com sua organização estamentada.

O fomento para a estruturação da sociedade moderna é o combate às diferenças sociais estabelecidas na sociedade medieval decorrente de uma estrutura social baseada no sistema de castas, de natureza excludente, fundamentalmente por sua rigidez<sup>137</sup>.

Veja-se que o pensamento calvinista vai além na luta contra a fixidez da sociedade, ao apregoar que o trabalho do homem o conduz a Deus – a divindade se regozija com quem tem boas condições econômicas: quanto mais afortunado o indivíduo, melhor será sua relação com o Criador.

Com isso, a possibilidade de alcançar o céu (paraíso) passa às mãos do indivíduo, dependendo de seus atos ou, como melhor explica GAUER<sup>138</sup>, *podemos dizer que os indivíduos passaram a encarnar o outro mundo em sua ação neste*

---

<sup>137</sup> “Uma das grandes forças motrizes que estiveram ativas no desenvolvimento moderno é uma espécie de protesto indignado contra as diferenças ou desigualdades sociais, na medida em que são fixas, herdadas, prescritas — decorrentes, como dizem os sociólogos, da ‘atribuição’ e não da ‘realização’ individual — quer essas diferenças sejam questão de autoridade, de privilégios e de incapacidades ou, em movimentos extremos e desenvolvimentos tardios, de riqueza.” (Idem, p. 93.)

<sup>138</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 37.

*mundo; sua legitimação é a participação neste mundo e não o refúgio em outro mundo. Assim, a salvação passou a ser determinada pelas ações de cada indivíduo, independentemente da sua descendência ou posição social.*

A partir dessas idéias se origina um indivíduo preocupado com o seu bem-estar, lutando no intuito de acumular bens, para agradar a Deus e, ainda, a *Igreja, englobando o Estado, desapareceu como uma instituição holística. Ela, segundo a visão de Dumont, tornou-se uma associação composta de indivíduos*<sup>139</sup>, reforçando a idéia de que dependia unicamente do comportamento na vida mundana o acesso a Deus.

Nesse contexto, com o surgimento do indivíduo em oposição à sociedade, se estruturou a igualdade e se desenvolveram as teorias contratualistas<sup>140</sup>, a partir do movimento iluminista, culminando com a Revolução Francesa que teve como bandeira os ideais de igualdade do Estado Liberal, como se observará adiante.

Sob a ótica política, a mudança de ângulo do contratualismo liberal transforma a gênese do Estado Absoluto, atribuindo o surgimento da sociedade e do Estado também por meio da cedência de uma parcela da liberdade de cada indivíduo, aceitando, estes, entretanto, um governante justo e dissociado do direito

---

<sup>139</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*, p. 38.

<sup>140</sup> A perspectiva contratualista, portanto, fornece solo fértil ao pensamento garantista, visto que assentada na limitação dos poderes pela legalidade: a tutela dos direitos do homem contra os poderes privados com a negação do estado de natureza e a opção pelo estado civil; a proteção dos direitos do cidadão contra o abuso dos poderes públicos, desde uma perspectiva limitadora do exercício da violência estatal. (CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 32.)

divino. Na mesma linha, reivindica-se, forte no contrato social, uma Constituição,<sup>141</sup> na tentativa burguesa de substituir um *Estado de Polícia por um Estado de Direito*.<sup>142</sup>

Conforme Streck e Bolzan de Moraes<sup>143</sup>,

O contratualismo tem no seu cerne a idéia de indivíduo, (...). O consentimento era dado pelo indivíduo, sendo que o último aprofunda-o, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com suas invocações anteriores.

Nessa linha, a passagem do estado de natureza para o estado civil representaria a transferência do poder privado ao poder público, designando a saída da barbárie e a opção pela civilidade.<sup>144</sup> Assim, houve, efetivamente, uma limitação da autoridade, bem como uma divisão da autoridade, sendo que o governo popular se formula a partir do sufrágio e da representação restritos a cidadãos prósperos.<sup>145</sup> Com isso, há a consolidação de conquistas liberais, tais como: liberdades, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, etc.<sup>146</sup>

A ascensão da razão encontrou forte contestação no modelo inquisitorial (e do Estado Absoluto), dado sua autonomia (bem como a autonomia do poder político)

<sup>141</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49.

<sup>142</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 20. Ressaltou Gomes Canotilho (*Estado de direito*, p. 11) que o *Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito. Estado de não direito, pelo contrário, será aquele em que o poder político se proclama desvinculado delimites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito*.

<sup>143</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>144</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 31.

<sup>145</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Op. cit.*, p. 50.

face à lei divina e ao poder religioso, conduzindo a um rompimento *entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção da(s) ciência(s).*<sup>147</sup> Procurava-se, assim, a *distinção entre a justiça divina e a justiça humana, pugnando pela soberania popular contra o absolutismo medieval, pelos direitos e garantias individuais contra o Estado totalitário do Direito Divino.*<sup>148</sup>

Tal processo, denominado secularização, produziu a ruptura entre a cultura eclesiástica e as instituições jurídico-políticas. No campo jurídico-político, a secularização redundou na racionalização do sistema constitucional-penal, voltado agora para o ser humano (centro do sistema), de tal sorte que as declarações de direitos do período iluminista — com destaque para as Declarações Francesa, de 1789, e Americana, de 1776 — germinaram os direitos humanos liberais de primeira geração (direitos naturais); direitos estes de natural oposição à opressão estatal.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Idem, p. 51.

<sup>147</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, p. 5.

<sup>148</sup> LYRA, Roberto. “História do direito penal”. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (14), Rio de Janeiro: Forense, p. 07-19, set.-nov. 1979, p. 10.

<sup>149</sup> Segundo Fabio Konder COMPARATO (*A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 33), *a proto-história dos direitos humanos começa na Baixa Idade Média, mais exatamente na passagem do século XII ao século XIII. Não se trata, ainda, de uma afirmação de direitos inerentes à própria condição humana, mas sim do início do movimento para a instituição de limites ao poder dos governantes, o que representou uma grande novidade histórica. Foi o primeiro passo em direção a acolhimento generalizado da idéia de que havia direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social — clero, nobreza e povo — no qual eles se encontrassem.* Conforme Paulo BONAVIDES (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 517), *os direitos humanos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.* Hodiernamente, propôs Luigi FERRAJOLI (*Derechos y garantías: la Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta S/A, 1999, p. 37) *una definición teórica puramente formal o estructural de derechos fundamentales: son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos encunto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto*

### 3.3 O PAPEL DO DIREITO PENAL COMO PROTETOR DOS INDIVÍDUOS CONTRA O PODER DO ESTADO

A separação entre Estado e Igreja, Direito e Religião, possibilitou o desenvolvimento de direitos individuais, traduzindo-se na proteção dos cidadãos contra o arbítrio do Estado.

No momento em que se concentram as teorias jurídicas na formulação dos direitos fundamentais, a partir da formação do direito apartado da influência de fatores religiosos (esclarecendo a confusão medieval entre crime e pecado) é que se torna possível o desenvolvimento de um sistema jurídico baseado na garantia de direitos do cidadão contra o Estado.

