



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO-IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA-EDB
GRADUAÇÃO EM DIREITO

CONSENTIMENTO DA MENOR NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Marina Beatriz Dias Marques

Brasília/DF

2015

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO-IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA-EDB
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARINA BEATRIZ DIAS MARQUES

CONSENTIMENTO DA MENOR NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Banca Examinadora do Instituto Brasiliense De Direito Público- IDP, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Profa. Roberta Cordeiro.

Brasília/DF

2015

M357c Marques, Marina Beatriz Dias.

Consentimento da Menor no Crime de Estupro de Vulnerável /
Marina Beatriz Dias Marques. – 2015.

50 f.

Monografia (Graduação) – Instituto Brasiliense de Direito Público,
Escola de Direito de Brasília, 2015.

Orientação: Prof^a. Roberta Cordeiro

1. Estupro. 2. Presunção de Violência. 3. Menor de 14 anos. 4.
Código Penal, Lei 12.015/2009. I. Título.

“A determinação é algo indispensável para o nosso sucesso pessoal e profissional. No ringue da vida não existe espaço para os fracos. Seja forte e vença as dificuldades, não desista nunca que sua vitória será certa.” (*Mércio Franklin*)

Este trabalho é dedicado primeiramente à Deus, que é a base da minha vida; aos meus pais, que me orientaram para trilhar o caminho certo, que me apoiaram, e me deram a força necessária para conquistar essa grande vitória.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso fosse possível em minha vida, e não somente nestes anos como universitária, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

Aos meus pais por lutarem por mim, me mostrando o caminho certo a ser seguido, por meio de seu amor incondicional. Hoje estamos colhendo, juntos, os frutos de todo o nosso empenho! Ao meu Pai, Tarciso da Silva Marques Filho, que continuamente me orientou a realizar meus estudos da maneira mais dedicada possível, me mostrou os melhores livros, foi paciente e atencioso ao responder minhas dúvidas, serei eternamente grata. À minha mãe, Diany Dias Icassatte Marques, por sempre me dar força e apoio nos momentos mais difíceis, me aconselhando com carinho e ternura. Aos meus avós, que me mostram o valor da sabedoria, por todo o auxílio e suporte, e principalmente por todo o carinho e afeto que sempre tiveram por mim. Por todo esse amor, exalante de nossos corações, que enche nossas vidas de felicidade... Muito obrigada!

A todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, fazendo esta vida valer cada vez mais a pena. E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

Embasado nos fatos e estudos sociais e judiciários, no momento atual, o estupro é classificado socialmente como o pior crime realizado contra o menor. Assim, esta obra visa tratar do estupro de vulnerável, descrito no art. 217-A, o qual foi adicionado ao Código Penal por meio da Lei 12.015/2009. Tal tipo penal, já vinha sendo esperada pelos doutrinadores, para melhor nortear o entendimento sobre o assunto. Diante do debate quanto à presunção de violência contida no art. 224 do Código Penal, o novo tipo penal visa findar tal discussão, implementando uma proteção de vítimas menores de 14 anos, bem como deficientes mentais ou que possuam alguma enfermidade. Destarte esse novo artigo firmou a presunção de violência absoluta, e não mais relativa. Contudo o conflito não foi sanado, ainda restam dúvidas quanto à presunção de violência, e se a idade para se validar o consentimento está correta.

Palavras-chave: Estupro. Presunção de violência. Menor de 14 anos. Código Penal. Lei 12.015/2009.

ABSTRACT

Grounded in facts and social and legal studies at the present time, rape is classified socially as the worst crime carried out against the lowest. Thus, this work aims to deal with the rape of vulnerable, described in art. 217-A, which was added to the Penal Code by Law 12,015 / 2009. Such criminal type, had already been anticipated by scholars, to better guide the understanding of the subject. Before the debate as the presumption of violence contained in the art. 224 of the Criminal Code, the new criminal offense aimed at ending such a discussion, implementing a protection of child victims of 14 years as well as mentally disabled or having an illness. Thus this new article signed the presumption of absolute violence, and not relative. But the conflict was not resolved, there are still doubts about the presumption of violence, and the age to validate the agreement is correct.

Keywords: Rape. Presumption of violence. Under 14 years. Penal Code. Law 12,015 / 2009.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	CAPÍTULO I: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	8
2.1	Artigo 217-A da Lei 12.015/09	12
3	CAPÍTULO II: DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	16
3.1	Ofensa ao bem jurídico	16
3.2	Abordagem do ECA sobre o consentimento o consentimento do menor.....	17
4	CAPÍTULO III: CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO MENOR.....	22
4.1	Adequação social e o novo comportamento sexual juvenil.....	22
4.2	A idade certa para se iniciar a vida sexual.....	27
4.3	O Direito Penal e as alterações sociais.....	29
4.4	O direito ao o consentimento do menor nas relações sexuais como forma de liberdade sexual.....	31
5	CAPÍTULO IV: PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES.....	33
5.1	Vulnerabilidade Relativa e absoluta.....	33
5.2	Visão Jurisprudencial.....	34
5.3	Erro Inevitável	38
5.4	A interação da vulnerabilidade absoluta com os princípios.....	39
5.5	Vulnerabilidade Absoluta e defesa.....	41

5.6	Falta de relativização da vulnerabilidade	42
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
7	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

O tema do atual estudo é o da presunção relativa ou absoluta nos crimes de estupro praticados contra vítima menor de 14 anos. Discorrerá de maneira extremamente atual e intrigante, porquanto se faz necessário abranger as condições evolutivas da sociedade, por meio de uma explanação histórica envolvendo o cotexto social aplicável a cada época e como se dá o crime de estupro em cada uma dessas fases.

A fim de se entender as modificações feitas pela Lei 12.15/09, que no intuito do legislador deram uma nova roupagem à justa aplicação da norma penal, dando uma nova denominação para um crime que assombra a sociedade há muito tempo, ofendendo a liberdade, a moral e a dignidade sexual.

Dessa maneira, o bem jurídico a ser protegido pelo art. 217-A passou a ser a dignidade sexual do menor de 14 anos, mas é questionado se esse novo artigo fere alguns outros aspectos jurídicos e sociais.

No crime de estupro de vulnerável o agente se utiliza de força e violência para abusar da vítima de maneira não consentida, deixando marcas realmente traumáticas nas mesmas. Contudo, o presente estudo, trata de outros fatores que podem afastar esse tipo penal, transformando a presunção de violência em relativa, ao invés de absoluta.

Isto posto, este estudo tem por finalidade interpretar de que maneira o tipo penal incide no contexto social dos adolescentes, e como essa aplicação pode afetar a sociedade, tendo em vista a presunção de violência, a autodeterminação do menor e o ordenamento jurídico vigente.

2 **CAPÍTULO I: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA**

Há algum tempo podemos perceber um empenho por parte dos legalistas em se adequar às perspectivas que estão surgindo no quadro nacional, incluindo o Direito Penal. Para isso, várias sugestões de alteração no Código Penal foram surgindo, salientando um incômodo com a política criminal aplicada a impor uma reflexão, para que se molde às características atuais da sociedade.

Nossa sociedade está em constante mutação, levando a um conflito com o Direito Penal, o qual deve avaliar as reivindicações e conseqüentemente alterar a letra da norma. Em uma visão ampla, pode-se compreender que a história do Direito Penal permeia os movimentos de descriminalização e neocriminalização.

Entre o período de independência até a atualidade três Códigos vigoraram. E cada um deles se adaptou ao momento histórico, frisado pelos valores sociais vigentes. Nesse caminho de descriminalização e neocriminalização dos tipos penais as praticas sexuais estiveram em destaque, no que se refere a criminalização de condutas.

Embasado na moral, os tipos penais censuravam as práticas sexuais malquistas pelas condutas sociais. A moral são comportamentos que norteiam as condutas em sociedade, que posteriormente são instituídos por intermédio da pressão social. Dessa maneira as normas presentes no ordenamento jurídico devem combinar com a moral social e representa- lá.

Fica a cargo do legislador o dever de criminalizar o que a moral condena. De modo que a reprovação seja proporcional à penalidade atribuída a tal conduta.

O crime sexual pode ser dividido em alguns grupos, conforme o dicionário de sexologia; o primeiro é dos atos de agressão sexual (sejam eles quais forem) realizado contra a vontade da vitima; segundo é ato sexual com criança ou com pessoa que não tenha atingido a idade prevista em lei; terceiro, é ato de ofensa contra os costumes públicos; e quatro, crimes contra a natureza ou perversões. No

Código Penal, os crimes sexuais estão presentes no ordenamento jurídico e trazem impactos diretos nas penas a eles atribuídas. O estupro, tipificado no referido Código, é o mais ofensivo à liberdade sexual, e era classificado como grave ofensa social. A esse respeito, confira-se os ensinamentos de Júnior Marques:

O objetivo de proteção, que a mudança de denominação revelaria, estaria voltado à questão da integridade física e psicológica do ser humano, e não a uma proteção da moral pública sujeita a condicionantes externos ao Direito. Esta discussão traduz uma questão jurídica mais ampla e nos remete à necessidade de se desvincular a questão da sexualidade de uma perspectiva moralista, e, assim, sujeita a moral pública, procurando torná-la mais objetiva e constitucional, no sentido de se proteger, de modo positivo, a dignidade da pessoa independentemente de avaliações morais (MARQUES JÚNIOR, 2007, p.54).

Em outro ponto, essa tipificação revela a necessidade de proteção dos bens interligados aos direitos fundamentais, dessa maneira a dignidade sexual poderia ser extraída dos princípios constitucionais. Nessa vertente Ana Lucia Sabadell trás, do ponto de vista histórico que

a função da persecução e da pena na Idade Média era a de expiar um pecado contra toda a sociedade e não uma forma positiva de proteção à vítima. Insere esta interpretação em um quadro de análise composto por uma lógica patriarcal, na qual a sexualidade estava dentro de uma determinada moral e de parâmetros familiares, e a violência sexual era entendida “não como uma violência dirigida ao indivíduo, mas sim contra interesses que na realidade [transcendiam] a pessoa humana”. (1999, p.83)

E continua

a inserção do estupro no título “Dos crimes contra os costumes” – como vemos no Código Penal brasileiro –, mantém-nos presos a uma concepção patriarcalista que revela “a presença de relações de dominação e sujeição que atuam em detrimento da qualidade de vida das mulheres”. (1999, p.80)

Acontece que os limites jurídicos de proteção à pessoa não se fundamentam apenas nos costumes e na moralidade. Contudo tais limites são contextualmente e moralmente examinados perante os comportamentos observados na sociedade. Podemos salientar a utilização do positivismo jurídico no que tange o desprender os questionamentos morais do ramo jurídico.

