

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DA POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE SEXUAL QUANTO A IDADE DO ART. 217, A CAPUT DO CÓDIGO PENAL

*Luisa da Hora Guerrieri de Paula¹
Prof.^a Fernanda Ravazzano²*

RESUMO: Este trabalho visa o estudo do tipo penal descrito no artigo 217 – A, caput do Código Penal. O referido artigo cominado a Lei 12015/09 trouxe a figura do “estupro de vulnerável”, punindo àqueles que tiverem conjunção carnal ou praticarem outro ato libidinoso com menor de catorze anos. Deste modo, faz-se válido analisar subjetivamente o tipo descrito, ponderando fatores determinantes para a construção da personalidade do vulnerável como: o contexto social no qual o menor está inserido, a cultura da hipersexualização, o acesso à informação e outros aspectos que reforçam a ideia de que ainda que praticada a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, a depender do sujeito passivo e do seu grau de discernimento, não se deve restar caracterizada a conduta descrita pelo artigo 217 – A.

Palavras-chave: Lei 12015/09; Código Penal; hipersexualização; vulnerável.

ABSTRACT: This paper aims at the study of the criminal type described in article 217 - A, caput of the Penal Code. The article referred to Law 12015/09 brought the figure of "rape of vulnerable", punishing those who have a carnal conjunction or practicing another libidinous act under the age of fourteen. In this way, it is valid to subjectively analyze the type described, pondering determining factors for the construction of the personality of the vulnerable such as: the social context in which the minor is inserted, the culture of hypersexualization, access to information and other aspects that reinforce the the idea that even if the carnal conjunction or any other libidinous act is practiced, depending on the taxable person and his degree of discernment, one should not characterize the crime of article 217 - A.

Keywords: Law 12015/09; Criminal Code; hypersexualization; vulnerable.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE E OS FINS DA LEI 12015/09 1.1 CONTORNOS DA VULNERABILIDADE PELA IDADE 1.2 DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA 2 ESTUDO DO CONTEXTO NO QUAL O MENOR ESTÁ INSERIDO 2.1

¹Bacharelada em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

²Pós doutorada em Relações Internacionais pela Universidade de Barcelona – ES. Doutora e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professora do Mestrado em Políticas Sociais e Cidadadina pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Membro do corpo permanente para o Mestrado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Professora da pós graduação em Ciências Criminais, Direito Tributário e Direito Médico pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e da pós graduação em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Professora na graduação da Universidade Católica do Salvador (UCSAL) e Faculdade Social da Bahia (FSBA).

DO ACESSO À INFORMAÇÃO PELO MENOR 2.2 A CULTURA DA HIPERSEXUALIZAÇÃO 3.3 O ASPECTO PSICOLÓGICO E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE 4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE 5 RECENTES JULGADOS A RESPEITO CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Com as mutações sociais e o avanço da tecnologia, a iniciação precoce à vida sexual está cada vez mais frequente. Com o advento da Lei 12.015/09, surgiu a figura do estupro de vulnerável, tipificada no artigo 217 – A, do Código Penal, que diz: “ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos”, ainda que sob consentimento e desejo deste menor.

Tendo em vista o princípio da adequação social, cujo objetivo é se enquadrar na realidade, é preciso se ponderar uma série de fatores para saber até que ponto a lei 12.015/09 representou um avanço, levando em conta o cenário vivido pelo país atualmente, que inclui uma educação escassa, um acesso ilimitado a informações de conteúdo explícito, um crescimento abundante da cultura da hipersexualização, dentre outros fatores que contribuem para que o conceito de vulnerável deva ser relativizado.

O objetivo ao discutir a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade quanto a idade não é retirar a proteção daqueles que necessitam dela e sim, encontrar meios para que esta proteção seja efetiva e esteja de acordo com as realidades fáticas.

Permitir que a análise meramente cronológica no que diz respeito a idade da vítima seja um dos elementos que por si só componham a conduta tipificada no artigo 217 – A é fazer com que a vontade de pessoas que muitas vezes devido não só ao contexto no qual estão inseridas, bem como o seu desenvolvimento mental possivelmente avançado (ainda que com a idade não tão avançada) não seja levada em consideração, punindo àqueles que não agiram com dolo, no sentido de que não pretendiam com aquele ato violar o bem jurídico tutelado, mas sim colocar em prática a sua liberdade sexual, bem como a da pessoa com a qual está se relacionando, desde que existam dois elementos: consentimento e discernimento.

Diante disto, faz-se necessário salientar que o Estatuto da Criança e Adolescente em seu artigo 2 (segundo) dispõe o seguinte: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Ocorre que, no tocante a capacidade de entendimento do caráter ilícito dos seus atos, o Estatuto da Criança e Adolescente, não confere ao adolescente a mesma proteção quanto à sua liberdade sexual (limitada pelo artigo 217 –A, do Código Penal). Ou seja, o legislador atribui ao adolescente, capacidade para ser punido pelos seus atos, porém o trata como vulnerável na sua capacidade de discernir e consentir com os seus desejos sexuais.