Assim, com base nesses conceitos, o iluminismo criou a possibilidade do desenvolvimento de um sistema baseado na igualdade, pois, no dizer de Elbert<sup>150</sup>:

Sabemos que a Ilustração foi um fabuloso movimento cultural do século XVIII, com epicentro na França republicana, que laicizou o sistema político, eliminando a monarquia, gerando os sistemas constitucionais ainda vigentes, que colocam o cidadão no centro do sistema, considerando que o princípio da igualdade abarca a todos os habitantes de uma nação, fixando-lhes idênticos direitos e possibilidades.

A partir, então, do Iluminismo, com a separação entre o jurídico e o religioso, é que se tornou possível o desenvolvimento de um direito penal voltado para a

---

*por una norma jurídica; y por 'status' la condición de un sujeto, prevista a sí mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*

<sup>150</sup> ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminología*. Traduzido por Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003, p. 29.

proteção do indivíduo, o que justifica a importância do estudo da secularização como fundamento para o garantismo.

Ainda, o modelo garantista — de limitação ao arbítrio do poder estatal através da racionalidade e previsibilidade —, elaborado por Ferrajoli, possui estruturação em dez princípios latinos que significam *condições restritivas do arbítrio legislativo ou do erro judiciário*,<sup>151</sup> quais sejam: *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine lege, nulla lex (poenalis) sine necessitate, nulla necessitate sine injuria, nulla injuria sine actione, nulla actio sine culpa, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*.<sup>152</sup>

Bem verdade que os princípios de Direito já faziam parte dos ordenamentos jurídicos modernos. Porém, o que propõe este sistema de garantias é que os princípios deixem de ser acessórios, passando a ocupar o centro do direito. Como bem referiu Andrés Ibáñez<sup>153</sup>, *cierto es que el derecho no se reduce a una garantía. Pero no lo es menos que no cabe hablar de derechos tomados “en serio” sin garantías en serio*. Caso contrário, os princípios (garantias) existiriam apenas dentro do ordenamento jurídico interno, se esgotando dentro do próprio processo.

Ademais, como apontaram Carvalho e Carvalho,<sup>154</sup>

<sup>151</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*, p. 25.

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 93.

<sup>153</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Garantismo y proceso penal”, p. 45-61. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*(02). Granada: Universidad de Granada, 1999, p. 49.

<sup>154</sup> CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 26.

A cadeia de aforismas possibilita ao operador do direito uma principiologia adequada para legitimação/deslegitimação de toda atuação penal, fornecendo mecanismo de avaliação da norma penal, da teoria do delito e da teoria da pena, bem como da teoria processual penal.

Estes princípios, ordenados e conectados, definem o modelo garantista de Direito Penal, isto é, correspondem às “regras do jogo” do Direito Penal no interior dos Estados Democráticos de Direito.<sup>155</sup>

Ademais, como indicaram Carvalho e Carvalho, as tipologias servem para a explicação do funcionamento do sistema de controle social quanto à sua (ir)racionalidade.<sup>156</sup>

### **3.3.1 A consolidação do garantismo: o direito penal (mínimo) laico e os direitos fundamentais**

O Direito Penal mínimo, projetado por Ferrajoli, tem como finalidade a proteção do mais débil ante o mais forte (Estado). Essa guarida está consubstanciada nos direitos humanos, que constituem o limite e o objeto da formação da teoria garantista. Nessa realidade, indica Carvalho<sup>157</sup>:

o paradigma garantista assume como única justificativa do direito penal a sua função de lei do mais fraco, em alternativa a lei do mais forte que vigoraria na sua ausência: não, portanto, genericamente, a defesa da sociedade, mas a defesa do mais fraco, que no momento do crime é a parte

<sup>155</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 93.

<sup>156</sup> Caracterizam, pois, a) estruturas minimalistas ou maximalistas, quanto à elaboração normativa; b) acusatória ou inquisitiva, quanto ao juízo; e, c) retributivista ou pedagógica, quanto à fundamentação e execução da pena; configuram modelos punitivos autoritários (irracionalistas) ou garantistas (racionalistas). (CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Op. cit.*, p. 26).

<sup>157</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 97.

ofendida, no momento do processo o réu, e no momento da execução penal o condenado.

Com base nisso, aos cidadãos que estiverem postos em oposição ao poder repressivo estatal (exercido por meio do Direito Penal), devem ser asseguradas condições de dignidade, ou melhor, de observância dos direitos que fundamentam o estado de direito, quais sejam, os direitos fundamentais.

Ainda seguindo essa linha, a importância da proteção dos direitos humanos<sup>158</sup> se traduz no ideal democrático, o que os torna de todas as formas intangíveis, não se podendo fazer qualquer concessão ou relativização da sua proteção, uma vez que, em sendo afrouxada a sua proteção, se põe em risco o próprio Estado democrático de direito. Esses direitos fundamentais são inerentes a todos os seres humanos e a sua base é expressada pela igualdade jurídica.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Como asseverou Bolzan de Moraes (*As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64), os direitos humanos surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes jurídico-político-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade humana.

<sup>159</sup> FERRAJOLI, Luigi et all. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 21. Por fim, importante destacar a noção de momento transacional que atravessa o país, operado pela transição de paradigmas. Nesse sentido, STRECK e COPETTI (“O Direito Penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988”, p. 255-96. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 257): “quando falamos de uma possível transição paradigmática do modelo penal brasileiro, referimo-nos ao fato de que este ramo do ordenamento jurídico nacional não encontrou uma fórmula de estabilização tal qual, por exemplo, já construiu os Estados Unidos. Diferentemente desse país que historicamente tem uma tradição penal que privilegiou modelos de direito penal máximo, o Brasil possui um modelo híbrido que se amplia continuamente em relação à criminalização de condutas violadoras de bens das mais variadas espécies, caminhando nesse aspecto para um modelo bastante repressor, mas que adota soluções em termos de penalização em sentido totalmente oposto. Assim, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de crime uma série de ações e omissões que atingem a coletividade, cria alternativas penais à pena de reclusão que sustentam normativamente depois do discurso da impunidade”.

