

**ASCES - UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

NATHÁLIA MARIA BEZERRA LOPES

**A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA NO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

**CARUARU
2017**

NATHÁLIA MARIA BEZERRA LOPES

**A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA NO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida, para a obtenção do grau de bacharelado em Direito, sob orientação do Professor Mestre Adrielmo de Moura Silva.

CARUARU
2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, pois em minha vida é para Ele toda honra e glória.

A todas as pessoas que sempre acreditaram na minha capacidade, em especial minha mãe, que esteve sempre ao meu lado, e meu pai que batalhou muito para que eu chegasse até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade que Ele me concedeu de chegar até aqui, que em meio aos grandes desafios sempre me levantava e me capacitava para seguir em frente.

Um agradecimento especial a minha mãe, a quem devo minha vida e minha formação, é a mulher mais forte e incrível que conheço, que com muita paciência tirava um pouco do seu tempo para ouvir meus questionamentos e ideias. E igualmente ao meu pai, que é, sem dúvidas, o homem da minha vida, um exemplo de força e dedicação, a quem quero encher de orgulho pelo resto dos meus dias.

A toda minha família, que com muita compreensão me apoiavam e colaboravam para o melhor desenvolvimento do trabalho, e com muito amor e sinceridade refletiram, por muitas vezes, junto a mim, a melhor forma de expor minhas opiniões, em especial aos meus irmãos Diego e Camilla.

Ao meu orientador e professor, Adrielmo Moura, que sempre com bastante sabedoria e compreensão, conduzia da melhor forma as minhas ideias e questionamentos, sendo essencial para a produção e conclusão deste trabalho. Um exemplo de profissionalismo, ética e dedicação.

Ao meu namorado, João Paulo, pela compressão e por cobrar sempre o meu melhor. Aos meus amigos, que acreditaram na minha capacidade, em especial a Carolina Lima, uma irmã de coração, que sempre se dispôs a me ajudar nos momentos em que não acreditei que seria possível, a ela, agradeço imensamente, por toda vez que me escutou e me aconselhou.

Por fim, mas não menos importante, a todos os professores e funcionários da ASCES-UNITA, que sem eles a minha formação acadêmica não existiria, foram peças essenciais em minha vida, sempre me acrescentando o melhor, dia após dia.

RESUMO

O presente trabalho tem como foco a análise da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a qual altera nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo o termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”. Porém, o foco central deste, se dá na retirada da presunção de violência para a implantação da criminalização absoluta de atos sexuais envolvendo adolescentes menores de 14 anos de idade, intitulado por estupro de vulnerável pela nova lei, sendo obviamente, independente de sexo, do seu consentimento, ou até mesmo da existência de um relacionamento amoroso entre o agente e a suposta vítima. Então, o trabalho se justifica em analisar se a nova legislação referente ao estupro de vulnerável condiz com a realidade social, pois seu caráter absoluto e imparcial vem acompanhado de conflitos constantes sobre a presunção da vulnerabilidade da suposta vítima, que por sua vez, deveria ter o direito ao consentimento da prática sexual, sem a imposição, por ora, injustificada, do Estado, no que condiz ao fator etário. Com base em leis específicas, posicionamentos doutrinários e jurisprudências, será defendido que o ativismo judicial seja levado em contas em relação aos casos que houver dúvidas quanto a vulnerabilidade da vítima, flexibilizando, por ora, o caráter absoluto trazido pela lei, e a alteração do critério etário do estupro de vulnerável, para que seja cumprida com justiça e responsabilidade, objetivando a sua integral eficácia.

PALAVRAS CHAVES: Estupro de Vulnerável – Consentimento do menor – Fator Etário – Presunção de violência – Vulnerabilidade relativa.

ABSTRAT

The present work focuses on the analysis of Law No. 12,015, of August 7, 2009, which amends nomenclature of Title VI of the Penal Code, replacing the term "crimes against customs" with "crimes against sexual dignity". However, its central focus is on the withdrawal of the presumption of violence for the implementation of the absolute criminalization of sexual acts involving adolescents under 14 years of age, entitled for rape of vulnerable by the new law, being obviously, regardless of gender, His consent, or even the existence of a loving relationship between the agent and the alleged victim. Therefore, the work is justified in analyzing whether the new legislation regarding the rape of vulnerable corresponds to the social reality, since its absolute and impartial character is accompanied by constant conflicts about the presumption of the vulnerability of the supposed victim, who in turn should have The right to consent to sexual practice, without the imposition, for the time being, unjustified, of the State, regarding the age factor. Based on specific laws, doctrinal positions and jurisprudence, it will be defended that judicial activism be taken into account in cases where there is doubt as to the vulnerability of the victim, for the time being to relax the absolute character brought by the law, and the alteration of the Age criterion of the rape of vulnerable, to be fulfilled with justice and responsibility, aiming at its full effectiveness.

KEY WORDS: Vulnerable rape - Consent of the minor - Age Factor - Presumption of violence - Relative vulnerability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 FUNDAMENTOS PRIMÁRIOS SOBRE SEXUALIDADE	10
1.1 Visão geral da evolução sexual.....	10
1.2 A influência da sexualidade na adolescência	13
1.3 Direitos sexuais.....	19
1.4 Princípios favoráveis a liberdade sexual	25
2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA	29
2.1 Crimes contra a dignidade sexual	29
2.2 Análise da lei 12.015/09.....	32
2.3 Estupro de vulnerável.....	35
2.4 Da presunção de violência.....	40
3A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA.....	43
3.1 Conceito etário de vulnerabilidade	43
3.2 A vulnerabilidade no ECA.....	47
3.3 Hermenêutica das normas.....	50
3.4 O ativismo judicial quanto a aplicação da norma e a proposta de reformulação do artigo 217-A do Código Penal.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, trouxe alterações significantes para o Código Penal Brasileiro, e questões que passaram a ser objeto de uma grande discussão entre doutrinadores e legisladores. Essas foram principalmente ao que tange ao anteriormente denominado “crimes contra os costumes”, que passa a “crimes contra dignidade sexual”, isto porque buscava uma adaptação da legislação penal as novas tendências sociais trazidas pelo desenvolvimento das relações interpessoais e a adequação ao próprio regramento da Constituição Federal, onde institui a dignidade da pessoa humana um princípio inviolável e primordial.

Porém, a específica alteração, objeto de estudo deste trabalho, vem para garantir a proteção das crianças e adolescentes sob um regime mais rigoroso para os que atentassem contra sua sexualidade. E sob este parâmetro, a Lei trouxe para o Código Penal um novo tipo, tido por estupro de vulnerável, no artigo 217-A, o qual fornece sanções mais graves. Ademais, trouxe para o menor de 14 anos uma presunção absoluta de vulnerabilidade que esta relacionada intimamente com a falta de aptidão psicológica para entender a o caráter da prática sexual.

Entretanto, sabe-se que, o direito como ciência que regula as relações sociais, tem por obrigação primordial, acompanhar os avanços da sociedade e trabalhar em conjunto com a realidade social, sob pena de existir a perda da eficácia das normas jurídicas, que se não andarem em coerência com as mudanças que a sociedade impõe, acabam sem efetividade, comprometendo a justiça.

Então, preliminarmente, será relatado a sexualidade em questão, uma breve perspectiva sobre a evolução sexual durante os séculos, onde consegue-se perceber que existe toda uma cultura por trás da conduta sexual, e que o ser humano tem por natureza um instinto sexual intimamente ligado com o meio social em que se vive, o que também se justifica quando se fala da influência da sexualidade na adolescência. Direitos sexuais e princípios favoráveis a liberdade sexual, também são objetos de estudo neste capítulo, trazendo com si, a importância da intimidade e privacidade de cada indivíduo sobre seu próprio corpo e sobre seus próprios desejos.

Logo após, estuda-se sobre os crimes contra a dignidade sexual e a presunção de violência imposta pela alteração da lei, o que se esclarece o que é

crimes contra a dignidade sexual, o motivo desta nomenclatura, faz-se uma análise da Lei 12.015, das suas modificações em geral, do estupro de vulnerável em questão e das mudanças que o 217-A trouxe, e por fim, o capítulo se encerra com a análise da presunção de violência que, por ora, tornou-se absoluta, questão que traz muitas divergências doutrinárias.

Neste terceiro momento, encontra-se o corpo do trabalho, onde as questões trabalhadas se concentram na vulnerabilidade etária, discutindo-se até onde se existe uma vulnerabilidade absoluta ou relativa, analisando-se o meio que o legislador justificou este fator etário e se este encontra-se assegurado pelos diplomas legais vigentes, fala-se sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e suas considerações a respeito da vulnerabilidade. Neste último capítulo, também se propõe o objetivo central do trabalho.

Por fim, a proposta do trabalho está em analisar a vulnerabilidade etária do estupro de vulnerável, trazendo a realidade social atual como base para as modificações que serão propostas, visto que caminhamos para uma sociedade cada vez mais precoce, onde não se deve rotular a capacidade de compreensão de alguém por mero fator etário.

1 FUNDAMENTOS PRIMÁRIOS SOBRE A SEXUALIDADE

1.1 Visão geral da evolução sexual

É fato que abordar sobre a sexualidade e suas evoluções sociais jamais terá uma ideologia simplificada e absoluta, visto que a educação social atualmente é composta por uma diversidade de grupos e os conceitos se divergem significativamente. Com isso, dificulta afirmar o que é o sexo para cada um e de que forma ele deve ser administrado. Não se pode repreender a pluralidade de pensamentos sobre estes conceitos, já que a própria sociedade, em seus avanços, tem elevado a liberdade sobre discussões a respeito, seu conhecimento, sua educação, bem como, sua prática.

“A sexualidade está presente desde o nascimento até a morte, porém a forma de vivenciá-la é que se modifica ao longo da história da humanidade, influenciando os relacionamentos entre os sexos”, destaca Quintella e Dietrich.¹

Para entender seus avanços, se faz necessário um breve contexto histórico, onde o sexo foi, por bastante tempo, motivo de repressão e visto como algo a ser escondido ou proibido, muito embora sua prática fosse, a cada avanço social, mais estimulada e conseqüentemente mais usual pela população, e não só sob um caráter reprodutivo, mas também para satisfação de desejos sexuais.

A sexualidade, por sua vez, se torna tão ampla que consegue envolver diferentes fatores sociais e emocionais, onde se estabelece por meio das relações do homem com o ambiente que se vive e com quem se convive, criando assim algo totalmente particular e íntimo, único de cada indivíduo.

Dentro da história da humanidade, a sexualidade, é marcada por mudanças constantes, que tem como grande responsabilidade a influência de ideais que norteiam diferentes percepções a partir dos contextos culturais, religiosos, políticos, econômicos e biológicos.

Não se pode falar com propriedade sobre o surgimento do sexo, porém, os primeiros vestígios registrados tiveram início no período paleolítico. Manifestações de diversas formas, como pinturas e gravuras nas cavernas e até esculturas exaltando o corpo feminino foram o marco inicial. Neste período, percebe-se que o

¹QUINTELLA, Ary; DIETRICH, Di. **Sexualidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.p.9

ato sexual é algo natural, onde a semelhança com os animais é existente, nos quais acontece a relação para que haja a satisfação e a procriação, sem qualquer dado de envolvimento emocional ou pessoal entre os praticantes.

Outro marco significativo na história da sexualidade foi a formação do povo Hebreu, que tinha uma visão totalmente modificada a respeito da prática sexual, onde destinavam o sexo primordial e essencialmente a um caráter reprodutor, pois uma família numerosa se tornou uma benção de Deus, e a importância da descendência se firmava como um direito inerente ao pai de sobreviver através dos filhos, garantindo, por sua vez, a existência do seu povo. Sendo assim, a relação sexual passou a tornar-se bem vista e necessária entre os casais, muito embora existisse a necessidade do respeito às normas divinas, como o casamento.

Vale ressaltar a inferioridade da mulher desta época, que era tida como uma propriedade do homem. Comenta Spitzner²:

A mulher era propriedade do pai durante a infância, e do marido, a partir dos 11 ou 12 anos, quando o casamento era consumado. Esse era um contrato familiar entre senhores e a mulher possuía um preço que posteriormente se transformou em dote.

Ao decorrer do tempo as mudanças continuavam pertinentes, visto que a sexualidade tomou um grau repressor e um caráter negativo em grande dimensão. Com a submissão das mulheres, o grande aumento da população, o nível elevado de adultério nos matrimônios, eis que surge a Igreja Católica e seus ideais impositivos. A sexualidade, então, passou a ser vista como um pecado, e a forte proibição da sua prática foi marcada por punições aos que expressavam opiniões contrárias.

