

**APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL AO CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: O DIREITO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO NA BUSCA
DA HARMONIA SOCIAL.**

**João Victor Augusto Caetano de Carvalho¹, Fernanda Franklin Seixas Arakaki²,
Leticia Cerqueira Dutra da Silva³, Leonardo José Fernandes de Abreu⁴, Andréia
Almeida Mendes⁵.**

¹ Graduando em Direito, FACIG, joaovictorrccfm@gmail.com

² Mestre em Hermenêutica Constitucional, Teoria e Filosofia do Direito, professora da FACIG -
fernandafs@sempre.facig.edu.br

³ Graduanda em Direito, FACIG, lethydutra@hotmail.com

⁴ Mestrando em Administração de Empresas pela FUCAPE, professor da FACIG,
leonardoadvogado@hotmail.com

⁵ Doutora e Mestre em Linguística pela UFMG, graduada em Letras, professora da FACIG,
andreialettras@yahoo.com.br

Resumo: A vulnerabilidade do adolescente menor de 14 anos nos crimes sexuais frente às evoluções sociais que afetam o desenvolvimento dos adolescentes nessa fase de transição da vida infantil para a vida adulta é um tema de muita discussão no mundo jurídico, principalmente nos tribunais, que avaliam a conduta dos agentes acusados de cometer o crime de estupro de vulnerável. O presente artigo objetiva aproximar o intérprete do Direito da realidade social no momento em que for aplicar a norma penal incriminadora nos crimes sexuais. Este trabalho busca evitar uma interpretação puramente gramatical, utilizando-se do princípio da adequação social, como forma de solucionar os problemas gerados pela aplicação de um critério objetivo do artigo 217-A, oriundo da Lei 12.015/09. Através da visão de Kant para solucionar a problemática da liberdade do acusado, bem como a observância legislativa, principiológica e aos avanços comportamentais e culturais experimentados pela sociedade atual. Por fim, efetua-se um estudo teórico sobre o Estado Constitucional e a tutela penal como última ratio do estado de direito.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável, liberdade, princípio, adequação social, direito, vulnerabilidade, sexualidade, menor, violência, tribunal, absolvição.

Área do Conhecimento: Ciências Sociais Aplicadas.

1 INTRODUÇÃO

Crianças e adolescentes são detentores de uma legislação exclusiva acerca de seus direitos e deveres, sendo esta, regulamentada pela Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, (Estatuto da Criança e do Adolescente). Referida legislação dispõe sobre proteção e bem-estar dos menores no âmbito familiar e social, garantido que os menores possam crescer amparados e distantes de atos infracionais.

Além de se garantir o futuro educacional das crianças e dos adolescentes, se torna necessário garantir um presente estruturado emocionalmente, proporcionando aos menores uma vida saudável e indefesa, preparando-os para a fase adulta, mas, garantido que essa fase não aconteça precocemente.

Algumas crianças, no entanto, tornam-se adolescentes muito cedo, constituindo a formação aparente da fase adulta de forma precoce, despertando assim o desejo sexual, indevido, de muitos adultos. A violência sexual sempre foi um crime repercutido, vindo de milhares de anos e sendo inicialmente punido apenas para aqueles praticados de fato e contra mulheres, pois estas sempre foram consideradas frágeis e vulneráveis diante da possível situação. Com o passar dos tempos ouve-se uma ampliação nesse contexto, tanto na forma praticada, como também diante da vítima. O artigo 213 do Código Penal, alterado

pela lei 12.015/2009 abrangeu a vítima para “alguém” não distinguindo o sexo e reprimiu o crime não só pela consumação, mas, pelo constrangimento realizado por ameaça ou violência fazendo com que a vítima se submeta a prática de conjunção carnal ou qualquer tipo de ato libidinoso.

Com o crescente número de crimes sexuais, o Código Penal diante da vulnerabilidade de crianças e adolescentes introduziu também em seus artigos uma proteção mais ampla a menores de 14 anos, restringindo assim que os mesmos tenham conjunção carnal. O artigo 217-A da legislação supramencionada é claro ao reprimir a conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com esses menores, sendo a pena aplicada de 8 a 15 anos de reclusão.