Com fulcro nesse aspecto, em relação aos direitos fundamentais, Gomes Canotilho, indica que constituem o elemento fundante em vista do seu caráter de direito superior constitutivo de nossa identidade jurídico-cultural.<sup>160</sup>

A filosofia política que serve de base para o Sistema Garantista, no que se refere à teoria do Direito, o identifica como base da democracia substancial,<sup>161</sup> ou seja, em uma meta-teoria que identifica o estado de direito dotado, em nome da democracia substancial, de garantias efetivas, tanto liberais como sociais.<sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias”, p. 793-814. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. (Volume Comemorativo), p. 798. Não se desconhece a influência da globalização nos direitos humanos. Nesse sentido, referiu Kondorosi (“Los derechos del hombre en un mundo globalizado”, p. 85-96. In: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (38/39). Valência: Universidad de Valência, 2002, p. 96): *En el proceso particularmente complejo de la globalización, el desarrollo de los derechos humanos ha estado expuesto a numerosas influencias, a la vez que los derechos humanos en sí también han tenido un efecto importante sobre la globalización. Al hacerse más intensa la cooperación internacional, los derechos humanos se convirtieron en objeto de reglamentación internacional, formándose así numerosos derechos humanos como respuesta a los desafíos de la globalización, al tiempo que por su parte el movimiento universal en pro de los derechos humanos fortalecía la globalización. Sin embargo la globalización ha influido de manera negativa en varios terrenos por lo que hace al prevalecimiento de los derechos humanos, especialmente con la acentuación de las desigualdades. La economía globalizada ha producido numerosas violaciones de leyes a menudo fomentan las desventajas producidas por las mismas violaciones legales. Así cada vez se va propagando más la concepción que a pesar de que las violaciones de leyes no se pueden dejar sin respuesta, la eficacia de las sanciones económicas es tan limitada que siempre será preferible introducir programas que estimulen el respeto a las leyes, más que iniciativas que repriman su violación. En la lucha contra los efectos negativos de la globalización cada vez cobran más importancia los organismos de las sociedades civiles y la cooperación internacional. En esta lucha el desarrollo de la tecnología informática puede ser uno de los motores más relevantes. En suma, la globalización no es en sí misma un fenómeno ni positivo ni negativo, sino una mezcla indeterminada de éstos. La cooperación internacional tanto de parte de los Estados como de parte de las organizaciones civiles es especialmente importante para evitar efectos negativos como la contaminación ambiental o las violaciones multitudinarias de derechos humanos. En suma: la globalización puede — gracias al sistema de defensa en desarrollo de los derechos humanos — quedarse bajo control en un tiempo previsible.*

<sup>161</sup> CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. “Apontamentos iniciais acerca do Garantismo”. In: *Revista de Estudos Criminais* (01), Porto Alegre, p. 19-25, mar.-abr. 2001, p. 22.

<sup>162</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 860.

### 3.3.2 A proteção constitucional dos postulados garantistas: dimensão democrática do garantismo penal.

A universalidade dos postulados do Iluminismo Penal, destacados na primeira fase da escola clássica, foi atingida com as Declarações Americana e Francesa, que tinham profunda inspiração jusnaturalista,<sup>163</sup> reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não somente de uma casta ou estamento.<sup>164</sup>

Nessa visão, o direito é uma ferramenta que age na defesa dos direitos e garantias fundamentais que, nos Estados democráticos, constituem a base das Constituições, pois, conforme refere Ferrajoli<sup>165</sup>:

El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertir-se en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al estado y al ciudadano, haciendo de ellos dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.

O surgimento das Constituições nos ordenamentos jurídicos ocidentais traduz a inspiração garantista, trazendo a lume o comprometimento assumido na

---

<sup>163</sup> A expressão aqui empregada é aquela caracterizada por Bobbio como jusnaturalismo moderno (Locke e o *Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p.47). Nessa linha, sustenta o autor que *a superioridade do jusnaturalismo moderno sobre o medieval deve ser procurada no fato de que o primeiro se vale de um novo conceito de “razão” mais flexível e adaptado à nova concepção do lugar ocupado pelo homem no Cosmos, conseqüentemente, mais bem adaptado também a um novo conceito de “natureza” que não é mais a ordem universal estabelecida por Deus, mas tão-só o conjunto das condições de fato — ambientais, sociais, históricas — que o indivíduo precisa levar em conta para regular a sua vida em comum.*

<sup>164</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 45.

<sup>165</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 860.

Carta Política, da qual não é permitido desvincular-se<sup>166</sup>, ainda mais levando em linha de conta, como destacou Cademartori, que o constitucionalismo representa uma tentativa de superar a debilidade estrutural do âmbito jurídico, por meio do caráter jurídico e vinculante da rigidez da Constituição.<sup>167</sup>

A Constituição, como referiu Streck, é o *topos* hermenêutico conformador de todo o processo interpretativo do restante do sistema jurídico<sup>168</sup>, consistindo, pois, condição de possibilidade para a compreensão do Direito. Os textos jurídicos só são na Constituição. Só existem a partir e na Constituição.<sup>169</sup>

A proteção dos direitos fundamentais pela Constituição se traduz, assim, como fonte de deslegitimação de poder, na medida em que nada se pode opor à garantia constitucional.<sup>170</sup> Pode-se perceber, então, que a constitucionalização estabelece *um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder*

---

<sup>166</sup> Escreveu Baratta (“La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (29), São Paulo, p. 27-52, jan.-mar. 2000, p. 48) *ampliar la perspectiva del derecho penal de la Constitución en la perspectiva de una política integral de protección de derechos, significa también definir el galantismo no solamente en sentido negativo como límite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como galantismo positivo. Esto significa la respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos, también de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales).*

<sup>167</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 29.

<sup>168</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 241.

<sup>169</sup> É que, cf. Streck e Feldens (*Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 106), *parece não restar dúvidas de que a Constituição de 1988 representa uma ruptura paradigmática em nosso País. Trata-se de uma Constituição que se alinha na contemporânea tradição das constituições dirigentes e compromissárias, estabelecendo em seu texto os mecanismos aptos ao resgate das promessas da modernidade insculpidas no seu núcleo político essencial, que aponta para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito.*

<sup>170</sup> CADEMARTORI, Sérgio; XAVIER, Marcelo Coral. “Apontamentos iniciais acerca do Garantismo”. In: *Revista de Estudos Criminais* (01), p. 22.

*político: a sua própria forma de exercício — submetida ao direito, democrática, de garantia — e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais.*<sup>171</sup>

Desse modo, o elenco constitucional dos direitos fundamentais é a base do sistema garantista, no qual se estabelece a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos, com base para a formação do Direito Penal mínimo.

### **3.4 O DIREITO PENAL (MÍNIMO) LAICO E A LESIVIDADE**

#### **3.4.1 O fundamento da lesividade como limitador de poder**

A separação entre direito e moral serve como base para o empreendimento de uma tarefa de minimalização do Direito Penal, notadamente, no período, com a drástica diminuição das penas e o estudo apriorístico do crime, como ente jurídico-abstrato<sup>172</sup>.

Nesse contexto, a Escola Clássica se torna um marco na formação político-criminal e jurídica do direito penal mínimo laicizado<sup>173</sup>. Destacaram-se, nesse

---

<sup>171</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*, p. 29.

<sup>172</sup> NICANOR DE ALMEIDA, J. “A obra da escola clássica”. In: *Revista Brasileira de Criminologia e direito penal* (3 e 4). Rio de Janeiro: Forense, jul.-dez. 1954, p. 17.

<sup>173</sup> Indubitavelmente houve uma unidade ideológica e metodológica (ligadas por um estreito nexó histórico) que caracterizaram a escola clássica. Sobre o tema, ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 47 e ss.

sentido, dois autores, com suas respectivas obras: Cesare Beccaria<sup>174</sup>, com a obra *Dos delitos e das penas* e Francesco Carrara, com seu Programa do curso de Direito Criminal.