Com a aparição da reforma protestante, entende-se que o pensamento a respeito da sexualidade continuava de uma forma bastante intensa, e também tinha como base repressora o pecado. A época marcada por grandes movimentos religiosos só intensificava as proibições e ameaças a respeito, exaltando a importância da virgindade, a condenação das pinturas e esculturas de caráter sexual

²SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá. p.21

e introduzindo novas exigências para o consentimento matrimonial. Menciona Spitzner³:

Dessa forma, fortalece-se a “cultura da vergonha”, onde tudo é proibido. Católicos e protestantes passam a viver à sombra do pecado, principalmente os de ordem sexual. O corpo é culpado de todos os vícios e pecados restando somente vigiá-lo e puni-lo, reduzindo-o à total submissão. E, para alcançar tal intento, a confissão foi instituída como mecanismo de repressão.

Por longos períodos a sociedade continuava a enxergar o sexo como uma prática repressiva, que tinha como finalidade apenas o caráter reprodutivo. Porém, a necessidade da satisfação dos desejos do homem começou a aflorar, com isso, a procura por sexo fora do casamento passou a ser prática constante para alívio dos maridos, que procuravam prostitutas para satisfazer seus instintos. Logo, a prática sexual marital continuava limitada a um caráter, meramente, reprodutivo.

Por volta dos anos 60, uma nova geração surgiu, reivindicando um mundo sem tantas restrições, e rejeitando viver na monotonia que vivia seus pais em questões políticas, sociais e sexuais. Criando um novo parâmetro de vida, esta geração obrigou os mais velhos a conviver com seu padrão, e a esse movimento deu-se o nome de contracultura. Cabelos longos, músicas, drogas, o amor livre, aborto, homossexualismo, nudez e entre outros movimentos, faziam parte das reformas comportamentais.

Mudanças significativas favoráveis as mulheres passaram a ser adotadas, apesar do presente repúdio religioso contra as mulheres que adotavam os métodos anticoncepcionais com os maridos, não foi o suficiente para o surgimento da pílula, o que de certa forma, desencadeou uma liberdade sexual feminina, como reforça Spitzner⁴:

Para as mulheres, o surgimento da pílula anticoncepcional foi responsável por um comportamento sexual feminino mais liberal e, diante dessa liberação, de sua independência sexual, os homens começaram a adotar uma nova postura frente aos relacionamentos sexuais.

³Idem. p.54

⁴SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.p.74

Assim como o trabalho, a saúde, a segurança e demais ocupações, a sexualidade passou a fazer parte da lista de práticas da sociedade. E em contrapartida o comércio também passa a lucrar com ela, já que a procura para satisfação sexual teria se intensificado. O que antes era motivo de silêncio se transformou em direito de conhecer, de compreender, e aos poucos a adaptação da sociedade foi acontecendo.

Na segunda metade do século XX, as mudanças ocorridas no âmbito social passaram a influenciar economicamente, visto que, o mercado de trabalho passou a lucrar por meio da medicina, psiquiatria, da propaganda, prostituição e pornografia. Comenta Nunes⁵:

A paulatina implementação da influência dos veículos de comunicação, e dentre eles a televisão, refletem-se nos valores, nos comportamentos, na linguagem, no modo de vestir, nas músicas, nos filmes, nas formas de relacionamento. O acréscimo das descobertas científicas, os métodos anticoncepcionais ao alcance de todos, indústria do sexo, a pornografia, tudo isso hoje é inegável que acaba transformando algumas concepções mais tradicionais.

A invasão da propaganda erotizada ganha uma grande dimensão e passa a chamar a atenção do consumidor da sociedade pós-moderna, abrindo o caminho para as empresas de todo e qualquer produto, utilizar de um meio sensual para vender mais e consolidar a marca. O corpo, suas formas e peculiaridades, se sobrepõem nos anúncios, e logo se torna um instrumento para o consumo, já que a busca pela perfeição física, pelo o ideal de estereótipo apresentado nos comerciais, passa a ser constante para ambos os sexos.

Atualmente, a sexualidade tem sido banalizada, sendo tratada com uma naturalidade e indiscrição em grande grau, vindo a influenciar toda uma sociedade, sendo de ambas as gerações, por meio da mídia, onde busca incansavelmente vender o sexo a todo custo. Tendo tal mercadoria facilmente disponível por vias como a internet, rádio, televisão, bancas de jornal e livrarias, gerando, por muitas vezes, informações distorcidas, bem como inverídicas, e aguçando a prática excessiva dos seus desejos e curiosidades.

1.2 A influência da sexualidade na adolescência

⁵NUNES, César Aparecido. **Desvendando a sexualidade**. 2.ed. São Paulo: Papyrus, 1997. p.14

Segundo Magalhães⁶, o termo adolescência provém do latim *adolescētia*—de *adolescere* - e significa crescer para a maturidade, desenvolver-se.

Embora o termo, se correlacione com uma época difícil, com crises existenciais e marcantes transformações, são inegáveis confirmar que, de fato, essa transição mexa com aspectos físicos e psicológicos dos que por ela passam. É válido citar que além dos problemas pessoais dos mesmos, a adolescência acaba por amedrontar a forma de tratamento dos seus familiares e educadores durante essa fase de transição, fazendo com que o déficit de formação do menor acabe por ser prejudicado, consequências que poderá levar para o resto de sua vida.

Entrando num rápido contexto histórico, vemos que até o renascimento o período da infância e da adolescência não tinha distinção, sendo os menores considerados como adultos em miniaturas. Entre os povos primitivos, a transição considerada era apenas da infância para idade adulta, tendo o menor que passar por um rito de iniciação a nova fase. Os hebreus, pelo mesmo seguimento, consumavam a idade adulta aos 11 ou 12 anos, tendo as meninas que casarem para descaracterização da infância e os meninos passavam pelo rito da circuncisão, onde significava uma aliança com Deus.

Na baixa idade média a fase de transição para a vida adulta se dava quando o menor era convocado para ser cavaleiro. Comenta Spitzner⁷:

O jovem era o recém-entrado no mundo adulto, o que era feito através da barbatoria, cerimônia que se seguia ao primeiro barbear do rapaz. Possuir pelos significava que a criança tornara-se homem e a qualidade da agressividade poderia ser cultivada, objetivando a boa formação do guerreiro. Por volta dos quinze anos, o jovem recebia armas, cavalo e armadura para os combates e era preparado para exercer sua virilidade através da habilidade em matar ou a disponibilidade para morrer. Os jovens deveriam aprender os rudimentos do amor, da guerra e da religião.

Em alguns países, as mulheres eram estimuladas a casar-se antes que a puberdade chegasse, para que não existissem riscos à pureza da mesma, já que era

⁶MAGALHÃES, Álvaro. **Dicionário enciclopédico Brasileiro**. São Paulo: Editora Globo, 1980.

⁷SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá. p.84

de conhecimento que nesta fase existia a natureza libidinosa, onde colocariam em risco os valores da mesma. Dessa forma, nesses períodos, a clareza da inexistência da fase que compreende a adolescência, fazia as crianças tornarem-se precocemente adultas, sofrendo exploração e degradação a sua moral.

Algumas tentativas de definição da adolescência ocorreram ao decorrer do século XVIII, mas foi no século XX que, de fato, surgiu o adolescente moderno. Trazendo preocupações aos políticos e moralistas, devido a sua espontaneidade e coragem de viver seus impulsos, começaram as várias pesquisas para entender melhor a nova geração que estava aflorando. Define Salles⁸:

A adolescência é entendida socialmente como o estágio intermediário entre a infância e a idade adulta e como período transitório no qual as responsabilidades são menores. O adolescente se caracteriza pela indefinição de seu papel social, o que resulta num status intermediário e provisório e conseqüentemente, passa a ser tratado de forma ambivalente: como criança e como adulto. O conceito de adolescência e adolescente é invenção da sociedade industrial ligado às leis trabalhistas e ao sistema educacional e que torna os jovens dependentes, cada vez mais, dos pais.

Sabe-se que, atualmente, existe com clareza a definição que compreende a este período de vida do ser humano, não só doutrinariamente ou historicamente, mas previsto em lei. Seus direitos são assegurados, assim como os demais, com suas singularidades e restrições. E apesar de viverem em um mundo com uma vasta diversidade de escolhas, seus dilemas existenciais e conflitos pessoais, familiares, profissionais, e diversos outros, se instalam junto às incertezas e o medo da vida adulta.

De acordo com Bossa⁹, “a adolescência, que se inicia por volta dos nove aos doze anos, é marcada por uma intranquilidade motora, por fantasias em torno da vida familiar, pela necessidade de investigação e pela conquista de sua independência e autonomia”.

Além da ansiedade para desfrutar o mundo e uma liberdade garantida, a fase de crescimento vem acompanhada pelo sofrimento de perdas do corpo infantil, sejam para os que não esperavam ou até os que almejavam, pois, por mais que

⁸SALLES, Leila Maia Ferreira. **Adolescência, escola e cotidiano**: considerações entre o genérico e o particular. São Paulo: UNIMEP, 1998. p.46

⁹BOSSA, N. A. O normal e o patológico na adolescência. In: OLIVEIRA, V. B. de; BOSSA, N. A. (Orgs.). **Avaliação psicopedagógica do adolescente**. Petrópolis: Vozes, 1998. [Cap.9, p.211-285].

exista a apreciação e o desejo de evoluir e aderir a um corpo mais adulto, os aspectos biológicos os fazem sentir na pele que não será fácil. A perda de identidade também é outro fator contribuinte ao sofrimento do mesmo, já que não terá mais o mesmo tratamento pelos próprios familiares e pela sociedade, a identidade de criança passa a não existir mais e sua nova referência pede por exposição do que vem se tornando.

Desta forma, Ackerman¹⁰ afirma com propriedade:

O adolescente perde a proteção da infância, mas ainda não tem a força e os privilégios do adulto. As realidades da vida adulta representam uma ameaça desconhecida e indefinida. O medo de ser uma criança empurra o adolescente para frente. O medo de ser adulto empurra-o para trás.

Desta forma, com tantas mudanças e medos, a adolescência compreende a fase da vida do ser humano mais complexa e incerta, visto que, é nela que, de fato, acontece uma formação de personalidade.

É válido acrescentar que as mudanças biológicas aparecem com grande impacto, deixando não só o corpo infantil desaparecer, mas despertando o corpo adulto de uma forma sensualizada, onde agrada o meio social frequentado, que por sua vez, acaba por facilitar a aceitação em determinados grupos. Para melhor compreensão sobre aspectos biológicos, explica Spitzner¹¹:

À medida que o corpo muda, aparecem caracteres sexuais secundários. Nas meninas, essas mudanças têm início bem cedo, em torno dos dez anos. Há arredondamento dos quadris, desenvolvimento dos seios, aparecimento dos pelos pubianos e axilares, arredondamento dos ombros e a definição das pernas e dos braços. O útero, vagina, lábios e clitóris mostram um crescimento acelerado e a menarca ocorrerá na sequência de desenvolvimento, variando entre 9 a 15 anos de idade. A menstruação significa a maturação dos ovários e a produção de folículos que serão os óvulos. O útero torna-se vascularizado, enche a parede interna de sangue, tudo em preparo e antecipação de uma possível fecundação do óvulo por um espermatozoide e a consequente gravidez. Caso isso não ocorra, o óvulo degenera e se desintegra, sucedendo o mesmo à parede interna do útero.

Nos meninos, embora o crescimento das células testiculares e a secreção de hormônios masculinos comecem por volta dos 11 anos,

¹⁰ACKERMAN, Nathan W. **Diagnóstico e tratamento das relações familiares**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986.p.207

¹¹SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá. p.90

aproximadamente, o primeiro sinal de maturidade sexual é o aumento no crescimento dos testículos, do escroto e da glândula prostática. A primeira ejaculação pode ocorrer como resultado da masturbação ou mesmo durante o sono (polução noturna) quando a presença de milhões de espermatozoides pode estimular o cérebro a sonhar com conteúdos sexuais que culminam em orgasmo. A polução noturna também pode acontecer quando a excitação sexual permanece mesmo após a prática da masturbação.

E acrescenta Salles¹²:

Com a maturação sexual, o sexo e a atração sexual tornam-se fontes de inquietação. A preocupação com o corpo se traduz no desejo de ser atraente, o qual está associado ao êxito heterossexual e ao prestígio. A interação social volta-se para o estabelecimento das relações amorosas e sexuais, e a auto aceitação depende da aceitação do seu corpo por si mesmo e pelos outros.

Nessa fase, os impulsos e sentimentos sexuais afloram significativamente devido a tantas questões envolventes. Em ambos os sexos o interesse de agradar o oposto, em aspectos, principalmente físicos, e a curiosidade de conhecer o corpo do outro, vale ressaltar, em âmbito sexual, aparecem. E desde então, surgem os diálogos e carícias, até precocemente. Sobre esse posicionamento, Spitzner¹³ acrescenta:

Os meninos, geralmente, têm uma grande curiosidade em relação ao seu funcionamento sexual, se seu pênis é normal e, as meninas, acabam se conhecendo através da mão do namorado, percebendo sua excitabilidade, sua sensibilidade e zonas erógenas. Esse relacionamento causado pelo despertar dos impulsos sexuais traz aos meninos satisfação e alegria, enquanto para as meninas isso causa medo, culpa, embaraço e preocupação.

