

Violência presumida pela idade da vítima nos crimes sexuais

Lauro Tavares da Silva

Promotor de Justiça de 1.ª Entrância, titular da Comarca do Careiro Castanho.

O tema da presunção de violência nos crimes sexuais tem gerado ampla discussão jurídica, com divergências doutrinárias e jurisprudenciais, estas com mais ênfase, especialmente por envolver como sujeito passivo crianças e adolescentes, agravado atualmente pelo espantoso crescimento da prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor contra vítimas não maiores de catorze anos, como demonstram as pesquisas recentemente publicadas na imprensa de todo país.

Especificamente, em nosso Estado, o aumento da criminalidade dos crimes sexuais onde figuram como vítimas menores de idade, também tem crescido de forma vertiginosa, como demonstra a matéria intitulada “Programa combate abuso sexual”, veiculada no jornal *A Crítica*, página c6 do caderno Cidade, do dia 24 de abril corrente, onde informa que: *desde agosto de 2001 até março deste ano, aproximadamente 250 crianças com idade entre 11 e 14 anos, sofreram violência sexual, a maioria meninas, segundo registro do programa sentinela (...) segundo a coordenadora do programa a violência sexual começa em casa. A situação piora por que a maioria dos casos detectados acontece no ambiente doméstico no ‘seio da família’ cometidas por pais, padrastos, tios e primos.*

Apesar da constatação dessa triste realidade, vislumbra-se, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, uma tendência em crescimento de considerar inconstitucional a presunção de violência prevista no art. 224, do Código Penal, ante o princípio constitucional da presunção de inocência. Seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista político-social, nos parece que tal interpretação jurídica não merece ser acolhida, como pretendemos mostrar através do presente estudo.

Da presunção de violência nos crimes sexuais

É necessário, para termos uma melhor visão sobre o tema, estudarmos inicialmente a origem da presunção de violência, ressaltando seu conceito, sua natureza jurídica, suas peculiaridades, até chegarmos a atual redação do art. 224, do Código Penal.

Como mostra o item de número 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, o art. 224, sofreu substancial mudança em sua redação, em comparação com o Código Penal de 1890, especialmente quanto a idade da vítima que foi diminuída de 16 para 14 anos de idade, sob o argumento de atender à evidência de um fato social contemporâneo para época, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. Além dessa significativa alteração, foram incluídas mais duas hipóteses de presunção de violência, sendo a primeira relacionada à pessoa alienada ou débil mental, quando o agente conhece tal circunstância, e a segunda quando a vítima não pode, por qualquer outro motivo, causado ou não pelo agente, oferecer resistência.

Com as alterações sofridas, ampliando os casos de presunção de violência, a atual redação do art. 224 do Estatuto Penal, ficou assim redigida:

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

O fundamento da ficção legal de violência descrita na primeira hipótese, quando a vítima não é maior de quatorze anos, é a *innocentia consili* 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.

A razão das demais hipóteses de presunção de violência, quais sejam, de ser a vítima alienada ou débil mental ou de não poder, por qualquer outra causa oferecer resistência, reside no fato de que também nesses casos há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem est ratio legis, eadem debet esse legis dispositio* (onde a razão da lei é a

mesma, igual deve ser a disposição da lei). Assim, se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com maior razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou a incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas, como doenças graves ou de especiais condições físicas, quando fica tolhido, por exemplo, de certos movimentos.

Como ensinava o grande Néelson Hungria *in Comentários ao Código Penal*. 5.^a Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. VIII, p. 225: *fiel a um tradicional critério jurídico-penal, que remonta a Carpsóvio, o Código presume ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido.*

Dessa forma, para a lei, pelo menos nas hipóteses de menoridade e debilidade mental, a presunção de violência funda-se numa ficção jurídica (*fictio iuris*), onde a vítima, por ser menor de idade ou débil mental, não tem capacidade de consentir ou não pode fazê-lo validamente. Logo, nesses casos, embora não exista violência real em qualquer de suas formas, seja na de *vis corpori illata* (violência física), seja na modalidade *vis animo illata* (violência moral ou grave ameaça), a mesma é presumida pela lei nas hipóteses que especifica.