A idealização de um sistema criminal baseado na busca da minimalização das punições e da humanização das penas encontra eco nas idéias do Marquês de Beccaria cuja obra se pode considerar verdadeira luz sobre a escuridão do direito penal vigente no estado absolutista, pois marcou o ingresso dos ideais iluministas na seara do direito penal<sup>175</sup>. Tamanha foi a influência da obra de Beccaria que Faria Costa a considerou como o *Manifesto do garantismo, ou seja: como manifesto das garantias, em direito e processo penais, do cidadão nas suas relações com o Estado detentor do ius puniendi*.<sup>176</sup>

Assim, a partir dos conceitos humanitários difundidos por Beccaria desponta, fundamentalmente, a limitação punitiva, que tem como vértice garantista o princípio da lesividade.

---

<sup>174</sup> Cf. Sodré de Aragão: *Mas na história da ciência do direito penal o ano de 1764 marca uma época notável, assinala uma fase brilhante com o aparecimento da obra de valor imorredouro, intitulada Dei Delitti e delle pene, que ainda hoje não é tão-somente o monumento que imortalizou o nome do célebre pensador que a concebeu, senão também, e incontestavelmente, um verdadeiro padrão de glória nacional, do qual a Itália, muito legitimamente, pode ensoberbecer-se. É que coube ao seu autor. CÉSAR BECCARIA, a honra inexcusável de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana por que, naqueles tempos de opressão e barbaria, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade de seus julgadores. Ao seu espírito, altamente humanitário, repugnavam os crudelíssimos suplícios que se inventavam como meios de punição ou de mera investigação da verdade, em que, não raro, supostos criminosos passavam por todos os transe amargurados de um sofrimento atroz e horrorizante, em uma longa agonia, sem tréguas e lentamente assassina.* SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio Moniz. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 35-6.

<sup>175</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 258.

<sup>176</sup> FARIA COSTA, José de. "Ler Beccaria hoje". In: *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 91-2.

A lesividade, portanto, se estabelece a partir de uma necessária seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, no sentido de que só se punirão as condutas *lesivas* a bens de significativa relevância penal. Ainda, a lesão deve-se materializar na realidade, não se punindo as intenções como expressão da separação entre direito e moral. É que, ao pactuarem o Estado, os cidadãos não alienaram todos os seus direitos, mantendo incólume e inalienável a esfera da liberdade de pensamento e de consciência, *permanecendo o ser*, conforme Carvalho, *como núcleo inviolável, como reservas de direitos do cidadão na qual o Estado não pode interferir*.<sup>177</sup> Nesse sentido, opera-se uma ruptura entre os juízos individuais internos (moral) e externos (direito).<sup>178</sup>

Nesse curso, em respeito ao juízo individual interno (que não fora alienado no pacto) não se poderia considerar uma conduta como sendo reprovável simplesmente porque era, de alguma forma, imoral. Foi o que pontificou Ferrajoli<sup>179</sup>:

Para que puedan prohibirse y castigarse conductas, el principio utilitarista de la separación entre el derecho y la moral exige además como necesario que dañen de un modo concreto bienes jurídicos ajenos, cuya tutela es la única justificación de las leyes penales como técnicas de prevención de su lesión.

O Estado, portanto, deve abster-se de interferir, coercitivamente, na vida moral dos cidadãos, nem tampouco promover coativamente sua moralidade, senão promover sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 34.

<sup>178</sup> Idem, p. 35.

<sup>179</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 223.

<sup>180</sup> Idem, ibidem.

### 3.4.2 O princípio da lesividade como base para a crítica do direito penal

Examinando-se, então, o princípio da lesividade, pode-se extrair o significado de outro, que é o princípio da necessidade<sup>181</sup>, onde se embasa o direito penal mínimo, uma vez que a criminalização deve ser reservada à coibição apenas de comportamentos que afrontem direitos fundamentais, *pois se o direito penal responde ao único objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua “absoluta necessidade” são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias*<sup>182</sup>. É esta a lição de Luisi<sup>183</sup> ao dizer que a *condição, portanto, para a criação de um novo tipo penal é que o bem jurídico a tutelar seja de relevância superlativa para o convívio social, e que a forma em que o fato o violenta seja realmente grave*. É a conhecida (mas não aplicada, infelizmente) idéia de que o Direito Penal se deveria apresentar como a *ultima ratio*, tendo sua intervenção pertinência em situações *in extremis* da conflituosidade social. Daí porque, e nisto se deve insistir, mais e mais, as diferentes ciências humanas devem trabalhar juntas, a partir da dinamicidade transdisciplinar.

A questão referente à necessidade das proibições e o princípio da lesividade está ligada, ainda, à noção de equivalência entre o valor do bem atingido pelo delito e o valor da liberdade restringida pela pena. A efetividade do Direito Penal só é possível onde haja equilíbrio entre esses dois elementos.

---

<sup>181</sup> O primeiro critério político-criminal de intervenção mínima na esfera da teoria da lei penal advém do princípio da necessidade, representado pela fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate*. Trata-se de critério de economia que procura obstaculizar a elephantíase penal legitimando proibições somente quando absolutamente necessárias. Assim, os direitos fundamentais corresponderiam aos limites do direito penal. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 95.

<sup>182</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 466.

<sup>183</sup> LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 31.

Nessa linha, para que se possa analisar, sob o enfoque garantista, o Direito Penal contemporâneo, que — em nossa opinião — está na contramão do direito penal mínimo, é de rigor uma abordagem dos critérios através dos quais se pode efetivar uma política penal garantista.

Esses critérios — para que se determine uma maior proteção dos bens jurídicos, com um mínimo necessário de proibições e penas — são, segundo Ferrajoli<sup>184</sup>, quatro: o primeiro critério é o de que só serão penalmente relevantes os ataques a bens jurídicos fundamentais; ressaltando-se que o dano ou o perigo de dano deve ser verificável a partir das características de um comportamento concreto proibido. Esclarecendo, deve-se apenas considerar como passível de proteção penal o bem jurídico que tiver um valor maior do que aquele bem solapado pela aplicação da pena. Um segundo critério é no sentido de efetivamente exigir-se a lesividade do resultado para que se possa levar a efeito uma punição, considerando-se como essencial para a configuração do delito a concreção do dano ou do perigo ao bem jurídico tutelado. O terceiro critério para a averiguação de um direito penal garantista é o da efetividade do princípio da lesividade no sistema penal, impedindo-se o aumento dos bens jurídicos penais tutelados, devendo haver uma objetividade em sua eleição. Por fim, a derradeira questão acerca da existência de um direito penal mínimo, é a da efetividade do direito penal na proteção dos bens jurídicos protegidos em lei.