A necessidade de amar e ser amado com intensidade, faz com que, a busca pelo contato entre os sexos se torne um aspecto mais sexual do que social, além de intensificar o interesse de procura por alguém que corresponda a este amor.

Hoje, é comum direcionar rótulos de consumistas, individualistas, egoístas e até alienados, aos jovens, porém não se deve generalizar toda uma geração, por

¹²SALLES, Leila Maia Ferreira. **Adolescência, escola e cotidiano**: considerações entre o genérico e o particular. São Paulo: UNIMEP, 1998. p.55

¹³SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola**. 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá. p.94

uma mera comparação de parâmetros criados numa geração passada. Enfatiza Nascimento¹⁴:

Se tomarmos como modelos os comportamentos de gerações anteriores, ficaremos paralisados por atitudes nostálgicas. Cada época tem seus jovens idealistas, militantes, heroicos, assim como jovens perdidos, acomodados, autocentrados, etc. Desacreditar nos adolescentes produz os mesmos efeitos que desacreditar nos políticos: cruzar os braços e dizer “não tem jeito”.

Por sua vez, outro fator de grande influência na alteração comportamental dos adolescentes, está sem dúvidas nas mudanças significativas da própria educação que recebem dos seus responsáveis, onde passa a inexistir, constantemente, o conceito da hierarquia, sendo colocados numa situação de igualdade entre os indivíduos constituintes do modelo familiar moderno, extinguindo as exigências e a autoridade, e ainda satisfazendo a admissibilidade de muito do que querem. Sob um aspecto controverso, os responsáveis justificam a criação diferenciada com um olhar que evita conflitos, se dizendo ter relação de amizade, onde renunciam seu direito de exercer o papel de superiores.

Com a modernização da cultura e costumes de toda uma sociedade, as relações entre os jovens também chegaram a modificar-se, e devido a maior convivência entre os sexos, tanto em escolas, como em ambientes de lazer, o aprender a se divertir em conjunto passou a estimular práticas de relacionamentos descartáveis, onde não duram mais que um breve momento.

Eventos como o advento da pílula anticoncepcional, o uso de preservativos, em geral, a ampliação dos direitos femininos, e a grande debilitação dos valores religiosos e familiares, acabaram por reformular os pensamentos de toda uma sociedade, e inconscientemente garantir uma liberdade que antes era inexistente aos jovens. O prazer sexual libertou-se da conceituação de pecado, fazendo com que a religião perdesse seu peso de influência sobre a determinação de valores e comportamentos.

Ademais, outro grande fator influenciador da propagação da sexualidade, se faz presente e disponível as vinte e quatro horas diárias e gratuitamente, propagandas em geral, programações de redes televisivas, as revistas, o acesso

¹⁴NASCIMENTO, Angelina Bulcão. **Quem tem medo da geração shopping?** Uma abordagem psicossocial. Salvador: EDUFBA – Universidade Federal da Bahia, 1999. p.26

instantâneo a internet e tantos outros meios de comunicação, aceleram e aguçam a curiosidade dos jovens a técnicas inovadoras, conselhos de sexólogos, filmes e vídeos pornográficos que por muitas vezes trazem conteúdos ilusórios, fazendo com que os valores plantados corretamente se desfaçam em meio a tantas fantasias e inverdades. E por seu lado positivo, esclareçam dúvidas, onde indiretamente influenciam, precocemente, a prática sexual.

Segundo pesquisas realizadas por Zagury¹⁵, a primeira relação sexual tem acontecido cada vez mais cedo, cerca de 35,4% iniciam aos quatorze anos ou menos, vindo esta proporção a diminuir significativamente com o decorrer do tempo e a falta de informação sobre tais questões têm se intensificado. Também foi constatado pela pesquisadora que existe um alto índice de gravidez indesejada na adolescência e o aumento de doenças sexualmente transmissíveis são comprovados.

O que vem a preocupar, segundo a pesquisadora, é o fato de que quanto mais tradicional é a postura dos pais perante o assunto, cresce a tendência dos filhos de escondê-los a sua iniciação sexual, bem como sua constante prática, trazendo, conseqüentemente, problemas ligados á falta de cuidado necessária, fator este que implica numa série de problemas ligados a doenças e gravidez indesejada. Os dados colhidos por Zagury¹⁶, informam ainda que atualmente mais da metade dos jovens matem uma vida sexual ativa e 59,6% escondem o acontecido dos seus pais.

Por fim, é fato que se olhar por uma perspectiva convidativa, o que se traduz nas redes de comunicação da atualidade com facilidade e até na nossa própria cultura e costumes, este acontecimento acaba por justificar a atitude tomada pelos jovens, e vendo com clareza a necessidade de conhecimento que os adolescentes têm em relação ao sexo, aguçam seus desejos e precocemente acabam por satisfazerem sua curiosidade, iniciando cada vez mais cedo as práticas libidinosas.

1.3 Direitos sexuais

Quando falamos de direitos humanos, de certa, sabemos que são direitos fundamentais inerentes á pessoa humana, que sem eles, a capacidade de

¹⁵ZAGURY, Tânia. **O adolescente por ele mesmo**. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.

¹⁶Idem. p.186

desenvolvimento e de uma vida plena se torna inexistente. Existem direitos variados dentre os humanos fundamentais, que são o direito à vida, a saúde, a educação, a alimentação, e entre um extenso rol desses direitos, encontra-se o direito à livre expressão da sexualidade e o direito ao afeto.

Embora exista o desconhecimento a respeito desse direito, sabe-se que a sexualidade é um quesito de suma importância na formação da personalidade de todo ser humano, pois para o seu desenvolvimento total, como já foi visto anteriormente, se faz necessário à satisfação básica dos desejos inerentes ao seu próprio instinto e necessidades fisiológicas.

Em resumo, os direitos sexuais, são nada mais, que direitos humanos universais que se baseiam na dignidade, igualdade e liberdade inerente de todo ser humano. E para que exista uma sexualidade saudável, que se faz necessária para assegurar a saúde social, tais direitos devem ser respeitados, reconhecidos e defendidos por toda sociedade.

Partindo para um contexto histórico, a luta pelo desenvolvimento desse direito, se dá em conjunto com a luta das mulheres pela igualdade de gêneros, pois, esse foi o período que se focalizou a conquista do direito sobre seu próprio corpo, que lhe permitiam conhecer e reconhecer tanto a si, como o direito ao prazer e as próprias questões sexuais.

E por esse seguimento, eis que surge a IV Conferência Internacional da Mulher, realizada em Beijing, na China, em 1995, onde trouxe o seguinte dispositivo reafirmando a definição de saúde sexual e reprodutiva, estabelecido no seu parágrafo 96¹⁷:

Os direitos humanos das mulheres incluem seu direito de controle e decisão, de forma livre e responsável, sobre questões relacionadas à sexualidade, incluindo-se a saúde sexual e reprodutiva, livre de coerção, discriminação e violência. A igualdade entre mulheres e homens no que diz respeito à relação sexual e reprodutiva, incluindo-se o respeito à integridade, requer respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades pelos comportamentos sexuais e suas consequências.

Logo após, outro marco expressamente significativo, foi durante o XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong, na China, em 1997, que trouxe as aprovações das emendas para a Declaração de Direitos Sexuais,

¹⁷ Declaração e Plataforma de ação da IV Conferência Internacional da Mulher, Beijing, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>. Acesso em: 03/09/2016

decididas pela Assembleia Geral da WAS – World Association for Sexology¹⁸, que dispõem sobre:

Direitos sexuais são direitos humanos referentes a sexualidade

1. O Direito a igualdade e a não discriminação.

Todos têm o direito de usufruir dos direitos sexuais definidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer tipo, seja raça, etnia, cor, sexo, linguagem, religião, opinião política ou outra qualquer, origem social ou regional, local de residência, características, nascimento, deficiência, idade, nacionalidade, estado civil ou familiar, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, estado de saúde, situação econômica, social ou outra qualquer.

A princípio esta declaração se embasa em uma igualdade de direitos, assim como todos os outros previstos em nossa sociedade, a importância de não discriminar a forma de viver que satisfaz o próximo, deve ser respeitada. E como dita a declaração, o direito de administrar a própria sexualidade é de todos, sem distinção de qualquer tipo, sendo inclusive citando a idade.

2. O Direito a vida, Liberdade, e segurança pessoal.

Todos têm o direito à vida, liberdade e segurança, que não podem ser ameaçadas, limitadas ou removidas arbitrariamente por motivos relacionados à sexualidade. Estes incluem: orientação sexual, comportamentos e práticas sexuais consensuais, identidade e expressões de gênero, bem como acessar ou ofertar serviços relacionados à saúde sexual e reprodutiva.

Ainda assim, nesta declaração, a importância de assegurar a vida, a liberdade e a segurança pessoal foram prioritárias, onde tais direitos se colocam acima de qualquer ato sexual que os ameace, tendo como restrições comportamentos que interfiram nos direitos fundamentais do próximo e até de si.

3. O direito a autonomia e integridade corporal.

Todos têm o direito de controlar e decidir livremente sobre questões relativas à sua sexualidade e seus corpos. Isto inclui a escolha de comportamentos sexuais, práticas, parceiros e relacionamentos, desde que respeitados os direitos do próximo. A tomada de decisões livre e informada, requer consentimento livre e informado antes de quaisquer testes, intervenções, terapias, cirurgias ou pesquisas de natureza sexual.

¹⁸ Declaração de Direitos Sexuais pela Assembleia Geral da WAS – World Association for Sexology, Hong Kong, 1997. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>. Acesso em: 03/09/2016

Frisa-se que, o item acima, faz desta declaração um objeto para que o direito da autônoma e escolha do usufruto da sexualidade ou não, seja de critério exclusivamente individual, não podendo ninguém, tão pouco o próprio governo, controlar escolhas, práticas, parceiros, relacionamentos que competem apenas ao interessado, devendo ter a cautela para que com tais atitudes não sejam desrespeitados o direito do próximo.

4. O direito de estar isento de tortura, tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante.

Todos devem estar isentos de tortura, tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante em razão de sua sexualidade, incluindo: praticas tradicionais nocivas; esterilização, contracepção ou aborto forçado; e outras formas de tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes praticados por razões relacionadas ao sexo, gênero, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, ou característica física de alguém.

5. O direito de estar isento de todas as formas de violência ou coerção.

Todos deverão estar isentos de violência e coerção relacionadas à sexualidade, incluindo: Estupro, abuso ou, perseguição sexual, “bullying”, exploração sexual e escravidão, trafico com propósito de exploração sexual, teste de virgindade ou violência cometida devido à prática sexual real ou presumida, orientação sexual, identidade e expressão de gênero ou qualquer característica física.

Os dois itens elencados acima, tem o seguimento de prevenir atos desumanos e cruéis, atos de violação sexual, onde exige que os limites do corpo e do consentimento sejam respeitados. O desrespeito desses pontos traz punições previstas no código penal.

6. O direito à privacidade.

Todos têm o direito à privacidade relacionada à sexualidade, vida sexual e escolhas inerentes ao seu próprio corpo, relações e práticas sexuais consensuais, sem interferência ou intrusão arbitrária. Isto inclui o direito de controlar a divulgação de informação relacionada à sua sexualidade pessoal a outrem.

Direito que não poderia faltar numa declaração que envolve a intimidade e sexualidade, a privacidade é de suma importância para qualquer relacionamento pessoal. Embora a própria Constituição Federal, no seu 5º,X, declare que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação¹⁹; ”, se torna essencial que exista numa declaração de direitos sexuais para que não exista a mínima possibilidade de descumprimento.

7. O direito ao mais alto padrão de saúde atingível, inclusive de saúde sexual; com a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras.

Todos têm o direito ao mais alto padrão de saúde e bem-estar possíveis, relacionados à sexualidade, incluindo a possibilidade de experiências sexuais prazerosas, satisfatórias e seguras. Isto requer a disponibilidade, acessibilidade e aceitação de serviços de saúde qualificados, bem como o acesso a condições que influenciem e determinem a saúde, incluindo a saúde sexual.

8. O direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e suas aplicações.

Todos têm o direito de usufruir dos benefícios do progresso científico e suas aplicações em relação à sexualidade e saúde sexual.

