

REFLEXÃO SOBRE O DISCURSO JURISPRUDENCIAL

Hélia Barbosa

Em 1996, o CEDECA–BA foi chamado pela Agência de Notícias dos Direitos da Infância – ANDI, a manifestar-se sobre o voto proferido nos autos do *Habeas Corpus* de 73.662-9 1 MG, da lavra de um dos excelentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por ter despertado o interesse da mídia e provocado uma polêmica nacional. Afinal, um abusador estava sendo absolvido pela Suprema Corte de Justiça porque não foi considerada a presunção de violência consignada no Código Penal Brasileiro, em favor de menores de 14 anos de idade.

A decisão do excelentíssimo Ministro Relator causou muito impacto, porque, na realidade, tratava-se de crime de ESTUPRO que ainda é pouco revelado, em razão de omissão forçada da vítima, decorrente do constrangimento a que é submetida, quando após enfrentar as barreiras do medo, suporta preconceitos, discriminações, humilhações e descréditos, que somados, constituem outra violência tão grave quanto o próprio estupro.

A polêmica travada e suscitada pelos meios de comunicação decorria, também, da linguagem utilizada, aliás muito comum nas decisões dos Tribunais no País. Foram extraídas das declarações e fundamentação do voto em análise, as seguintes referências tais como:

Uma prostitutazinha; decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove: é uma moça de 12 anos... (grifo nosso)

Aliás, é importante socializar para a opinião pública que, é muito comum expressões, desta natureza, em acórdãos dos Tribunais, a exemplo de "leviana", "promíscua", "corrompida" Quais os valores que inspiram essas qualificações?

Ainda que favorável à proteção legal, como a seguinte, registra-se idêntica expressão:

Inadmissível a impunidade do indivíduo que mantenha coito carnal com menor de 14 anos, sob alegação de ter sido por ela provocado e incitado ao ato. Mesmo que leviana, ainda que represente liberdade de costumes, a menor merece toda a proteção legal. (TJSP M- 111.990 - pág. 296, grifo nosso)

Ora, se a expressão Jurisprudência significa **ciência do Direito vista com sabedoria**, ou melhor, **o Direito aplicado com sabedoria**, poder-se-á considerar sábias essas decisões?

Segundo conta a literatura romana, o grande jurisconsulto ULPIANO¹, assim interpretava a forma como devem ser os consultores jurídicos:

Devem conhecer não somente a natureza divina, mas a natureza e o destino do homem, porque, para distinguir o justo do injusto, o moral do imoral, é preciso partir dos altos problemas filosóficos, que nos dão conhecimento das coisas divinas e humanas.

Jurisprudência significa o conhecimento das coisas divinas e humanas. Ciência do justo e do injusto. Conjunto dos princípios de Direito seguidos num país. Sendo assim, os Juízes ao decidirem desvalorizando as meninas vitimizadas pelas violências sexuais, estão refletindo o sentimento coletivo da sociedade brasileira, qual seja o **hábito** de culturalmente olhar essas pessoas como objeto do prazer, como **sem-vergonhas das ruas**.

As jurisprudências são decisões dos Tribunais acerca de sentenças judiciais que sofreram recurso. Muitas vezes os assuntos são polêmicos, tendo por isso decisões divergentes. A unanimidade no Direito é algo raro, pois a legislação quase sempre abre espaço para várias interpretações. As jurisprudências não vinculam decisões judiciais, mas

¹ SILVA, Plácido. Vocabulário Jurídico. Vols. III e IV. Pág. 34. Editora Forense. Rio de Janeiro/RJ. 1993.

servem de base para que o Magistrado possa se atualizar a respeito do pensamento dos Tribunais. Por isso é de tamanha importância².

O CONSENTIMENTO X PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Em que pese ser a disponibilidade do próprio corpo em crimes sexuais o bem jurídico protegido pela legislação penal em vigor, em que o consentimento da vítima exclui a presunção absoluta de inocência e violência, existe uma comprovada inversão de valores ao interpretar-se a conduta da vítima sem considerar as causas e razões daquela conduta que é levada e induzida à prática sexual; há sempre um agente que se deleita dos prazeres daquele *consentir* e depois defende-se com o argumento de que *acreditou sinceramente* ser a vítima maior de 14 anos, talvez para tranquilizar sua consciência de que não pôde conter o seu desejo pedófilo ou não, do sexo com um ser infante.