No mesmo rumo, se pode notar que o princípio da lesividade é um dos pilares de um Direito Penal imbuído de índole garantista, por restringir a tutela penal

---

<sup>184</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 466.

apenas aos bens jurídicos fundamentais<sup>185</sup>, que estejam objetiva e taxativamente descritos em lei. Outra não é a lição de Carvalho<sup>186</sup>, quando informa que:

aliado ao pressuposto da necessidade, à pauta minimalista é acrescentado o princípio da lesividade, indicando a funcionabilidade do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são percebidos como objeto do direito penal.

Ainda, ao se analisar o princípio da lesividade, é necessário que se estabeleça uma seleção dos bens jurídicos a serem tutelados, bem como que se afaste a punibilidade ou, ainda, que se descriminalize condutas que não gerem lesão àqueles bens jurídicos que receberam relevância penal.

Nesse sentido, Ferrajoli indica que o princípio da lesividade atua como uma navalha de Occam<sup>187</sup>, legitimando a retirada do âmbito penal de três classes de delitos para uma adequação a um Direito Penal mínimo.

Seguindo neste entendimento, o autor salienta que se deveria efetivar a retirada do círculo do direito penal os delitos de bagatela — por não justificarem o processo, nem, muito menos, a pena — despenalizando-se as contravenções penais e os delitos punidos com pena de multa, ou ainda os punidos com pena pecuniária alternativamente à pena privativa de liberdade<sup>188</sup>. Outro “corte” a ser feito seria o de crimes com bens jurídico indefinidos ou de difícil definição e, em terceiro lugar,

<sup>185</sup> CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 34. *O bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação, diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.*

<sup>186</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*, p. 95.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 477.

deveriam ser eliminados os delitos de perigo abstrato. Todas estas reformas seriam alicerçadas e orientadas pelo princípio da lesividade.

Com efeito, Batista<sup>189</sup> refere que o princípio da lesividade apresenta quatro funções, quais sejam: primeira “proibir a incriminação de uma atitude interna. As *idéias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal*” Dessa forma, evidencia-se, mais uma vez a radical separação entre Direito e moral que deve nortear o Direito Penal, ao impedir que o sujeito seja punido por pensamentos e idéias. Daí a exigência da exterioridade da ação para que haja uma reprovação penal.

A segunda função do referido princípio é a de “proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor”<sup>190</sup>, impedindo a punição e a criminalização de atos preparatórios.

Seguindo, ainda, a lição de BATISTA, a terceira função da lesividade no direito penal é “proibir a incriminação de simples estados existenciais”<sup>191</sup>, norteadando o Direito Penal do fato e eliminando-se a possibilidade da criação de um Direito Penal do autor. Por fim, o princípio da lesividade tem por objetivo afastar a “incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico”<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> Idem, ibidem.

<sup>189</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 92-4.

<sup>190</sup> Idem, p. 92.

<sup>191</sup> Idem, p. 93.

<sup>192</sup> Idem, p. 94.

Partindo-se daí, na formação de um Direito Penal efetivo com base na lesividade do resultado, é imprescindível que se traga à luz uma definição clara do que é bem jurídico. Dessa forma, só podem ser bens jurídicos aqueles objetos que o ser humano precisa para a sua livre auto-realização; devemos, pois, atentar, em uma análise dos bens jurídicos defendidos pelo direito penal, para o que realmente é importante para o ser humano, uma vez que determinados objetos se convertem em bens jurídicos, portanto, na medida em que estão dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do ser humano.

É de se salientar, ainda, que o princípio da lesividade orienta o Direito Penal em dois momentos, como nos ensina Palazzo<sup>193</sup>: a) no processo legislativo o referido princípio tem a função de *impedir o legislador de configurar tipos penais que já haviam sido construídos, in abstracto, como fatos indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais, já foram consagrados como “inofensivos”*; b) na aplicação da norma, o princípio da lesividade deve *comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.*

Por tudo isto, é que o Direito Penal deve-se centrar em princípios orientadores — como o da lesividade do resultado — para que, a partir da efetiva defesa dos mais fracos (a vítima, o réu e o condenado), através de uma orientação garantista que minimalize os bens jurídicos penais, sejam mantidos apenas os delitos que protejam os direitos fundamentais ao convívio em sociedade.

### 3.5 INCOMPATIBILIDADE DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA COM O SISTEMA GARANTISTA

Nesse curso, a existência da presunção de violência por motivo etário não se sustenta em contraposição aos ditames garantistas delineados pelo princípio da lesividade, uma vez que não há qualquer ameaça ou lesão a direito quando se pratica uma relação sexual com uma menor de catorze anos.

Dessa forma, a presunção de violência por motivo etário deve ser analisada sob a ótica do Direito Penal democrático, como violação ao axioma *nullum crimen sine iniuria*<sup>194</sup>, o qual se liga aos preceitos básicos do sistema garantista. Assim, com o estabelecimento da presunção de violência, o crime se considera praticado independentemente da ocorrência de qualquer lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado, no caso a liberdade sexual<sup>195</sup>.

A norma penal do art. 224, a, do Código Penal, considera praticado um delito que sequer viola um bem jurídico, o que a transforma em um instituto inteiramente antigarantista, confrontando-se com os preceitos do princípio da lesividade.

---

<sup>193</sup> PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e direito penal*. Traduzido por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 80.

<sup>194</sup> “A natureza *lesiva* do resultado (do evento) é limitação atrelada, como diz Luigi Ferrajoli, 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). Sistemáticamente, o *nullum crimen sine iniuria* integra o conceito de fato típico (e, em conseqüência, da antijuridicidade “penal”, que não existe sem aquele). Do ponto de vista puramente *formal* afirmamos que a ilicitude (antijuridicidade) é a contradição da conduta com o ordenamento jurídico.” GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*, p. 124.

<sup>195</sup> “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 violento (em agressão sexual). No art. 224 do CP o que o legislador presume é exatamente essa lesão ou ofensa ao bem jurídico. Ela não deriva da conduta do agente.” Idem, p. 125.

Outro ponto que revela o contraste entre a violência ficta, determinada pela falta de maturidade da vítima, com a lesividade é o que se refere à necessidade das proibições, uma vez que se pune uma ação que não gera resultado lesivo algum, com a mesma pena, daquela praticada com a violência efetiva. Mais, esse desequilíbrio entre a proibição e a punição retira toda a efetividade – característica indissociável da norma penal – uma vez que a própria realidade social, já se determinou no sentido da existência da vida sexual das menores de catorze anos, conforme já se viu na análise empreendida no capítulo anterior.

A proteção penal estabelecida pela presunção de violência (art. 224, a, do Código Penal), conforme já visto anteriormente, tem como função evitar a prática sexual com pessoas que não tenham atingido uma idade determinada em lei<sup>196</sup>.

Na mesma proporção, esse conceito não se justifica na realidade social brasileira, uma vez que é expressivo o número de jovens que iniciam a sua vida sexual antes dos catorze anos, motivo pelo qual a fixação dessa idade para o início das atividades sexuais só se mantém apoiada em conceitos morais, revelando o caráter indeterminado da proteção estabelecida pela norma.