A Lei Federal n.º 12.015/2009 cominou a pena de oito a quinze anos de reclusão, punindo mais severamente alguém muitas vezes apenas pelo critério cronológico, do que àquele que mediante violência tenha estuprado um adulto, cuja pena cominada é de seis a dez anos. Fica evidente a falta de razoabilidade e proporcionalidade nas penas aplicadas a cada tipo penal.

Ao responsabilizar o agente de acordo com o critério cronológico, fere-se o princípio da presunção da inocência. A respeito disto, Caroline Barbosa Guimarães diz que: “Considerar como absoluto o Estupro de Vulnerável, é afirmar que não cabe prova em contrário; é gerar uma espécie de culpabilidade antecipada do acusado; é cercear deste, qualquer forma de demonstrar sua inocência, quando atingido o critério objetivo da idade da vítima”.

1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE E OS FINS DA LEI 12015/09

O significado da palavra “vulnerável” encontra a sua origem no Latim, ela vem do termo “vulnerabilis” que significa “o que pode ser ferido ou atacado”. Inicialmente, a condição de vulnerável foi atribuída pelo legislador ao menor de quatorze anos ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Portanto, a classificação de vulnerável engloba pessoas que são absolutamente inimputáveis.

O conceito de vulnerável para o Direito Penal está intimamente ligado a pessoas que não possuem discernimento suficiente para compreender o ato sexual e o seu caráter lascivo ou que não dispõem de capacidade psíquica suficiente para consentir ou não o ato sexual. A tutela penal no campo sexual se intensifica em relação as pessoas incapazes de consentir racionalmente. No entender de Guilherme de Souza Nucci:

“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.” (Nucci, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. Ed. São Paulo: revista dos tribunais, 2005).

De acordo com a lei anterior, presumia-se violência quando eram envolvidos os menores de catorze anos, os alienados, ou os débeis mentais e aqueles que, por outra causa, não pudessem oferecer resistência. Deste modo, era considerada violenta a ação daquele que praticasse ato sexual com pessoa menor catorze anos ou com deficiência que a impossibilitasse de consentir racionalmente com a prática do ato sexual.

Art. 224. (Revogado) “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode por qualquer outra causa, oferecer resistência.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci a vítima era “alienada ou débil mental”, mas não lhe era atribuído qualquer aspecto de discernimento, como se fosse uma presunção absoluta. Com o advento da Lei nº 12.015, de sete de agosto de 2009 a nomenclatura do título IV do Código Penal foi substituída. Anteriormente neste título continham os denominados “crimes contra os costumes”, após esta modificação, no título IV nos deparamos com os chamados “crimes contra a dignidade sexual”. Essa mudança teve como fundamento principalmente a proteção a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Vale ressaltar que anteriormente à Lei 12.015/09, quando a vítima era menor de dezoito anos a ação era exclusivamente privada, porém, com o advento desta, quando a vítima for menor de dezoito anos ou for vulnerável, a ação será pública incondicionada e nos outros casos, ela será pública condicionada.

A nova Lei também trouxe modificações no que tange aos enfermos e deficientes mentais, pois estes, na Lei anterior eram apenas definidos pelo artigo 224, b, do Código Penal como alienados ou débil mentais, presumindo-se, vulnerabilidade absoluta. Com o advento do novo texto de Lei, foi dada margem à relativização da vulnerabilidade destas vítimas, pois o legislador entendeu ser existente a possibilidade de manifestação de consentimento válido, a depender do grau de enfermidade ou deficiência mental que acometa a pessoa.

Com o advento desta Lei não existe mais a presunção de violência e para encerrar o debate acerca do seu caráter relativo ou absoluto, foi criado o tipo penal estupro de vulnerável, onde o menor de quatorze anos não dispõe de qualquer tipo de liberdade sexual, sendo a sua vulnerabilidade sempre absoluta.

1.1 CONTORNOS DA VULNERABILIDADE PELA IDADE

Pode-se dizer que, compreender o real significado de vulnerabilidade é de extrema relevância não só para fins de proteção daqueles que se enquadram neste contexto, como também para definir o grau de vulnerabilidade do sujeito passivo e assim, analisar e julgar de maneira mais justa e coerente a existência de um possível ato infracional.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

“É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual, 2º ed, 2011, p. 102).

Para Nucci, o legislador brasileiro está estagnado na idade de catorze anos, não sendo capaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.

De acordo com o art. 2 da Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990:

Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Em contrapartida a este dispositivo, segundo Nucci, a proteção penal ao menor de catorze anos continua rígida.