Os delitos sexuais eram taxados como crimes ofensivos à moral e transgredia a norma. Contudo, o crime de estupro ganha destaque por meio da mídia,

umentando a quantidade de julgamentos e condenações, bem como a procurar por penas mais severas, fazendo com que cada vez mais esse tipo de conduta fosse reprimida, ainda mais com os menores de idade. Contudo surgem algumas dúvidas; como, por exemplo, qual seria a ligação entre a maior divulgação e o número de crimes sexuais; aumentou a recorrência da prática desse tipo penal levando a um aumento de julgamentos ou por que o tipo está tendo uma visão mais rigorosa dos agentes jurídicos? No entanto, é prioritário analisar as mutações históricas e sua relevância sob o aspecto da violência sexual para obter um entendimento mais aprofundado.

O modo de o estupro ser constatado tem um vínculo com a intensidade de emoção diante desse tipo penal, que leva a permissão ou não. Isso faz com que surja uma dúvida no que tange ao aumento nas queixas de crimes sexuais e as queixas das vítimas, o que pode ser justificado devido ao fato de os órgãos públicos competentes estarem mais aptos juntamente com a decrescente insignificância do ato. Da mesma maneira que o crescimento no número de condenações não precisa ter ligação direta com o aumento no rigor normativo, podendo ser fruto de uma alteração da interpretação do delito.

Desde o início da civilização, as regras de convivência estiveram presentes, sendo estabelecidas penas brutais nas primeiras formas de união matrimonial para aqueles que não preservassem a moralidade sexual. O crime de estupro se consume nesse momento de afronta à moralidade sexual, essa sofreu várias mutações para se enquadrar no perfil social.

De acordo com o direito canônico (norteador jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana, promulgado em 1983) no que tange o estupro afirma que para ocorrer o estupro, como crime, a mulher deveria ser virgem, pois a mulher que não fosse não poderia ser considerada uma vítima; além da aplicação da violência física; de modo que, a mulher que fosse casada jamais seria tida como a vítima em uma situação dessas.

Em 1830, o Código Criminal do Império afastou a pena de morte nos crimes de estupro, firmando nova pena de três a doze anos de prisão, contudo se houvesse

o casamento entre a vítima e o agressor a pena era extinta. Sessenta anos depois, em 1890, o ordenamento jurídico penal via o estupro como uma violência grave e uma exploração da mulher, trazendo a distinção entre vítima e prostituta; a pena passou a ser de um a seis anos, de acordo com o status possuído pela vítima, e o casamento continuava afastando a tipificação do crime.

Houve uma reviravolta no Código de 1940, que retirou o entendimento de que o casamento entre os envolvidos pudesse afastar o tipo penal, contudo caso a vítima se casasse com terceiro e não tivesse o crime sido por meio de grave violência seria anulado. Para dar seguimento a um processo seria necessário que seu representante, o marido, demonstrasse interesse na ação, caso contrário se arquivava o processo. O estupro era visto para designar uma relação sexual não consentida mantida por meio de violência, de modo que, a relação entre cônjuges passou a ser descartada desse contexto; contudo, hoje em dia o conceito de estupro está mais amplo, abrangendo além da relação sexual todo ato que ofenda a dignidade sexual. Até mesmo no âmbito do matrimônio o agente de tal conduta poderá ser penalizado, pois atualmente a liberdade sexual deve ser respeitada mesmo entre cônjuges. Assim o estupro se firma devido ao uso da violência, da grave ameaça ou do ferimento da dignidade sexual.

No que tange a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida, ou seja, independe do consentimento literal da vítima. Caso a vítima seja maior de 14 anos, cabe provar que sofreu um abuso e uma afronta a sua dignidade sexual.

Deveria haver uma luta corporal entre a vítima e o agressor de maneira que tivessem no mesmo patamar, o agente em relação a ação e a vítima no que tange a reação de defesa, com emprego de violência contra ele; esse seria um argumento no sentido de defender que não houve consentimento para se realizar tal ato de cunho sexual. Assim, o tipo penal em questão, estaria caracterizado a partir da luta, física ou moral, constante entre os envolvidos. Nesse tipo penal o uso da violência e a relação sexual deslizam em meio ao limite tênue de autorização e aceitação da vítima. Assim, se por um ângulo se trata do crime embasado no perfil psicológico da

vitima, por outro, a violência gerada nos crimes sexuais requer uma análise diferenciada do histórico do crime.

2.1 Artigo 217-A da Lei 12.015/09

O debate que vem sendo realizado quanto à presunção de violência no artigo 217-A do Código Penal, após uma oscilação jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), acabou por se estabilizar no meio jurídico penal. Assim a presunção de violência é uma característica absoluta presente na prática dos atos sexuais perante aqueles que a lei penal tutela, no referido dispositivo legal, mesmo diante de consentimento, são incriminados, tornando tal consentimento nulo.

No momento em que o legislador tem por objetivo determinar a presunção de violência, a exemplo de outros Códigos estrangeiros, se têm que a presunção como a ausência de consentimento livre, ao conceituar que na faixa etária em questão não existe amadurecimento suficiente, tanto no âmbito mental quanto físico que proporcione a pessoa avaliar em toda a sua dimensão e exatidão o risco e as possíveis consequências de tais atos sexuais.

A vulnerabilidade da vítima substituiu a presunção de violência, contida anteriormente no artigo 224 do Código Penal. Segundo o legislador, a vulnerabilidade pode ocorrer: com vítima de estupro menor de 14 anos; vítima com deficiência ou deformidade mental, ou que não possua o discernimento para praticar a relação sexual, e por fim o ofendido que não oferecer resistência.

A presunção de violência foi implementada na lei passada, no revogado artigo 224 do Código Penal, no qual afirmava que os menores de 14 anos, por serem imaturos, não possuem o devido senso para ter uma relação sexual consentida, sem se importar se o agente fora coagido a praticar o fato ou com uma possível vida pregressa do adolescente.

De maneira que aos poucos a “vulnerabilidade” foi aparecendo e tendo destaque nas normas do país. O legislador se voltou para um entendimento do mais

desfavorecido, ou seja, aquele que por alguma razão não possui condições semelhantes ao do adulto. O relacionamento entre os homens acarreta em juízos de valores, demandando uma perspectiva de garantia dos direitos iguais para os que carecem de uma proteção mais atenta, e sem essa a igualdade fica prejudicada. A estabilidade somente pode ser aplicada devido à compensação provocada. De tal maneira que, sentiu-se necessidade de se integrar a mulher no contexto da violência doméstica como necessitada de proteção privilegiada, bem como os usuários de drogas e atualmente o que tiver menos de 14 anos e for vítima de ato libidinoso ou conjunção carnal.

Há uma divergência quanto à presunção de violência e suas formas. Na visão da teoria absoluta, ela se demonstraria quando não se admitisse prova em contrário, bastando apenas que o (a) jovem tenha menos de 14 anos. Já segundo a teoria relativa, se diz que quando permitido prova em contrário, de maneira que a vida passada do agente excluiria a presunção. Na teoria mista tem-se que a presunção absoluta se foca nos casos que envolvessem menores de 12 a 14 anos e situações excepcionais; por fim a teoria constitucionalista afirma que no direito moderno o Direito Penal é o da culpa, para essa teoria a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelos atos de outros estão fora do seu controle, e será inconstitucional a norma que não respeitar a responsabilidade subjetiva.

Contudo parte da doutrina afirma que, mesmo diante dessa discussão, não se pode permitir a presunção de violência como origem da veracidade criminal, visto que, pode configurar uma desconsideração pelas outras provas e não mostrar a sua natureza real.

Na década de 80, os tribunais superiores iniciaram a indagar a presunção de violência contido no artigo 224, alínea A, Código Penal, passando a compreendê-la, como relativa, sob a alegação de que no período entre o final do século XX e o início do XXI, a sociedade se alterou bastante, bem como que os menores de 14 anos já não exigiam a mesma proteção daqueles dispostos no Código de 1940.

Havia um choque entre a doutrina e a jurisprudência nesse aspecto, pois se indagava sobre a natureza da presunção, se era relativa, a qual concederia diante

do caso, ou absoluta, que não é nem ao menos questionada. Acabamos defendendo a natureza absoluta, por não haver um dado mais objetivo que a idade, já que é o elemento principal do tipo.

Assim, as decisões que visavam findar com a natureza objetiva para se criar uma subjetiva, não se justificavam. Por infortúnio, acabava com a política criminal adotada pela legislação correspondente que ficava em segundo plano, criando suas próprias políticas.

Não compreendiam a determinação da norma penal de maneira objetiva e absoluta, de que um adolescente ou uma criança (com menos de 14 anos), por mais que possuíssem uma vida sexual imoderada, não poderiam ser capazes de dirimir seus próprios atos sexuais. Tendo em vista que suas personalidades estariam, tecnicamente, sendo desenvolvidas. Suas opiniões ainda não poderiam estar consolidadas. Elementos e eventos, que não eram exigidos pela norma, eram ponderados na análise do caso real, para que se pudesse reconhecer ou afastar a presunção de violência, a exemplo das condutas sexuais da vítima, de seu convívio familiar, dentre outros.

Lamentavelmente, o que se ocultava era que o referido artigo tinha sido elaborado no intuito de defender os menores e punir os que tinham vontades sexuais com crianças e/ou adolescentes em desenvolvimento.

Segundo Noronha, a presunção de violência absoluta:

"é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei". (2007, p.224)

Vale ressaltar que antes da lei 12.015/2009, a maior parte da doutrina aplicava um valor relativo à presunção.