Portanto, visando tutelar penalmente o bem jurídico liberdade sexual das pessoas que se encontram na situação descrita no susomencionado art. 224, adotou-se no Brasil o sistema da presunção de violência, diferentemente de outros países como Alemanha e Itália, onde não se presume, e sim se considera crime, por exemplo, manter relações com menores de 14 anos.

Da natureza da presunção de violência: relativa ou absoluta?

Questão de maior importância que tem levado a doutrina e mais especialmente a jurisprudência a longos e necessários debates, com conclusões divergentes e antagônicas entre si, diz respeito à natureza da presunção de violência, ou seja, se a mesma é relativa ou absoluta.

Para uns, a presunção legal de violência é de natureza absoluta, nada podendo removê-la, impedindo-se assim, qualquer valoração

judicial sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima ou da análise concreta de casos de exclusão da culpabilidade, como por exemplo, o erro de tipo ou erro de proibição, previstos nos artigos 20 e 21 do Código Penal, respectivamente, pois, para os defensores dessa corrente, a falta de consentimento *válido* é a essencial circunstância que confere ao artigo 224, a presunção *iuris et de iure*, buscada para ter-se como se real fosse a violência presumida.

O argumento principal dos seguidores dessa tese, reside no fato de que o juiz não está autorizado a rever ou questionar a idade (catorze anos) estabelecida pelo legislador, impedindo-se assim, qualquer valoração do magistrado sobre eventual capacidade concreta de consentir da vítima. Nem mesmo o consentimento da ofendida e sua experiência sexual anterior não desconstituem a tipicidade do fato criminoso, pois para seus defensores, mesmo que leviana, ainda que apresente liberdade de costumes, a menor merece toda a proteção da Lei, entendendo que a leviandade de uma menor de catorze anos não autoriza ninguém a dela se aproveitar, satisfazendo seus instintos sexuais.

A referida corrente restringe-se a uma interpretação literal da norma jurídica, podendo ser sintetizada da seguinte forma:

- a) a presunção não cede pelo fato da vítima não mais ser virgem;
- b) a complacência física da vítima, aparentado mais idade não descaracteriza a presunção de violência;
- c) o que faz presumir a violência não é a presunção de inocência da vítima, e sim a ausência de consentimento válido;
- d) é irrelevante para caracterizar a presunção de violência a iniciativa da vítima para o ato sexual.

Para outros, a presunção de violência contida no art. 224 é de natureza relativa, ou seja, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário, extensiva a todas as hipóteses previstas na retroreferida norma legal, para autorizar, excepcionalmente, a absolvição do acusado.

Como ensina Júlio Fabbrini Mirabete, *in Manual de Direito Penal*, 10.^a Ed., São Paulo: Atlas, 1996, v. 2, p. 470: *as outras duas alíneas ('b' e 'c') tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea 'a'; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais*

protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada a expressão 'não se admitindo prova em sentido contrário', que caracteriza a presunção absoluta.

Da mesma opinião, no âmbito doutrinário, são os ilustres Magalhães Noronha, in *Direito Penal*, 13.^a Ed., São Paulo: Saraiva, 1980, v. 3, p. 228 e 230, Néelson Hungria, in *Comentários ao Código Penal*, v. 8, p. 223, Damásio E. de Jesus, in *Código Penal Anotado*, 8.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 686, Celso Delmanto, in *Código Penal Comentado, atualizado por Roberto Delmanto e Outros*, 5.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 430 ss, Paulo José da Costa Júnior, in *Direito Penal Objetivo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 466.

Para esses renomados autores, a questão do caráter absoluto ou relativo da presunção de violência já perdeu a relevância que no passado lhe era emprestada, sendo certo para eles que a doutrina e a jurisprudência já se pacificaram no sentido de apresentá-la como presunção relativa, pois a pressão exercida pela realidade social foi de tal ordem que o entendimento contrário foi abrandado para dar lugar ao entendimento no sentido de que, quando ocorrer erro plenamente justificado do agente quanto à idade da vítima em virtude de sua compleição física, por exemplo, deve ser desconsiderada a presunção.