O direito à saúde além de ser um direito fundamental, é um direito sexual, isso porque a saúde sexual deve ser primeiramente preservada, e caso já existe uma enfermidade, a saúde pública tem por obrigação remediar os casos em igualdade, de acordo com suas urgências. Todas as técnicas e serviços, inovações e qualificações, devem ser satisfatórias para a população, garantindo assim, uma sexualidade segura e prazerosa a todos.

9. O direito à informação.

Todos devem ter acesso à informação cientificamente precisa e esclarecedora sobre sexualidade, saúde sexual, e direitos sexuais através de diversas fontes. Tal informação não deve ser arbitrariamente censurada, retida ou intencionalmente deturpada.

10. O direito à educação e o direito à educação sexual esclarecedora.

Todos têm o direito à educação e a uma educação sexual esclarecedora. Educação sexual esclarecedora deve ser adequada à idade, cientificamente acurada, culturalmente idônea, baseada nos direitos humanos, na equidade de gêneros e ter uma abordagem positiva quanto à sexualidade e o prazer.

Seguindo com os direitos previstos na declaração dos direitos sexuais, encontramos o direito a informação e a educação sexual, direitos estes que buscam prevenir os riscos de doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada, garantindo a população o acesso a conhecimentos sobre a sexualidade, que antes eram escassos, fazendo com que toda uma sociedade ganhe a consciência do prazer que podem adquirir e das consequências que podem evitar.

¹⁹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

11. O direito de constituir, formalizar e dissolver casamento ou outros relacionamentos similares baseados em igualdade, com consentimento livre e absoluto.

Todos têm o direito de escolher casar-se ou não, bem como adentrar livre e consensualmente em casamento, parceria ou outros relacionamentos similares. Todas as pessoas são titulares de direitos iguais na formação, durante e na dissolução de tais relacionamentos sem discriminações de qualquer espécie. Este direito inclui igualdade absoluta de direitos frente a seguros sociais, previdenciários e outros benefícios, independente da forma do relacionamento.

12. O direito a decidir sobre ter filhos, o número de filhos e o espaço de tempo entre eles, além de ter informações e meios para tal.

Todos têm o direito de decidir ter ou não ter filhos, a quantidade destes e o lapso de tempo entre cada criança. O exercício desse direito requer acesso a condições que influenciam e afetam a saúde e o bem-estar, incluindo serviços de saúde sexual e reprodutiva relacionados à gravidez, contracepção, fertilidade, interrupção da gravidez e adoção.

O planejamento familiar também está taxado no rol de declaração de direitos sexuais, isto porque toda relação, seja marital ou similares, deve garantir aos indivíduos o direito de escolha na contração, de companheiros e atitudes, direito de ter ou não filhos, sendo garantido na saúde pública, os serviços inerentes a tal dispositivo.

13. O direito à Liberdade de pensamento, opinião e expressão.

Todos têm o direito à Liberdade de pensamento, opinião e expressão relativos à sexualidade, bem como o direito à expressão plena de sua própria sexualidade, por exemplo, na aparência, comunicação e comportamento, desde que devidamente respeitados os direitos dos outros.

14. O direito à Liberdade de associação e reunião pacífica.

Todos têm o direito de organizar-se, associar-se, reunir-se, manifestar-se pacificamente e advogar, inclusive sobre sexualidade, saúde sexual, e direitos sexuais.

Liberdade de expressão e opinião está previsto para todos os âmbitos sociais, e com a sexualidade não seria diferente. Tal declaração reforça o direito de se comunicar, se comportar, de aparecer perante os outros da forma que lhes achar conveniente, respeitando os direitos alheios.

15. O direito de participação em vida pública e política.

Todos têm o direito a um ambiente que possibilite a participação ativa, livre e significativa em contribuição a aspectos civis, econômicos, sociais, culturais e políticos da vida humana a nível local, regional, nacional ou internacional. Em especial, todos têm o direito de participar no desenvolvimento e implantação de políticas

que determinem seu bem-estar, incluindo sua sexualidade e saúde sexual.

O direito sexual também deve estar presente na vida pública, na política e em toda a sociedade, este direito garantido exige que a população se manifeste para o aprimoramento de políticas públicas que possam vir a melhorar o bem-estar, a sexualidade, com base em saúde sexual ou em programas de lazer que possam gerar afeto e descontração.

16. O direito de acesso à justiça, reparação e indenização.

Todos têm o direito ao acesso à justiça, reparação e indenização por violações de seus direitos sexuais. Isto requer medidas efetivas, adequadas e acessíveis, assim como devidamente educativas, legislativas, judiciais, entre outras. Reparação incluiu retratação, indenização, reabilitação, satisfação e a garantia de não repetição.

Por fim, o último disposto elencado na declaração se trata do acesso a justiça, todos então, tem o direito de manifestar-se judicialmente pela violação dos seus direitos sexuais, sejam eles atitudes não consensuais, como também abstenções do próprio governo de não oferecer recursos para a satisfação de uma sexualidade bem desenvolvida.

Nesse contexto, os direitos sexuais, veem com a finalidade não de limitar, mas de assegurar a todos o direito de exercer sua sexualidade como bem preferir, desde que não interfira no direito de outros. Sabendo que inexiste uma hierarquia de importância de direitos, vemos que os direitos sexuais se equiparam a todos os demais, não sendo inferior em escala alguma, e garantindo a todos, mesmo que implicitamente, a sexualidade.

1.4 Princípios favoráveis a liberdade sexual

No nosso ordenamento jurídico, podemos observar a grande importância dos princípios, esses que, por muitas vezes, são a base para a formulação das leis, e organização de um fundamento ou decisão. Dentre a pluralidade destes, temos um rol explícito e implícito, previstos em nossas leis ou em nossos costumes, que nos guiam para um melhor entendimento de cumprimento de leis.

Tão importante quanto nossas leis, nossos princípios são necessários para o embasamento dos nossos direitos, e eles se encontram em áreas diversas,

garantindo-nos não só o cumprimento do ordenamento jurídico, mas também a proteção da harmonia social.

Desde modo, não seria diferente com os princípios que regem os direitos sexuais, que vem com a finalidade de garantir, a priori, os próprios direitos, servindo como base para a caracterização e formulação destes, e em segundo plano para maiores esclarecimentos, fundamentação e proteção de bem jurídico tutelado.

Para fins de melhor entendimento, se faz mister, a compreensão do princípio que rege todos os demais, este que é a base sobre todos os direitos e garantias individuais, o que sustenta todos os outros direitos, que devem ser respeitados pelo poder público e pela sociedade, e fez da pessoa humana portadora de valorização, assegurando sua dignidade, igualdade e liberdade.

A Constituição Federal trouxe, no rol do seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana²⁰, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Inerente a República Federativa do Brasil.

Neste sentido, afirma Flávia Piovesan²¹:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

Sob esta perspectiva adotada, conclui-se então que a dignidade da pessoa humana torna o homem detentor de garantias e direitos fundamentais ligadas a sociedade, em questão, fazendo com que o respeito seja prioridade entre os demais, tendo a proteção por parte do Estado do possível descumprimento desses direitos. Todavia, citar este princípio correlacionando com os direitos sexuais, faz com que o indivíduo tenha a garantia de exercer sua sexualidade, e ainda mais, que lhes sejam concedidas as proteções devidas, referentes não só a liberdade, mas a saúde, a privacidade, ao bem-estar, e a um extenso leque de direitos.

Semelhante ao já citado, inclusive, princípio este que se integra e se origina do da dignidade humana, encontra-se o princípio da livre formação de personalidade, que busca proteger a identidade, a capacidade de desenvolvimento

²⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²¹PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 2004. p.92

individual, um modo de pensar e agir, uma ideologia, construção de sonhos e valores, totalmente exclusivos do desenvolvimento sem influências externas.

Sem mais, é bem verdade que no meio social que, atualmente, vivenciamos, o princípio em questão acaba por ser prejudicado devido a influências de meios de comunicação rápidos, que interferem diretamente na formação da personalidade dos demais, além do meio que convive, religião, educação transmitida, e diversos fatores. Não sendo novidade que a formação de personalidade sofre influência do meio social, é de importância ressaltar, que, o princípio se dá, para assegurar que a intervenção forçada de uma formação de personalidade diversa a que se almeja, seja protegido por direito.

No que tange a sexualidade, sabe-se que, esta tem papel fundamental para a formação de personalidade e desenvolvimento do ser humano, e para que ocorra um bem-estar social, se faz necessário que o mesmo possa exercer sua sexualidade, vivencia-la com a liberdade que lhe é devida, e assim decida questões de interesse meramente pessoais, sobre sua orientação sexual e demais questões ligadas aos seus direitos íntimos.

Além deste, outros princípios ligados a dignidade da pessoa humana se correlaciona com os direitos sexuais, dentre alguns, o direito a igualdade, onde se pode arguir que todos são iguais perante a lei, e a sexualidade deve ser destinada a todos aqueles que a procuram, desde que não interfiram no direito dos outros. O princípio da liberdade, dispõe do pressuposto que todos são livres para exercer suas funções, sejam elas de naturezas distintas ou não, desde que sigam seus deveres perante a lei, não descumprindo nenhuma norma que prejudique a permissibilidade de sua liberdade.

Por fim, um princípio de grande relevância para o tema, vem para assegurar e limitar o direito de intervir em assuntos que não são de sua competência. Este, o princípio da intervenção mínima, esclarece que o direito tem o dever de resguardar a autônoma e a liberdade das relações interpessoais, sendo o órgão que por último deve ser provocado, prevenindo a interferência demasiada na vida pessoal do indivíduo.

Visto isso, é de conhecimento comum o quanto a intimidade e privacidade das relações devem ser respeitadas, o fato de assegurar que os direitos sexuais de outrem estejam sendo respeitados é incontroverso, já que relações que acontecem distantes da esfera social limitam o agir dos entes apropriados, e caso ocorra a

violação do direito de uma, ou ambas as partes, a interferência não fere princípio algum. Porém, a proibição do exercício dos direitos sexuais, lesa o princípio da intervenção mínima, visto que, a competência do agir só se dá quando existir a relevância do ato de intervir, e ser esta, a última alternativa para extinção do conflito.

Conclui-se assim, que, os princípios que regem os direitos sexuais, trazem a sociedade uma garantia de liberdade, consoante ao exercício de uma sexualidade sem restrições, onde devem ser resguardadas a igualdade, dignidade, liberdade, privacidade e autonomia das relações interpessoais.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

2.1 Crimes contra a dignidade sexual

Sabe-se que, o direito, como ciência que regula as relações sociais, necessita acompanhar os avanços e até as mínimas alterações impostas pela sociedade, mudanças estas que, ao avançar dos tempos só se tornam mais constantes e rápidas. Dito isto, entende-se que, não há forma de regular uma sociedade com leis que se estagnam no tempo e perdem sua eficácia, comprometendo a efetividade das normas, e até mesmo a justiça.

Sendo assim, o Direito Penal, entendido por ter um ordenamento jurídico voltado à fixação dos limites dos poderes punitivos do Estado, onde regulamentam e instituem infrações penais, sanções, bem como, regras para sua devida aplicação, não poderia desviar-se da exigência de transformações legislativas em uma sociedade que pede rotineiramente por mudanças, tendo em vista o comprometimento do cumprimento das leis. Pois, dando seguimento a este raciocínio, existem fatos que foram criminalizados no passado, que não fazem mais sentido aplicar pena na atualidade, e muitos fatos da atualidade pedem por uma reformulação.

Diante dos fatos, a Lei nº 12.015, de sete de agosto de 2009, trouxe a alteração da nomenclatura do Título VI do Código Penal, substituindo o termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, isto porque buscava a adaptação da legislação penal as novas tendências sociais trazidas pelo desenvolvimento das relações interpessoais e a adequação ao próprio regramento da Constituição Federal, onde institui a dignidade da pessoa humana um princípio inviolável e primordial.

Nesse sentido, José Henrique Rodrigues Torres²² preleciona, a respeito da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, afirmando que:

Não se olvide que, desde a promulgação da Constituição de 1988, a dignidade humana já era reconhecida pela sociedade brasileira como um princípio fundamental e norteador de todo o sistema jurídico, político e social do nosso país. E a sexualidade, como atributo da

²² TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol.21, n.2, p. 185-188.

pessoa humana, já deveria ter sido, desde então, submetida à proteção no âmbito da dignidade humana. Além disso, é preciso lembrar, também, que o Brasil, em face de suas normas e princípios constitucionais, submete-se, também, às normas e princípios de Direitos Humanos, ou seja, de um sistema internacional de proteção do ser humano, especialmente dos mais débeis e fragilizados. Assim, cabia ao Brasil adaptar a sua legislação e as suas políticas públicas a esses princípios.

Partindo sobre esta posição, vale ressaltar a importância de todo o dinamismo que envolve a dignidade sexual, pois sendo este um direito inerente a pessoa humana, implicitamente já se era assegurado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, abrindo também os caminhos para a regulamentação das normas e princípios dos Direitos Humanos, e por consequência, de um sistema de proteção internacional.