Tentando findar tal discussão, o estupro de vulnerável foi firmado como tipo penal, para que se pudesse proteger a vítima indefesa a prática de atos sexuais e libidinosos. Contudo, ainda há debate, tendo em vista que a concepção de vulnerável nos crimes de estupro foi mantida pelo legislador, bem como a lei

analisava casos de presunção da violência, demonstrando uma vulnerabilidade relativa.

3 CAPÍTULO II: DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 Ofensa ao bem jurídico

Como ponto de partida, devemos ter que não existe crime sem que haja ofensa, lesão ou algum perigo concreto. Isso significa dizer que não há crime que não respeite o princípio da legalidade, e sem a necessária proteção ao bem jurídico, tido como importante valor para a sociedade. A concreta perturbação do bem jurídico pode ser tida como o resultado jurídico, que é distinto do resultado naturalístico, o qual aparece nos crimes materiais. De maneira que para que o agente responda penalmente pelo resultado jurídico ele não precisa ser valioso.

Esse desvaler do resultado jurídico caracteriza o próximo requisito do fato materialmente típico, ou seja, a tipicidade objetiva; e revela de maneira clara a natureza normativa e valorativa, pois irá depender de um juízo de valor a ser exercido pelo juiz. A tipicidade penal se resvala pelo magistrado e cabe a ele analisar se o fato formalmente típico influenciou o valor do bem jurídico defendido pela lei. O resultado jurídico desvalioso ocupa o ângulo material da tipicidade objetiva. A perspectiva material da tipicidade objetiva é um juízo de valor essencial. Assim, primeiramente deve se passar pela valoração do juiz, positivamente, e em seguida promover um segundo juízo de valor no resultado jurídico.

Dessa maneira, tomando que as leis no ramo do Direito Penal sejam normas valorativas e que a ofensividade é um requisito necessário para se formar o conceito de delito, não tem como se permitir um fato punível que não ofendeu o bem jurídico, ou seja, que não tenha resultado jurídico.

Conclui Vinícius Barbosa Scolanziem, em seu artigo “Bem jurídico e Direito Penal”:

“De tudo se chega ao entendimento de que, uma vez inserto em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não pode se afastar da função primordial que o legitima, qual seja, a de *proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade*, proporcionando, dessa forma, condições para a coexistência pacífica e equilibrada entre os cidadãos, sob o primado dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos

fundamentais, fixando e reafirmando os valores sociais mais importantes, e atuando como limite ao exercício do *ius puniendi*.

O bem jurídico se posiciona como um dos fundamentos do Direito Penal democrático, de maneira que o estudo e a compreensão do fenômeno de seleção dos valores sociais a serem tutelados pelo sistema de controle penal se fazem absolutamente oportunos.

Nessa perspectiva, tem-se que a atividade legislativa de produção de tipos penais incriminadores, diretamente balizada e limitada pela teoria do bem jurídico de acordo com os valores abarcados explicita e implicitamente na Constituição Federal, só pode conferir dignidade penal a bens jurídicos compatíveis com a Carta Magna.

Atualmente, portanto, a Constituição Federal não é a única fonte de bens jurídicos-penais, mas exerce uma função orientadora da atividade seletiva estatal, a permitir a tutela de bens jurídicos não expressamente consignados em seu texto, desde que não compreendam valores com ela incompatíveis. Somente assim se faz possível considerar legítima a atuação do Direito Penal na sociedade." (SCOLANZI, 2012. p. 2)

3.2 Abordagem do ECA sobre o consentimento o consentimento do menor

Os adolescentes, bem como as crianças, possuem algumas necessidades próprias que exigem direitos específicos. Contudo, obter tais direitos exigiu uma luta intensa, que ainda não está findada, tendo em vista que a sociedade ainda possui muitas imperfeições. Bulgarelli, leciona que:

[...] falar dos direitos da criança e do adolescente é como alguém que está numa estrada, que olha para trás e vê muitas coisas já realizadas, que olha para frente e vê um convite enorme em cada desafio do que ainda falta ser enfrentado. (BULGARELLI, 2003, p.20)

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu em 1990 pela Lei federal nº 8069, o qual defende os direitos infanto-juvenis, embasado na cidadania, pare que se alcance uma sociedade justa.

Para compreender a aplicação deste estatuto é primordial analisar o contexto social, econômico e político frisado pelo neoliberalismo e a desigualdade social nos últimos anos em nosso país.

Na década de 80, o país vivenciava uma transição político democrática, com o sindicalismo, o Movimento das Diretas Já, a manifestação pela anistia dos presos exilados por motivos políticos durante a ditadura militar, bem como as lutas políticas, trabalhistas e sociais.

O ramo político tinha como referência a nova República, acentuando a democracia, cidadania e a normatização do Estado de Direito. Dentro desse panorama a mobilização para a defesa das crianças e adolescentes por meio de algumas alterações no Código de Menores, bem como nos atos judiciais relacionados ao tema.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi institucionalizado no movimento dialético entre a conjuntura nacional e a internacional, que caminhava em direção ao neoliberalismo. Sendo assim, sua elaboração e promulgação foram frutos de um movimento de reabertura política, no qual o Estado, as instituições sociais e a sociedade não tinham experiência no trato com a democracia, nem o Brasil tinha estabilidade político-democrática, já que acabava de sair de duas décadas de regime militar. Também temos que considerar, por ocasião da sua aprovação, o Brasil já experimentava a implementação do neoliberalismo promovido pelo governo Collor de Mello, que assinou essa lei não apenas por convicção política, mas também por questões internacionais e nacionais, já que seu governo estava desacreditado (SILVA, 2005, p.37).

O ECA realiza um novo conceito no que tange a criança e o adolescente, protegendo e proporcionando uma melhor aplicação dos direitos, encorajando o avanço das políticas sociais destinadas a universalidade da comunidade, demonstrando um grande passo na ordem internacional em benefício aos jovens. Este estatuto foi um grande marco na história social, pois efetivou a luta pelos direitos infanto-juvenis, trazendo uma proteção mais adequada. Costa Mendes se pronuncia sobre o assunto de maneira interessante:

Pela primeira vez, uma construção do direito positivo, vinculado à infanto-adolescência, rompe explicitamente com a chamada doutrina da 'situação irregular', substituindo-a pela doutrina da 'proteção integral', também denominada de 'Doutrina das Nações Unidas para a proteção dos direitos da infância'. Esta doutrina, que consta de um enorme consenso no contexto internacional, está formada por quatro instrumentos básicos: A) Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Beijing); c) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil; d) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1994).

Para criar esta norma foi necessária a participação de varias esferas sociais. Maria Liduina de Oliveira e Silva enfatiza que

[...] o Estatuto da Criança e do Adolescente não foi uma dádiva do Estado, mas uma vitória da sociedade civil, das lutas sociais e reflete ganhos fundamentais que os movimentos sociais têm sabido construir. Ocorre que foi uma conquista obtida tardiamente nos marcos do neoliberalismo, nos quais os direitos estão ameaçados, precarizados e reduzidos, criando um impasse na 'cidadania de crianças' no sentido de tê-la conquistada 35 formalmente, sem, no entanto, existir condições reais de ser efetivada e usufruída (SILVA, 2005, p.36).

Além disso, este estatuto é um símbolo jurídico-legal, o qual firmou a igualdade dos direitos infanto-juvenis na medida de suas precisões. Assim, os direitos, estabelecidos nos 267 artigos desta lei, são interdependentes e complementares, bem como universais e indivisíveis. A realidade da infância no país passou a ter as crianças e os adolescentes como seres únicos e imprescindíveis. Possibilitou que eles pudessem usufruir de bens e serviços, e possuir uma convivência familiar mais equilibrada. Em vista desse quadro, Bulgarelli expõe que:

O ECA é inovador em tudo. Foi apresentado ao Congresso Nacional com ampla participação em sua formação e na negociação com os mais diversos partidos. Seu conteúdo oferece uma nova concepção de infância e adolescência, considerando-os como sujeito de direitos, pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e que gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, com prioridade absoluta. Sua mensagem é para todas as crianças e adolescentes e não apenas para os "menores". Os direitos de que trata são exigíveis e pode-se entender que há um sistema de garantia de direitos para lhes conferir a necessária concretude. (Bulgarelli, 2003, p.21)

De acordo com o artigo segundo do referido estatuto, o mesmo visa atingir aqueles que estejam entre zero e dezoito anos de idade. A criança será considerada como tal ate os doze anos de idade incompletos e a adolescência se inicia entre doze e dezoito anos, assim tido como pessoa em situação especifica de desenvolvimento. Ainda nessa vertente o art. 15 afirma o "direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

Além disso, garante o direito à vida, à sobrevivência, crescimento saudável, desenvolvimento cognitivo, afetivo e psicossocial desde o começo de sua vida. O

que acarreta em o estatuto ser um mecanismo de melhoria da qualidade de vida e saúde dos envolvidos, principalmente no que tange ao abuso sexual.

Apesar de o estatuto ser relacionado às crianças e adolescentes, esses não são definidos como completamente incapazes, ou seja, é possível extrair do texto que o adolescente é capaz de compreender a ilicitude de seus atos, estabelecendo a validade de seu consentimento.

Diante do fato do Código Penal ter extinto a forma da presunção de violência, o atual crime de estupro de vulnerável reiterou a referida lógica, supondo que qualquer ato libidinoso que seja praticado com um menor de quatorze anos seria crime, deixando de lado toda e qualquer capacidade de discernimento do menor.

Mariana Sayuri Mota de Abreu Iwasa salienta:

Observa-se que a crítica que aqui é tecida não se refere às crianças, assim consideradas pelo ECA os menores de 12 anos e não desconsidera a enorme diferença social existente no Brasil. É certo que ainda há comunidades onde esses jovens adolescentes não são suficientemente esclarecidos acerca da sexualidade, pertencem ainda a uma estrutura patriarcal rígida ligada ainda a valores ético-morais já considerados ultrapassados nos grandes centros urbanos. Também, muitos desses jovens ainda não foram inseridos na era digital, não tendo acesso à mídia em massa e nem a programas educativos do governo. Da mesma forma, não se sugere que o comportamento provocador da vítima sirva de escusa para a prática forçada do ato sexual ou libidinoso por parte de um adulto, e nem poderia sê-lo, uma vez que até mesmo a jurisprudência é pacífica ao reconhecer a possibilidade de estupro contra prostitutas e até mesmo entre marido e mulher, afastando o preconceito em relação à posição dessas mulheres na sociedade (IWASA, 2009, p.38).