A certeza de que esse argumento da suposição equivocada ou erro plenamente justificado é aceito pela sociedade e garantido pela Justiça, levam o agente a ficar impune sob o manto de ser pessoa idônea, de vida regular, recebendo os benefícios das atenuantes penais e processuais ao seu dispor.

Com relação ao voto, com a *máxima vênia*, sua excelência o Relator Ministro da excelsa Corte de Justiça, seguido pela maioria dos seus pares, apesar de reafirmar que o *nosso Código Penal é anacrônico*, ao interpretá-lo buscando flexibilizar o texto normativo eivado de uma cultura não menos retrógrada, não o adequou à realidade presente e imposta por normas superiores e recentes que mereciam ser, ao menos citadas, se não aplicadas, pela Suprema Corte.

Estamos falando da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que impõe tanto para os governantes como para os aplicadores do Direito e operadores da Justiça a garantia do Interesse Superior da Criança, como versa o seu Art. 3.1:

Em todas as medidas concernentes às crianças, que tomem as instituições públicas ou privadas de bem-estar social, os tribunais, as

² DUMET, Thaís. In Texto Comentário sobre indicadores dos processos em tramitação Varas Criminais Especializadas de Salvador/BA. Arquivos CEDECA-BA.



autoridades administrativas ou órgãos legislativos, uma consideração primordial que se atenderá ao Interesse Superior da Criança.
(grifo nosso)

Com esse princípio a Convenção garante a proteção Integral às crianças e aos adolescentes até os 18 anos de idade, assegurada pela nossa Carta Magna³ e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei nº 8.069/90⁴.

Essa proteção encontra embasamento, universalmente reconhecida, na condição peculiar de pessoas em fase de desenvolvimento físico mental, moral e espiritual, ou melhor, cujo processo de maturação está em formação biopsicossocial, afetiva e intelectual, razões pelas quais são vulneráveis aos agravos sociais e sexuais e merecem Proteção Integral e Especial pela Família, Sociedade e Estado que têm o dever de colocá-los a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, na forma do disposto no Art. 227, da Constituição Federal.

Ao julgar a menina *uma moça de 12 anos* o eminente Ministro não observou a base do novo estatuto ontológico da infância e da juventude no ordenamento jurídico brasileiro, constante do Art. 6º do ECA, que deve ser levado em consideração quando o sujeito for criança ou adolescente a sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento.

O reconhecimento da peculiaridade dessa condição soma-se à condição jurídica de sujeito de direitos e à condição política de absoluta prioridade, não podendo o jurista e o aplicador de Direito, isto é, o julgador, omitir de seu juízo de valor, esses direitos especiais decorrentes desse reconhecimento imposto por lei.

Nenhum agente que pratique sexo com adolescente de 12 anos, ainda que com o *consentimento* deste, está afastado desse dever constitucional de, ao menos, respeitar essa proteção, eis que na condição de cidadão, integra à sociedade, e submete-se ao comando imperativo da norma constitucional.

³ É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Art. 227, Constituição Federal).

⁴ A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de facultar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade".

O elemento formador da sociedade é o adulto e cabe a ele garantir à criança e ao adolescente, que são indivíduos ainda em desenvolvimento. E, a garantia dessa segurança e da exigência plena dos seus direitos e deveres é que vão resultar indivíduos adultos, mais saudáveis e inseridos psicossocialmente. Assim afirmam os doutos da ciência médica e da pedagogia infanto-juvenis.

A literatura internacional sobre a matéria considera que os indivíduos acima de 17 anos têm um comportamento social muito semelhante ao do adulto, conseguindo já elaborar processo de causa e efeito em relação às suas atitudes, embora sabendo que a adolescência acaba aos 20 anos (OMS, OPAS, MS). O Estudo literário tem comprovado que o comportamento sexual é diferente nos menores de 16 anos. Aliás, essa tem sido a idade prevalente nos crimes de estupro, para configuração da presunção de violência, na maioria das legislações penais vigentes nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, ocorrendo exceções em muitos dos países da América Latina.

Em sendo assim, não se há de considerar o agente inocente ante um Consentir de um ser de conduta em formação porque só o violenta em sua natureza humana. Sim, não se pode olvidar que a relação sexual entre um adulto e uma criança ou adolescente (12 anos) representa uma TRANSGRESSÃO dos valores essenciais já que repousa sobre uma idéia de natureza, assim como sobre uma idéia de dogma.