Muito embora por ter o princípio da dignidade um conceito amplo, não há em se falar de desprezo dos costumes, visto que esses se englobam perfeitamente em tal princípio, contudo, o principal objetivo da nova denominação dirigida à prática de crimes de natureza sexual, seria por sua vez, em afastar a ideia de uma defesa que dita como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na sociedade.

Ademais, reforça André Estefam²³ que a necessidade de se reformar o Título VI do Código Penal surgiu com a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. O autor ainda cita a sexualidade observando que esta deve ser pensada dentro do espaço da pessoa humana, sendo descabido parâmetros éticos e de moralidade pública. Assim, a denominação garantia que, acima da dignidade da pessoa humana, com ela se estenda o direito à liberdade sexual do indivíduo, quanto a suas relações e seus parceiros, além do pleno desenvolvimento da personalidade, referindo-se a sexualidade, onde seriam preservados.

Contudo, não se discute que a camada de proteção sobre a dignidade da pessoa humana, se limita no respeito a liberdade sexual individual. E Guilherme de Souza Nucci²⁴, citando Nelson Hungria, ressalta:

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais

²³ ESTEFAM, André. Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16-19

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 641

que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.

Sob este âmbito embasado pelo autor acima citado, entende-se sua posição do que se deve realmente ser regulamentado pelo ordenamento jurídico, e o limite de até onde este não deve se submeter e constranger a sociedade a adotar um padrão de hábitos sexuais. E também a importância de assegurar o direito à intimidade e ao do livre exercício sexual, contanto que este exercício não constranja ou ofenda o direito alheio.

Ainda sobre a proteção do direito sexual individual, Luiz Flávio Gomes²⁵, reforça:

Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais. Por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há espaço no Direito penal para a tutela de uma determinada moral ou religião ou partido político ou ideologia etc.

Assim, entende-se que o Direito Penal, junto com suas normas e penas, não terá uma natureza invasiva no que concerne a intimidade sexual do indivíduo, visando apenas criminalizar as condutas que atentem contra a liberdade sexual e contra o normal desenvolvimento da personalidade, assegurando não só a proteção de seus direitos sexuais, mas também garantindo o princípio da dignidade humana.

Entendendo os motivos que levaram a modificação da denominação do capítulo, ressalta-se então falar que todas as vezes que ocorrer a violação do direito de outrem, sendo no âmbito sexual, ocorrerá a caracterização do crime previsto nesta parte do Código Penal, e em tese, se cumprirá as penas impostas por sua legislação.

Dentre os crimes disposto no capítulo em questão, crimes que ferem a dignidade sexual, podemos encontrar mudanças que, de certa forma, ainda passam por uma fase de adaptação e aceitação social. Contudo, nos aprofundaremos melhor nesta análise da Lei 12.015/09, seus reflexos e críticas no tópico a seguir.

²⁵GOMES, Luiz Flávio. Reforma penal dos crimes sexuais. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 11/11/2016.

2.2 Análise da Lei 12.015/09

Com sua promulgação em 10 de agosto de 2009, a Lei 12.015 se originou em uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada pelo Congresso Nacional Brasileiro, tendo em sua essência uma preocupação com a exploração sexual de crianças e adolescentes. Alterando substancialmente o Título VI do Código Penal, que por ora se referia a “crime contra os costumes”, e como já dito no exposto trabalho, por “crimes contra a dignidade sexual”.

As mudanças legislativas ocasionadas pela Lei, em questão, refletiram numa visão não só de punir com mais rigor os crimes de natureza sexual, mas também com um intuito de prevenção destes, já que a rigidez da pena poderia vir a assustar aos que pretendiam violar os direitos sexuais de outrem. Partindo de um conceito onde a nova lei represente a tentativa de uma efetividade dos crimes sexuais como uma violação aos direitos humanos, entende-se que não há também o que se falar em gênero, visto que esta violação aos direitos humanos não se estende apenas ao sexo feminino, mas também ao masculino.

Antes de adentrar mais especificamente nos importantes detalhes de sua alteração, vale destacar que a lei veio por modificar o Título VI do Código Penal, passando a ser dividido em seis capítulos, fora o capítulo III que já havia sido revogado integralmente pela Lei 11.106/05. Estessão denominados como: dos crimes contra a liberdade sexual; dos crimes sexuais contra vulnerável; disposições gerais; do lenocínio e do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou de outra forma de exploração sexual; do ultraje ao pudor público, e por fim, as disposições gerais.

Uma das importantes modificações trazidas pela Lei 12.015, fora, sem dúvidas, a fusão de dois tipos penais: estupro e atentado violento ao pudor, fazendo com que este último se extinguisse do ordenamento jurídico. Conforme a nova redação²⁶, estupro é, portanto:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 11/11/16

Com isso, vê-se que, o que antes da lei consideravam-se dois tipos de violência como diferentes, existindo dois artigos criados, hoje, estes passaram a ter demasiada semelhança ao ponto de se tornarem únicas. Esta unificação, então, permitiu que outras formas de abuso sexual, podendo usar o molestamento como um dos exemplos, se estendesse a caracterização de um estupro. De maneira alguma se desmerece um crime de atentado violento ao pudor, visto que até mesmo quando se tratava de dois tipos penais distintos, estes tinham a mesma duração de pena, além de ambas terem recebido o status de crime hediondo, mas não há como mascarar a preocupação que acarretou aos autores da lei em relação ao peso simbólico deste título.

Porém, vê-se que, a Lei 12.015 adotou esta unificação, reconhecendo que não existe diferença quanto a gravidade entre tais crimes, e assim não haveria necessidade de separá-los.

Outrossim, as consequências práticas da modificação estabelecem uma certa polêmica, visto que, antes dessa alteração, quando houvesse uma conduta que constrangesse a vítima de maneira que esta atitude se enquadrasse nos dois tipos penais, sendo realizado no mesmo momento, o fato poderia ser caracterizado como crime continuado, e assim, as penas poderiam ser somadas. Então, com a mudança, unificando o tipo penal, os acusados só responderiam pelo crime de estupro, tendo a duração da pena menor do que a possibilidade da soma das duas.

Ademais, com a reforma da lei, o reconhecimento do homem como uma possível vítima do crime de estupro passou a existir, visto que, antes desta entrar em vigor, este só era considerado um acusado legítimo. No entanto, vale ressaltar, que essa inovação que a nova lei afirma, protege também aos homens de crimes de violência sexual, visando equiparar, neste sentido, que o transtorno sofrido pela vítima masculina, seja equivalente a vítima feminina, assegurando a importância da igualdade de gêneros.

Outros tipos penais também foram modificados pela lei, com uma nova redação, um exemplo deste foi o crime de “Assédio sexual”, que se encontra no artigo 216 do código penal, onde muito embora não tenha sofrido nenhuma

alteração no caput, quanto a definição, foi-lhe acrescentado um novo parágrafo²⁷ que dita: “§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos”.

Atestando mais uma vez sua principal preocupação originária, que por ora, era a proteção à criança e ao adolescente. Então, em conformidade com o artigo, se configura o crime independente do gênero do sujeito passivo, ou ativo, desde que tenha ascendência sobre a vítima dentro de uma relação laborativa.

Outra alteração relevante se refere a violência sexual mediante fraude, onde consistiam os artigos 215, “Posse Sexual Mediante Fraude” e o 216, referente ao “Atentado ao pudor mediante fraude”, da Lei 11.106, de 28 de março de 2005²⁸, que apresentavam a seguinte redação:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude: Pena – reclusão, de um a três anos. Parágrafo único – Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. Pena – reclusão, de dois a seis anos.

Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Porém, a lei 12.015, trouxe, da mesma forma que fez com o crime de estupro com o atentado violento ao pudor, uma unificação destes, criando um novo artigo 215, nomeado por “Violação Sexual Mediante Fraude”, com a seguinte redação²⁹:

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

Por sua vez, vale ressaltar que na primeira alteração, em 2005, foi excluído o termo “mulher honesta” da redação do artigo, e a nova lei, de 2009, removeu-se o

²⁷ BRASIL. Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 11/11/16

²⁸ BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm>. Acesso em: 11/11/16

²⁹ BRASIL. Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 11/11/16

termo mulher como requisito para tipificação do crime, mais uma vez dando espaço para o homem como sujeito passivo dessa violação, excluindo qualquer referencia a divergência de gêneros.

Vale ressaltar, que a mais significativa alteração, que por sua vez, é o objeto de estudo deste trabalho e de grandes discussões doutrinárias, se dá com a inclusão do crime “Estupro de Vulnerável”, que se apresenta no artigo 217-a, onde será discutido com mais profundidade no tópico adiante, mas é válido adiantar, e por mais uma vez demonstrar, a explícita preocupação, da lei 12.015, em assegurar os direitos da criança e do adolescente.

Por fim, deixa-se claro que, a nova lei estabelece, sobretudo, a caracterização do crime de estupro como crime hediondo em todas as situações que este for devidamente configurado. Algo que chama a atenção pela divergência de opiniões de alguns operadores de direito onde defendem que este crime só deveria obter a classificação a ele impugnada, caso exista uma grave lesão ou morte da vítima, caracterizando um estupro que não produza lesões aparentes como menos “grave”.

Contudo, ao procurar o significado, sob um contexto social, da palavra “hediondo”, acha-se, no dicionário Aurélio de língua portuguesa, adjetivos semelhantes como “horrível, repugnante, asqueroso [...] ignóbil, repelente”.³⁰ Tendo essa definição a capacidade de demonstrar o que a sociedade entende por hediondo, se faz justo utilizá-la da forma que traz a Lei 12.015/09.

Nesse sentido, a nova redação, leva as discussões ao fim, trazendo o crime de estupro, com a menor caracterização, independentemente de sua forma, simples ou meramente tentado, tão hediondo quanto um que acarrete a morte da vítima.

2.3 Estupro de vulnerável

Como visto anteriormente, a Lei 12.015/09, trouxe alterações para o Código Penal, trazidas, principalmente, pelo interesse de garantir a proteção das crianças e adolescentes sob um regime mais rigoroso para aqueles que atentassem contra seus direitos. Um exemplo claro desta situação, é a introdução do novo tipo penal, denominado como “Estupro de Vulnerável”, caracterizado como um tipo autônomo, distante do já capitulado no artigo 213, e visto no artigo 217-A do Código Penal.

³⁰ HEDIONDO. In. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

Sob uma perspectiva criminal, esta vulnerabilidade citada pela lei, está relacionada diretamente com a ideia da falta de aptidão psicológica para compreender a dimensão do caráter da conduta sexual, ou até mesmo da falta de condições específicas para manifestar o desejo de praticar uma relação sexual. Por isso, denominado por vulnerável, visto que tem por significado aquele que está do lado mais fraco de uma situação.

Guilherme de Souza Nucci³¹, em seu entender, fala da vulnerabilidade contida no artigo 217-A, afirmando: “trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”

Por sua vez, entende-se que, a intenção do legislador, em classificar este tipo penal, vem por extinguir as questões de circunstâncias fáticas, incluindo até mesmo o consentimento da vítima, para a caracterização do delito. Trouxe então, um critério absoluto para o que antes era relativo. Ditando, explicitamente, com quem não se pode ter uma relação sexual, e quem pode ter uma relação sexual.

Nesse sentido, dispõe o Código Penal³²:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º Vetado,

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

³²BRASIL.Lei nº12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 11/11/16

Quanto aos elementos do crime, sabe-se que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, admitindo-se coautoria e participação. E por sua vez, o sujeito passivo é o vulnerável ou semelhante, obsta lembrar que nos termos da lei, o menor de 14 anos é presumidamente vulnerável.

Por outro lado, vê-se que, o legislador ao instituir um fator etário como requisito principal para a caracterização do crime, acaba por definir quem teria a maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para consentir as práticas sexuais, visto que a vulnerabilidade da vítima se presume pelo simples fato de ser menor de 14 anos. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci³³, posiciona-se:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Seguindo pelo raciocínio do doutrinador, acima citado, sabe-se que a realidade atual não condiz com tal parâmetro justificativo, visto que não há como definir quem tem a capacidade ou não de consentir uma prática sexual a não ser por um estudo fático e relevante do caso, pecando, a meu ver, na justificativa do critério etário.

Luís Augusto Sanzo Brodt³⁴, dispõe, nesse raciocínio, que:

Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido lato sensu,

³³NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, dez 2010. p.395

³⁴BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, jul/ 2010. p.170

afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.

Esclarecendo numa perspectiva que, não basta tipificar a conduta com a mera existência dos elementos objetivos do crime, mas, sobretudo, se faz necessário a hermenêutica que venha para compatibilizar as leis constitucionais ligadas diretamente a culpabilidade. Até porque, não se pode afirmar precisamente que alguém não tem capacidade de entender algo, sem antes existir provas concretas que demonstrem a veracidade desta informação.