O que se busca proteger no artigo 217 – A, do Código Penal, é mais do que a liberdade sexual, visto que pelos contornos da nova Lei, não há o que se falar sobre liberdade sexual quando se trata de um menor de catorze anos (visto pelo legislador

como uma pessoa sem capacidade de discernimento o suficiente para consentir com a prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso)

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt:

A criminalização da conduta descrita no artigo 217 – A procura proteger, mais que a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo decidir livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual.
(BITENCOURT, Cezar Roberto. Dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública, 7ª ed, 2012, p. 97)

Percebe-se com isso, que o legislador foi taxativo ao tratar o menor de quatorze anos como absolutamente vulnerável, pois como já mencionado anteriormente, não há o que se falar em liberdade sexual nestes casos, o que existe é a intenção de proteger o menor de quatorze anos dos possíveis danos psicológicos (e a sua dignidade sexual, por óbvio) que poderiam acarretar em prejuízos no desenvolvimento da personalidade.

Porém, ao tratar o menor de quatorze anos de maneira tão taxativa, ignora-se, por conseguinte o contexto social no qual o menor está inserido, pois muitas vezes esse desenvolvimento da personalidade se dá de forma precoce, fazendo com que a vítima não se enquadre no conceito de vulnerabilidade absoluta. Ou seja, é possível que ainda menor de quatorze anos (definido como adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente) a pessoa tenha discernimento o suficiente para entender e consentir de maneira racional. Por este motivo, não se pode desprezar a capacidade que o contexto possui de influenciar não só na tomada de decisões como nos fatores psicológicos as impulsionam.

As mudanças geográficas, ambientais e históricas modelam o conteúdo, a forma e o processo do desenvolvimento do indivíduo. O ser humano escolhe suas ações de acordo com as experiências-disposições; conhecimentos e crenças, que afetam nas suas perspectivas. Estas mudanças refletem também na família e na comunidade. (SENNA, S.R.C.N. et al.).

Deste modo, pode-se afirmar que ao atribuir caráter absoluto à vulnerabilidade do menor de quatorze anos sem analisar a sociedade, as mudanças e o contexto no

qual ele está inserido, dá-se margem à decisões equivocadas em face de alguém quem em nada feriu a dignidade sexual da vítima que tutela o artigo 217 – A.

1.2 DISTINÇÃO ENTRE VULNERABILIDADE ABSOLUTA E VULNERABILIDADE RELATIVA

O Código Penal utilizou o termo “vulnerabilidade” sem a ele atribuir qualquer tipo de parametrização, ou seja, não existe algo que meça o nível de vulnerabilidade da vítima. O termo vulnerável é empregado em dois artigos distintos, sendo o artigo 217 –A, caput do Código Penal e o 218 – B do Código Penal. Cezar Roberto Bitencourt, leciona a respeito do tema:

Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A); esta se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B).
(BITENCOURT, Cezar Roberto. Dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública, 7ª ed, 2012, p. 99)

Diante disso, percebe-se o conceito vago que a nossa legislação traz a respeito da vulnerabilidade, pois esta não deveria se limitar a uma questão etária, afinal, existem fatores externos que contribuem demasiadamente para que o conceito de vulnerabilidade nos mostre que ele vai muito mais além do que é abordado no Código Penal. Com relação a vítima descrita no artigo 218 – B, presume-se ser relativa a sua vulnerabilidade, mas isso não é regra, pois apesar da sua idade, ela pode ser vulnerável com alta intensidade. Mais uma vez, Cezar Roberto Bittencourt leciona a respeito do tema:

Aqui o questionamento é outro, isto é, não se discute se se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade; parte-se, portanto, do pressuposto que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Diríamos que se trata agora de um segundo juízo de cognição, onde valora-se o quantum de vulnerabilidade a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas menor de 14 anos e menor de dezoito — elas apresentam, inegavelmente gravidades e consequências distintas. Mas, mais que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e, também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública, 7ª ed, ANO, p. 102)

Percebe-se com isso, que com relação à idade, a mera comprovação da cronológica é o suficiente para determinar se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa, pois nos casos em que a vítima é acometida por alguma doença mental, ou enfermidade, a vulnerabilidade por si só é relativizada e, a partir da análise do caso concreto é que se decide se esta vai ser absoluta ou relativa. Com relação àqueles que possuem algum tipo de enfermidade ou doença mental, Rogério Greco se posiciona da seguinte maneira:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual. (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte especial. 8.ed. Niterói: Impetus, 2011. v.3. p. 345)

2 ESTUDO DO CONTEXTO NO QUAL O MENOR ESTÁ INSERIDO

A importância de se abordar o contexto no qual o menor está inserido, reside no fato de que muitas vezes, a criança ou o adolescente se desenvolvem precocemente devido à falta de amparo familiar, educacional e psicológico, fazendo com que venham a consentir, sem ser vítimas do que leciona o artigo 217 – A, caput do Código Penal.

Pouco se tem feito no campo das políticas públicas relacionadas a educação e sexualidade, além disso, o contexto familiar e as mutações sociais são fatores determinantes para a formação de crianças e adolescentes.

