

CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL: UMA BREVE ABORDAGEM NO CONTEXTO CONSTITUCIONAL¹**Erica Vasconcelos de Aguiar Vianna**

*Servidora Pública Federal (Analista Técnico-Administrativa)
Assessora de Gabinete da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República
Aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Ceará – ESMEC
erica.aguiar@sdh.gov.br*

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais; 2. Breve evolução histórica 3. Disciplina constitucional; 4. Estatuto da Criança e do Adolescente; 5. Estupro de vulneráveis; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

O presente artigo busca apresentar, de forma sucinta, crianças e adolescentes como sujeitos de direitos a serem assegurados pela família, pela sociedade e principalmente pelo poder público, com absoluta prioridade, defendendo seu pleno desenvolvimento, livre de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, conforme a Constituição Federal de 1988. Desse modo, e com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, é que exporemos, de forma concisa, a nova figura apresentada pela Lei 12.015/2009 de estupro de vulneráveis, após breve análise histórica e contextualização do tema no ordenamento jurídico pátrio.

¹ Artigo conclusivo do Curso de Especialização em Direito Constitucional da ESMEC, elaborado e desenvolvido sob a orientação do Prof. MS Edmilson Barbosa. Data da Entrega: 02/02/2011. Aprovado para publicação em 11/02/2011

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pedofilia, também conhecida como *paedophilia* erótica, pedossexualidade ou pederastia, é definida pelo Dicionário Aurélio (1999, p. 1525) como: “Parafilia representada por desejo forte e repetido de práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”.

A relação de poder estabelecida pelos mais fortes sobre os mais frágeis devido à diferença entre as idades é uma vulnerabilidade que favorece essa violação de direito que ocorre com a prática de carícias, exploração sexual, voyeurismo, pornografia, exibicionismo e o ato sexual em si, ferindo de forma flagrante o princípio da dignidade da pessoa humana, além de deixar sequelas irreparáveis na criança abusada sexualmente.

É impossível, todavia, desconsiderar a formação física e a maturidade do abusado, o que pode caracterizar uma falha no exercício do *jus puniendi* do Estado. O que ocorre atualmente é que a Lei nº. 12.015/2009 estabeleceu a figura penal de estupro de vulnerável, criminalizando a prática de sexo com menores de 14 anos, seja consentida ou não, vindo a substituir a antiga figura da presunção de inocência. Essa realidade jurídica nos faz questionar se esse dispositivo penal está compatível com os preceitos constitucionais e com a finalidade do direito.

Para desenvolver o tema, consideramos necessário visualizar brevemente a evolução do Regime Jurídico de Proteção à Criança e ao Adolescente, que defende atualmente a Doutrina da Proteção Integral, em consonância com a comunidade internacional, para, em seguida, explorar a base hermenêutica do sistema jurídico e abordar normas contidas na Constituição Federal de 1988 e em demais diplomas legais.

A pedofilia em si não é crime, pois uma pessoa pedófila não pode ser punida por essa condição, mas certos atos decorrentes dessa parafilia são passíveis de sanção. O crime sexual contra vulneráveis é, pois, uma das previsões legais que surgiram para o combate à pedofilia.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O Direito da Criança e do Adolescente surge, inicialmente, com a consolidação das leis advindas de Portugal. Posteriormente, há o tratamento do menor como carente e infrator. Seguindo o parâmetro mundial, o país finalmente adota a Doutrina da Proteção

Integral, como explicaremos a seguir.

A Doutrina do Direito do Menor, instituída pelo Código de Menores de 1927, consolidava a legislação existente em Portugal sobre o assunto. Disciplinava condutas que violassem obrigações presentes no Código Civil de 1916 pertinentes aos pais, além de condutas consideradas anti-sociais praticadas por crianças e adolescentes.

Assim, o Direito do Menor era uma doutrina praticamente importada, sem inovações, e obedecia aos ditames pré-estabelecidos vindos de Portugal, sem as adequações necessárias para a realidade Brasileira.