E nesse sentido, o entendimento de Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer³⁵, esclarece definições que caracterizam elementos que integram o tipo a respeito do saber, do discernir:

Discernimento é a faculdade de discernir, de apreciar, de escolher. É a opção seguindo algum critério. Quem se relaciona sexualmente com qualquer pessoa não tem critério de escolha, e, portanto não tem discernimento. Ao empregar a expressão normativa necessário discernimento evidentemente não quis o legislador deixar o tipo à mercê de preceitos morais ou sociais ou de visões pessoais do julgador acerca da sexualidade. Por isto, é de se concluir que a elementar se refere a alguma escolha da vítima, de acordo com critério diverso do puramente instintivo. A histórica proteção legal do vulnerável, contida tanto no antigo como no novo texto, indicam que o necessário discernimento se liga também ao conhecimento das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual. Assim, além da escolha com critério, deve o optante ter noção da possibilidade de gravidez, de contrair doenças sexualmente transmissíveis e da provável reprovação social envolvida. A existência, ou não, do necessário discernimento é questão pericial. A incapacidade de oferecer resistência por qualquer outra causa se refere aos casos em que o paciente está por qualquer outra razão efetivamente tolhido na sua capacidade de entender e de se portar, como ocorre, por exemplo, na intoxicação por álcool ou outras drogas, no estado de coma, no hipnotismo, durante o sono e nas demais situações de fragilidade física ou mental, por doença ou por idade. Apura-se por perícia a capacidade de resistência.

Assim, sendo o agente totalmente desprovido da capacidade de entender quanto a prática sexual, inexistindo um mínimo de discernimento, o delito se configurará.

³⁵ FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p.178.

O elemento subjetivo é o dolo específico, que obriga que exista a presença da finalidade libidinoso, objetivando a satisfação de atender ao apetite sexual. E contudo, deve o agente que a consciência da condição da vítima. Um elemento normativo que a lei deixou de considerar, foi o chamado de presunção de violência ou grave ameaça, ou seja, basta que o agente tenha o conhecimento da suposta incapacidade da vítima, ser menor de 14 anos, e ainda assim pratique com ela atos libidinosos ou conjunção carnal.

Embora o legislador tenha adotado um caráter absoluto no que se refere a presunção de violência, não ignora o fato de ocasionar um possível erro do tipo, como preceitua Guilherme de Souza Nucci³⁶:

O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Assim, esta hipótese garante ao, suposto, sujeito ativo, que caso este desconheça a idade da parceira, ou parceiro, devido a este parecer ter mais idade do que de fato tem, ou por ter a ofendida, ou ofendido, oferecido falsas informações ao autor, um erro inescusável e invencível do crime, visto que não existem os elementos necessários para sua caracterização.

No que tange ao elemento objetivo, este se caracteriza pela prática do ato sexual com o vulnerável, ou seja, conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso. Neste sentido, Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer³⁷, traz as seguintes definições:

Conjunção carnal refere-se a introdução do pênis na vagina. A intromissão pode ser completa ou incompleta, pouco importa. Também é irrelevante que ocorra ou não a ejaculação. O coito chamado preambular ou vulvar não é conjunção carnal, mas constitui ato libidinoso diverso. O mesmo ocorre com a introdução do pênis na vagina construída cirurgicamente, em corpo masculino. Ato libidinoso é toda manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, interfemura, introdução de dedos ou objetos na vagina, no anus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.). É fundamental que exista efetivo contato corporal com a vítima, sem o que, não há falar em estupro.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, p. 38.

³⁷FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009. p.177

E para finalizar, a consumação do crime ocorre com a prática imediata de todo e qualquer ato libidinoso, mesmo sendo uma mera fase de preparação para a conjunção carnal.

2.4 Da presunção de violência

Uma das maiores polêmicas, atualmente vistas ao que se refere aos crimes sexuais no cenário jurídico brasileiro, se encontra no artigo, trazida pela lei 12.015/09, 217-A, o qual dispõe sobre o crime de estupro de vulnerável, acima estudado. Tratando-se de um crime cometido contra o menor de 14 anos ou de vítimas com baixo, ou inexistente, entendimento, além daquelas que por incapacidade não puderem oferecer resistência.

Muito embora as linhas dessas discussões sejam divergentes, um dos quesitos mais questionados pelos operadores de direito no que diz respeito a este crime, é, sem dúvidas, a questão da presunção de violência. Apesar de ter sido revogado do Código Penal, onde se encontrava no artigo 224, o legislador impôs explicitamente no artigo 217-A, não abrindo margem alguma para análises subjetivas, visando que só pelo fato da idade da vítima ser, por ele, considerada imatura, a caracterização do ato de violência do sujeito ativo, de certo, lhe seria imputada.

Além de uma natureza jurídica que deixa suas indagações, sobre ser relativa ou absoluta, a constitucionalidade também se torna objeto de questionamentos. Tanto que na legislação brasileira existe inúmeros julgados divergentes relacionados a qualidade da presunção de violência.

Por um lado, encontram-se aqueles que versam de um entendimento de que a presunção de violência tem sua natureza absoluta, onde bastaria para a configuração do delito a ocorrência do ato libidinoso ou da conjunção carnal e, por óbvio, as características da vítima, sobre a questão da vulnerabilidade. Nesse sentido, não existe a análise de nenhuma circunstância, nem da existência de um consentimento, seria um mero cumprimento de lei, sem considerações sobre o caso em questão.

Seguindo neste posicionamento, além desta presunção não admitir prova em contrário, ela também presume que o menor seja dotado da inocência, onde não é capaz de consentir o ato sexual ou até mesmo de ter este entendimento, definindo um critério etário, que sem maiores fundamentos, institui uma idade, onde impede

que o magistrado possa averiguar caso a caso do grau de maturidade do suposto vulnerável.

Neste entendimento, a corrente de presunção absoluta não aceita que exista o consentimento da vítima, sendo este incapaz de desconfigurar o crime, pois o que é de fato relevante, que sustenta, por ora, esta corrente, é a impossibilidade do menor de ter uma compreensão sobre o ato praticado, pois se lhes faltam maturidade para entender o ato e ainda assim, consuma-me, a violência se caracteriza absolutamente.

Por outro lado, uma segunda corrente de operadores do direito entende que a presunção de violência tenha um caráter definitivamente relativo, admitindo-se prova em contrário, além do consentimento do menor, visto que ao depender do caso, afastaria a conduta ilícita do acusado, e toda esta estrutura competia ao juiz uma melhor análise de cada caso, evitando uma punição, que de fato, poderia ser injusta.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes³⁸:

Violência é fato e fato não pode ser presumido pelo legislador, principalmente quando vem em prejuízo do autor do fato que, aliás é presumido inocente. Nosso iuspositum teria seguido melhor caminho se tivesse aderido ao sistema que permite o exame dos requisitos típicos do crime sexual em cada caso concreto, conforme haja ou não lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (*nullum crimem sine iniuria*).

Ademais, quando a vítima, mesmo em sua condição de menoridade, se diz capaz de consentir o ato, bem como se auto determinar sexualmente, onde mantenha uma relação sexual que não a tenha exercido qualquer ato violento, se obtém certamente uma natureza relativa. E assim, ressalto mais um importante posicionamento de Luiz Flávio Gomes³⁹:

Há muito, paulatinamente, vem perdendo em absolutismo o prestígio da idade cronológica como fator de violência ficta[...] Exige-se, hoje, um mínimo de compostura prévia da vítima a justificar a tutela penal [...] Daí a conveniência, para uma Justiça que se ajuste à realidade, de se acrescentarem alguns requisitos à simples faixa etária das vítimas. De se afastar, portanto, a presunção de violência se comprovadamente devassa a vítima[...]

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.19

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 62

Por fim, vale ressaltar, que a violência presumida, no seu caráter relativo, não se confunde com o erro do tipo, situação esta em que o autor desconhece a verdadeira idade da vítima, por hipótese de ter a mesma escondido sua menoridade, ou até mesmo por ser aparentemente mais velha. Importa frisar que, caso exista o reconhecimento do erro do tipo na conduta praticada pelo agente, exclui-se o dolo, e assim o crime, em questão.

Por fim, entende-se que os questionamentos acerca da presunção de violência, absoluta e relativa, mantida, mesmo que mascarada, pela lei 12.015 em seu artigo 217-A, continua rotineiramente com suas divergências a respeito do que se deve ser pleiteado como justo, é certo que a lei traz um caráter absoluto, fazendo com que muitos julgados não sejam devidamente analisados, mas embora exista a adoção desse caráter, por outro lado, existem ainda aqueles que adotam a natureza relativa, e não abrem mão de tal.

3 A MITIGAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA

3.1 Conceito etário de vulnerabilidade

Criada a nova denominação, vulnerável, encontrada no Capítulo II, Título VI, do código penal, o legislador não fez uso de um critério único para a aplicação etária deste conceito, ou seja, por vezes trouxe vulnerável como pessoa menor de dezoito anos, como ocorre no artigo 218-B, do mesmo diploma legal. Por outra, e também a passível de ampla polêmica, se encontra no artigo 217-A, como já citada no referido trabalho, trazida pela Lei 12.015, onde os menores de quatorze embarcam na referida nomeação.

Estendendo sua concepção, ressalta-se com devida importância, que também são considerados vulneráveis: os enfermos e doentes mentais que não possuam o discernimento necessário para a prática de um ato sexual, e pessoas que por algum motivo não estejam dotadas, ainda que temporariamente, de oferecer resistência. E dentro desta classificação, se enquadram a embriaguez, pessoas que estejam sob efeitos de substâncias entorpecentes, sob efeito de uma hipnose, debilitadas, em coma, dentre outras. Porém, nota-se que, para existir a caracterização desta hipótese, se faz imprescindível a existência de uma análise casuística e de produção de perícia.

Logo, vê-se uma multiplicidade legal no termo de vulnerável, já que existem semelhanças entre diversos sujeitos passíveis e formas de reversão desta vulnerabilidade, e para a melhor compreensão, torna-se necessário verificar todo um contexto social, econômico e familiar de cada ofendido que se titulem incapaz.

Dito isso, o posicionamento de João Daniel Rassi⁴⁰, sobre vulnerabilidade, parte de dois caminhos distintos: “por um lado como capacidade de compreensão e por outro como vício de consentimento”. Assim, a vulnerabilidade trazida pelo artigo 217-A do Código Penal, partiria do caminho da falta de compreensão, visto que é considerada a presunção de inocência do menor. Mas o que não afasta também o vício de consentimento, já que o legislador impõe a sua incapacidade de consentir a prática sexual, por sua suposta imaturidade.

⁴⁰ RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol.92, set.-out.2011, ano 19.p.61-93.

Embora, grande parte da doutrina, não entenda o fundamento usado pelo legislador, visto que, seu conceito etário de, ser menores de quatorze anos, meramente vulneráveis, não se sustenta nem mesmo no Estatuto da Criança e do Adolescente, assunto este que veremos com maior profundidade no próximo tópico.

Voltando a analisar o dispositivo encontrado no artigo 217-A, nota-se que não há a necessidade da existência de uma violência própria ou imprópria, nem mesmo de uma comprovação de violência física ou moral para que seja caracterizado o estupro de vulnerável. Bastando, portanto, a simples consumação do ato sexual com o menor de quatorze anos. Pois, sob a ótica de percepção do legislador, o fato do ato sexual por si só, se tornaria suficientemente traumático, causando graves prejuízos ao desenvolvimento do indivíduo.

Porém, ao depender da situação, o ofendido pode não apresentar nenhum grau externo de vulnerabilidade em que se encaixe na justificativa do tipo apresentado pelo legislador. E essa dificuldade, sendo conhecida na prática, poderá resultar no desrespeito dos princípios do direito penal e da própria Constituição da República, afastando o tipo penal previsto no artigo 217-A.

Então, cabe exemplificar uma situação prática, que comumente acontece na realidade atual, de um jovem casal de namorados, onde a moça possui 13 anos, enquanto o rapaz já possui 18 anos de idade, e estes resolvem ter uma relação sexual. Analisando sob uma visão legal, há em se falar de estupro de vulnerável, porém, não se consegue enxergar a situação apresentada como tal, devido a relação de afeto existente entre o casal, embora não sendo obrigatoriamente relevante para caracterização do crime. Por contrário, quando existe um abuso sexual, ocasionado por medo, ou constrangimento que fique evidente a lesão a liberdade, integridade física e psíquica e desenvolvimento sexual do menor.