No entendimento de Nucci, a finalidade é justamente deixar claro que para se incida alguma medida punitiva do ECA a vontade é de total valia. Dessa forma, de acordo com mudança feita pela Lei nº 12.015/2009 a idade adequada para se consentir o sexo é de 14 anos.

O artigo 217-A conceitua o estupro de vulnerável como “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, com a pena de reclusão variando de 8 a 15 anos, independente do consentimento e da veracidade da violência aplicada.

De maneira que se o menor de 14 anos praticar ato sexual, qualquer que seja a forma, a violência está legalmente presumida.

4 CAPÍTULO III: CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO MENOR

4.1 Adequação social e o novo comportamento sexual juvenil

Apesar de no tipo penal estudado a conduta seja classificada como formalmente típica, pode ser que em alguma situação o ato não represente ofensa alguma ao bem jurídico tutelado na lei, de maneira que não se encaixe materialmente na tipicidade, levando em conta a adaptação comunitária do ato.

Ao ato formalmente típico previsto na norma deve se moldar diante do quadro social atual, devendo o possível dano ao bem jurídico ser avaliado, tendo em vista a responsabilização objetiva, a qual é impedida pelo ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da adequação social afirma ser impossível conceituar uma conduta aceita socialmente como criminosa e vinculá-la a uma penalidade, ainda que esteja prevista em norma. No tipo penal em questão, a tipificação da conduta está em atrito com a realidade presente no país, visando o comportamento dos jovens na comunidade, começando a vida sexual mais cedo que os antigamente, de maneira que tem se tornado um costume que está alterando os valores.

Assim, é fundamental salientar as transformações presentes nas atitudes dos jovens com relação ao ato sexual; examinar dano causado ao bem jurídico tutelado e a relevância do consentimento dado pelo menor no ato sexual.

Eventualmente alguns casos no qual a conduta formalmente afirmada na norma como uma transgressão à norma, não ofenda de fato o bem jurídico ao qual a lei penal proteja, levando em consideração o princípio da adequação social. Contudo para confirmar esta possibilidade é necessário evitar o subjetivismo exagerado do julgador, supondo que o assunto possui polêmicas envolvendo-o.

Sob outra perspectiva, a avaliação do caso específico do julgador é fundamental, considerando que o legislador não pode antecipar todas as hipóteses possíveis na qual a pessoa ofendida possa permitir o ato sexual. Ao se executar a norma, é dever do juiz examinar com razoabilidade a tipicidade material presente no crime, em detrimento das alternâncias presentes na sociedade.

Com efeito, o intérprete da lei não pode permanecer atrelado a um legalismo exacerbado e formal, que circunda o tradicionalismo jurídico, sob pena de gerar uma prestação jurisdicional ineficaz. Deve, sim, adotar uma postura flexível, de compromisso com a realidade social e a justiça. (Adelina de Cássia Bastos Oliveira Carvalho, 2005, p. 39).

De maneira que, deve haver um balanceamento da capacidade de afirmação da vontade do menor seja qual for a situação enfrentada. Assim, são necessários fixar critérios adequados para se efetivar o princípio em tela, para que o juiz possa se embasar de forma mais segura.

Ademais, essa possibilidade de se afastar a tipicidade da norma penal no crime em tela está restrito às hipóteses onde a vítima é adolescente (definido como maior de 12 anos e menor de 14). O ECA impõe que a distinção de criança para adolescente está no fato de a primeira ser até doze anos incompletos, e a segunda entre doze e dezoito, estipulando competência de expressar bom senso em suas decisões. Assim, a idade que melhor se encaixaria na norma seria 12 anos.

Ao declarar que o menor de 12 anos seja classificado como criança, a proteção penal no que diz respeito à sexualidade deve ser absoluta.

Isto posto, Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rossi (2010, p. 103.) acreditam que a idade da ofendida não deve ser absoluta perante um jovem entre 12 e 14 anos, pois sua vulnerabilidade deveria ser analisada conforme o caso concreto, contudo, se for menor de 12 anos a presunção de vulnerabilidade deve ser mantida, firmando a tipicidade da conduta.

Para constatar se a conduta do agente é compatível aos parâmetros sociais, é preciso averiguar os costumes daquela população específica, era e local do fato, apurando o entendimento da comunidade quanto à autodeterminação sexual da vítima. No que tange a tipicidade formal, as perspectivas coletivas devem ser objeto de pesquisa, tais como idade média de introdução sexual daquele grupo, condutas sexuais do adolescente no seu meio, etc. As perspectivas individuais não podem ficar de fora no que diz respeito ao caso concreto, o consentimento da vítima, a existência de relação de afeto, aprovação familiar do relacionamento, se há filhos, etc.

O consentimento da vítima não deve vir desacompanhado de outros pormenores para que a tipicidade da conduta seja afastada e permitindo a constatação de autodeterminação do menor. E ainda, a prudência para não se adentrar a intimidade da vítima, o que pode forçar um julgamento da pessoa individual, de suas escolhas e vida como um todo, não causando uma vitimização.

Um dos outros assuntos polêmicos que rondam esse tópico é a gravidez nos relacionamentos sexuais com um menor de quatorze anos. Nessa situação é importante averiguar se o agente oferece uma estrutura material e moral para a vítima e o feto; pois é um direito constitucional (artigo 229 da CF) a devida prestação de assistência por parte do pai, e se preso isso não seria possível.

A Constituição também afirma que a família é a base social e possui uma proteção única.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Partindo-se do citado preceito constitucional, é possível extrair uma interpretação de que, mesmo que a vítima seja adolescente, se existe um relacionamento estável (independente de casamento) que contenha a autorização familiar, o Estado não pode acabar com a harmonia familiar existente. Ainda sobre esse assunto, os oficiais de registro são obrigados a levar às autoridades todo registro de nascimento em que a mãe tenha menos de quatorze anos, pois tal ato deixa dúvidas quanto a ocorrência do crime de estupro de vulnerável.

Em ocasiões como esta o emprego absoluto do artigo 217-A, seria inconstitucional e acarretaria em negativas sociais, como a supressão de registros de paternidade, devido à oposição dos pais em “assumirem” cometimento do crime. Isto posto, em questão de gravidez da vítima, o juiz deve julgar com destreza para não lesionar uma possível harmonia existente na família.

Contudo, mesmo que a conduta não tenha lesado o bem jurídico tutelado pela norma penal, essa conduta não deve ser estimulada. O governo, a família e a sociedade como um todo devem desencorajar a relação sexual prematura, oferecendo informações sobre os riscos e as formas de prevenção, para que os jovens possam desempenhar sua sensatez.

Ademais, de alguns anos pra cá o mundo tem vivenciado vários acontecimentos que transformaram a vida em sociedade, como guerras, globalização, avanço tecnológico, e a liberdade sexual não ficou de fora. Tais mudanças afetaram a maneira dos jovens verem o mundo, alterou consideravelmente sua forma de comportamento, pensamento, valores, etc. Alguns dos tabus impostos pela sociedade caíram, aumentando o diálogo e o respeito, trazendo uma nova roupagem à liberdade sexual.

Mas, o assunto sexo, que, para alguns ainda continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e a mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. [...] (Marcio Bartoli, 1992, p.410)

A facilidade do acesso à informação por meio da internet facilitou a discussão do tema, difundindo conhecimento. Isto facilitou o debate familiar nesse assunto, pois o sexo se tornou um assunto importante para a criação dos jovens; os pais passaram a ter, naturalmente, uma obrigação de guia maior do que a vivenciada pelos seus antepassados.

Alem dos pais a escola também passou a tratar mais abertamente do assunto, tanto que sexo integra o conteúdo escolar, para que haja um melhor entendimento da sexualidade. Um dos pontos mais importantes que deve ser

esclarecido e que preocupa os orientadores da juventude são os riscos que a prática sexual irresponsável trás, como doenças e gravidez indesejada.

É mais do que claro que nos dias atuais não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período da vida corresponde à pré-adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser o 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 de surgimento de uma moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o status de matéria curricular, e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. (Tadeu Antônio Dix Silva, 2006, p. 231).

[...] a sexualidade é para o ser humano, uma manifestação positiva. A revolução sexual e a existência de uma sociedade mais permissiva provocaram uma mudança dos valores e atitudes em face do comportamento sexual e hoje percebe a sexualidade como uma das diversas possibilidades de manifestações de realização pessoal do ser humano. (Alessandra Orcesi Pedro Greco e João Daniel Rassi, 2010, p. 58).

Relevante à criança e o adolescente, estudos psicológicos apontam que a sexualidade infanto-juvenil, atualmente, é o começo da formação da autodeterminação sexual. Os jovens não estão mais preocupados com tabus, o que antes era importante, hoje tem outra denotação, como, por exemplo, a virgindade,; as relações sexuais estão começando mais cedo em relação às gerações passadas.

Com os movimentos revolucionários sexuais e de gênero, os modelos anteriormente padronizados caíram, hoje a sociedade possui mais opções e o jovem deve se encontrar individualmente nela. Além do mais, o ato sexual deixou de ter o seu caráter meramente reprodutivo. Os anticoncepcionais e as pílulas o dia seguinte afastaram a preocupação da gravidez indesejada, trazendo uma liberdade sexual que antes a mulher não possuía.

Ademais, deve ser frisado que vivemos em um país de dimensões continentais, e nem todo o país possui a mesma maneira de se comportar. Os aspectos individuais das várias comunidades espalhadas pelo Brasil devem ser levados em consideração, como valores, costumes, classe social, etc.

Os estudos sobre o assunto, afirmam que a atual situação seria dificilmente revertida com uma norma tão rígida tendo em vista essa conquista de maior liberdade sexual. Seria melhor orientar e impedir os resultados negativos.

4.2 A idade certa para se iniciar a vida sexual

Segundo uma pesquisa feita pela UNESCO, em 2004, denominada “Juventudes e Sexualidade”, foram ouvidos jovens de algumas cidades do país, sendo elas: Belém, Cuiabá, Florianópolis, Fortaleza, Goiânia, Maceió, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo e Vitória e no Distrito Federal.