Foi durante a transição do Código de Menores de 1927 para o de 1979, mais especificamente em 1964, que foram criadas no Brasil instituições de amparo aos menores em situação irregular. Havia, assim, Fundação Nacional do Bem-estar do Menor (FUNABEM), em âmbito nacional, que estabeleceu políticas nacionais direcionadas ao menor as quais inovaram criando as Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (FEBEM), em âmbito estadual, atendendo aos carentes, abandonados e infratores.

Com o novo Código de Menores de 1979, a visão acerca dos menores era a de que os mesmos somente eram levados em consideração quando se encontravam em situação irregular perante a sua família, estabelecendo-se, portanto, a Doutrina da Situação Irregular. As crianças eram tratadas como menores infratores, órfãos ou abandonadas.

Historicamente, o Brasil encontrava-se em um período pós golpe militar, de forma que as escolas valorizavam o nacionalismo e o patriotismo, por meio de um regime rigoroso que exaltava a segurança, disciplina e obediência. Internacionalmente, já se falava sobre diversos diplomas de proteção à família e às crianças, desde 1924, com a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, estando o Brasil atrasado neste aspecto perante o cenário mundial.

Foi quando o país adotou a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, modificando essa visão irregular do menor para crianças e adolescentes merecedores da proteção do Estado. Passam a ser considerados, então, como seres que, mesmo sendo possuidores de deveres, também são dignos de direitos, agora atribuídos pelo Estado por uma legislação inovadora. Surge, então, a Doutrina da Proteção Integral.

O Direito Internacional já se encontrava bastante avançado acerca dos direitos humanos. Podemos perceber isto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, somente após a aprovação do Estatuto da

Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), que revogou o Código de Menores de 1979.

Seguindo essa linha, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1989, reconheceu definitivamente a criança e o adolescente (aqueles com idade até dezoito anos) como seres dotados de necessidades próprias por estarem em desenvolvimento, vulneráveis e carecedores de Proteção Integral da família, da sociedade e do Estado, o qual deve promover políticas públicas para a proteção dos seus direitos.

Neste sentido, vejamos o que aponta Venosa²:

Lembre-se, por último, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13-7-90). A proteção à criança é questão preocupante para todos os povos. A ONU já aprovava em 1959 a 'Declaração Universal dos Direitos da Criança', visando à conscientização global. Esse organismo internacional aprovou em 1989 a 'Convenção sobre os Direitos da Criança', ratificada pelo Brasil em 1990.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 somente foi ratificado pelo Brasil em 1992, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) já revogara o antigo Código de Menores de 1979.

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foram os marcos inovadores do sistema jurídico brasileiro para a aplicação da Doutrina da Proteção Integral, mudando a situação da criança e do adolescente de meros objetos de proteção para sujeitos de direitos. Modificaram, assim, a antiga Doutrina da Situação Irregular, que tinha o menor como carente e infrator.

Em seguida, recebemos no ordenamento pátrio um novo Código Civil, ou seja, a Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que, além de enfatizar a Constituição Federal e o ECA, atribui a ambos os pais o poder sobre a criança, ou seja, institui o poder familiar.

Constatamos, pois, a adequação do sistema brasileiro às correntes mundiais acerca da proteção desses direitos, agora tratados como Crianças e Adolescentes pela legislação pátria e, sem dúvidas, galgando esses seres a uma condição especial de proteção pelo Estado.

3. DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

Para permear o entendimento e as considerações sobre o estupro de vulneráveis, usamos a Constituição Federal de 1988, por ser o arcabouço que delinea

²VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6, p. 31.

nosso ordenamento.

A Constituição é fruto de uma evolução histórica, razão pela qual os princípios nela consagrados são considerados primordiais para a hermenêutica jurídica, que trata da interpretação do Direito.