Divergindo do entendimento dos defensores da natureza absoluta, entendem que já não se concebe que o magistrado interprete os textos legais sem nenhuma preocupação constitucional, ressaltando a queda dos mitos defendidos por Rousseau de ser a lei sempre a expressão da vontade geral ou de ser a mesma nunca injusta. Para eles, o legalismo exacerbado matou o positivismo formalista, tendo hoje primazia os princípios gerais do Direito, com postulados éticos de justiça que regulam todas as instituições jurídicas.

Seus defensores baseiam seus argumentos basicamente nos seguintes desdobramentos:

- a) a presunção só cede em vista de erro plenamente justificável, pois, se age na dúvida, há dolo eventual;

- b) a presunção de violência não subsiste se a vítima aparentar mais idade, escondendo a verdadeira e tomando a iniciativa de realizar o ato sexual;
- c) a presunção cede se a vítima já havia mantido outras relações;
- d) a presunção cai se vivia em regime de concubinato com o acusado, com o consentimento dos pais;
- e) na dúvida, não incide a presunção.

Embora a maioria dos doutrinadores defendam a tese da natureza relativa da presunção de violência contida no art. 224, do Código Penal, a questão ainda não possui um parâmetro seguro para definir quando a mesma incide ou não, como se observa nas explicações, em obras já citadas, de Damásio de Jesus e Júlio F. Mirabete, respectivamente abaixo transcritos:

a presunção de violência no caso de a vítima não ser maior de quatorze anos, é relativa, cedendo na hipótese de o agente incidir em erro quanto à idade desta, erro plenamente justificável pelas circunstâncias. Exs.: meretriz de porta aberta, certidão falsa de nascimento apresentada pela vítima, aparência de maior de idade pelo aspecto físico, etc. e conclui, Se o agente estiver na dúvida quanto à idade da vítima, incidirá o art. 224, "a", do CP, sendo presumida a violência...

“não se caracteriza o crime, quando a menor de quatorze anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despuradora e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando menor não é mais virgem, fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes”.

Como se pode observar, os argumentos que fundamentam a relatividade da presunção do art. 224, do Código Penal, são por demais subjetivos para garantirem uma segurança jurídica que se deseja.

Exemplo claro e polêmico do entendimento acima exposto foi dado pelo atual presidente de nossa Corte Maior, o ministro Marco

Aurélio de Melo, através do julgamento do HC 73.662-MG – 2.^a Turma – j. 21.05.96, onde em um trecho de seu extenso voto, ao fundamentar seu pensamento no sentido de que a violência presumida, concernente a idade da vítima, prevista no art. 224, ‘a’, do Código Penal, é de natureza relativa, deixou consignado o seguinte:

[...] No mérito, tem-se que, nos crimes de estupro, o depoimento da vítima exsurge com inegável importância. [...] A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. [...] Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. [...] de qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou panteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido depoimento e era de conhecimento público [...].

Com a entrada em vigor da Lei n.º 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, a corrente defensora da natureza relativa da presunção de violência ganhou mais força, devido à distinção legal entre criança (pessoa até doze anos incompleto) e adolescente (pessoa entre doze e dezoito anos de idade), podendo ambos praticar *ato infracional*, sendo aos primeiros aplicadas medidas de proteção (art. 101, do ECA) e ao segundo as medidas socioeducativas (art. 112 ss. do ECA).

O reconhecimento legal de que o adolescente entre doze e dezoito anos de idade está sujeito a medidas socioeducativas, é, para os defensores da natureza relativa, prova de que o legislador viu no mesmo, capacidade de discernimento e compreensão. Portanto, se o adolescente tem capacidade de decisão, sujeitando-se a medida socioeducativa pela prática de ato infracional, não seria lógico dizer que ainda subsiste, nos dias atuais, a presunção legal do art. 224, “a”, do CP, de que o menor de catorze anos não tem capacidade mental e ética de entender o ato sexual, ou seja, não tenha capacidade de manifestar validamente sua vontade. Nesse sentido, no mínimo a pessoa com idade igual ou superior há doze anos, não estaria mais tutelada pela presunção de violência prevista no art. 224, “a”, do Código Penal.

Da tese da inconstitucionalidade da presunção de violência contida no art. 224, do Código Penal.