Essa relação não pode ser percebida como algo belo ou estético, porque está associada à idéia ou de perversão ou de submissão, por isso não há justificativa de moral ou ética para esse tipo de atitude, daí ser ilegal porque fomenta um desejo unilateral, ao qual não se pode atribuir a ingenuidade do adulto, eis que o consentimento da vítima é viciado, é fantasioso. Não existe cientificamente.

*Do ponto de vista Ético (isto, como conduta ligada ao bom funcionamento do sistema social) ela não é admitida, e é reconhecida como degradante e violenta. Sua prática deixa supor que há o desejo de **TRANSGRESSÃO** dos valores essenciais da sociedade, por parte do adulto, que não pode argüir ingenuidade ou inconsciência. Enquanto impõe a idéia de que a criança/adolescente são **DOMINADOS** e que o consentimento do ato não é racionalmente obtido⁵.*

⁵ LECHNER, Franck. 1996.



De igual sorte, não se pode, também, olvidar que a vítima nessa faixa etária (12 anos) não TRANSGRIDE, porque não compreende a sexualidade tanto sobre o plano biológico como sobre o plano social e psicológico, ainda que sofra as influências da mídia e outras fontes, pela total incompreensão da relação causa e efeito que não se estabelece pela imaturidade psicológica.

Tanto assim é verdadeiro que esses seres não se PROSTITUEM porque não há escolha consciente para dirigirem-se a uma atividade marginal, porque são atirados num caminho de vida onde tudo é inútil, por falta de opção, de encaminhamento, falta de amparo social e familiar. Constata-se que a vítima considerada *moça* tinha conflitos familiares, constituidores do desvio de sua conduta e de suas carências.

É plenamente contestada a declaração de *consciência* no consentir da vítima, em Juízo, pelos especialistas ante a afirmativa que a temporalidade não se faz, isto é, o tempo é coisa abstrata, as atitudes não têm relação de causa e efeito e a possibilidade do risco não existe. Aliás, são declarações da vítima – ... *não tem medo de pegar AIDS, nem de engravidar porque se tiver filho o criará.* NÃO HÁ MEDO! NÃO HÁ MALÍCIA!

Em face tais considerações não se podia aceitar, sem indignação, *data vênia* a discriminante putativa⁶ concedida ao agente decorrente da alegada suposição equivocada que justificou plenamente o seu erro, pelas circunstâncias, que foram consideradas excludentes da ilicitude e, como consequência, foi isentado de qualquer penalidade – absolvido! por ter tido *a nítida impressão de que a moça tinha mais de 14 anos.*

Ocorre que, ao acolher essa justificativa o excelentíssimo Relator mais uma vez se equivocara quando inocentou o agente que teve o seu comportamento enquadrado como delitivo porque submetido à tríplice ordem de valoração: *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*, estabelecida pela norma penal.

Sim, ao praticar o ato sexual com a menor, o Acusado tinha a consciência plena da ação a qual tinha vontade, previsão e conhecimento de que praticava, naquele instante, conduta proibida, tanto que escolhera local isolado para consecução do ato e insistira mediante carícias, às quais a vítima

⁶ Art. 20, § 1º do Código Penal – É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

cedera por ser esta uma condição da natureza humana. A suposição alegada fica por conta da defesa, é óbvio, pois poderia ser evitado o ato se quisesse. Tornou-se inevitável porque desejava praticar a ação: ter coito carnal com jovem de 12 anos e virgem, que imaginava ter mais de 14 anos. Houve sim o dolo, isto é, quis o resultado. Não imaginava entretanto, que fosse chamado a assumir o risco de ter produzido o resultado: o estupro assim considerado na forma da Lei Penal. Não se encontrava o agente numa duvidosa situação de legítima defesa, nem estava amparado pela inimputabilidade penal. Vale ressaltar.

Mesmo se não fosse mais virgem, ainda, assim, a violência teria se consumado, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, embora haja acórdãos em contrário:

"A presunção não cede pelo fato de não mais ser virgem." (STF, RTJ, 127/343)

HÁ DIVERGÊNCIA NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: ABSOLUTA OU RELATIVA?

A certeza de que alguns membros daquela Augusta Casa não comungavam com o Ministro Relator do acórdão ora analisado, fortalecia nossa adversidade, alimentava nossa esperança e asseverava nossa confiança na Suprema Corte, a exemplo, inclusive, de decisões de outros pares que consideram a violência presumida, desconsiderando o consentimento da ofendida com menos de 14 anos.