Nesse diapasão, evocamos inicialmente o princípio da supremacia constitucional, que garante a preponderância sobre as demais normas, unificando o ordenamento jurídico em torno de princípios e regras com força normativa e superior às demais legislações nacionais. Nesse sentido, Magalhães Filho³ defende que:

A Constituição é a norma básica do ordenamento jurídico, aquela que lhe confere unidade e coerência, sendo todas as demais normas do sistema por ela validadas.

Regulamentando a convivência política da nossa sociedade, face a essa importância de uma norma supralegal, existe o Controle de Constitucionalidade exercido pelo Judiciário, a fim de garantir ao Direito a harmonia necessária para sua solidificação de acordo com a ideologia constitucional, propiciando, assim, melhor interpretação dos preceitos jurídicos infraconstitucionais.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi elaborada com a intenção de amparar diversos direitos dos cidadãos brasileiros, tida como constituição cidadã, pois repudia todo o regime anterior à sua existência, buscando uma construção jurídica que eliminasse a arbitrariedade do Regime Militar. Dessa forma, a forte busca pela democratização do país resultou no diploma legal que conhecemos.

Constatamos como a família é considerada vital para o desenvolvimento social pela leitura da do art. 226, *caput*, da Constituição. Por ser a base da sociedade, a instituição familiar tem especial proteção do Estado. Portanto, o Estado deve assegurar políticas e diretrizes suficientes para protegê-la, dada a sua importância social. O parágrafo 8º do mesmo artigo ainda prevê proteção a todos os seus membros ao revelar que o Estado tem o dever de assegurar assistência necessária a todos os integrantes da família⁴.

Não poderia ser diferente o tratamento às crianças e aos adolescentes, também levados em consideração por serem membros dessa base da sociedade. Neste

³ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 3ª edição, p.207.

⁴ Constituição Federal, art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...) Parágrafo 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir no âmbito de suas relações(...)”.

contexto, vejamos o art. 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Ainda verificamos o mesmo artigo 227, §4º, que diz, *ipsis litteris*:

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

A Constituição, portanto, passa a proteger os direitos da criança e do adolescente, norteados pela aplicação das leis destinadas à punição necessária para quem violar a dignidade destes seres sujeitos de direito.

Coadunando com essa lógica, é preciso evocar alguns princípios constitucionais pertinentes ao melhor entendimento sobre a construção jurídica do estupro de vulneráveis, como a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal como um princípio fundamental do Estado Brasileiro, oferecendo ao sistema jurídico o seguinte conteúdo substancial:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
III - a dignidade da pessoa humana;

Nesse sentido, Nery⁵ afirma sobre a dignidade da pessoa humana que:

É o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da **proteção fundamental do valor da pessoa** e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro. (Grifo nosso)

Essa demonstração de o Estado ser subserviente ao ser humano, ao posicionar a pessoa à frente do ordenamento como foco principal, caracteriza a supremacia dos valores constitucionais estabelecidos em seus princípios.

O desenvolvimento pleno do ser humano depende do comprometimento

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

jurídico com as modificações sociais e, para isso, o Estado deve se aproximar da sociedade, ajustando direitos e interesses às necessidades sociais e coletivas, vinculando intimamente o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Além disso, é preciso que o sistema de justiça produza normas que sejam adequadas à realidade vigente. O operador jurídico aplicador da norma deve analisar o caso concreto e, em conformidade com os direitos colidentes apresentados, garantir aos indivíduos seus direitos fundamentais, por meio de uma análise global e compatível com o ordenamento e com os demais princípios como o da isonomia, o da razoabilidade e o da legalidade.

Ao mesmo passo, para se atingir corretamente o fim almejado na aplicação da norma, é necessário observar o princípio da proporcionalidade, por meio de uma adequação axiológica e finalística, que usa o poder-dever de hierarquizar princípios e valores da maneira mais adequada à realidade social, guardando uma relação de proporcionalidade com a finalidade instituída pelas normas, após uma ponderação dos direitos fundamentais, conforme o peso a eles atribuído.