Para uma terceira corrente, a alternativa à presunção legal de violência, seja ela relativa ou absoluta, é a sua extinção. Para seus defensores há flagrante incompatibilidade entre o Direito Penal da culpa e a existência de presunções de fato. Para eles, conduta é fato, e fato não se presume, existe ou não existe, sendo considerado inconstitucional qualquer lei penal que despreze essa lógica jurídica baseada na responsabilidade subjetiva.

Entendem que no Estado moderno, que se caracteriza por ser constitucional e democrático de direito, a lei nem sempre significa a definitiva palavra em termos de regramento da sociedade e dos direitos fundamentais, e, dentro de uma visão kelseniana, sempre que a vontade do legislador derivado (ordinário) conflita com a do constituinte

(originário), há de se prevalecer esta última, que ocupa posição de destaque superior, considerando ultrapassados os que não partem dessa premissa.

A jurisprudência pátria começa a se manifestar no sentido de firmar tal entendimento jurídico, como se observa, por exemplo, no acórdão relatado pelo ex-ministro Luiz Vicente Cernicchiaro do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Resp – Penal – Estupro – Presunção de violência – *O Direito Penal moderno é Direito Penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da Justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina), a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva (...)* (STJ – REsp 46/424-2-RO-6.^a Turma – Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – j. 14.06.1994 – v.u. – DJU 08.08.1994, P. 19.576).

É nessa esteira de pensamento que o eminente desembargador do TJSP Celso Limongi, na revisão criminal 260.3338.3/0, publicada no Boletim IBCCrim 101, ano 8, abr., 2001, Jurisprudência, p. 525 ss., assim se manifestou:

(...) Apartir desse raciocínio, pode-se aplicar à espécie o princípio do devido processo legal substancial, para a interpretação da vontade do legislador: não quis este trazer solução desarrazoável, abstrusa, pelo que a única interpretação coe-

rente seria desconsiderar a presunção da violência, para ser o réu absolvido, especialmente porque não foi prevista para a espécie pena correspondente ao grau de reprovabilidade da conduta do peticionário, obviamente mais branda.

Não se está criticando aprioristicamente a lei, mas, sim, sua aplicação hic et nunc, a mostrar a sua desarrazoabilidade. Não se perca de vista que a Constituição da República, em seu artigo 5.º, inciso LIV, estabelece que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'. Isto é, importou do Direito anglo-americano o devido processo legal substancial ou material, quando as Constituições Federais anteriores somente cogitavam do devido processo legal formal.

(...) Por fim – e para definitivamente buscar contornar os rigores da presunção de violência e da cominação mínima da pena, deixando de dar cumprimento à lei –, mister se faz trazer lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, comentando o inciso LIV do art. 5.º da Constituição da República, se refere à face substancial do devido processo legal: 'O substancial importa em que as normas aplicadas quanto ao objeto do litígio não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injusta'. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lhe cabia senão ser a voz da lei.

Na doutrina, também começa ganhar adeptos a interpretação da inconstitucionalidade do art. 224, do Código Penal, como se observa no entendimento de Alice Bianchini, que diz: *é ao Poder Legislativo que pertence a construção de um novo Direito, mas é ao Poder Judiciário que cabe a tarefa de velar pela aplicação dessas novas tendências do Direito Penal, atribuindo-lhe a pecha de inconstitucional, toda e qualquer normativa elaborada em desconsideração aos parâmetros construídos pela Carta Magna* (Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva, RT 772/455-462).

Porém, com maior ênfase, defende a inconstitucionalidade da presunção de violência, o ilustre Luiz Flávio Gomes, que entende ser a presunção legal conflitante com o princípio constitucional da pre-

sunção de inocência, na medida em que presume a violência, pois desobrigaria o acusador de comprová-la. Para ele, *a preocupação do órgão acusador, seria tão-somente comprovar a situação fática embasadora da presunção (que a vítima seja menor de catorze anos, débil mental, etc.). Caber-lhe-ia exclusivamente provar uma parte dos fatos (que é a base da presunção). A outra parte dos fatos (a violência) é dada pelo legislador. O acusador, destarte, por força da presunção legal, desobriga-se de comprovar parte dos fatos. E conclui: E essa obrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar; desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).*

Em suma, para uma significativa e respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial, a questão da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa, não tem mais importância para o ordenamento jurídico, pois a mesma não teria sido recepcionada por nossa atual Carta Fundamental, não podendo, portanto, ser aplicada em qualquer das hipóteses previstas no art. 224, do Código Penal, não tendo mais valor jurídico, por violar o Direito Penal do fato (imputação objetiva e desvalor da ação), o princípio da culpabilidade (imputação objetiva), assim como o princípio da presunção de inocência, todos estes com assento na Constituição.

