

ARTIGO

Vítima menor de 14 anos e presunção de violência nos crimes contra os costumes

ROBERTO DELMANTO e
ROBERTO DELMANTO JÚNIOR

O Capítulo IV (Disposições Gerais) do Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), da Parte Especial do Código Penal, contém normas que se aplicam aos três capítulos anteriores, ou seja, aos crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216, Capítulo I), de sedução e corrupção de menores (arts. 217 e 218, Capítulo II) e de raptos (arts. 219 a 222, Capítulo III).

Uma dessas Disposições Gerais que mais tem suscitado polêmicas na doutrina e na jurisprudência é a referente à natureza absoluta ou relativa da presunção de violência, quando a vítima é menor de 14 anos, contida no art. 224, verbis: "Presume-se a violência se a vítima: a) não é maior de catorze anos (...)."

Como corolário do reconhecimento da dignidade do ser humano, é inadmissível haver pena sem culpa, bem como ser a medida da pena superior à medida da culpa (cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português*, Lisboa, Aequitas, 1993, p. 57).

Nosso legislador considera crime todo fato típico e antijurídico, condicionando, porém, a aplicação da pena à culpabilidade, que é a reprovação do agente pela contradição entre a sua vontade e a vontade da lei. Nesse sentido, o autor do crime há de ter consciência da realização do tipo penal e de sua antijuridicidade (das figuras do erro de tipo e do erro de proibição previstas no art. 20 do CP), bem como possuir discernimento para comportar-se de acordo com esse entendimento (CP, arts. 26, 27 e 28), para só então poder ser punido por ter agido dolosa ou culposamente.

Com isso, resta vedada a responsabilidade penal objetiva, que implica em punição pela simples relação causa-efeito (cf. Francesco Antolisei, *Manuale di Di-*

ritto Penale - Parte Generale, 13ª ed., atualizada por Luigi Conti, Milano, Giuffrè, 1994, p. 353).

Nesse contexto, presumir de maneira absoluta a existência de

violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontra-se em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: 1ª) pune-se com pena igual

aquele que realmente se utiliza de violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que, por exemplo, mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito; 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando-se como mulher feita, pode ter mentido a respeito.

Desta feita, buscando analisar cada caso concreto, a maior parte da jurisprudência tem entendido como relativa a presunção de violência deste art. 224, a, do CP, em casos nos quais a vítima se faz passar por mais velha, é promíscua ou já havia mantido relações com outras pessoas etc..

Todavia, esta orientação jurisprudencial, que diante da sistemática do nosso CP parecer ser a mais equilibrada, também não satisfaz. Com efeito, ao levar à absolvição do acusado, deixará este livre, inclusive, para reincidir na prática até com a mesma menor, "legitimando" a prostituição infantil. Igualmente, dá tratamento desigual à criança que "por imposição de seu destino... foi obrigada a vivenciar um contexto não condizente com sua fai-

xa etária" e àquela que por sorte encontra-se "inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta de moral" (Ivete

vel a presunção de violência, não pode o direito penal deixar de proteger os menores de 14 anos.

É por isso que o legislador deveria, com a máxima urgência, reformular não só este art. 224, mas todos os crimes sexuais previstos no CP, para adequar a antiga parte especial ao moderno direito penal, que não comporta responsabilidade objetiva.

Como recentemente fizeram os legisladores portugueses (cf. M. Maia Gonçalves, *Código Penal Português Anotado e Comentado*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 1995, pp. 621 a 653) e italiano

(ver Alberto Cadoppi, *Commentario delle "Norme Contro la Violenza Sessuale"*, Legge 15 Febbraio 1996, n° 66, Padova, Cedam, 1996, pp. 125 a 160 e 515 a 519), cada qual com suas peculiaridades, seria mister que a lei brasileira apenasse a cópula, o coito anal e os atos sexuais relevantes praticados com violência ou grave ameaça, agravando-os no caso da vítima ser menor de 14 anos, desde que o agente tivesse ciência de sua idade. E, ao mesmo tempo, punisse com pena menor, embora severa, os mesmos atos praticados com menor de 14 anos, ainda que sem violência ou grave ameaça, desde que igualmente ciente o agente dessa circunstância. ✍

Os autores são advogados criminais em São Paulo.

"O legislador deveria, com a máxima urgência, reformular não só este art. 224, mas todos os crimes sexuais previstos no CP"

M. Ribeiro Favaretto, "Violência Presumida", in *Bol. IBCCrim* n° 50, janeiro de 1997, *Caderno de Jurisprudência*, p. 175).

A nosso ver, embora inadmissível