Esse princípio é uma ferramenta jurídica que, na definição de Magalhães Filho⁶:

(...)é o princípio dos princípios, pois somente através dele os outros encontram a sua condição de aplicabilidade e eficácia, na medida em que constitui a unidade e a coerência da constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto.

Notoriamente, o princípio da proporcionalidade é o princípio a ser evocado para a medida mais justa no caso de colisão entre direitos e interesses protegidos legalmente, evitando restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais e buscando a compatibilidade entre os meios utilizados e os fins almejados.

Nesse sentido, é também conhecido como princípio de proibição de excesso, pois sua base de existência está encravada na relação dos elementos meio e fim⁷ de acordo com os fatos concretos. Coadunando com essa lógica, Magalhães Filho⁸ assim descreve:

Os meios são os modos possíveis de sopesar princípios e valores, objetivando-se

⁶Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Ob. cit.* p. 208.

⁷BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 17. ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 398.

⁸Magalhães Filho, Glauco Barreira. *Ob. cit.* p. 211.

encontrar uma solução para o caso concreto. Os fins são aqueles que são próprios a um Estado democrático de Direito. A relação entre meios e fins não será puramente pragmática, mas haverá uma dialeticidade entre meios e fins, porquanto a dignidade da pessoa humana que se encontra no fim estabelecerá um limite deontológico ao meio.

Os preceitos constitucionais são essenciais no que tange ao assunto aqui tratado, posto que conduzem o ordenamento jurídico pátrio à proteção dos direitos dos infantes. Nesse sentido, a Constituição Federal abriu um leque para a criação de uma legislação reservada a esses direitos, como se vê pela criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

4. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu para regulamentar a constituição cidadã, no tocante à faixa etária de cidadãos merecedores do total amparo familiar e social, dadas as necessidades física, emocional e espiritual, por não serem completos na formação como ser humano.

O art. 1º dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, ou seja, é a regulamentação e o reconhecimento da doutrina utilizada mundialmente. Seguindo essa linha, o artigo 3º diz:

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

Os direitos fundamentais resguardados pelo art. 5º da Constituição Federal e a regulamentação do seu art. 227 estão bem caracterizados pelo art. 4º do ECA, conforme transcrito a seguir:

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

O Estatuto⁹ defende que todos devem velar pela dignidade da criança e do adolescente, evitando qualquer tipo de tratamento desumano, violento, aterrorizante,

⁹ Nesse sentido, o ECA dispõe no art. 18 que: “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”, concomitantemente com o art. 70: “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

vexatório ou constrangedor, bem como prevenir que se concretizem violações ou ameaças aos seus direitos.

O ECA veio não só para estabelecer direitos, mas também, deveres. Contudo, não nos aprofundaremos neste quesito, já que o que nos interessa para este momento é a violência sexual ou afim cometida contra estes seres, sendo de bastante valia os artigos seguintes para o desenvolvimento de nosso tema.

Assim, hodiernamente, o ordenamento jurídico defende que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de exploração, violência, ou crueldade, e aquele que concorrer para essa violação deverá ser punido, na forma da lei, por atentado aos direitos fundamentais desses seres vulneráveis¹⁰.

O caput do art. 244-A, incluído pela Lei n. 9.975/2000, tipifica a seguinte conduta:

Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2o desta lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Trata este dispositivo legal de um aspecto social bastante importante, pois é nele que se enquadram aqueles que propiciam a prostituição ou a exploração sexual por meio do turismo sexual infantil, constatado por recorrentes manchetes de jornais e revistas, o que atinge àquelas crianças mais carentes e necessitadas, pois buscam na prostituição uma solução para a condição de miserabilidade em que vivem. Por vezes, são essas crianças que sustentam a própria família com a atividade ilícita.

Após o exame de algumas normas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente no tocante à violação de direitos que ferem os infantes de forma negligente, discriminatória, exploratória, violenta, cruel ou opressora, passemos à breve análise da legislação penal.

5. O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS

Esse tipo penal faz parte do Título VI - DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, denominação que substituiu a antiga DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES.