Conclusão

As soluções existentes e apresentadas pelas correntes até aqui estudadas sobre presunção de violência contida no art. 224, do Código Penal, nos parecem não resolver o problema da interpretação referente a sua natureza ou de sua constitucionalidade, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista político-social, senão vejamos.

A tese da natureza absoluta da presunção legal é por demais rígida e poderia levar a injustiças flagrantes. Imaginemos uma adolescente de treze anos de idade, com precoce e robusto desenvolvimento físico, aparentando idade superior há catorze anos, já experiente na vida sexual, que se apaixona por um homem adulto e bem-intencionado, porém oculta-lhe sua verdadeira idade, e mantém livremente com o mesmo relações carnavais. Ao privilegiar a tese da natureza absoluta, seria inevitável a condenação do agente, pois o consentimento da menor é considerado inválido pela lei, porém, seria também inegável a injustiça explícita contida nesse resultado.

A corrente que entende ser essa natureza relativa, também não atende aos anseios da melhor exegese do direito, pois contraria o texto expresso da lei sob o argumento de que a mesma está ultrapassada, como acontece nos casos onde o sujeito é absolvido, mesmo quando sabia que estava mantendo relações com uma menor de catorze anos de idade, usando como fundamento o argumento de que a mesma, embora menor, já possuía experiência anterior na vida sexual.

Flexibilizar por demais a norma, sem qualquer amparo legal, representaria nesses casos contribuir para a impunidade da exploração sexual infantil, em crescimento em nosso país, pois bastaria que a infeliz vítima de tenra idade, em razão de dinheiro ou de favores outros do sujeito ativo, ou mesmo por medo de represália, afirmasse que consentira na prática da conjunção carnal, ou até mesmo que provocara o agente, para que este ficasse impune. Ou ainda, o fato de a menor já possuir experiência sexual, muitas vezes levada a prostituição para ganhar dinheiro em razão da miséria material e do abandono moral e intelectual da qual milhares são submetidas, seria suficiente para condená-la por muito tempo a toda forma de exploração sexual.

Não nos esqueçamos que a Constituição Federal impõe como dever da família, da sociedade e do *Estado*, assegurar à criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade*, entre outros, o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, CF).

Ressalte-se, ainda, que o que faz presumir a violência não é a inocência da vítima, mas sim a falta de consentimento válido, seja por

sua tenra idade ou condição que a deixe incapaz de oferecer resistência.

Assim, vislumbra-se que a interpretação da natureza relativa da presunção de inocência, também não supriu as lacunas existentes, bem como não nos traz segurança jurídica, ante sua subjetividade, ao ser aplicada em cada caso concreto.

A radical interpretação jurídica de que a presunção de violência prevista no art. 224, do Código Penal, é inconstitucional, e portanto, embora vigente, não vale, ou seja, não possui qualquer valor jurídico, também não merece ser acolhida por estar totalmente fora do contexto do ordenamento jurídico e do alcance social da norma, que também deve ser buscado pelo intérprete da lei.

Como ressaltamos na introdução do presente estudo, o crescimento quantitativo no país inteiro dos crimes sexuais contra pessoas não maiores de catorze anos de idade, tem crescido de forma alarmante, sendo na sua grande maioria praticados dentro do próprio domicílio por parentes próximos como pais, padrastos, tios, primos, etc. Não restando dúvida da gravidade de tais condutas que causam danos com conseqüências irreparáveis, os quais acompanharão a vítima por toda a vida.