Diariamente, 20 mil adolescentes com menos de 18 anos dão à luz em países em desenvolvimento. No Brasil, em 2010, 12% das adolescentes de 15 a 19 anos possuíam pelo menos um filho. Os dados são do Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) divulgados no relatório “Situação da População Mundial 2013”, cujo título é “Maternidade Precoce: enfrentando o desafio da gravidez na adolescência”.

Apesar de a taxa de fecundidade no Brasil estar abaixo da média mundial, na faixa etária entre 10 a 19 anos de idade essa média é elevada, diz Anna Cunha, oficial das Nações Unidas.

Diante destes dados, observa-se a importância do contexto social no qual a criança e o adolescente estão inseridos e o quanto ele influencia no comportamento,

que pode variar a depender de uma série de fatores como: a base familiar, escolar e até o acesso à mídia (que por muitas vezes acaba induzindo principalmente àqueles que carecem de uma base educacional sólida).

Por conta do aumento de casos na gravidez precoce, percebe-se que a situação do menor tende a piorar em muitos casos, pois os adolescentes que se tornam pais precocemente não possuem a maturidade suficiente para educar e instruir uma criança, já que por serem adolescentes também se encontram em fase de formação, não só física como psicológica. Vale ressaltar que em locais carentes e subdesenvolvidos a incidência destes casos é ainda maior.

Atrelado a tudo isso, a mídia desempenha um papel muito importante e que poderia ser melhor aproveitado por conta do seu poder de influência, pois ela muitas vezes acaba construindo uma imagem tanto quanto “lúdica” do sexo, associando-o apenas a ideia de prazer e diversão, não expondo, por conseguinte as consequências que o ato sexual irresponsável pode ocasionar.

Com as mudanças decorrentes do tempo, o sexo passou a ser banalizado e os próprios pais não tem tido habilidade o suficiente para orientar os filhos neste sentido e isso se deve a uma série de fatores, principalmente ao cronológico. A sociedade vem passando por constantes mutações, requerendo breve adaptação, em especial dos familiares, que desempenham papel fundamental na vida das crianças e dos adolescentes.

2.1 DO ACESSO À INFORMAÇÃO PELO MENOR

O desenvolvimento saudável e completo da criança e do adolescente é uma responsabilidade não só da família como da sociedade e também do Estado conforme determinação da Constituição Federal. Além disso, a mídia também desempenha um papel muito importante, que é o do acesso à informação. Por ser um dos maiores veículos da informação atualmente, a mídia exerce papel fundamental na medida em que deve filtrar informações que possuam relevância e então repassar para a sociedade, mas, apesar de ser um dos maiores veículos, não é o único.

A ideia de que a educação sexual pode aguçá-lo precocemente o desejo sexual da criança e do adolescente tem criado uma barreira para que a informação ao menor seja passada de maneira segura e consciente.

Por conta disto, à educação sexual não tem sido dada a devida importância por parte das políticas públicas, o que abre espaço para que o menor, ao ter a sua curiosidade aguçada, procure os meios mais impróprios para sanar as suas dúvidas e satisfazer às suas perguntas. O uso demasiado e inadequado dos meios digitais por parte da criança e do adolescente, abre possibilidades para que eles tenham comportamentos precoces, porém conscientes, onde sabem o que estão fazendo.

De acordo com uma pesquisa feita pela ONG SaferNet Brasil e publicada pelo Correio da Bahia no ano de 2008, mais de 50% das crianças acessam conteúdo impróprio na internet e quase 90% dos jovens revelam nesta pesquisa, não sofrer restrições ao uso da internet. Além disso, a pesquisa também trouxe que 87% dos jovens e crianças não têm nenhum tipo de restrição quanto ao uso da internet e algo que surpreendeu bastante foi o fato de que 84% deste público prefere acessar sites de relacionamento, ficando à frente dos comunicadores instantâneos, escolhidos por 72% dos jovens internautas.

A atenção excessiva que as crianças e adolescentes dão a tecnologia e o uso pouco dificultado pelos pais, facilitam o acesso à informações impróprias para uma formação saudável. É imprescindível para isso, que a família esteja engajada em monitorar o conteúdo visualizado pelo menor, no intuito de acompanhá-lo de maneira eficaz e evitar a sua exposição à comportamentos abusivos e postagens explícitas.

Os avanços proporcionados pelas redes sociais muitas vezes se mostram retrógrados, na medida em que contribuem para divulgar uma cultura que vem se difundindo no decorrer do tempo, que é a da hipersexualização, esta por sua vez, estimula comportamentos precoces, dita padrões de beleza e erotiza a imagem da criança e do adolescente.

Além disso, vale ressaltar a pouca idade com a qual as crianças e adolescentes estão ganhando aparelhos celulares das suas famílias. O argumento de que o celular é utilizado apenas para facilitar a comunicação se mostra ineficaz, na medida em que, os aparelhos possuem diversos atributos, incluindo o acesso à internet, a aplicativos de todos os gêneros e às redes sociais.