Merece ressaltar o comentário feito por um dos Ministros do Egrégio Tribunal Superior, sobre a referida decisão avaliada:

Ela veio num momento em que são feitas denúncias graves de violência sexual contra o menor. Para ele, a decisão vai enfraquecer a posição das crianças em geral, numa fase em que a sociedade exige o aumento da tutela penal e do amparo do Estado a elas. O pedido deveria ter sido levado ao plenário. (Correio Braziliense – pág. 9, 23.05.96)

A ponderação tem respaldo em decisão dessa natureza:



A presunção é absoluta não a elidindo o consentimento da ofendida e sua experiência anterior. (STF, RT 6461364 – grifo nosso)

Entendemos que a decisão comentada foi inovadora não no sentido de ser progressista, mas, ao contrário, *data vênia*, constituída de muito risco pelos efeitos perversos, quando legitima uma presunção de inocência de um adulto *luris et de luri* (de direito e por direito), por afastar totalmente a consciência do ato praticado do agente, em razão da atual condição de *homem idôneo*, tornando-o impune, transferindo a responsabilidade para a vítima, que passou a ser a culpada.

Não se podia ficar limitado a esse *veredicto* que interveio na formação da opinião pública, e fomentou decisões idênticas, de modo a contrariar as atuais posições e manifestações do mundo moderno, que abomina toda espécie de violência sexual contra crianças e adolescentes, buscando a universalidade da norma para responsabilizar os violadores do sexo com, inclusive, penalidades mais severas e multas de elevado valor pecuniário, como decidido no Encontro das Américas, realizado na mesma ocasião, 1996, em Brasília, preparatório do Encontro Mundial que ocorreu em Estocolmo, em agosto seguinte, na Suécia, daquele ano.

Ao decidir buscando uma realidade sob sua ótica voltada para a defesa do agente, absolvendo-o sob o argumento do anacronismo do Código Penal, o excelentíssimo Relator ganhou foros de admiração, em especial pela grande mídia.

Ocorre, todavia, que da análise da fundamentação do acórdão, do eminente Ministro Relator, bem como de outro insigne Ministro da mesma Turma, constatava verdadeira contradição entre os argumentos usados e a decisão final, os quais causaram surpresa, porque são exatamente os mesmos oferecidos pelos estudiosos à respeito da declarada maturidade precoce de uma moça de 12 anos, tais como:

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 adversidade, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas... (grifo nosso)

A contradição estava assentada justamente no reconhecimento da ausência de escala de valores da jovem, nessa idade, que lhe permita o entendimento e as consequências dos seus atos e, ao mesmo tempo, ter maturidade ainda que precoce mas que lhe conceda a compreensão da relação causa e efeito. Essa dicotomia não existe para a medicina, que assegura não existir amadurecimento precoce nessa faixa etária, como se extrai das lições de uma especialista⁷ que, à época, disponibilizou-se em oferecer sua colaboração técnico-científica, a quem hipotecamos nossa gratidão e respeito:

Adolescentes não conhecem relação de causa e efeito. Não se estabelece este pela imaturidade psicológica. Nessa faixa etária estão vivenciando várias crises num mesmo momento: crise de mudança do corpo, de desidealização dos pais que passam a ser indivíduos comuns; crise de perda de privilégios de infância em relação à família; crise de solidão em relação às suas mudanças por não receber amparo e entendimento da família nessa fase; crise das mudanças psicológicas.

Nessa fase, a possibilidade de risco não existe: são onipotentes e imortais. A fantasia é presente e o pensamento mágico é evidente. A inconsistência do estado de humor é grande. Trata-se de SÍNDROME DA ADOLESCÊNCIA "NORMAL". Para os psicólogos e psiquiatras quando os adultos apresentam esse comportamento é patologia. Essa síndrome leva à consequência ou não de acordo com as garantias que recebem da sociedade e da família, por isso é que precisam de proteção integral e especial.

Nesse estado, auto-reprovam suas condutas, prostituindo-se tomando medicamentos para abortarem sabendo que podem morrer; assumem comportamento de risco usando drogas, saindo em motos etc. Nas últimas quatro décadas, dos anos 60 para cá, no mundo inteiro, entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, tem-se constatado uma MATURAÇÃO sexual mais precoce entre adolescentes, equivalente à puberdade em idade mais cedo; desenvolvimento de mamas; de pêlos; de testículos; pênis com ejaculação precoce e na menina, a menarca antecipada.