Um dos enfoques da pesquisa é o da primeira relação sexual. Ficou demonstrado que houve uma diminuição da idade de iniciação sexual. Para o sexo masculino a média de variação de idade é menor em comparação ao feminino. Para os homens as relações sexuais costumam começar entre os dez e os quatorze anos.

Cidade	Porcentagem
Manaus	70
Salvador	68
Belém	66

Quanto ao sexo feminino que também se enquadra nesta faixa etária de primeira relação sexual tem-se:

Cidade	Porcentagem
Porto Alegre	39
Manaus	36
São Paulo	34

Já no Distrito Federal, a porcentagem de homens que iniciam suas vidas sexuais com menos de 14 anos é de 61,6%, enquanto 21,9% das mulheres. De

maneira que quase metade (43,1%) da população teve relação sexual com menos de 14 anos.

Essa sexualidade prematura deriva de vários elementos, por exemplo: maior liberdade dada aos jovens, crises familiares, a insinuação sexual constante presente na cultura brasileira, acesso à internet. Além disso, falta uma orientação sexual efetiva nas escolas e uma maior firmeza parental.

O estudo ainda destacou que há uma certa pressão social para que se dê início à vida sexual, entrelaçada, ainda, pela ideia de masculinidade. Já as mulheres tendem a sofrer uma pressão oposta, para evitar iniciar tão cedo.

Em outro estudo divulgado em junho de 2012 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE):

O número de adolescentes brasileiros que iniciam a vida sexual entre 13 e 15 anos representa 28,7% deste grupo, segundo a Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE) 2012, divulgada no dia 19 de junho pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE). Em relação a 2009, houve uma queda de quase dois pontos percentuais na quantidade de estudantes do ensino fundamental entre 13 e 15 anos que já tiveram a primeira experiência sexual. Naquele ano, o índice era de 30,5%. (NOGUEIRA, Sexualidade precoce atinge 28,7% dos adolescentes de 13 a 15 anos, 2013.)

Para o psiquiatra e sexólogo Jairo Bouer

[...] a cultura brasileira é um dos principais fatores que influenciam o início da vida sexual mais cedo. “A cultura do Brasil, a exposição do corpo e os veículos de comunicação estimulam a precocidade sexual. A grande quantidade de informação a que eles têm acesso, principalmente pela internet, também contribui para um início mais cedo da vida sexual”, disse o psiquiatra. ((NOGUEIRA, Sexualidade precoce atinge 28,7% dos adolescentes de 13 a 15 anos, 2013.)

Em uma entrevista, feita no dia 6 de novembro de 2015, com delegado-chefe da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), Wislei Gustavo Mendes Salomão, no caso de Brasília, mais especificamente é muito difícil mensurar quantos casos realmente são de abusos infanto-juvenis e quantos são denúncias falsas, devido à quantidade de opções oferecidas à população para efetuar denúncias, que podem até serem repetidas. Outro ponto que dificulta às estatísticas

precisas é o fato dos responsáveis, e principalmente às vítimas, terem vergonha de denunciar e se expor perante a sociedade de uma maneira pejorativa.

Contudo, o que se tem notado na prática é aplicado uma relativização da norma, de maneira que nos casos em que os jovens que mantêm um relacionamento amoroso, mesmo que um (ou ambos) tenham menos de 14 anos, se observa a idade de ambos; por exemplo, se há um casal no qual a menina tenha treze e o menino dezoito, não se considera estupro, devido às condições de mentalidade serem parecidas devido à faixa etária, levando ao arquivamento do processo. O mesmo não ocorre com casos em que um dos dois tenha idade discrepante do outro, já sendo encaminhado para análise mais profunda, gerando processo.

Na opinião dele, os casos decorrentes desse tipo de delito não possuem dados firmes por não serem concentrados em um único órgão, como, por exemplo, uma vara específica; mas que ao se averiguar a realidade do crime a punição do agente para a recuperação do agente é fundamental. E continua afirmando que deve haver uma maior disseminação da cultura e educação de qualidades somadas à punição do agente e a orientação familiar, que está cada vez mais fraca devido a fatores sociais como, por exemplo, os divórcios. Relata que atualmente os pais não arcam com essa responsabilidade de orientação, não há mais uma rigidez familiar, que muitos crimes de estupro de vulneráveis ocorre pelo mau uso da internet; crianças conversam o tempo todo pela internet e muitas vezes nem sabem quem são as pessoas por trás da tela, se deixam levar facilmente, facilitando o contato do agente com a vítima. A imposição de limites fixada pelos pais é fundamental para o bom desenvolvimento das crianças, e sem esse elemento é muito mais difícil de se evitar esse tipo de crime.

4.3 O Direito Penal e as alterações sociais

Para se elaborar uma lei o legislador deve ficar atento ao momento sócio-cultural vivido, assim como o juiz quando for aplicá-la. No direito penal, esse cenário ainda tem um destaque maior, pois interferem nos bens jurídicos tutelados e na

pena equivalente. De modo que, a norma incidir de maneira benéfica ao interesse social, extinguindo ou alterando o tipo penal que não esteja enquadrado no contexto social.

Assim é que o legislador, para realizar a tipificação, tem que fazer criteriosa seleção dos comportamentos de inegável relevância social, não se esquecendo, também, de destipificar determinadas condutas, que, com o correr dos tempos, com o avanço cultural, científico-tecnológico, mutações de conceitos morais, de injusto, implementação de costumes, enfim, mudanças sociais em geral, passaram a ser aceitas e adequadas ao meio social, deixando, por esse motivo, de ser penalmente relevantes. (Adelina de Cássia Bastos Oliveira Cavalho, 205, p.88).

As alterações foram feitas, por exemplo, no Código Penal de 1980, que diminuiu a presunção de violência de dezesseis para quatorze anos.

[...] Com a redução do limite da 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 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 ao negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) 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. [...] (Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, item 70, 2012, p. 500).

Todo o debate quanto à presunção de violência dos menores de quatorze anos tem justamente essa característica de adequar a lei penal ao atual quadro social. Contudo o legislador optou por impor uma maior rigidez ao incluir o crime de estupro de vulnerável, por meio da Lei nº 12.015 de 2009, de maneira que a vítima é um elemento típico da conduta.

Não há como negar que o legislador, pretendendo o que pretendia, foi cuidadoso. Esmerou-se, para evitar a discussão sobre a eventual relatividade da presunção de violência, em definir a simples conjunção carnal ou o ato libidinoso com menor de catorze anos como crime, inclusive com o requinte de lhe dedicar uma redação diferente daquela adotada para a definição do crime de estupro simples [...] (Plínio Gentil, 2012, p.67)

Fica claro que essa norma não respeitou o contexto social atual no que tange a presunção de violência. Ainda nessa vertente, vale mencionar que a norma penal

deve ser compatível com a realidade, tendo em vista de que a norma penal é impositiva e desta forma o bem jurídico pode estar sendo ofendido.

4.4 O direito ao o consentimento do menor nas relações sexuais como forma de liberdade sexual

A partir do momento em que a sexualidade infantil é violada, o Direito Penal pode punir o agente da conduta. Contudo, o reconhecimento desta é dificultado pelos valores tradicionais impostos pela sociedade.

Como já dito anteriormente, de acordo com a história das condutas sexuais criminalmente penalizadas, o objetivo era tutelar a moralidade acarretando em uma marginalização da sexualidade infantil.

Porém, o legislador não se ateve a averiguar a compatibilidade da norma penal com a realidade social vigente da pratica dos atos sexuais e a liberdade do menor de se autodeterminar sexualmente.

O acesso à informação rápida possibilita ao jovem uma visão, ainda que teórica, sobre o sexo, dando um norte do que seria um abuso e se quer ou não praticar tal ato, dando seu consentimento de maneira consciente.

O jovem que possui consciência moral do ato sexual não deve ter seu direito de exercer sua sexualidade, retirado apenas por ainda não ter a idade determinada pelo legislador como ideal, afetando até mesmo seu direito constitucional de liberdade. Assim, se o jovem não está em situação de abuso, exploração e/ou violência sexual não se pode aplicar o artigo 227, § 4º da Constituição Federal, e os artigos 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente; já que nem sempre o jovem menor de 14 anos que exerce a sexualidade está em uma dessas situações, devendo o Estado de proteger sim seu desenvolvimento regular, não o impedir de ocorrer naturalmente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

[...] § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

[...]

ECA:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

De maneira que, tal sexualidade não precisa ser conduta penalmente reprovada sempre, mas pode ser evitada de outras formas, como por exemplo, por meio da orientação. Não é dever de a norma penal inibir o jovem a se descobrir e se firmar como pessoa, cidadão e sexualmente, mas sim punir aqueles que abusam sexualmente do menor de 14 anos de forma mais severa.

Isto posto, é fundamental que a autodeterminação do menor seja levada em consideração e analisada caso a caso, pois afetaria a tipicidade da conduta.

5 CAPÍTULO IV: PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES

5.1 Vulnerabilidade Relativa e absoluta

Sempre que se menciona a presunção de violência, uma ampla polêmica quanto a natureza dessa surgia, pois à época quatro teorias eram notáveis quanto a esse assunto: teoria absoluta, mista, relativa e constitucionalista.

A presunção absoluta se demonstra quando não são aceitas provas em contrário que demonstravam que o menor tinha liberdade de consentimento para a prática do ato sexual. Conceituada como uma forma encontrada pelo legislador de regular a relação jurídica supondo dada conjuntura, considerando condições de existência ou não de tal direito, não podendo ser contrariado, ou seja, para a teoria absoluta a presunção era sempre irrefutável, e nunca poderia se permitir prova que contradissesse isso. O crime sempre estaria concebido caso o sujeito ativo tivesse menos de quatorze anos.

Já presunção relativa, ao contrario da anterior, permite a elaboração de provas em contraditório. Isto é, a produção de provas era incentivada, o que possibilitava o descarte da presunção de violência, nos casos em que se restasse demonstrado o entendimento que o menor de quatorze anos tivesse sobre a sua sexualidade.