Com isso, faz-se válida uma reflexão acerca da idade com a qual os jovens estão criando perfis nas redes sociais, onde compartilham a sua imagem por meio de fotos e vídeos, muitas vezes passando despercebidos pelos familiares, que por sua vez, consentem ou despretensiosamente não se manifestam, devido a velocidade com a qual as mudanças sociais e tecnológicas estão ocorrendo, dando a falsa ideia de aquilo tudo é normal e aceitável.

Manter o controle destes acessos é imprescindível para proteger o menor de situações de exploração e evitar situações que possam prejudicar a sua formação e até mesmo colocar em risco a sua integridade física, devido a diversidade de pessoas que acessam as redes sociais diariamente.

2.2 A CULTURA DA HIPERSEXUALIZAÇÃO

Das primeiras civilizações até os dias atuais, a concepção de educação sexual sofreu mutações intensas. De acordo com Renata Alexandre Bianchi (26/06/2016) “A partir da década de noventa, a educação sexual passou a ser realizada por meio da mídia. Esta formula seu plano formativo principalmente por meio de estereótipos e mitos, e que indiretamente – ou diretamente, reflete no comportamento sexual da sociedade, principalmente nas crianças”.

A mídia exerce papel fundamental na sociedade por se tratar de um dos maiores veículos de acesso à informação, porém, exerce um poder de influência muito grande na medida em que dita estereótipos a serem seguidos, bem como padrões de beleza e comportamentais. Além disso, não existe um filtro quanto as informações expostas, fazendo com que conteúdos explícitos alcancem um público diverso, incluindo mulheres, homens, crianças e adolescentes. O problema então, não reside somente na sua capacidade de alienar e persuadir pessoas a seguirem padrões ditados por ela, como também na diversidade do público e nos efeitos que isso pode causar dentro da sociedade.

De acordo com o artigo “Infância roubada e a sociedade hipersexualizada”, falta orientação e acolhimento dos cuidadores com as crianças e adolescentes e, por conta disto, eles acabam expostos nas redes sociais, sendo vulneráveis à banalização da imagem.

O fenômeno da hipersexualização abrange não somente a influência exercida pela mídia, como também, a conduta dos pais, o papel do mercado que fornece produtos voltados ao público infantil e até mesmo o contexto escolar.

De acordo com Olga Carmona (01/7/2017), “é um fenômeno tão crônico, tão incorporado que às vezes os adultos nem se dão conta: sutiãs com ou sem recheio para meninas de oito anos, saltos, tops e minissaias, heroínas de series com corpos esculturais, bufês infantis que propõem concursos e desfile na passarela em festinhas de aniversário (...)”

O que existe nos dias atuais é uma cultura de hipersexualização da criança e do adolescente, associada a imposição de padrões a serem seguidos, onde a beleza vem sendo cada vez mais erotizada e atrelada a ideia de exposição excessiva. Apesar de todo este quadro, percebe-se que a sociedade que erotiza o comportamento da criança e do adolescente, é a mesma que prega um discurso falso-moralista apoiado no machismo que perdura até os dias atuais.

Segundo Olga Carmona no artigo “Efeitos da hipersexualização: meninas transformadas em ‘Lolitas’”, foram extraídos dados de que, na França 37% das meninas afirmam estar fazendo dieta. Nesta mesma pesquisa foi constatado que um presente que tem sido cada vez mais comum dos pais antes dos 18 anos da filha é uma plástica para aumento de seios.

Diante disto, percebe-se o quanto o comportamento da criança e do adolescente tem se aproximado do comportamento adulto e que nada se faz para neutralizar esta situação. As incitações ao sexo, à materialização do corpo, à necessidade de se alimentar o ego com coisas tão supérfluas têm se acentuado cada vez mais e a liberdade sexual tem sido confundida com o conceito de apologia ao sexo.

A imagem corporal das meninas tem vindo a torná-las, “crianças - mulheres - sexualizadas”. Tratando-se de crianças, as imagens reenviam para a sexualização das suas expressões, posturas ou códigos de vestuário, demasiado precoces e evidenciando sinais de disponibilidade sexual, forjados e desajustados para a idade. (TEIXEIRA, Filomena 2015, p.4) (trecho totalmente transcrito do artigo)

2.3 O ASPECTO PSICOLÓGICO E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE

Entender o processo de formação do ser humano é fundamental para conhecer os fatores determinantes na construção da sua identidade e saber de que maneira o contexto no qual esta pessoa se encontra inserida pode influenciar no seu desenvolvimento psicológico.

De acordo com Maria Cláudia Santos Lopes de Oliveira, graduada e mestra em psicologia e doutora em educação: “Tudo aquilo que está no entorno de um ser em desenvolvimento afeta a dinâmica de suas transformações ao longo do tempo: as pessoas, os significados culturais, o momento histórico, as experiências pessoais e sociais, as oportunidades positivas e também os riscos. Esses fatores influenciam, em maior ou menor grau, o desenvolvimento físico, intelectual, emocional e social de crianças e adolescentes”.