Válido ressaltar que, o ativismo judicial, questão que abortaremos adiante, tem sido frequentemente usado em decisões que necessitam de cautela, e como no caso abordado acima, tem-se alguns julgados de absolvições semelhantes:

TJ-RO - Apelação APL 00136884620108220501 RO 0013688-46.2010.822.0501 (TJ-RO)

Data de publicação: 27/03/2013

Ementa: Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Fato praticado na vigência da lei n. 12.015/09. Vulnerabilidade absoluta. Não ocorrência. **Consentimento da vítima** (doze anos de idade) que **demonstra** maturidade e

discernimento **sexual. Relação** de namoro concretizada. Atipicidade material configurada. Absolvição. 1. A edição da lei n. 12.015 /09, que criou o tipo autônomo do estupro de vulnerável, **não** encerrou o debate sobre a relativização da antiga presunção de violência inserta no revogado art. 224 , ?a?, do CP . O artigo 217-A do CP tão somente incorporou em sua norma a antiga violência presumida ao estabelecer como elemento objetivo cronológico a idade menor que 14 anos, agora sob a letra da vulnerabilidade, de sorte que, doravante, a análise a ser feita **não** é mais sobre a relativização presunção da violência, senão também da relativização da vulnerabilidade. 2. A **vítima**, menor de quatorze e maior de doze anos de idade, que comprovadamente possuía discernimento e determinação suficiente da prática dos atos **sexuais**, e o réu que com ela se envolve, mantendo enlace amoroso, age fora do âmbito de proteção da norma do art. 217-A do CP , **não** configurando a espécie de tipicidade penal material. 3. Recurso provido. Absolvição decretada.

TJ-RO - Apelação APL 00021626420108220022 RO 0002162-64.2010.822.0022 (TJ-RO)

Data de publicação: 06/03/2015

Ementa: Apelação criminal. Estupro de vulnerável. **Vítima** que mantinha com o réu relacionamento amoroso. **Consentimento** pleno da ofendida devidamente **demonstrado**. Situação concreta que afasta hipótese de vulnerabilidade. Absolvição que se impõe. Demonstrado nos autos, principalmente pelo depoimento da **vítima**, (adolescente de 12 anos de idade) que mantinha relacionamento amoroso com o réu, no qual ocorreram **relações sexuais** voluntárias e consentidas, **não** há que se falar em vulnerabilidade da **vítima**, impondo-se a absolvição do réu.

Tendo sido decretada a absolvições dos casos práticos citados, compreendeu-se então que não existia, por sua vez, o fato criminoso, visto que a vulnerabilidade da menor não condizia com a presumida no referido artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, e estas além de provarem ter o discernimento necessário para consentir a prática sexual, mantinha um relacionamento amoroso com os mesmos.

Segundo este posicionamento, afirma Santiago Fernando do Nascimento⁴¹:

Ressalte-se que, em matéria de sexualidade, a intervenção do Estado deve cingir-se à exclusiva criminalização das relações obtidas mediante o constrangimento real e efetivo, não podendo haver lugar para a presunção, pois presunções não passam de ficções, com as quais é, no mínimo, difícil de trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da

⁴¹ NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. Revista dos Tribunais, vol. 880, fev / 2009. p. 394.

pessoa. Veja-se que estes últimos elementos são alçados como princípios de ordem constitucional, não podendo, por óbvio, o legislador infraconstitucional afrontar estes princípios com uma ficção puramente legal. Para Karam, "uma norma que presuma uma violência, ainda quando o ato é absolutamente consentido pela dita "ofendida", acaba por servir como um instrumento estatal para tolher a liberdade de escolha deste menor no que concerne a sua própria vida, inibindo a sexualidade daqueles que supostamente se diz querer proteger". Há de se tomar o cuidado de não tornar os mecanismos penais de tutela de determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, como instrumentos de inferiorização destes grupos, por supostas reduções de capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes.

Sendo assim, para que se possa existir, ou não, um enquadramento como vulnerável, se faz de extrema importância que se analise não só o contexto fático do momento, mas também da condição pessoal da suposta vítima. E nesse sentido, com o desenvolvimento da sociedade, o comportamento dos jovens no âmbito sexual, tem se observado cada dia mais precoce.

Observa-se que antes da Lei 12.015/09, quando era dispensada a aplicação do artigo 224, "a", do Código Penal, para que ocorresse essa dispensa, teria que ser consideradas esses aspectos sociais e de desenvolvimento do menor. E este fato, não deve ser desvinculado do direito, mas sim, ser analisado cuidadosamente.

Porém, um aspecto que, muito embora se tenha um peso considerável, mas que não desqualifica a vulnerabilidade da vítima é em relação a sua experiência sexual, porém caso esta já tenha uma vida sexual ativa, entende-se que não há em se falar de vulnerabilidade quanto ao assunto, a não ser que seus direitos de liberdade sexual tenham sido violados.

Posto isso, o critério etário que fora estabelecido pelo legislador, acabou por fixar aqueles adolescentes em que seu consentimento considera-se válido, e aqueles em que o consentimento não reflete na desconfiguração do tipo penal, presumindo uma inocência aos menores de 14 anos, que só se distancia da realidade atual, visto que não se pode rotular com objetividade em que momento o indivíduo tem o discernimento suficiente para consentir ou não a prática sexual.

Ademais, ao conferir um caráter absoluto ao conceito de vulnerabilidade, além de todos os requisitos acima já citados, estar-se impedido a produção de prova em contrário, pois o simples fato de existir um contato sexual com um menor de 14

anos, gera a presunção de culpabilidade, assim fere diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e o da presunção de inocência.

3.2 A vulnerabilidade no Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido como ECA, é regido na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, onde resguarda os direitos e deveres destes, assegurando que tenham um desenvolvimento saudável quanto a aspectos físicos, morais, psíquicos, comportamentais e sociais.

Em primeiro momento, podemos vislumbrar neste dispositivo, a definição de criança e de adolescente, logo em seu artigo 2º, nos seguintes termos⁴²: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aqueles entre doze e dezoito anos de idade”.

Visto isso, e fazendo uma breve análise ao caput do artigo 217-A, trazido pela Lei 12.015/09, o legislador expressa que se torna vulnerável, para a prática de atos sexuais, aqueles menores de 14 anos, fazendo com que esta faixa etária saia dos parâmetros estabelecidos pela ECA, e deixando uma dúvida decorrente da sua escolha, referente aos adolescentes que compreendem a idade de doze a quatorze anos incompletos. Muitos compreendem essa baliza legislativa, como forma de assegurar tanto crianças, como parte dos adolescentes, desta violação, mas por outro lado não se encontra uma justificativa plausível para tal definição.

Neste entendimento, além de inexistir base para o legislador sustentar essa escolha de faixa etária, ele traz uma grande polêmica quanto os “impedidos” de praticar atos sexuais, compreendidos entre os adolescentes abaixo de quatorze anos, uma vez que faria a punição recair sobre os parceiros sexuais, visto que, para tanto, eles não a condição de expressar a validade do seu consentimento.

Assim, a incompatibilidade da norma penal com o ECA, se torna alvo de discussões doutrinárias, e assim, Guilherme de Souza Nucci⁴³, se posiciona:

Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e

⁴² **BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1980).** Lei 8.069, de 13 de julho. Brasília, DF: Congresso Nacional.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, dez / 2010.p.395

do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. Discorrendo sobre o tema, Klelia Canabrava Aleixo acentua que, embora a Lei 12.015/2009 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição. A autora alude aos estudos de Matta e Correia, que, partindo do cotidiano da 12.^a Promotoria Criminal de Fortaleza, verificaram que parte dos inquéritos lá existentes tinha como objetivo restringir a liberdade sexual de menores por escaparem ao modelo culturalmente aceito, por envolverem homossexualidade ou diferenças atinentes à classe, raça ou religião do parceiro. E conclui a autora: "pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção. Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, *contrario sensu*, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação".

Considerando também o posicionamento de João Daniel Rassi⁴⁴, este propõe a adoção de uma presunção fracionada, de uma forma que o menor de 12 anos, compreendido como criança, tenha uma vulnerabilidade absoluta, continuando protegido pela natureza protetiva do Código Penal, mas que exista a relativização de referente ao menor compreendido entre a idade de doze a quatorze:

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo e, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal de menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. Assim, no caso de menores de 12 anos, há integração das normas penais e estatutárias quanto à incapacidade da criança, e por isso a idade aqui terá um papel definitivo na formação do tipo. Por outro lado, como já apontamos brevemente acima, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista a sua relativa capacidade. Assim, verificarse-á se houve ou não abuso na relação sexual entre o maior e o menor, que causou dano para este último, reforçando a afirmação de Roxin já acolhida de que capacidade de compreensão é matéria de fato. Esta interpretação, que se concebe a idade como uma elementar de natureza normativa, permite suavizar o rigor da lei como nos casos, não tão raros assim, da relação sexual do maior de 18 anos com sua namorada de 13 anos, preocupação que já era

⁴⁴ RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 92, p. 61, Set / 2011.

propugnada pela doutrina quanto à natureza do revogado art. 224 do CP (se absoluta), e que, com a nova lei, parece permanecer. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, fica mantida a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade. Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto.

Ainda sob uma análise do ECA, vemos em seu artigo 103 o ato infracional, que se designa como “a conduta descrita como crime ou contravenção penal” e remete o artigo 104, da referida legislação que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nessa Lei”. E nesse sentido, vemos ainda o artigo 106, que tutela a possibilidade de uma privação de liberdade dos adolescentes (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos), bem como o artigo 112 que se refere a medidas sócio-educativas aplicáveis a estes.

Sendo assim, é conveniente questionar a intenção do legislador em por ora reconhecer que o adolescente tenha a capacidade de entender que o referido ato é ilícito, e incluindo a possibilidade de uma medida sócio-educativa por seu descumprimento. Mas, a incoerência das leis é acentuada nesta questão, pois, um adolescente capaz de entender tais atos e consequências, logo, também teria a capacidade de decidir acerca dos seus atos sexuais. Por óbvio, se existe um mínimo de embasamento na definição de um critério etário, que seja este em coerência com o ECA, pois é ele que tem, por sua essência principal, o maior interesse na proteção dos menores.

Ressaltasse também que no âmbito internacional a Organizações das Nações Unidas (ONU) ao criar a Convenção de Direitos da Criança⁴⁵, em 1989, declara em seu artigo 1º que, para a proteção internacional, todo ser humano menor de 18 anos é considerado, para todos os efeitos, criança.

Conclui-se então, que o indivíduo abaixo de 14 anos de idade e maiores de 12 que obtenha o pleno conhecimento e discernimento do que é a conjunção carnal, e um ato libidinoso, que conheça seu corpo e tenha o desejo de se relacionar intimamente, não encontre justificativa plausível para deixar de fazer, visto que a lei não encontra bases que de suporte a sua tese de determinar, os menores de 14

⁴⁵ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em:<http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acessado em: 18/11/16

anos e maiores de 12, de não ter a capacidade necessária para consentir. E por fim, vale afirmar que, este critério, foge, para muito longe, da realidade brasileira.

3.3 Hermenêutica das normas

Para que se entenda a importância deste tópico para o trabalho em questão, se faz mister embarcar em um breve contexto histórico a respeito da importância dada as interpretações da norma no direito.

As interpretações das normas jurídicas passaram e continuam passando por mudanças rotineiramente. Com isso, busca-se os primórdios de sua aplicação e encontrasse o Direito Romano como o grande marco. Nele, a norma era tida como um dogma absoluto em que não se admitia nenhum tipo de interpretação ampla, tão pouco o uso de princípios e costumes para chegar a um julgamento sobre determinado caso. A primeira palavra e a última era dada apenas pelo governo, que por ora, centralizava-se nas mãos de uma única pessoa, limitando o alcance das normas.

Entretanto, com as modificações nos quadros sociais, o direito romano também passou a sofrer mutações, e as alterações na maneira de interpretar as normas, deu-se com a descentralização do poder, o que resultou na republica romana.⁴⁶ Diante dos conflitos sociais, a necessidade de ampliar o comando as mãos de outras pessoas surgiu, e dessa forma, as análises mais profundas sobre as normas foram postas a população, originando a demasiada divergência de interpretações, sendo influenciadas pelas leis, costumes e decisões proferidas pelos magistrados⁴⁷, de uma forma que possibilitasse um julgamento mais justo, e trazendo, inconscientemente ao direito, um novo ramo, denominado hermenêutica.

Desta forma, o direito romano deixa um legado para a legislação brasileira, onde esta passa a adotar a melhor maneira de interpretar as normas. De acordo com as lições de Carlos Maximiliano⁴⁸: “interpretar é aprofundar-se no texto redigido,

⁴⁶SANTIAGO, Emerson. **República Romana**. Disponível em: <www.infoescola.com/historia/republica-romana/> Acesso em: 18/11/16

⁴⁷RODRIGUES, George Magalhães. **Direito Romano: aspectos mais importantes durante a realeza, a república e o império**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos>. Acesso em: 18/11/16

⁴⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005. p.7.

além de dar o sentido e significado para o escrito, pois será a forma da perseguição do objetivo das intenções íntimas do legislador”. Assim, o conteúdo da norma não será analisado de uma forma isolada, visto que existe a necessidade do estudo de um dispositivo legal que seja devidamente interpretado em conformidade com outros dispositivos contidos no ordenamento jurídico, que resulte em uma interpretação sistemática.