A Lei 12.015/2009 ainda modificou o art. 213, sobre o estupro, dando-lhe novo

¹⁰Idem, art. 5º.: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, **exploração, violência, crueldade** e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (grifo nosso).

significado e ampliando os possíveis sujeitos. As figuras do atentado violento ao pudor e da violência presumida, baseadas nos artigos 214 e 224, alínea “a”, do Código Penal, foram extintas e agregadas pelo novo crime de estupro, conforme se verifica na transcrição da nova redação dada ao art. 213:

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

A Lei nº. 12.015/2009 alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal, e implementou, pelo artigo 217-A, a nova figura penal estupro de vulnerável, pela qual basta que o agente ativo saiba que a vítima é menor de 14 anos e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, conforme segue:

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) ano.

Portanto, a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso, com menor de 14 anos configuram o novo tipo penal em debate, o qual surgiu devido à proteção constitucional especial e prioritária dada a esses seres considerados vulneráveis.

Por isso, foi previsto também, no art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos, o crime de estupro de vulnerável, sendo este tipo penal insuscetível de anistia, graça e indulto.

Antes da modificação feita na legislação penal, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor praticados contra menores de 14 anos se consumavam ao ocorrer a relação sexual com pessoas dessa idade, por existir norma legal que previa que sempre que isso acontecia estava caracterizada a violência ou a grave ameaça: a violência presumida¹¹. Esse entendimento estava baseado na incapacidade de discernimento das vítimas para consentir a prática do ato sexual.

¹¹O Código Penal descrevia no revogado art. 224 que: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, que o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Para muitos estudiosos, principalmente os mais legalistas, a presunção de violência era absoluta, já que a lei punia indistintamente aquele que praticava relações sexuais com menores de 14 anos, seja com ou sem o consentimento da vítima. Embora houvesse esse entendimento, outra corrente já cogitava exceção à regra do art. 224, alínea "a", dependendo do caso concreto. Assim, raciocinavam no sentido de ser possível afastar a presunção e considerar a conduta atípica.

Dada a relevância e em consonância com esse entendimento, vejamos o precedente jurisprudencial sobre o caso, em voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio:

"Ementa: COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. **A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal.** Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal".¹² Grifo nosso.

Pela sistemática atual, a presunção de violência não é mais admitida. O novo tipo penal que surge para proteger os direitos dos infantes não requer violência ou grave ameaça e se consuma ainda que haja consentimento da vítima. Portanto, é considerado crime manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. A lei pune todo aquele que concorra para a prática do ato criminoso, considerando que pessoas menores de 14 anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, numa provável perspectiva de presunção *iuris et de iure*,

Na verdade, para o tipo penal, basta que a vítima seja menor de 14 anos para que se configure o crime, mesmo sem utilização de violência ou ameaça pelo agente. É a objetividade fática explícita pela redação legal. Compartilhando esse pensamento, Greco¹³

¹² MELLO, Marco Aurélio Mendes Faria. Voto. 2ªTurma/STF. Decisão HC 73.662/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicação no DJ de 20.9.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 02 de jan de 2011.

¹³ GRECO, Rogério. **Adendo: Lei no 12.015/2009 - Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual**. Atualização. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009, p. 65.

afirma que:

“(...) surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos”.

Todavia, o que o ordenamento jurídico brasileiro protege, recapitulando a hermenêutica já comentada, é a proteção da dignidade da pessoa humana, defendida pela Constituição Federal, bem como a proporcionalidade na aplicação da lei. Como crianças e adolescentes também têm direito a condições de liberdade, na medida do seu desenvolvimento e da sua maturidade, a literalidade da figura penal, da forma que está positivada, não atende a essas necessidades.

Válido, portanto, transcrever o recente *decisum*, por adotar semelhante entendimento:

“Ementa: RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA FIRMADA EM 1 ANO E 5 MESES MAIS O AUMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PASSADOS MAIS DE QUATRO ANOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SITUAÇÃO CONCRETA A AFASTAR A HIPÓTESE DELITIVA. RELACIONAMENTO QUE DUROU POR MAIS DE DOIS ANOS. PROVA SEDIMENTADA NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. RELACIONAMENTO AMOROSO.