Diante disso, percebe-se que todas as mudanças que ocorreram na sociedade ao longo do tempo, assim como o contexto no qual o indivíduo se encontra inserido, são fatores determinantes na formação da identidade e na construção da personalidade.

Para Ramos (1993) as mudanças físicas, biológicas e emocionais que ocorrem na adolescência são universais, mas o papel que os adolescentes devem desempenhar na sociedade varia conforme a cultura de um país e até mesmo o meio social onde esse indivíduo vive.

Isto porque existe todo um contexto que influencia na formação da criança e do adolescente, este contexto abrange não só os aspectos sociais como também o aspecto familiar e o educacional, pois muitas vezes o indivíduo pode até viver em um lugar com condições precárias, sem amparo do Estado, porém existe um amparo familiar, que já contribui demasiadamente na construção dos valores e na formação psíquica.

De acordo com Ricardo Eleutério dos Anjos, a evolução biológica não está paralisada. “O que ocorreu foi que as leis biológicas e as características determinantes do desenvolvimento humano pautadas na hereditariedade não são mais as forças motrizes do desenvolvimento humano, pois cederam lugar às leis sócio históricas”.

Ou seja, não se pode pautar as mutações psíquicas que ocorrem com o indivíduo apenas nos fatores biológicos, pois apesar de eles também serem determinantes, não constitui o único aspecto influente na formação da identidade e na construção da personalidade.

4 A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

A primeira hipótese de vulnerabilidade contida no artigo 217 – A, do Código Penal é idade, que deve ser inferior a quatorze anos. A lei presume que o menor de quatorze anos não atingiu um grau de discernimento o suficiente para ter uma vida sexual. Aqui a idade é elementar do tipo, ou seja, por si só já caracteriza formalmente o crime de estupro de vulnerável. Observa-se que aqui não se exige violência ou grave ameaça.

Com a relativização da vulnerabilidade não se pretende tornar atípica a conduta descrita no artigo 217-A, do Código Penal e sim, analisar diante do caso concreto se de fato houve violação ao bem jurídico, que no caso, seria a dignidade sexual. Aqui se pretende abandonar o critério meramente cronológico como fator determinante da vulnerabilidade, afinal muitas vezes o menor de quatorze anos pode estar inserido num contexto de prostituição, já possuir uma experiência sexual e por isso, o seu grau de vulnerabilidade deve ser relativizado.

O questionamento não se trata de presunção absoluta ou de presunção relativa de vulnerabilidade; parte-se, portanto, do pressuposto que a vulnerabilidade existe, mas não se sabe o seu grau, intensidade ou extensão. Diríamos que se trata agora de um segundo juízo de cognição, onde valora-se o quantum de vulnerabilidade a vítima apresenta. E, seguindo-se a linha do legislador que a previu para faixas etárias distintas menor de 14 anos e menor de dezoito — elas apresentam, inegavelmente gravidades e consequências distintas. Mas, mais que isso, podem apresentar-se em graus distintos em uma mesma faixa etária, e, também por isso, precisam ser valoradas casuisticamente. (BITENCOURT, 2012).

Para Luís Augusto Sanzo Brodt:

“...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, 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.

Permitir que a análise meramente cronológica no que diz respeito a idade da vítima seja um dos elementos que por si só compoam a conduta tipificada no artigo 217 – A é fazer com que a vontade de pessoas que muitas vezes devido não só ao contexto no qual estão inseridas, bem como o seu desenvolvimento mental possivelmente avançado (ainda que com a idade não tão avançada) não seja levada em consideração, punindo àqueles que não agiram com dolo, no sentido de que não pretendiam com aquele ato violar o bem jurídico tutelado, mas sim colocar em prática a sua liberdade sexual, bem como a da pessoa com a qual está se relacionando, desde que existam dois elementos: consentimento e discernimento.