Assim, o desenvolvimento é GENITAL e, como a sexualidade é presente em todos os seres, na adolescência há o desenvolvimento da

⁷ Dr^a Maria da Conceição Oliveira Costa, doutora em pediatria, com especialidade em adolescência. Prof^a da Universidade de Feira de Santana/BA.



GENITALIDADE, ou seja, os órgãos sexuais amadurecem com capacidade de realizar o ato sexual. Ocorre, todavia, que esse maturidade genital precoce não está ligada à MATURAÇÃO PSICOLÓGICA PRECOCE, que é o processo que somente ocorrerá depois dos 20 anos, embora os jovens acima de 17 anos tenham comportamentos parecidos com os adultos, até 24 anos de idade, de sorte que os estudos comprovam, que o comportamento destes sejam similar aos adolescentes.

Esta dicotomia entre MATURAÇÃO BIOLÓGICA E PSICOLÓGICA E SOCIAL. É incorreto portanto, afirmar que o adolescente tem amadurecimento precoce. E, quando um adolescente declara que não tem medo de AIDS ou que assume gravidez e conseqüente filho, diz isso porque não tem "consciência" que AIDS mata; não acredita que possa morrer; que isso pode acontecer consigo; porque são Imortais! Essas são manifestações próprias da idade afirmada por estatísticas do mundo inteiro.

A assertiva do Sr. Ministro que "as crianças são moças e que têm maturidade precoce, e ao mesmo tempo que não têm escala de valor," é extremamente contraditória, por faltar-lhe talvez, conhecimento da medicina, ciência que estuda o indivíduo em desenvolvimento, eis que embora um adolescente que tenha constituição de ponto de vista biológico, não possui discernimento, numa escala de valor, nem das conseqüências dos seus atos, por isso necessita de apoio integral, pois em nenhum momento se caracteriza lucidez, se se apresenta fica entre aspas, porque não consegue fazer relação de causa e efeito.

Da análise contextual do voto em apreço ensejava, ademais, uma reflexão com o devido esclarecimento que se devia dar à sociedade, sobre o papel do Direito, em especial do Direito Penal, e a função do Juiz na aplicação do Código Penal vigente, declarado anacrônico.

Ademais, em relação aos crimes sexuais ou crimes contra os costumes, não se quer a aplicação de um Direito Penal Filosófico, ou seja, aquele doutrinário e especulativo sobre a responsabilização dos autores. Pois não basta a discussão em torno de definições e ou tipificações. É preciso aplicar a teoria da vontade moral, para fixar a responsabilidade dos homens, tanto mais àqueles que cometem violências contra crianças e adolescentes, segundo os dispositivos legais vigentes.

A pretensão do Direito é direcionar a convivência social pois é o mesmo um meio de realização de justiça social, mas, também, é a base do discurso do poder. No âmbito do Direito Penal a característica moderna deste é a sua finalidade preventiva: antes de punir ou com o punir, quer evitar o crime, embora não se deva desconsiderar o caráter intimidativo – pedagógico da pena, pois o Direito Penal é uma disciplina *normativa*, que se traduz em regras de condutas, que devem ser observadas por todos, no respeito aos relevantes interesses sociais.

Sim, o nosso Direito Penal era e é anacrônico e obsoleto, sancionador, (fundado na pena – castigo, com base na dogmática em que a própria norma legal não se preocupa com a gênese do crime.

Todavia, não se podia acolher a denúncia de anacronismo da Lei sem que se explicasse onde este repousa no Código Penal, vigente desde 1940. Não são as ditas mutações das vítimas nos crimes sexuais responsáveis pelas normas dissociadas da realidade a elas impostas. Mas, na falta de uma interação do Sistema Penal vigente com as ciências da Criminologia (o exame do delito e do delinqüente pela observação e experimentação); da Vitimologia (estudo da complexidade de manifestação e comportamentos da vítima em relação ao delinqüente e deste em relação às suas vítimas); da Política Criminal (meios eficazes e estratégicos de defesa social) e do próprio Direito Penal. Também, anacrônica é a Sistemática Penal (polícia, justiça criminal, sistema prisional e norma penal).

E o papel do Magistrado na aplicação do Direito não se limita apenas na aplicação das leis, mas, compreender a realidade social, política e econômica; a linguagem dos especialistas, sistematizá-la e não ser *larga manus* do Poder e dos dominantes, como ficou evidente no citado voto que representava uma defesa referida no valor de *poder*, poder do homem sobre a mulher, ou melhor sobre uma menina!