É de rigor, conforme previsão do art. 61 do CPP, o reconhecimento da prescrição, a qualquer tempo do processo, quando se observa que o prazo prescricional, contextualizado em quatro anos, já restou alcançado desde o ano de 2008. Em recentes decisões da Sexta Turma (HC 88.664/GO e RESP 403.615/MG), restou afirmado que a violência presumida prevista no núcleo do art. 224, “a”, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que afastam a existência da violência do ato consensual quando decorrente de relação afetivo-sexual.

No caso dos autos, restou firmado pela prova colhida na instância ordinária que a menor tinha o Recorrente como um caso amoroso, cujo desenvolvimento fazia questão de deixar claro a amigas próximas que indagavam sobre o fato. Inexistindo, portanto, a prova de que os fatos derivaram de violência por parte do réu, mas se desenrolaram ao longo do tempo para uma relação amorosa, inclusive permeada depois por reiteradas relações sexuais, é de se afastar a violência presumida e permitir a absolvição do acusado. Recurso especial conhecido em parte e provido para absolver o réu do crime de atentado violento ao pudor, declarando-se a prescrição superveniente quanto ao crime de corrupção de menores. ¹⁴ Grifo nosso.

Nesse contexto, pensamos que a caracterização do estupro de vulnerável, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa, pois em conformidade com a desenvoltura física

¹⁴ MOURA, Maria Thereza de Assis Moura. Voto. 6ª Turma/STJ. REsp 804999 / SC, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicação no DJe 1.2.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+804999&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 15 de dez de 2010.

e mental e com a maturidade e com a aquiescência da suposta vítima, é possível a ausência de configuração do tipo penal¹⁵, como já defendia o Ministro Marco Aurélio em decisão referenciada anteriormente.

Entretanto, essa presunção relativa não deve ser aplicada a todos os menores de 14 anos, mas àqueles que, comprovadamente, possuem maturidade, desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social e permitem, conscientemente, a realização do ato sexual.

Nesse sentido, constatamos que a lei abrange como sujeitos passivos do crime sexual contra vulneráveis todos os menores de 14 anos, inclusive os adolescentes recém saídos da fase infantil, ou seja, os situados entre 12 e 14 anos. Considera-os como seres que não possuem capacidade de discernimento para a prática do ato sexual, o que, na realidade brasileira, pode configurar a punição de pessoas que não mereçam toda essa repreensão, já que as equiparam, indistintamente, aos considerados piores estupradores. Falamos dos namorados de adolescentes, pois muitas vezes há casais formados por pessoas de 13 e 18 anos, por exemplo. Seria correto punir aquele, com a maioria penal já atingida, que manteve relação sexual com o parceiro com idade entre 12 e 14 anos da mesma forma que um adulto de 45 anos estupra uma criança de 5 anos de idade?

Diante disso, essa figura penal ofende o princípio da presunção de inocência, pois não permite que o réu se defenda, sendo impossível provar a sua inocência, pois não há necessidade de a vítima comprovar qualquer tipo de violência ou grave ameaça, sendo o tipo penal configurado somente pelo critério objetivo da idade do ofendido.

É por isso que defendemos que, consentida a relação sexual por pessoas com idade entre 12 e 14 anos, consideradas adolescentes pela legislação, há uma relativização do disposto pelo artigo 217-A, dependendo do caso concreto. Isso por ser compatível com os fatos sociais, se analisados o contexto físico, o biológico e o psicológico supramencionados. O Juiz, aplicador da lei e formulador da sua íntima convicção, perante cada caso, não pode deixar de considerar a realidade da sociedade

¹⁵Importante frisar que além dessa possibilidade, há também a probabilidade de configuração de erro de tipo, conforme explica Greco: “No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal”. GRECO, Rogério, Ob. Cit.

brasileira, que caminha para a possibilidade de precoce iniciação da prática sexual.