5 RECENTES JULGADOS A RESPEITO

Neste tópico serão abordados entendimentos pacificados após o advento da Lei 12.015/09, onde a vulnerabilidade por alguma razão teve o seu conteúdo relativizado. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FLEXIBILIZAÇÃO DA NORMA PENAL EM RELAÇÃO AO CONSENSO DA VÍTIMA QUE É VIÁVEL NO CASO CONCRETO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. É bem verdade que a nova legislação que introduziu o Art. 217-A em nosso Código Penal, aliás, na esteira de legislações alienígenas, veio a agravar a conduta de quem, em termos gerais, pratica ato sexual com menores de 14 (catorze) anos. O legislador buscou afastar a brecha legislativa que oferecia interpretação dúbia (?) que se instalava com a expressão presunção a que se referia o antigo Art. 224 do Código de Processo Penal, ou, mais precisamente, se a presunção seria absoluta ou relativa, optando, com a reforma, pela fórmula mais rígida de que o consento do menor não é válido tamquam non esset, isto é, a presunção é absoluta. Nada obstante, o direito penal não tem caráter absoluto e deve sempre ser visto em sua conformidade constitucional, portanto sob os auspícios dos princípios do Estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana e da intervenção mínima (ultima ratio). Assim, se por um lado houve agravamento pelo legislador de condutas como a que ora está sob análise, de outro positivou-se o entendimento, já de longo presente na doutrina e jurisprudência, de... que a tutela dos crimes sexuais não se insere na órbita de uma mutável, relativa e abstrata moralidade pública, sob a fórmula crimes contra os costumes, mas, diversamente, na da autodeterminação sexual, que está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana. O direito à autodeterminação sexual, em sentido penal, deve, contrariamente, ser entendido como um direito de defesa do indivíduo. Contém, na verdade, a liberdade contra a determinação que venha de fora (externa) sobre o âmbito (pessoal) sexual. Assim, apesar de a vítima ter menos de 14 (catorze) anos de idade, revela a prova a sua evidente maturidade sexual e liberdade de escolha, o que, associado ao fato de o apelante ter 23 (vinte e três) anos de idade na data do fato, viável a flexibilização do rigor legal, afastando-se a tipicidade da conduta do agente. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº

70075053983, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 28/03/2018). (TJ-RS - ACR: 70075053983 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 28/03/2018, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2018).

Diante deste posicionamento percebe-se que o direito penal deve ser visto como a última ratio, devendo-se analisar sempre o caso concreto. O entendimento aqui pacificado foi de que a idade não constituiu elemento suficiente para caracterizar a vulnerabilidade, visto que apesar da pouca idade, a vítima possuía maturidade sexual suficiente para consentir com a prática do ato. A decisão fundamentou-se no fato do direito penal não possui caráter absoluto e o que se buscou nela foi andar em conformidade com os princípios constitucionais.

Vale mencionar também a existência do princípio da adequação social, que serve como instrumento para que as Leis sejam interpretadas em consonância com as condutas socialmente aceitas em decorrência das mutações proporcionadas pelo tempo.

Apelação criminal. Audiência de inquirição de testemunhas. Método legal. Nulidade. Inocorrência. Estupro de vulnerável. Adolescente prestes a completar 14 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítima que demonstra maturidade e discernimento sexual. Consentimento válido. Atipicidade material configurada. Absolvição. A nova redação dada ao art. 212 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.690/2008 não alterou o sistema de inquirição de testemunhas, apenas possibilitou a formulação de perguntas diretamente pelas partes, de forma que quem começa a ouvi-las continua sendo o juiz, passando-se em seguida às perguntas formuladas pelo Ministério Público e depois pela defesa. A criação do tipo autônomo do estupro de vulnerável pela Lei 12.015/2009 não encerrou o debate sobre a relativização da antiga presunção de violência inserida no art. 224, ?a?, do Código Penal [revogado], circunstância que restou incorporada pelo art. 217-A, do mesmo diploma, quando manteve como elemento objetivo cronológico a idade do menor que não completou 14 anos, agora sob a denominada vulnerabilidade, de forma que continua sendo necessária a análise do caso concreto para aferir se a vítima possui maturidade e discernimento para consentir com a prática sexual. Não incorre no delito de estupro de vulnerável o agente que atende aos limites estabelecidos pela vítima, menor com quatorze anos incompletos, e desiste de prosseguir em seu intento inicial de com ela praticar conjunção carnal, mormente quando ela informa ser virgem, refugindo sua ação ao âmbito de proteção da norma insculpida no art. 217-A do Código Penal.

(TJ-RO - APL: 00029759320118220010 RO 0002975-93.2011.822.0010, Data de Julgamento: 17/12/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 08/01/2016).

Nesta decisão, o adolescente estava prestes a completar quatorze anos e além disso demonstrava maturidade e discernimento sexual, quando da prática do ato.

Além disso, a sua dignidade sexual em nada foi ferida, pois o ato não se deu mediante emprego de violência ou grave ameaça, havendo consentimento por parte do menor.

A presunção de violência abordada pela Lei anterior deve continuar sendo analisada nos dias atuais, visto que o emprego de violência ou grave ameaça viola o direito em questão, mas a idade, ou seja, o fator puramente cronológico não deve ser o bastante para caracterizar o tipo descrito no artigo 217 – A, do Código Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema estudado foi a possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do maior de 12 e menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável. Foi feita uma análise de fatores considerados determinantes na formação da identidade e na construção da personalidade da criança e do adolescente com o intuito de mostrar a importância do contexto social no qual o jovem está inserido.

Atualmente vivemos em um cenário muito distante daquele em que a família tinha os seus valores resguardados e à educação era dada a sua devida importância. A cultura da hipersexualização, que muitas vezes estimula comportamentos precoces, o acesso ilimitado a mídia e a conteúdos explícitos, exercem forte influência sobre crianças e adolescentes, de modo que, a sua capacidade de discernir pode se equiparar a de um adulto no tocante a liberdade sexual.