Com essa referência, se pode concluir que a presunção de violência é um instituto penal não secularizado, ou seja, apesar de toda a evolução do Direito Penal e do desenvolvimento da teoria garantista, se confirma, ainda uma vez, que o

---

<sup>196</sup> Essa é a situação explicitada no primeiro capítulo do presente trabalho, inclusive quando se identifica a existência do estabelecimento de uma idade prosrita aos atos sexuais, em diversos ordenamentos jurídicos.

processo de separação entre direito e moral ainda não se concluiu no sistema penal brasileiro.

A indeterminação em relação ao bem jurídico tutelado pela presunção de violência por motivo etário se revela, inclusive, nas tentativas de adequá-las ao Direito Penal de garantias, conforme se vê:

Por outro lado, considerando que a conquista da capacidade de autodeterminação sexual é um processo dinâmico, que não se dá de forma súbita, brusca, e que pode ocorrer bem antes de um limiar etário estabelecido por lei, considerando que as referências regionais do nosso País provocam variações no que diz respeito ao momento em que os menores alcançam aptidão para consentir validamente no ato sexual; considerando a dificuldade das legislações estrangeiras encontrarem uma idade determinada que pareça a mais adequada para fixar o alcance da liberdade sexual pelo menor, havendo uma variação dos 11 aos 14 anos, de um para outro sistema penal e, muitas vezes, dentro de um mesmo sistema, conforme o momento histórico; considerando que o precoce amadurecimento e conseqüente despertar dos desejos sexuais de alguns jovens é um fato real e que deve ser respeitado, independente da opinião sobre se se trata de uma boa ou má evolução dos costumes, propomos uma norma penal de transição na tipificação de condutas atentatórias à liberdade sexual dos adolescentes maiores de 12 e menores de 14 anos de idade.”<sup>197</sup>

Consideramos que qualquer tentativa de se superar os problemas existentes entre a violência ficta determinada pela idade da vítima, não pode sobrepujar a incongruência deste instituto com o Direito Penal democrático, alicerçado no princípio da lesividade.

Da mesma forma, reforça o caráter indefinido do bem jurídico a tentativa se relativizar a presunção de violência, pois esse fato, por si só, já determina a afronta ao princípio da lesividade, uma vez que, em sendo relativa, nunca haverá certeza em

---

<sup>197</sup> CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 169-70.

relação à lesão do bem jurídico liberdade sexual, uma vez que sempre haverá incerteza quanto ao amadurecimento sexual da vítima.

Por fim, não se pode temer o abandono de justificações moralistas no âmbito do direito penal, pois, conforme Lipovetsky<sup>198</sup>:

“No domínio da sexualidade, por exemplo, os homens com mais de 25 anos declaram ter tido em média entre 12 e 14 parceiros na sua vida. Nos últimos 12 meses, homens e mulheres reconhecem ter tido, mais ou menos, um único parceiro sexual. Estamos longe da anarquia sexual! Pelo menos neste domínio, a liberdade trava a liberdade. O mundo da autonomia pós-moralista não leva à desordem sem freio dos costumes: a cultura do após-dever funciona como um “caos organizador”.

Dessa forma, nos permitimos concluir esse trabalho com a determinação de que a existência da presunção de violência por motivo etário, uma norma ultrapassada, sem qualquer apoio na realidade social e contrária ao direito penal garantista, deve ser de todas as formas combatida.

---

<sup>198</sup> LIPOVETSKY, Gilles. “Rupturas: Indivíduos segundo regras – A era do após-dever”. In: MORIN, Edgar, PRIGOGINE, Ilya e outros.. *A sociedade em busca de valores: Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 33.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve, quando do desenvolvimento da presente dissertação, várias tomadas de posição quanto às questões examinadas, de sorte que, ao final da exposição, resta reunir as respostas encontradas, destacando-se aquelas considerações tidas como mais relevantes.

1. Identificou-se a presunção de violência relacionada com a prova penal, mais especificamente com relação à prova indireta e estabeleceu-se a classificação de presunções absolutas e relativas.

2. Determinou-se a origem do instituto da presunção de violência, formulada pelos práticos, com ênfase na criação por Carpzóvio do *stuprum nec voluntarium nec violentum*.

3. Estabeleceu-se a evolução da presunção de violência no ordenamento jurídico brasileiro. A presunção de violência por motivo etário foi prevista pela primeira vez no Código Penal Republicano de 1890, estabelecendo que se presumiria a violência nos delitos sexuais, quando a vítima fosse menor de 16 anos. Já no Código Penal de 1940, vigente até a presente data, a idade da vítima foi

reduzida para 14 anos, considerando-se, na época, a precocidade do conhecimento dos fatos sexuais. Já no Anteprojeto de Reforma do Atual Código Penal, é abolida a presunção de violência, contudo, ainda se mantém o crime definido pela prática de atos sexuais com menores de 14 anos.

4. Identificou-se o bem jurídico protegido pelo estabelecimento da violência ficta por motivo etário como sendo a liberdade sexual e, ainda, se analisou o debate acerca da natureza jurídica da presunção de violência.

5. Procedeu-se à análise da presunção de violência no direito comparado, identificando-se que os mais diversos ordenamentos jurídicos prevêm a proteção dos menores com relação às relações sexuais, variando, apenas a idade determinada pela lei.

6. O surgimento da noção de adolescência se dá a partir do século XX, como uma forma de se uniformizar o amadurecimento sexual, o qual se dá de uma forma ritualizada em diferentes sociedades, a partir da análise de estudos antropológicos.

7. O amadurecimento sexual se funda em conceitos biológicos, psicológicos e sociais, o que impossibilita qualquer determinação com relação à idade em que ocorreria a maturidade sexual, motivo pelo qual não se pôde determinar um momento da vida em que se pudesse considerar maduro sexualmente um indivíduo. Por esse modo, tem-se que a determinação do amadurecimento sexual não obedece a padrões biológicos, uma vez que a maturidade biológica pode não

corresponder à maturidade psicológica para o início da vida sexual. Não podemos olvidar, que a maturidade psicológica é fortemente influenciada pela cultura de determinada sociedade, tendo como base o abandono da infância, que se dá biologicamente no período denominado de puberdade. Essa é a receita para o amadurecimento sexual: uma combinação de fatores biológicos e psicológicos regidos pela cultura da sociedade em que se encontra inserido o sujeito.

8. Com base nisso, analisou-se a presunção de violência por motivo etário em relação a dois aspectos relevantes: a) a cultura tem um papel determinante no amadurecimento sexual e b) a cultura dominante na sociedade atual não exterioriza qualquer nota de reprovabilidade em relação à idade em que as jovens ingressam no mundo das práticas ligadas à busca do prazer sexual.

9. Com base na identificação da culturalização do sexo, acarretando a sua regulação inclusive pelo direito e erigindo o descumprimento das proibições à categoria de delitos, trazendo o Direito Penal para um campo de atuação ao qual deveria ficar alheio, uma vez que a maior parte das proibições são baseadas em concepções moralistas – defrontando-se, inclusive, com o princípio da secularização implementado pela separação entre Direito e moral possibilitada pelos avanços do Iluminismo – até hoje encartadas nos códigos penais, como é o caso da violência sexual ficta em virtude da idade da vítima.