No que tange a teoria mista, como a própria denominação supõe, a presunção de violência em situações que envolvessem menores de 14 anos era considerada sempre absoluta, e quando houvesse atos sexuais relacionados a adolescentes, se tendia a eventual aplicação da presunção de violência.

Por fim, a teoria constitucional mencionava que o Direito Penal vivido seria o da culpa, de maneira que se classificaria inconstitucional toda norma que ignorasse a responsabilidade subjetiva (produção de provas).

Pelo que se tem observado nas discussões atuais, o estupro de vulnerável vem a caminhar em direção semelhante ao da presunção de violência, já que, no que tange ao estupro, o legislador firmou as mesmas hipóteses de presunção da violência, contudo a tendência da jurisprudência é firmar-se absoluta.

5.2 Visão Jurisprudencial

Há uma discussão bem atual sobre o tema do estupro de vulnerável; tanto a presunção relativa quanto à objetiva possuem magistrados representantes de suas vertentes.

No que tange o revogado artigo 224 do Código Penal, era mais comum se encontrar o entendimento da relatividade diante da conduta, como por exemplo, o caso abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO PRESUMIDO - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA - AQUIESCÊNCIA DA VÍTIMA NA PRÁTICA DO ATO SEXUAL - VÍTIMA COM POSTURA INCOMPATÍVEL COM A PROTEÇÃO LEGAL - NÃO-OCORRÊNCIA DA PREVISÃO DO ART. 224, A, DO CÓDIGO PENAL - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - RECURSO PROVIDO.(TJ-MS - ACR: 21314 MS 2006.021314-8, Relator: Des. José Augusto de Souza, Data de Julgamento: 14/02/2007, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/03/2007)

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. 1. A presunção de violência contida no art. 224, a, do CP é juris tantum, ou seja, tem caráter relativo. Precedentes. 2. Recurso conhecido em parte (letra c) e improvido (STJ - REsp: 195279 PR 1998/0085299-9, Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Data de Julgamento: 18/04/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.12.2002 p. 454)

APELAÇÃO. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL [ESTUPRO]. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. CONSENTIMENTO VÁLIDO DA MENOR [RELEVÂNCIA]. PRECEDENTES. 1. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTIDA NO ART. 224, 'A', DO CP É JURIS TANTUM, OU SEJA, TEM CARÁTER RELATIVO. 2. É MISSAO FUNDAMENTAL DO PENAL TUTELAR BENS JURÍDICOS, TODAVIA A SUA INTERVENÇÃO DEPENDE DE EFETIVA LESAO OU PERIGO CONCRETO DE LESAO AO BEM TUTELADO PELA NORMA. NAO HÁ RESPONSABILIDADE PENAL

POR ATO DE OUTREM, TAMPOUCO POR ATO INEXISTENTE. 3. A RESPONSABILIDADE PENAL, CONSOANTE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, É SUBJETIVA. NAO SE TRANSIGE COM A RESPONSABILIDADE OBJETIVA E, MUITO MENOS, A RESPONSABILIDADE PELO FATO DE TERCEIRO. 4. ALÉM DO MAIS, CONSEQÜÊNCIA LÓGICA, IMPÕE-SE A CULPABI... (TJ-BA - APL: 4797232008 BA 47972-3/2008, Relator: MARIO ALBERTO SIMOES HIRS, Data de Julgamento: 16/10/2008, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL)

Para os adeptos da teoria da teoria absoluta da presunção de violência, o legislador agiu com coerência impondo a idade como critério do crime.

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. NATUREZA ABSOLUTA DA PRESUNÇÃO. IRRELEVÂNCIA DA INEXPERIÊNCIA E DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STF. EXCLUDENTE DE PUNIBILIDADE. CASAMENTO DA VÍTIMA COM O ACUSADO. NÃO EFETIVAÇÃO. IRRELEVÂNCIA DA INTENÇÃO DO ACUSADO DE SE CASAR. EXCLUDENTE NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-RN - ACR: 9812 RN 2003.000981-2, Relator: Des. Deusdedit Maia, Data de Julgamento: 19/02/2004, Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/03/2004)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. ART. 217-A DO CP. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não viola o Princípio da Colegialidade a apreciação unipessoal pelo Relator do mérito do recurso especial, quando obedecidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil, bem como do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, observada a jurisprudência dominante desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. Com a interposição do agravo regimental, fica superada eventual violação ao referido princípio, em razão da reapreciação da matéria pelo órgão colegiado. 2. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ. 3. Em relação a impossibilidade de discussão de legislação já revogada e de aplicação da lei penal mais gravosa, verifica-se tratar de inovação em agravo regimental, não podendo ser acolhida nesta fase recursal. 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1295596 MG 2011/0294515-7, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 06/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2013)

Com o novo artigo implementado no Código Penal, artigo 217-A, a visão jurisprudencial não considerou de imediato a irrelevância do consentimento, ou seja,

mesmo que o legislador tenha tentado por fim a esse debate considerando a idade como uma classificação para a ocorrência de crimes ainda se viu casos em que a presunção foi considerada relativa.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CARÁTER RELATIVO DE PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Não se pode utilizar dos embargos para rediscutir a matéria, objetivando nova apreciação no intuito de reformar a decisão. Para seu acolhimento, necessária a presença dos requisitos elencados no art. 619, do CPP, mesmo que o desiderato do recurso seja o prequestionamento. (TJ-MG - ED: 10498100010780002 MG , Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 15/04/2015, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/04/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - RELATIVIDADE - CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA - CASAL DE NAMORADOS - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - PRÉ-QUESTIONAMENTO - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. - Se o acórdão embargado faz expressa menção que a vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de que tratava a alínea a do art. 224, ambos do Código Penal, hoje revogado, é relativa, não se mostra omissa o julgado para se sujeitar a qualquer declaração. - Ainda que voltados ao prequestionamento para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário, devem os embargos observar os requisitos traçados no art. 619 do Código de Processo Penal. (TJ-MG - ED: 10358100014184002 MG, Relator: Silas Vieira, Data de Julgamento: 24/02/2015, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 06/03/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - RELATIVIDADE - CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA - CASAL DE NAMORADOS - ABSOLVIÇÃO MANTIDA - PRÉ-QUESTIONAMENTO - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. - Se o acórdão embargado faz expressa menção que a vulnerabilidade contida no artigo 217-A, assim como a presunção de que tratava a alínea a do art. 224, ambos do Código Penal, hoje revogado, é relativa, não se mostra omissa o julgado para se sujeitar a qualquer declaração. - Ainda que voltados ao prequestionamento para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário, devem os embargos observar os requisitos traçados no art. 619 do Código de Processo Penal. (TJ-MG - ED: 10440100021532002 MG, Relator: Silas Vieira Data de Julgamento: 24/06/2014, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/07/2014).

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - CARÁTER RELATIVO - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. I - A vulnerabilidade do art. 217-A do CP é relativa, admitindo prova em contrário. II - A relativização da vulnerabilidade deve observar as condições reais da vítima de entender o caráter das relações sexuais e de se orientar de acordo com esse entendimento. III - Inexistentes evidências, que não a tenra idade da vítima, que comprovem ter o agente a coagido, de alguma

forma, a com ele manter relações sexuais, impõe-se a absolvição. V.V. PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA QUE CONTAVA COM 13 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS - CONSENTIMENTO DA OFENDIDA - IRRELEVÂNCIA - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - INAPLICABILIDADE - REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - MEDIDA QUE SE IMPÕE - CONDENAÇÃO - RECURSO PROVIDO. Não há falar-se em consentimento de uma menor de treze anos, visto que, com esta tenra idade, a violência de que trata o tipo penal em comento é presumida, ou seja, a aquiescência ou não da ofendida não é aferida para fins de aplicação da Lei Penal. O tão só fato de mobilizar-se a vítima a aderir às propostas do apelado não tem o condão de ilidir a conduta prevista no tipo penal. (TJ-MG - APR: 10144130014349001 MG, Relator: Alberto Deodato Neto Data de Julgamento: 14/04/2015, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/04/2015).

Ainda em relação ao início da aplicação da Lei 12.015/09, os Tribunais de Justiça continuaram a entender pela absolvição do réu nos casos de consentimento do menor de 14 anos. Uma pesquisa feita com 752 decisões proferidas em todo o território nacional pelos Tribunais de Justiça revela que há a possibilidade de absolvição do réu mesmo após a promulgação da Lei 2.015/2009. É facultado ao magistrado interpretar, sempre com *equilíbrio e discernimento*, a norma no caso concreto, possibilitando a aplicação da vulnerabilidade relativa. E afirma ainda que “os desembargadores criticam a legislação atual, que impede, segundo eles, o bom senso nos julgamentos”.

O descontentamento foi um dos motivos para a proposta de alteração do estupro de vulnerável no Código Penal, segundo o procurador da República Luiz Carlos Gonçalves, relator do anteprojeto de reforma no Senado. “Estamos concordando em parte com essa crítica e reduzindo a idade de consentimento para 12 anos”, afirmou ele ao G1. (D’AGOSTINO, Tribunais absolvem acusados de sexo com menor, apesar de nova lei. G1, 2012).

[...]

Para Fábio Aguiar Munhoz Soares, juiz da 17ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, a lei atual é “exagerada” e não é impassível de interpretação. “Se fosse levar a lei ao pé da letra, teria que condenar e ponto final. Mas temos que pensar: para que serve o juiz? Ele é um mero aplicador da lei? Se pensarmos assim estaremos desprezando a função de julgar”, afirma. “Toda vez que a lei fixa a situação de idade, cabe ao juiz dizer. Assim ajuda a fazer a lei.” (D’AGOSTINO, Tribunais absolvem acusados de sexo com menor, apesar de nova lei. G1, 2012).

A reportagem trás ainda que, os magistrados alegam que há casos em que há famílias envolvidas e que desestruturá-las é um erro, tendo em vista os princípios norteadores do ordenamento e as próprias normas de proteção à família.