6. CONCLUSÃO

À exceção de episódios de violência ou grave ameaça para constranger pessoas entre 12 e 14 anos à conjunção carnal, hipótese que merece pena elevada, existirão casos em que o genitor de uma criança resultante da prática de sexo consentido poderá ser condenado a uma pena elevadíssima, pois a lei considerou o estupro de vulnerável muito grave, punindo com reclusão de 8 a 15 anos.

Conseqüentemente, para fugir dessa punição, será freqüente a ausência do nome do genitor no registro civil de nascimento, a fim de evitar uma sanção exacerbada de diversos namorados ou namoradas de pessoas com a vida sexual antecipada, por vezes com plena ciência da significação desse ato. Isso para evitar que seja instaurada uma ação penal, pois a lei penal prevê que nos casos de crimes sexuais contra menores de 18 anos, a ação é pública incondicionada à representação da vítima. Ou seja, o agente público que registrar a criança deverá comunicar o fato, considerado criminoso, ao Ministério Público.

A lei, que agravou a pena com o fito de combater a pedofilia caracterizada pelos abusos sexuais contra pessoas com menos de 14 anos, poderá ensejar casos de alienação parental, figura recentemente proibida pelo legislativo, se limitada à interpretação e à aplicação na literalidade, já que foram condensadas em um mesmo tipo penal uma série de situações diferentes e que mereciam uma gradação proporcional da sanção.

Resumidamente, acreditamos ser irracional e desproporcional a tutela penal aplicada à iniciação sexual consentida, por desconsiderar a realidade social e a multiplicidade de situações relacionadas com o novo tipo penal. Isso está na contramão do contexto dos abusos sexuais a crianças e adolescentes e não abrange, em alguns aspectos, os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, pois a finalidade dessa norma é colocar crianças e adolescentes a salvo de situações de exploração, violência, e abuso sexual, devendo, obrigatoriamente, considerar essa dialeticidade entre o meio e a finalidade a ser consagrada pela aplicação da norma.

Em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro e os fundamentos constitucionais para o amparo de crianças e adolescentes vítimas de pedofilia, é certo que não devemos desconsiderar que essa faixa etária da população também possui direito ao livre exercício da sexualidade, pois são sujeitos humanos que também possuem emoções

e desejos e, portanto, são seres sexuados.

Ao considerarmos esse amparo constitucional, afirmamos a proteção integral em um sistema democrático de direito, na perspectiva de consolidação dos direitos humanos de seres vulneráveis que estão em pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual, social e sexual, com direito a condições de liberdade e de dignidade. Assim, preservamos a unidade e a coerência do texto constitucional no processo interpretativo das normas.

Não defendemos aqui uma libertinagem, pois entendemos que, não as crianças de até 12 anos, mas apenas a faixa etária dos já adolescentes entre 12 e 14 anos teria a possibilidade de consentir a prática sexual, o que não a excluiria do rol de vulnerabilidade, mas abriria uma brecha para o aplicador da lei penal de relativizar o dispositivo do artigo 217-A do Código Penal, sendo mais razoável, proporcional e respeitador dos Direitos Humanos consagrados pela Constituição Federal dita cidadã, acompanhando, assim, a evolução dos costumes e da moral da nossa sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 2000.

_____. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 20 de dez de 2011.

_____. MELLO, Marco Aurélio Mendes Faria. Voto. **Decisão HC 73.662/MG**, 2ª Turma/STF, Relator Ministro Marco Aurélio, Publicação no DJ de 20.9.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em 02 de jan de 2011.

_____. MOURA, Maria Thereza de Assis Moura. Voto. **REsp 804999 / SC**, 6ª Turma/STJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Publicação

no DJe 1.2.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+804999&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3> . Acesso em: 15 de dez de 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

GRECO, Rogério. **Adendo: Lei no 12.015/2009 - Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual**. Atualização. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 3ª edição.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.