Ainda, identificamos, no próprio sistema legal brasileiro, uma enorme incongruência, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) estabelece a idade em que se separa a criança do adolescente:

Art. 2.º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

A supra-referida lei prevê a aplicação de medidas sócio-educativas para o adolescente que praticar um ato infracional, que é uma conduta descrita como crime ou contravenção penal.

Analisando-se a legislação especial aplicável aos adolescentes, ressaltou-se que as medidas sócio-educativas são nada menos do que penas, inclusive há a previsão de medida de internação, a qual em muito se assemelha à pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado.

Daí que surge a incongruência: como se pode imputar a uma pessoa menor de 14 anos a prática de um ato infracional (equiparado a um crime) e, esta mesma pessoa, não pode consentir na prática de um ato sexual por se inexperiente ou imatura? Como pode existir responsabilidade por ato infracional e inexistir a capacidade para o consentimento na prática de um ato sexual? A resposta é simples: não pode.

10. Não bastasse a incongruência da presunção de violência com o sistema garantista, no que se refere ao âmbito do Direito Penal, resta claro que não se configura na realidade fática a existência, entre os jovens menores de 14 anos, uma total – nem sequer parcial – insciência em relação aos atos sexuais e suas conseqüências.

Destacamos o papel da cultura na determinação do amadurecimento sexual e, com a análise das pesquisas realizadas com a sociedade brasileira, não há como se manter a presunção de violência nos delitos sexuais, no que se relaciona com a vítima menor de catorze anos, tendo-se por base os números apontados na pesquisa – realizada no ano de 1998 – que já demonstravam naquela época um número de mais de 40% de jovens que teriam perdido a virgindade até os catorze anos de idade.

Anteriormente à realização dessa pesquisa, já era impossível se admitir que um adolescente menor de catorze anos não pudesse consentir na prática de uma relação sexual, por sua insciência em relação às conseqüências dessa prática. Na mesma linha, a partir dos números revelados pela pesquisa do Ministério da Saúde e com base na análise do desenvolvimento dos conceitos e do período da adolescência e mais com a imprecisão da determinação psicológica do amadurecimento sexual, é cristalino o descompasso da legislação penal, no que se refere ao objeto desse trabalho – a presunção de violência por motivo etário – com a realidade social existente há vários anos.

11. Estabeleceu-se em que dimensão se embate a violência ficta, e de que forma a sua admissibilidade no cenário penal contribui para o enfraquecimento das garantias do cidadão em face do Estado. Identificou-se que o arcabouço teórico do garantismo remonta ao estudo do estabelecimento de seu marco teórico fundamental, qual seja, a separação entre o Direito e a moral, originário dos movimentos ocorridos durante a Idade das Luzes, com o fim do Estado de Polícia e o estabelecimento do Estado Liberal. Tal processo, denominado secularização,

produziu a ruptura entre a cultura eclesiástica e as instituições jurídico-políticas. No campo jurídico-político, a secularização redundou na racionalização do sistema constitucional-penal, voltado agora para o ser humano (centro do sistema), de tal sorte que as declarações de direitos do período iluminista — com destaque para as Declarações Francesa, de 1789, e Americana, de 1776 — germinaram os direitos humanos liberais de primeira geração (direitos naturais); direitos estes de natural oposição à opressão estatal.

12. Estabeleceu-se a formação de um Direito Penal mínimo, com base na proteção apenas dos direitos humanos fundamentais. Desse modo, o elenco constitucional dos direitos fundamentais é a base do sistema garantista, no qual se estabelece a eleição dos bens jurídicos a serem protegidos, com base para a formação do Direito Penal mínimo.

13. Relacionou-se o princípio da lesividade como limitador do poder estatal, no sentido de que o Estado deve abster-se de interferir, coercitivamente, na vida moral dos cidadãos, assim como de promover coativamente sua moralidade, ce... que se restrinja a promoção da segurança, impedindo que se produzam lesões entre as pessoas.

14. Finalmente, estabeleceu-se uma crítica com o entrelaçamento dos conceitos desenvolvidos em todos os capítulos do presente trabalho, apontando-se para a impossibilidade da existência da presunção de violência, por conflitar com o sistema penal garantista, particularmente, no que se refere ao princípio da lesividade, bem como da falta de justificação real para a existência dessa proteção

penal. Nesse curso, a existência da presunção de violência por motivo etário não se sustenta sendo ele contraditório aos ditames garantistas delineados pelo princípio da lesividade, uma vez que não há qualquer ameaça ou lesão a direito quando se pratica uma relação sexual com uma menor de catorze anos.

Dessa forma, a presunção de violência por motivo etário deve ser analisada sob a ótica do Direito Penal democrático, como violação ao axioma *nullum crimen sine iniuria*, o qual se liga aos preceitos básicos do sistema garantista. Assim, com o estabelecimento da presunção de violência, o crime se considera praticado independentemente da ocorrência de qualquer lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado, no caso a liberdade sexual.

A norma penal do art. 224, a, do Código Penal, considera praticado um delito que sequer viola um bem jurídico, o que a transforma em um instituto inteiramente antigarantista, confrontando-se com os preceitos do princípio da lesividade.

Outro ponto que revela o contraste entre a violência ficta, determinada pela falta de maturidade da vítima, com a lesividade é o que se refere à necessidade das proibições, uma vez que se pune uma ação que não gera resultado lesivo algum, com a mesma pena, daquela praticada com a violência efetiva. Mais, esse desequilíbrio entre a proibição e a punição retira toda a efetividade – característica indissociável da norma penal – uma vez que a própria realidade social, já se determinou no sentido da existência da vida sexual das menores de catorze anos.

A proteção penal estabelecida pela presunção de violência (art. 224, a, do Código Penal), conforme já visto anteriormente, tem como função evitar a prática sexual com pessoas que não tenham atingido uma idade determinada em lei.

Na mesma proporção, esse conceito não se justifica na realidade social brasileira, uma vez que é expressivo o número de jovens que iniciam a sua vida sexual antes dos catorze anos, motivo pelo qual a fixação dessa idade para o início das atividades sexuais só se mantém apoiada em conceitos morais, revelando o caráter indeterminado da proteção estabelecida pela norma.

Com essa referência, se pode concluir que a presunção de violência é um instituto penal não secularizado, ou seja, apesar de toda a evolução do direito penal e do desenvolvimento da teoria garantista, se confirma, ainda uma vez, que o processo de separação entre direito e moral ainda não se concluiu no sistema penal brasileiro.

A indeterminação em relação ao bem jurídico tutelado pela presunção de violência por motivo etário se revela, inclusive, nas tentativas de adequá-las ao direito penal de garantias.