A Constituição Federal enuncia os princípios e a lei ordinária os disciplina. Daí decorre a importância do princípio, da necessidade da pena. Diante desse princípio, o Julgador vê-se obrigado a disciplinar a infração penal, não lhe sendo permitido desconsiderar as normas penais. A pena deixou de constituir uma vingança arbitrária e ilimitada contra o ofensor. A punição transferiu-se da vítima para o Estado, nascendo, assim, o princípio do interesse público.



E o Código Penal estabelece o princípio da finalidade da pena: necessária e suficiente para reprovação do crime, pois o seu fim principal é enquadrar o indivíduo à sociedade fornecendo as diretrizes de sua maneira de pensar e agir. A pena funciona no sentido de retribuir juridicamente o dano social causado pelo crime.

MOROSIDADE DA JUSTIÇA

Constatava-se, com muito pesar, que além do descaso à observância legal, social, psicológica e pedagógica pertinentes à condição da vítima, ser em peculiar desenvolvimento, havia, ainda, outro fator que contribuiu para violação da finalidade do Direito Penal acima descrito: a morosidade da Justiça que impede seja o crime punido em tempo razoável de modo não permitir que outros acontecimentos exerçam influência determinantes na decisão final que acabam por beneficiar o culpado pelo decorso do tempo que é o *amigo inseparável da sabedoria, mas, também, pode ser um inimigo da Justiça*.

Está na hora de se responsabilizar o Estado – Juiz por não oferecer à máquina judiciária os instrumentos e mecanismos disponíveis para que o Juiz entregue a prestação da tutela jurisdicional em um tempo razoável, como já firmado na Convenção Americana de Direitos Humanos subscrita pelo Brasil.

Por fim, considerando que o Estado Social e Democrático começou, recentemente a influenciar na política criminal, sobretudo no aspecto da execução da pena, objetivando a reforma do sistema penitenciário e sancionador, buscando alcançar a ressocialização do réu, lançando o Direito Penal como instrumento para alcançar as mudanças sociais desejadas e necessárias, acreditamos que a referida decisão não venha a ser o paradigma de julgar crimes idênticos, pois que por uma *linguagem* inadequada, se mantida, institucionalizará a Lei, pela universalidade de uma singularidade (considerar todas as crianças moças), tornando-a perversa, além de selar através da nossa Justiça Maior, a IMPUNIDADE.

Assim, o nosso comentário foi no sentido de ser assegurada a responsabilização do agente pelo ato praticado como imperiosa, ainda que

se lhe aplicasse outras sanções, a exemplo das penas restritivas de direitos. Jamais absolvição!

Naturalmente que fazer comentário sobre o discurso dos Tribunais não é tarefa das mais simples, pois requer estudo da matéria, da legislação, da identificação de outras decisões favoráveis e contrárias. Requer, sobremaneira coragem, segurança e independência profissional.

REFORMAR O CÓDIGO PENAL?

Dada a complexidade dessa temática presunção de violência, quando ser relativa, quando ser absoluta, é de suma importância que se avalie os comentários a respeito, extraídos do Código Penal Comentado⁸:

...Desta feita, buscando analisar cada caso concreto, a maior parte da jurisprudência tem entendido como relativa a presunção de violência deste Art. 224 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, essa orientação Jurisprudencial, que diante da sistemática do nosso Código Penal parece 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 faixa etária" e àquela que por sorte encontra-se "inserida no seio familiar, que frequenta regularmente a escola, que recebe e assimila regras de conduta e moral". A nosso ver, embora inadmissível 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. (grifo nosso)

A nossa pretensão é provocar uma discussão técnica e científica sobre as reflexões aduzidas nesta Coletânea, em especial, neste texto, para que se

⁸ DELMANTO, Celso. Comentário ao Art. 224 – Código Penal. Legislação Complementar. 6ª Edição. Ed. RENOVAR. Rio de Janeiro. 2002. pág. 481.



possa traduzir nas Leis o "espírito do povo". Assim, parece-nos ser pertinente saber qual nossa posição sobre: A capacidade de autodeterminação sexual da vítima é causa de relativização da presunção de violência? É inconstitucional o Art. 224, do Código Penal, por desprezar a responsabilidade subjetiva, sendo intolerável a responsabilidade objetiva, como vem revelando a jurisprudência dos Tribunais? Como está sendo interpretado o Interesse Superior da Criança e do Adolescente em nossas Cortes de Justiça? O que pensam nossos jovens sobre o assunto?