É certo que os magistrados são os principais intérpretes das leis, pois é a eles que pertencem o poder-dever do enquadramento das leis nos casos concretos. E para que exista essa adaptação na melhor forma e mais justa, se faz necessário a análise da lei expressa, bem como a identificação da intenção do legislador no tempo em que ele lhe deu vigência. Assim, mostra-se mais uma vez o papel fundamental que o magistrado possui, visto que, além da interpretação e aplicação da norma, este será o responsável por oferecer soluções para as mais diversas situações, até mesmo as que não encontram um embasamento jurídico, uma vez que a norma, como resultado da criação humana, está sujeita a lacunas e, de certo, imperfeições.

Neste sentido, visando e buscando a melhor forma de interpretação das situações inusitadas, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, no seu artigo 4º, expressa as formas que se podem resolver as lacunas ou omissões, que são conhecidas como fontes de direito, mediatas ou secundárias⁴⁹.

A primeira fonte será denominada como analogia, onde é prestada em casos em que uma norma já tenha sido aplicada em situações parecidas, e que possa também auxiliar na interpretação e no julgamento do caso que fora afetado pela lacuna da lei. A segunda fonte a ser estudada serão os costumes, e nela estará presente a cultura, a moral, bem como a realidade social. E por fim, os princípios gerais de direito, que darão norte para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, as fontes citadas serão mais uma forma de limitar o poder do magistrado, pois, mesmo que sua autoridade, em determinados casos, tenha um elevado grau de discricionariedade em certas situações não regulamentadas por lei, se faz necessário um controle dessa liberdade, dotada exclusivamente ao mesmo. E, portanto, as interpretações tomadas pelo dito aplicador da lei, deverão estar em

⁴⁹ Art. 4 do Decreto-Lei Nº 4.657/42: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

consonância com tais normas, e expressamente justificadas, para que não exista nenhuma dúvida quanto a sua imparcialidade e conduta ilibada.

E como forma exemplificativa dos métodos de interpretação expostos no presente trabalho, ressalta-se a lição de Roberto Barbosa Alves⁵⁰, que diz: “que havendo lacunas em legislações distintas, poderá uma socorre-se da outra para os devidos fins, respeitando os princípios norteadores das normas”. Sendo assim, aqui, mostra-se claro a hermenêutica sistemática que não considera apenas a lei, em questão, de uma maneira isolada, mas busca trazer um significado mais coerente da lei, não só em conformidade com ordenamento jurídico, mas com a realidade social, visando, sobretudo, as fontes estudadas acima.

Por fim, correlacionando a questão da vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos, no estupro de vulnerável, trazido pela lei 12.015/09, no seu artigo 217-A, com a questão da hermenêutica das normas, sabe-se que ao propor que elas sejam melhores interpretadas no âmbito etário, não seria um mero capricho, visto que, encontram-se, diversas bases que se sustentam na imperfeição da lei, entre elas a contradição com o diploma legal que rege a proteção dos menores, o ECA, anteriormente citado, a divergência entre ela e a realidade social vivida atualmente, além de ferir princípios expostos no direito brasileiro, como o da dignidade da pessoa humana, o princípio da intervenção mínima, do contraditório e da ampla defesa, bem como, o da presunção de inocência, entre outros.

3.4 O ativismo judicial quanto a aplicação da norma e a proposta de reformulação do artigo 217-A do CP

Sabe-se que o direito é uma ciência que deve acompanhar as mudanças sociais constantes, pois, este, disciplina as relações jurídicas compostas por sujeitos que vivem em sociedade. Com a demasiada alteração comportamental nas relações jurídicas sociais, foge do legislador certas situações, onde este, não é capaz de prever e assim assegurar a população de possíveis violações.

⁵⁰ ALVES, Roberto Barbosa. **O novo código civil e a responsabilidade do adolescente infrator**. Disponível em: <www.mprs.mp.br>. Acesso em: 18/11/2016.

Posto isso, ao decorrer deste trabalho, foram citadas as divergências doutrinárias que ocorrem acerca do artigo 217-A do Código Penal, visto que este se encontra em incoerência com o Estatuto da Criança e o do Adolescente, além de desrespeitar princípios do direito, e estar em total desacordo com a realidade social que vivemos. Pois, garante um critério absoluto de vulnerabilidade, onde esclarece ser, os adolescentes menores de 14 anos, em relação a maturidade sexual, impreterivelmente vulneráveis.

Mostrando esse impasse doutrinário, nota-se que, majoritariamente, existe uma corrente demasiada de doutrinadores que fundamentam suas ideias nos aspectos sociológicos, enquanto, por outro lado, existem aqueles que defendem a restrita aplicação do dispositivo baseando-se apenas na lei.

Como a imperfeição da norma demonstra sua falta de conhecimento, no que tange, principalmente, a realidade social, se torna indispensável o papel de interpretação do magistrado e sua aplicação no caso concreto, uma vez que este irá exercer uma função atípica, necessitando o uso de costumes e princípios constitucionais para o exercício da justiça, e este procedimento chama-se, por sua vez, de ativismo judicial.

Como já dito, o citado ativismo se baseia na interpretação do magistrado sobre um dispositivo, cujo sua mera leitura, não se sustenta por si só, necessitando da utilização das normas constitucionais principiológicas para melhor fundamentação.⁵¹ Porém, essa anormalidade não pode se tornar uma prática rotineira, uma vez que, não será protegido pelo manto da segurança jurídica, diferentemente de como ocorre por normas editadas pelo legislador, visto que, é ele, no exercício de sua função típica, que tem por obrigação legislar sob as normas jurídicas, e não o judiciário.

Assim, a iniciativa do poder legislativo de editar normas que se pareçam confusas ou insuficientes no ordenamento jurídico, se faz sob uma questão de necessidade. Visando que não ocorra o confronto de poderes, e que cada possa exerça, devidamente, a função que lhe é designada.

Nesse sentido, sendo o artigo 217-A do Código Penal, retrogrado a realidade social, se faz necessário o uso do ativismo judicial para que seja levado em conta

⁵¹ CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20/11/16.

cada caso concreto a respeito da vulnerabilidade da vítima, visando um julgamento mais justo, sob uma análise que não desmereça princípios pelo direito já estabelecidos.

E por fim, propõe-se também a reformulação de tal artigo, para que seja banido o fator etário do estupro de vulnerável, visando que este, se adeque as mudanças impostas pela sociedade, e que assegure também, futuras mutações, já que a realidade caminha para um mundo cada vez mais precoce. Visto que, não se pode julgar o grau de maturidade de alguém que se desconheça, e simplesmente ignorar a sua realidade social, proibindo-a, devido a sua pouca idade, de exercer direito sobre seu próprio corpo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após um bom espaço de tempo dedicando-se a este estudo, ele chega a sua etapa final, e em meio a grandes preocupações, pode perceber o quanto foi enriquecedor escrevê-lo, visto que o tema traz divergências doutrinárias que podem implicar em uma mudança legislativa.

É possível concluir que a evolução sexual de uma sociedade é determinada pelo meio que se vive, e que na atualidade, o caminho para uma vida sexual está a cada dia mais precoce, visto que a quantidade e a facilidade de informações, devido ao avanço da tecnologia e meios de comunicação em geral, trazem a toda uma sociedade um conhecimento sobre a sexualidade, até mesmo para crianças e adolescentes, o que, por muitas vezes, influenciam e aceleram sua aptidão sexual.

Assim, nota-se o importante papel dos direitos e princípios jurídicos, no tange a uma liberdade sexual, onde a intenção jamais seria incentivar a prática de menores, mas sim, de assegurar que seu corpo não pertença a um direito, e sim a si mesmo.

A presente monografia teve por objetivo a análise da Lei 12.015/09, especificamente no que diz respeito ao estupro de vulnerável, artigo 217-A do Código Penal, que traz a presunção de violência como critério absoluto para práticas libidinosas e sexuais envolvendo menores de 14 anos e deficientes, com uma sanção mais grave. Assim, este trabalho concentrou-se no critério etário da lei, e buscou respostas para este fator, o qual não foi encontrado em coerência com os diplomas legais vigentes.

Foi visto que, a vulnerabilidade imposta pelo legislador trouxe divergências doutrinárias e julgados opostos à lei, que o próprio diploma legal que protege e assegura direitos as crianças e os adolescentes, o ECA, só diferencia por fator etário crianças (menores de 12 anos) de adolescentes (maiores de 12 anos) e nada disciplina sobre a vulnerabilidade de menores de 14.

Para que o objetivo buscado fosse atingido, foram feitas buscas em doutrinas, artigos, revistas, legislações e jurisprudências. Sendo que dessa última fonte, foram adotados julgados que serviram de fontes indiretas para a realização do trabalho.

Para chegar a conclusão desse tema, foi necessária a abordagem de vários outros assuntos, com a intenção de obter o posicionamento final.

Depois de todas as pesquisas essenciais para que fosse feita a desfecho do referido trabalho acadêmico, foram traçadas algumas soluções acerca do assunto suscitado.

A conclusão foi firmada com a defesa do ativismo judicial para casos onde o consentimento do menor possa ser levado em conta, conforme o entendimento do mesmo em relação a sexualidade, visto que não se pode basear-se em um fator etário para a conclusão de uma vulnerabilidade. Neste seguimento, se pede também a reforma do artigo 217-A, retirando o fator etário deste e uma presunção de violência absoluta, por ora, injustificada.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Nathan W. **Diagnóstico e tratamento das relações familiares**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1986.

ALVES, Roberto Barbosa. **O novo código civil e a responsabilidade do adolescente infrator**. Disponível em: <www.mprs.mp.br>. Acesso em: 18/11/2016.

BOSSA, N. A. O normal e o patológico na adolescência. In: OLIVEIRA, V. B. de; BOSSA, N. A. (Orgs.). **Avaliação psicopedagógica do adolescente**. Petrópolis: Vozes, 1998. [Cap.9, p.211-285].

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1980). Lei 8.069, de 13 de julho. Brasília, DF: Congresso Nacional.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm>. Acesso em: 11/11/16

BRASIL. Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 11/11/16

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, jul/ 2010.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?**. Disponível em: <www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20/11/16.

Declaração de Direitos Sexuais pela Assembleia Geral da WAS – World Association for Sexology, Hong Kong, 1997. Disponível em: <http://www.worldsexology.org/resources/declaration-of-sexual-rights/>. Acesso em: 03/09/2016

Declaração e Plataforma de ação da IV Conferência Internacional da Mulher, Beijing, 1995. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/pequim20/>. Acesso em: 03/09/2016

ESTEFAM, André. Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

GOMES, Luiz Flávio. Reforma penal dos crimes sexuais. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 11/11/2016.

HEDIONDO. In. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

MAGALHÃES, Álvaro. **Dicionário enciclopédico Brasileiro**. São Paulo: Editora Globo, 1980.

NASCIMENTO, Angelina Bulcão. **Quem tem medo da geração shopping?** Uma abordagem psicossocial. Salvador: EDUFBA – Universidade Federal da Bahia, 1999.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. *Revista dos Tribunais*, vol. 880, fev / 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005.

NUNES, César Aparecido. **Desvendando a sexualidade**. 2.ed. São Paulo: Papyrus, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). *Revista dos Tribunais*, vol. 902, dez 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

ONU, Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acessado em: 18/11/16

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 2004*.

QUINTELLA, Ary; DIETRICH, Di. **Sexualidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

RASSI, João Daniel. A questão da vulnerabilidade no Direito Penal Sexual Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.92, set.-out.2011, ano 19.

RODRIGUES, George Magalhães. **Direito Romano: aspectos mais importantes durante a realeza, a república e o império.** Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/>. Acesso em: 18/11/16

SALLES, Leila Maia Ferreira. **Adolescência, escola e cotidiano:** considerações entre o genérico e o particular. São Paulo: UNIMEP, 1998.

SANTIAGO, Emerson. **República Romana.** Disponível em: <[ww.infoescola.com/historia/republica-romana/](http://www.infoescola.com/historia/republica-romana/)> Acesso em: 18/11/16

SPITZNER, Regina Henriqueta Lago. **Sexualidade e Adolescência: Reflexões acerca da Educação Sexual na escola.** 2005. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Dignidade sexual e proteção no sistema penal. Rev. bras. crescimento desenvolv. hum. [online]. 2011, vol.21, n.2.

ZAGURY, Tânia. **O adolescente por ele mesmo.** Rio de Janeiro: Ed. Record, 2000.