Consideramos que qualquer tentativa de se superar os problemas existentes entre a violência ficta determinada pela idade da vítima, não pode sobrepujar a incongruência deste instituto com o direito penal democrático, alicerçado no princípio da lesividade. Da mesma forma, reforça o caráter indefinido do bem jurídico a tentativa de se relativizar a presunção de violência, pois esse fato, por si só, já

determina a afronta ao princípio da lesividade, uma vez que, em sendo relativa, nunca haverá certeza em relação à lesão do bem jurídico liberdade sexual, uma vez que sempre haverá incerteza quanto ao amadurecimento sexual da vítima.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais: notas e comentários aos artigos 163 a 179 do Código Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Garantismo y proceso penal”, p. 45-61. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*(02). Granada: Universidad de Granada, 1999.

ANTEPROJETO do Código Penal. *Diário Oficial da União* – I de 25 mar. 1998.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Jurídicos Editora S.A., 1981.

BARATTA, Alessandro. “La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (29), São Paulo, p. 27-52, jan.-mar. 2000

BÁRTOLI, Márcio. “A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, 1992.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BENEDICT, Ruth. *El Hombre y la Cultura*. Investigación sobre los orígenes de la civilización contemporánea. Traducción de Leon Dujovne. Buenos Aires: Sudamericana, 1939.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Ministério da Saúde, Centro Brasileiro de análise e planejamento. *Relatório final de pesquisa Comportamento Sexual da População Brasileira e Percepções sobre o HIV/AIDS*. São Paulo: CEBRAP, 2000.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_; XAVIER, Marcelo Coral. "Apontamentos iniciais acerca do Garantismo". In: *Revista de Estudos Criminais* (01), Porto Alegre, p. 19-25, mar.-abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias", p. 793-814. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. (Volume Comemorativo).

\_\_\_\_\_. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Parte especial. Colômbia: Temis, 1986. v. II, n.º 4.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor*. Curitiba: Juruá, 2004.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Pena e Garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_; CARVALHO, Amilton Bueno de. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CASTRO, Viveiros de. *Os delictos contra a honra da mulher*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936.

CHAUÍ, Marilena. *Repressão Sexual*. Essa nossa (des)conhecida. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

COELHO, Walter. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

CRESPI, Alberto; STELLA, Frederico; ZUCCALIA, Giuseppe. *Comentario breve al Codice Penale*. Padova: CEDAM, 1986.

DA MATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução à antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

DUMONT, Louis. *O Individualismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminologia*. Traduzido por Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FARIA COSTA, José de. "Ler Beccaria hoje". In: *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, v. LXXIV, p. 89-105, 1998.

FENECH, Miguel. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Barcelona: Labor S.A., 1952. 1. v.

FERRAJOLI, Luigi et all. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

\_\_\_\_\_. *Derechos y garantías: la Ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta S/A, 1999.

FLORIAN, Eugênio. *Elementos de Derecho Processual Penal*. Barcelona: Bosch, 1934.

FOUCAULT, Michel. *Historia da sexualidade I: A vontade de saber*. Traduzido por Maria Theresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. *Historia da sexualidade II: O uso dos prazeres*. 9. ed. Traduzido por Maria Theresa da Costa Albuquerque e J.A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - parte especial: arts. 213 a 359 CP*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A construção do Estado-Nação no Brasil*. A contribuição dos egressos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. *A Modernidade Portuguesa e a Reforma Pombalina de 1772*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

GOMES, Luis Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GÓMEZ, Eusebio. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1940. v. III.

GROSSI, Paolo. *Mitologia jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta, 2003.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos Crimes Sexuais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1954.

HEILBORN, Maria Luiza e outros. "Aproximações socioantropológicas sobre a gravidez na adolescência". In: *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, PPGAS, ano 8, n. 17, p. 13-45, 2002.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal: arts. 197 a 249*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII.

JENSEN, Gordon D. "Adolescent Sexuality". In: SADOCK, Benjamin J.; KAPLAN, Harold I. & FREEDMAN, Alfred M. *The sexual experience*. Baltimore: The Williams & Wilkins Company, 1976.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Derecho penal soviético*. Buenos Aires: TEA Tipografía Argentina, 1947.

KAPLAN, Harold I. & SADOCK, Benjamin J. (editors) *Comprehensive textbook of psychiatry*. 6. ed. USA, Baltimore: Williams & Wilkins, 1995.

KARAM, Maria Lúcia. "Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente". In: *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, ano 1, n. 2, 2. sem. 1996.

KONDOROSI. "Los derechos del hombre en un mundo globalizado", p. 85-96. In: *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* (38/39). Valência: Universidad de Valência, 2002.

LA VEJA, Francisco González de. *El Código Penal comentado*. 3. ed. México: Editorial Parrua, 1976.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1962. t. II.

LIDZ, Theodore. *The person: his development throughout the life cycle*. New York: Basic Books, 1968.

LIPOVETSKY, Gilles. "Rupturas: Indivíduos segundo regras – A era do após-dever". In: MORIN, Edgar, PRIGOGINE, Ilya e outros. *A sociedade em busca de valores: Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LYRA, Roberto. "História do direito penal". In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* (14), Rio de Janeiro: Forense, p. 07-19, set.-nov. 1979.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Traduzido por Waleska Giroto Silverberg. São Paulo: Conan, 1995. v. I.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2001.

MANZINI, Vincenzo. *Diritto penale italiano*. Milano, Torino: Fratelli Bocco Editori, 1915. v. VI.

MCCARY, James Leslie. *Human sexuality*. Physiological and psychological factors of sexual behavior. New York: D. Van Nostrand Company inc., 1967.

MEAD, Margaret. *Sexo e temperamento*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MIGLINO, Arnaldo. "Brevi Riflessioni sul significato del garantismo (com riferimento a vicende italiane degli anni 1988-1994)". In: RODRIGUES, Horácio W. *Lições alternativas de processo*. São Paulo: Acadêmica, 1995.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NICANOR DE ALMEIDA, J. "A obra da escola clássica". In: *Revista Brasileira de Criminologia e direito penal* (3 e 4). Rio de Janeiro: Forense, jul.-dez. 1954.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Direito penal*. Dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981. v. 3.

OLIVEIRA, José de Alcântara Machado de. *Projeto do Código Criminal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e direito penal*. Traduzido por Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. III.

RIETH, Flávia. "A iniciação sexual na juventude de mulheres e homens". In: KNAUTH, Daniela Riva; VÍCTORA, Ceres Gomes (org.). *Horizontes Antropológicos: Sexualidade e AIDS*. Porto Alegre: PPGAS, Ano 8, n. 17, p. 78-91, 2002.

RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria Rodriguez. *Derecho penal español - parte especial*. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIQUEIRA, Galdino. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: José Konfino, 1947. t. III.

SODRÉ DE ARAGÃO, Antônio Moniz. *As três escolas penais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

STF, 28 Turma, HC 73.662-9/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 21.05.1996, DJU 20.09.1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_; COPETTI, André Leonardo. "O Direito Penal e os influxos legislativos pós-constituição de 1988", p. 255-96. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

\_\_\_\_\_; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TITIEV, Mischa. *Introdução à antropologia cultural*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1963.

URUGUAI. *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*. Anotado y concordado por Adela Rita e Ofelia Grezzi. 2. ed. actualizada. [s.l.]: FCU, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.