“O novo sistema adotado pelo Código Penal para os crimes sexuais dificulta um tanto o uso desta válvula de escape para o bom senso”, escreveu o relator, desembargador Miguel Pessoa, em decisão de 8 de março de 2012. “Em suma, na aplicação da nova lei, deve o julgador verificar com esmero se houve realmente um estupro ou apenas um inocente namoro”. Para Pessoa, o juiz não pode “levar a lei ao pé da letra, e sim, ao interpretá-la, sentenciar buscando os verdadeiros interesses sociais, haja vista as profundas mudanças ocorridas no que toca a descoberta da sexualidade”. (D’AGOSTINO, Tribunais absolvem acusados de sexo com menor, apesar de nova lei. **G1**, 2012).

5.3 Erro Inevitável

Essa discussão quanto à incidência do tipo penal já vem decorrendo há um tempo, de maneira que não incida, seja ele qual for.

A verdade é que um processo interpretativo baseado na compreensão lógica, sistêmica e teleológica da norma em exame, levava à conclusão de que, nos casos em que o sujeito passivo possui idade próxima aos 14 anos e compleição física precocemente desenvolvida, o agente poderia incidir em erro de tipo. Em consequência, a presunção de violência ou de grave ameaça deveria ser relativizada, sempre que, em face da circunstância do caso concreto, o agente não tivesse como saber o real estado de menoridade da vítima (LEAL; LEAL, 2009, p.01).

Contudo, ocorre que surgiram vários casos, firmados na jurisprudência, em que a vítima (com idade perto de 14 anos) exiba uma imagem mais avançada do que realmente era, e possuía algum conhecimento sexual que conduziu o agente a um erro de tipo.

Erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstância da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da forma penal incriminadora. É o que faz o sujeito supor a ausência de elemento ou circunstância da figura típica incriminadora ou a presença de requisito de norma permissiva. (Damásio, 2005, p.309)

Caso o agente não tivesse como saber a idade da vítima correta, de maneira que tipo penal seria afastado.

a vulnerabilidade, assim, quando o agente for conduzido a um erro inevitável sobre a menoridade da vítima, deve ser afastado o caráter absoluto da vulnerabilidade, e com certeza a Suprema Corte, assim como fez na presunção de violência, vai reconhecer o afastamento da regra geral do artigo 217-A, *caput*, do CP, excluído a tipicidade da conduta do agente, quando diante do comportamento promiscuo da vítima, não existindo o

constrangimento nem a ameaça, desejando o maior de 12 anos de idade manter relações sexuais, e o agente for levado ao erro por acreditar que a vítima possui mais de 14 anos. (Guimarães, 2011, p.46)

5.4 A interação da vulnerabilidade absoluta com os princípios

Podem-se considerar os princípios como regimento finalista, os quais afetam os elementos jurídicos com valores. Esses não designam atos ou ocultam alguma COISA, e sim apontam a realização de um desfecho juridicamente significativo.

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica. (Canotilho, 1998, p. 1.123)

Princípios são ainda o norte necessário para embasar as normas jurídicas, são a sustentação de valores da comunidade.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]. Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]. (Mello, 2000, p. 747-748)

Ainda nos ensinamentos de Mello, no processo penal os princípios estão considerados.

A par de se poder pensar em princípio (do latim, *principium*) como sendo início, origem, causa, gênese, aqui é conveniente pensá-lo(s) como motivo conceitual sobre o(s) qual (ais) funda-se a teoria geral do processo penal, podendo estar positivado (na Lei) ou não. [...] Por evidente, falar em motivo conceitual, na aparência é não dizer nada, dada a ausência de um referencial semântico perceptível aos sentidos. [...] Dizer motivo conceitual, aqui, é dizer mito, ou seja, no mínimo abrir um campo de discussão que não pode ser olvidado mas que, não há como desvendar, na estreiteza desta singela investigação. [...] O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância, mas, não raro, não têm preciso o seu

sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo.

Ou seja, princípios, no ramo do direito, são razões teóricas, que servem de pilares para uma ordem jurídica, sendo positivados ou não, são norteadores fundamentais, que não estão recebendo a devida atenção quanto a sua utilidade social. Apesar de estarem presentes na aplicação processual, os princípios constitucionais aplicados no processo são a defesa social quanto ao limite da autoridade judicial.

Nos ensinamentos de Dworking, 'os princípios são o motivo de direção da argumentação, e precisam de aplicação individual, caso a caso. Assim, cada caso teria a sua solução particular de acordo com o processo legal vivido, se enquadrando nos valores exaltados pela sociedade.

No que tange o devido processo legal, todos os requisitos devem estar presentes, assim como o direito ao contraditório, a ampla defesa e o direito de prova.

[...] a garantia de acesso a justiça, consagrado no plano constitucional o próprio direito de ação e o direito de defesa, tem como conteúdo o direito ao processo. E por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. (Grinover, 2009, p.13)

Ainda nessa vertente, Guimarães (2011, p.50), salienta o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, contidos no art. 5º, LV da Constituição Federal; no qual o juiz por meio de sua imparcialidade, se põe entre as partes, possibilitando que cada uma exponha sua visão do caso, entregando provas para o convencer. Se o entendimento da norma for sempre absoluto no crime de Estupro de Vulnerável, será considerado que não cabe prova em contrário; ocasionando uma "culpabilidade antecipada" do acusado; afastando do mesmo a demonstração sua inocência, quando atingido o critério objetivo (idade da vítima).

E continua seu raciocínio ao afirmar que o Princípio da presunção do estado de inocência é ofendido pela vulnerabilidade absoluta, tendo em vista que esse princípio é uma garantia política do cidadão, e entregue a todo e qualquer indivíduo, em um primeiro momento, um estado de inocência, o qual somente será afastado quando comprovado que cometeu o crime.

A classificação da vulnerabilidade como absoluta fere os princípios constitucionais já mencionados, os quais são base para o Direito Penal, tendo em vista que são meios necessários para se averiguar a veracidade dos acontecimentos.

5.5 Vulnerabilidade Absoluta e defesa

Se a vulnerabilidade, contida no artigo 217-A do Código Penal, for tida como absoluta, pode afetar os princípios penais. Nessa vertente, vale ressaltar o princípio do contraditório e da ampla defesa, presente na Constituição Federal, no art. 5º, LV, pode ser ferido, tendo em vista que esse entendimento afeta na demonstração da inocência do acusado, de maneira que a realidade pode ser diferente da presumida pelo autor.

Ainda nessa vertente, vale destacar que o princípio da presunção de inocência restringe o poder que o Estado possui de punir, de maneira que este viola o princípio da intervenção mínima, o qual tem o dever de guiar a atuação Estatal, no que tange a defesa dos bens jurídicos íntimos e relativos, como é o caso da autodeterminação sexual.

Parece-nos, inclusive, estar em jogo até a não culpabilidade antecipada, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que disserta não poder ser considerado culpado ninguém até que transite em julgado a sentença penal condenatória. Considerar a vulnerabilidade absoluta em todos os casos, sem exceção, é gerar espécie de culpabilidade antecipada do acusado e, cercear deste qualquer possibilidade de demonstrar inocência quando atingido o critério objetivo da idade da vítima. Demonstrado fica, então, que, sob esta perspectiva, os meios de defesa são atingidos. Não haverá, pois, meios e nem será ampla a defesa, uma vez que provada a autoria e excluindo-se os casos de erro de tipo (desconhecimento da idade real da vítima), estar-se-ia diante de uma culpabilidade antecipada comprovada.

Fato que sem dúvida coloca em risco o justo andamento que deve imperar em todo e qualquer processo, principalmente na seara penal. Cabe ressaltar que tais princípios são imprescindíveis a todo o ordenamento jurídico, baseando não apenas o Direito Penal, mas todo o sistema jurídico brasileiro, a fim de preservar o Estado Democrático de Direito. Presumir a vulnerabilidade como absoluta opõe-se aos princípios já mencionados, o que, sem dúvida, é inaceitável (MENDES; SILVA, 2010, p.01).

Sob o contexto atualmente vivenciado pela sociedade, é inconcebível confirmar que um jovem com idade menor que quatorze anos seja totalmente vulnerável, ou ainda que não possua sequer a noção do que vem a ser uma relação sexual.

5.6 Falta de relativização da vulnerabilidade

O objetivo preterido pelo legislador em punir severamente a conjunção carnal com menores de 14 anos é compreensível, tendo em vista os casos absurdos de pedofilia que vemos a todo instante nos noticiários.

Contudo, atribuir caráter absoluto a vulnerabilidade, trás consequência graves para o bom funcionamento do nosso ordenamento jurídico, principalmente quando esse caráter absoluto se torna incompatível com a própria base principiológica que baseia a responsabilidade penal no Direito Brasileiro. O ordenamento jurídico brasileiro adota a responsabilidade penal subjetiva, ou seja, a culpa e dolo devem ser provados, pois não é admissível a presunção de culpabilidade. É com apoio na responsabilidade subjetiva que não devemos considerar a vulnerabilidade absoluta, isso porque a vulnerabilidade absoluta ignora qualquer discussão quanto a culpa e o dolo do agente, considerando desde o primeiro momento culpado o agente que mantiver praticas sexuais com menores de 14 anos.

[...] no Direito Penal brasileiro a responsabilidade é subjetiva, assim, para não estipularmos o temível instituto da imputação por responsabilidade penal objetiva, para que o agente seja considerado culpado, deve se analisar caso a caso a vulnerabilidade da vítima. Isso porque se consideramos a vulnerabilidade no seu caráter absoluto, não será possível a produção de provas em contrário, ou seja, qualquer pessoa que mantiver relações sexuais com menor de 14 anos será o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável (GUIMARÃES, 2011, p.52).

E continua

parece mais sensato considerar como relativa a natureza da vulnerabilidade, pois do contrário, ocorrerá o cerceamento de defesa do acusado. Ademais, a relativização além de evitar agressões aos princípios que norteiam a Constituição Federal, afastaria a responsabilidade penal objetiva, não aceita em nosso ordenamento. Cabe ressaltar que a relativização será apenas a exceção a regra, assim, a figura do estupro de

vulnerável não fugirá da sua finalidade primordial, que é a proteção da criança e do adolescente das garras de pedófilos e aproveitadores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerar a presença da atipicidade no crime de estupro de vulnerável é uma questão delicada, tendo em vista os princípios norteadores do direito e as normas do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a complicada tarefa de se harmonizar a proteção assegurada pelo Estado, ao livre desenvolvimento da personalidade sexual infanto-juvenil com o direito conferido ao menor de autodeterminasse.