Ademais, o art. 227, § 4.º, da Constituição Federal, é taxativo ao estabelecer que *A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*

Em atendimento ao mandamento constitucional, foi editada a Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que dispõe em seu art. 9.º, que *“As penas fixadas no art. 6.º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3.º, 158, § 2.º, 159, caput, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, também do Código Penal (grifei).*

Ou seja, o legislador ordinário não só reconhece implicitamente a constitucionalidade do art. 224, do Código Penal, como também considera as situações ali descritas, merecedoras de uma tutela penal ainda mais rigorosa.

A questão inclusive já foi enfrentada pela segunda turma de nossa Corte Suprema, a qual reconheceu a constitucionalidade do art. 224, e afastou a ocorrência de *bis in idem*, que vinha sendo reconhecida por outros tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. Tendo assim sido redigido o acórdão:

HABEAS CORPUS-ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR-VIOLÊNCIA PRESUMIDA-VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS-ACRÉSCIMO DE METADE DA PENA (ART. 9.º DA LEI 8.072/90)-INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* (...) 2. *A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9.º da LCH) (...) 3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não ocorrência de bis in idem. (...) (STF – 2.º Turma-HC 74780-RJ-relator min. Maurício Corrêa. 11.11.1997-v.u.- DJU de 06.02.1998, p. 3.*

O argumento de que a presunção fere o princípio constitucional da inocência não pode prevalecer, pois em nenhum momento há condenação antecipada do agente, sendo evidente que o mesmo deve ser submetido ao devido processo legal, com o mais amplo direito de defesa, princípios constitucionais que às claras não podem ser desobedecidos. Tal interpretação, como já dito, não só nega o texto da lei, como também foge de sua finalidade constitucional de proteção à criança e ao adolescente, em nada contribuindo para os gravíssimos problemas relacionados à infância e a juventude de nosso país.

É estranho, inclusive, que os defensores dessa corrente baseiem seus argumentos no fato de vivermos um tempo de liberação sexual, como se as leis e a sociedade tivessem que contribuir com fatos dessa natureza.

O argumento de que a presunção de violência é inconstitucional por contrariar o princípio da culpabilidade, também não merece ser acolhida, pois a pessoa a ser punida é o autor da conduta delituosa que se enquadra nas hipóteses previstas no art. 224, do Código Penal, que responderá concretamente pelo ato que praticou, e não outra pessoa, como querem fazer acreditar os defensores dessa corrente. Neste caso, também, a matéria já se encontra pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, como se observa no julgado abaixo transcrito:

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – ART. 224, A, DO CP
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL – A presunção de violência inscrita no art. 224, a, do CP, porque não atentatória ao direito penal da culpa, tem legitimidade constitucional (STF – HC 74.983-6 – RS – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 29.08.1997).

Em nosso entendimento, a melhor interpretação jurídica a ser dada a presunção de violência prevista no art. 224, do Código Penal, é aquela que busca a solução no próprio ordenamento jurídico que, como vimos, não é apresentada por nenhuma das correntes acima estudadas, seja a da natureza absoluta, seja da natureza relativa, ou dos que defendem a não recepção do retroreferido artigo por nossa Carta Fundamental, considerando-o inconstitucional.

A melhor solução, entendemos, está na própria lei, devendo a natureza da presunção de violência ser interpretada como de caráter relativo legal, ou seja, quando expressamente assim a lei autorize, como nos casos do erro de tipo (art. 20, *caput*, do CP), sobre a idade da vítima, por exemplo, porque o *error aetatis*, quando invencível, exclui o dolo e, conseqüentemente, o crime; ou de maneira geral, quando se esteja diante de qualquer caso de exclusão da culpabilidade ou de discriminantes putativas desde que existentes no ordenamento jurídico.

O entendimento acima exposto, diverge essencialmente da corrente relativista existente, pelo fato de esta desconsiderar a presunção de violência baseada em concepções exclusivamente moralistas, como por exemplo no mero fato de a vítima possuir experiência sexual anterior ou possuir comportamento reprovável.

Assim, entendemos que a presunção de violência continua plenamente vigente em nosso ordenamento jurídico, com amparo constitucional, e, em consequência, o ato sexual praticado com pessoa não maior de quatorze anos, quando não presente nenhuma causa de exclusão do tipo penal ou de isenção de pena, impõe ao agente a imputabilidade penal do crime de estupro, ante a presunção da violência.