O que se defende aqui não é a descriminalização de condutas que ferem a liberdade e a dignidade sexual do indivíduo, mas apenas que seja analisado (de maneira coerente e condizente com a realidade vivida pela sociedade) o caso concreto, de modo que não se condene aquele que em nada feriu o objeto tutelado pelo artigo 217 – A, do Código Penal.

Além disso, faz-se necessário ressaltar a contradição da Lei ao admitir que o adolescente (maior de doze anos) seja punido com medidas socioeducativas, caso venha a praticar algum ato infracional e para este mesmo adolescente, detentor de discernimento o suficiente para responder pela prática de tais atos, não seja atribuída capacidade o suficiente para consentir com a prática do ato sexual, por ser considerado pelo legislador como absolutamente vulnerável.

O estudo procurou mostrar diversos motivos que afastam a consonância do artigo 217 – A com alguns dos princípios constitucionais, dentre eles o da presunção

da inocência, afinal basta a vítima ter menos de quatorze anos para restar configurado o crime de estupro de vulnerável.

Pelo fato de o Direito não possuir caráter absoluto e por estarem as Leis sujeitas a mutações e interpretações distintas conforme o passar do tempo, pode-se afirmar que os fundamentos que motivaram a redação da Lei 12.015/09 necessitam ser revistos, para que, ao proteger determinado bem jurídico, um outro não acabe por ser ferido.

REFERÊNCIAS

AMOS, L. O. **Anticoncepção na Adolescência**. In: HALBE, H.W. (Org.). Tratado de Ginecologia. São Paulo: Roca, 1993, 2 ed., v. 1, p. 752-758.

ANJOS, Ricardo eleutério dos. **O desenvolvimento psíquico na idade de transição e a formação da individualidade para-si: aportes teóricos para a educação escolar de adolescentes**. Disponível em: <http://wwws.fclar.unesp.br/agenda-pos/educacao_escolar/2798.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

BIANCHI, Renata Alexandre. **Efeito Lolita: influências da mídia na erotização**. Disponível em: <<http://www.petbio.ib.ufu.br/node/367>>. Acesso em: 24 de novembro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé pública**. Saraiva, 7ª ed, 2012, São Paulo.
BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 6ª ed., Saraiva, 2012, vol. 4, São Paulo, p. 97-102

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. LEI Nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8069-13-julho-1990-372211-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

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

CARMONA, Olga. **Efeitos da hipersexualização: meninas transformadas em ‘Lolitas**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/30/cultura/1496151116_106223.html>. Acesso em: 22 de novembro de 2018.

CONDÉ, Tófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável: relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbb.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

CORREIO, Redação. **Mais de 50% das crianças acessam conteúdo impróprio na internet**. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/mais-de-50-das-criancas-acessam-conteudo-improprio-na-internet>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

GOMINHO, Leonardo. **A relativização da presunção de vulnerabilidade dos adolescentes como forma de adequação social**. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/377212021/a-relativizacao-da-presuncao-de-vulnerabilidade-dos-adolescentes-como-forma-de-adequacao-social>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2018.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/24129584/estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 21 de novembro de 2018.

GUIMARÃES, Caroline Barbosa. **Estupro de vulnerável: da possibilidade de relativização da vulnerabilidade sexual do Artigo 217-A, caput, do Código Penal. 2011**. Trabalho de conclusão de curso (bacharel em Direito) – Centro Universitário do Distrito Federal –UDF. Brasília, 2011, p. 50.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. Revista dos Tribunais, 2º ed, 2011, p. 102.

OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de. **O adolescente em desenvolvimento e a contemporaneidade**. Disponível em: <<http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201704/20170424-094551-001.pdf>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

OLIVEIRA, Vinícius de. **8 em cada 10 crianças acessam a internet. E o que elas veem merece a atenção da escola**. Disponível em: <<http://porvir.org/8-em-cada-10-criancas-acessam-internet-elas-veem-merece-atencao-da-escola/>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

SENNA, S.R.C.N. et al. **Contribuições das teorias do Desenvolvimento Humano para a Concepção Contemporânea da Adolescência**. Universidade de Brasília

UnB\Brasília - Brasil. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Jan-Mar 2012, Vol. 28 n. 1, pp. 101- 108.

SENNA, S.R.C.N. et al. **Contribuições das teorias do Desenvolvimento Humano para a Concepção Contemporânea da Adolescência.** Universidade de Brasília
UnB\Brasília - Brasil. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* Jan-Mar 2012, Vol. 28 n. 1, p. 101- 108.

SOARES, Anderson. **Infância roubada e a sociedade hipersexualizada.**
Disponível em: <<http://www.cartapotiguar.com.br/2014/04/09/infancia-roubada-e-a-sociedade-hipersexualizada>>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.