A defesa penal dos menores na esfera criminal sexual visa tutelar a dignidade sexual. Assim, se a pessoa tiver menos de 14 anos a lei não as considera, em nenhum momento, capaz de se autodeterminar sexualmente.

O limite de idade firmado como correto para autodeterminação sexual acaba ocasionando uma equivocada abrangência, pois vários elementos individuais devem ser considerados, como personalidade, contexto social, dentre outros que influenciam para o amadurecimento pessoal e sexual infanto-juvenil.

O revogado artigo 224 do Código Penal que tratava da presunção de violência para vítimas menores de 14 anos foi base de debate quanto à natureza (relativa ou absoluta) do crime. A vertente absolutória desconsidera a prova em contrario no que tange a presunção de violência e veda a autodeterminação sexual do menor antes do previsto em lei. Na relativa, a presunção de violência pode ser afastada diante da situação fática, abrindo possibilidade de do menor s autodeterminar de acordo com a análise de sua personalidade, experiência sexual, discernimento e consciência de seus atos.

O artigo 217-A do Código Penal, o qual vigora atualmente inserido pela Lei 12.015/09, afirma que a idade é um elemento da conduta. Isso gerou mais um capítulo nesse debate doutrinário, de maneira que parte dos juristas considera que o crime é caracterizado se a vítima for menor de 14 anos, sem análise de nenhum outro elemento do caso concreto. O outro entendimento, afirma ser inadmissível que o legislador fixe um tipo penal que não examina as condições fáticas do caso

individualmente, pois seria inconcebível não levar em conta o contexto social e o objetivo principal da norma de proteger o desenvolvimento natural do menor, ou seja, a discussão que era quanto à presunção de violência passou a ser sobre a vulnerabilidade da vítima.

Adequar a norma à sociedade é um princípio básico do direito, norteia o legislador na concepção de novas normas penais, bem como a interpretação, que possibilita o ajuste da norma no caso concreto, e diante disso, os atos aceitos pela sociedade não devem ser penalizados pelo direito penal por não ter tipicidade.

Diante do avanço tecnológico a informação é algo instantâneo na realidade atual, a mentalidade social não é mais a mesma. O adolescente não se comporta mais como antigamente, está mudando, e isso afeta a descrição do bem jurídico protegido pela lei. De modo que, a relação entre o crime de estupro de vulnerável e o consentimento do menor diante do ato sexual deve ser equilibrada, para que nenhum inocente seja cometido por algo que não fez, bem como o ator de crime não fique sem punição, ou seja, não ocorra a criminalização de ações que nem ao menos sejam consideradas uma ofensa ao bem jurídico protegido.

Todo esse contexto de transformação tem mostrado a necessidade de haver uma comunicação mais próxima dos jovens por parte da escola e dos familiares quanto à sexualidade e suas consequências, no intuito de orientá-los em seu desenvolvimento não só sexual, mas como ser humano em sua totalidade também, para que tenham competência de se autodeterminarem sexualmente. Esse quadro permite a discussão sobre o tema de forma mais clara, admitindo que tanto homens como mulheres tem uma liberdade sexual a ser entendida e respeitada, abrangida pela dignidade da pessoa humana, constante na Constituição vigente.

Perante esse cenário, pode-se notar que os jovens estão iniciando mais cedo a vida sexual, o que tem relação com o aumento do índice de gravidez na adolescência de maneira generalizada no território nacional. Assim, a observância da situação social é de extrema importância para o legislador, para criar a norma, e para o julgador, para aplicá-la.

Isto posto enrijecer o entendimento de que o consentimento do menor é totalmente irrelevante não será benéfico para o ordenamento, tendo em vista de não estar sempre de acordo com a sociedade, e muito menos impedirá os resultados da liberalidade sexual. A moralidade que rondava esse assunto já não é a mesma, e a legislação penal não deve ficar presa a um entendimento ultrapassado de que não existe uma sexualidade nesta fase da vida.

O crime de estupro de vulnerável deve ser analisado caso a caso, pois o adolescente tem direito a praticar a sua sexualidade livremente, mesmo que não tenha atingido a idade imposta pelo legislador, e se esse jovem tem a consciência de suas ações não há bem jurídico para se proteger, já que houve uma autorização legítima para que exercesse a sua sexualidade.

É imprescindível a participação efetiva dos pais e da escola na orientação dos jovens, para que possam ter uma melhor noção de seus atos, principalmente no que envolve as relações sexuais.

Deste modo, no mínimo, perante situações envolvendo adolescentes maiores de 12 anos, é compreensível aceitar prova em contrário à previsão legal de vulnerabilidade, no sentido de se distanciar a arguição de crime toda vez que o menor se mostrar maduro o suficiente para a prática sexual, ficando comprovado a ausência de constrangimento ilegal e que possuía capacidade de resistir ao ato, caso não fosse de sua vontade. Seria um excesso proferir que toda a relação sexual praticada por um menor seja negativa para o seu desenvolvimento, diante da possibilidade de um jovem saber do que se trata uma relação sexual e suas prováveis resultados.

Não há uma solução fixa para esse debate, mas a reflexão quanto ao tema é fundamental no ordenamento, para que o futuro dos jovens seja melhor e que o próprio sistema de normas vigente consiga proteger o bem jurídico eficientemente.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, MIRIAM; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete da Silva. Brasília: UNESCO Brasil, 2004. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001339/133977por.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

BARTOLI, Marcio. A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência. In: Revista dos Tribunais, n. 678, p. 410-413, abr. 1992, p. 410.

BEIGEL, Hugo G. Dicionário de sexologia. Trad. de Alice Nicolau. Lisboa: Dom Quixote, 1974.

BRASIL, Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, item 70. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. Violência sexual presumida. Curitiba: Juruá, 2005.

Constituição Federal de 1988.

D'AGOSTINO, Rosane. Tribunais absolvem acusados de sexo com menor, apesar de nova lei. G1, São Paulo. 20 maio 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/tribunais-absolvem-acusados-de-sexo-com-menor-apesar-de-nova-lei.html>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; Decreto-Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Entrevista, realizada dia 6 de novembro de 2015, com delegado-chefe da Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), Wisllei Gustavo Mendes Salomão.

FARIAS, Vanessa de Souza. Estupro de vulnerável e direito à autodeterminação sexual do menor. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4007, 21 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29641>>. Acesso em: 12 de julho de 2015.

GENTIL, Plínio. Estupro de vulnerável consentido: uma absolvição polêmica. In: Revista Magister: Direito Penal e Processual Penal, ano VIII, n. 45, p. 65-70, dez./jan. 2012, p. 67.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a Dignidade Sexual. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 4 ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 13º ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 7 ed. revista, ampliada e atualizada. vol. III. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do Artigo 217-A, caput, do Código Penal. 2011.62fls. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Brasília, 2011.

Instituto de ciências criminais. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticia/13379-Deciso-do-STJ-afasta-violencia-presumida-em-crimes-sexuais>>. Acesso em: 25 de julho de 2015

IWASA, Mariana Sayuri Mota de Abreu. Estupro de vulnerável: validação do consentimento do adolescente menor de 14 anos 2009, 55fls. Monografia (Bacharel em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

Jurisprudências retiradas do site de busca JusBrasil. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Presun%C3%A7%C3%A3o+de+viol%C3%Aancia+relativa>> Acesso em : 28 de setembro de 2015.

JusBrasil, TJ-MS - Apelação Criminal : APR 20835 MS 2007.020835-3. Disponível em <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6084766/apelacao-criminal-apr-20835-ms-2007020835-3/inteiro-teor-12233567>> Acesso em : 30 de setembro de 2015.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2263. disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13480/novo-tipo-penal-de-estupro-contra-pessoa-vulneravel>> Acessado em 4 de julho de 2015.

Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.

Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Crimes Hediondos.

MARQUES JUNIOR, Gessé. “Quem entra com estupro é estuprado”: avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. Piracicaba, 2007. 183fls. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba-SP, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal: parte especial. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NATSCHETADETZ, Karl P. O direito penal sexual. Coimbra: Livraria Almeida, 1985

NOGUEIRA, Daniela. Sexualidade precoce atinge 28,7% dos adolescentes de 13 a 15 anos. 30 de junho de 2013. Disponível em <<http://www.correiodeuberlandia.com.br/cidade-e-regiao/sexualidade-precoce-atinge-287-dos-adolescentes-de-13-a-15-anos/>>. Acesso em: 1 de novembro de 2015

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci; ALVES, Jamil Chaim; ZIMMARO Rafael Barone; BURRI, Juliana; CUNHA, Patricia Monteiro da; SILVA, Rafael Zanon da. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009. In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 11 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 965 a 973, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crime conta a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 33 a 43, 2009.

PORTAL DA SAÚDE. Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência. 2012. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em: 11 de julho de 2015

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal: parte especial. 8 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2 , p. 621 a 637, 2010.

Recurso Especial Nº 1.515.834 - MT (2015/0033845-2)

SABADELL, Ana Lucia. A problemática dos delitos sexuais numa perspectiva de direito comparado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCRIM, v. 27, 1999, São Paulo 1999, p. 98.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. Bem jurídico e Direito Penal. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3129, 25 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20939>>. Acesso em: 11 de agosto de 2015.

SILVA, L. M. P. (Org.) Violência doméstica contra crianças e adolescentes. Recife: EDUPE, 2002.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. Crimes sexuais: reflexões sobre a nova Lei nº 11.106/2005. Leme: J. H. Mizuno, 2006, p. 231.

STF. Primeira Turma, HC 97052/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16/08/2011, p. DJe 14/09/2011.

STF. Segunda Turma, HC 111.159/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 24/09/2013, p. DJe 08/10/2013.

STJ - REsp: 1515834 MT 2015/0033845-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 05/05/2015.

STJ. S3 – Terceira Seção, EREsp 1.152.864/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/02/2014, p. DJe 01/04/2014.

TJ-MS - ACR: 21314 MS 2006.021314-8, Relator: Des. José Augusto de Souza, Data de Julgamento: 14/02/2007, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 6/03/2007

VIGARELLO, Georges. História do estupro: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.