Diante da problemática e prevenção disciplinada à crianças e adolescentes, partindo dos princípios e regras vigentes, o presente artigo de caráter bibliográfico terá como objeto o estudo do artigo 217-A do Código Penal, exclusivamente quanto a disciplina de conjunção carnal e atos libidinosos com menores de 14 anos, tratando-se inicialmente da proteção ampla sobre os vulneráveis, passando após a análise da adequação ao consentimento dos menores, e assim, tratar sobre a possibilidade de absolvição do réu.

A grande importância do seguinte Artigo é enquadrar o Juiz do Direito da realidade social no momento em que for aplicar a norma penal incriminadora nos casos de estupro de vulneráveis, utilizando-se do princípio da adequação social, como forma de solucionar os problemas gerados pela aplicação de um critério taxativo do artigo 217-A, oriundo da Lei 12.015/09, para determinar a ocorrência ou não do crime de estupro de vulnerável diante de cada caso concreto. Fazendo assim com que o Direito interligado com a sociedade tenha sempre como o objetivo nesses casos o princípio da busca da felicidade, tornando as decisões mais justas.

2 METODOLOGIA

Utilizou-se a pesquisa com abordagem qualitativa, visando o aprofundamento da atual compreensão do direito penal a partir da abordagem dos princípios constitucionais e teorias. O artigo baseia-se em revisões bibliográficas, uma vez que se levantaram referências já analisadas e publicadas. Em todo o trabalho, são utilizados os métodos dedutivos e teóricos, baseados em estudo bibliográfico e jurisprudencial.

Quanto aos objetivos, abordou-se a pesquisa explicativa, que identifica os fatos que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

3 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Neste capítulo, inicia o legislador a reforma a partir do delito de estupro de vulnerável, contido no artigo 217-A, assim descrito:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa 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 pessoa que, 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.

§ 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.

A Lei 12.015 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro um novo tipo penal, autônomo, com penas rigorosas, denominado estupro de vulnerável, destinado a proteger aqueles que não possuem capacidade de discernir sobre os atos e consequências da sexualidade ou que, por alguma razão não, podem reagir como anteriormente dito.

Com a nova redação do artigo 217-a, independe se a relação se deu (ou não) mediante violência ou grave ameaça, vedando a lei qualquer prática sexual mantida com menores de 14 anos (CAPUT), enfermo ou deficiente mental (primeira parte do §1ª) ou com quem não possa oferecer resistência (última parte do §1º).

A relação sexual com vulnerável pode não envolver violência ou grave ameaça real, leia-se, pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, as vulnerabilidades de suas situações indicam a presunção de ter sido violenta a prática do sexo. De todo modo, são previstas as formas qualificadas pelo resultado, pois é possível ocorrer a relação sexual com efetivo emprego de violência. Nesse caso, o resultado pode atingir consequências mais graves, como as lesões ou a morte da vítima. Em suma, por ser tipo penal especial em relação ao art. 213, sempre que a prática sexual envolver menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental ou incapaz de resistir, tipifica-se como estupro de vulnerável, levando-se em conta o art. 217-A. (NUCCI. 2009, P.892)

Cumpra observar que a alteração dessa rubrica traz reflexos de suma importância para o estudo dos crimes sexuais no Código Penal, muito embora, numa leitura rasa e apressada, essas implicações não sejam perceptíveis sob a ótica de que se valeu o legislador ao elaborar a lei. (RIBEIRO, 2009). Dessa forma, pode-se analisar a conduta do Estado frente a conduta social.

Essa reforma redireciona a proteção do Estado. Em vez de tutelarem-se os costumes, que representavam os hábitos e os falsos moralismos que eram impostos à sociedade por sua parcela mais conservadora, agora se protege a dignidade sexual. Esta sim merecedora da tutela estatal, porquanto atrelada a valores como a honra, a respeitabilidade, a moral e, obviamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional que norteia todos os demais. (RIBEIRO. 2009, p. 14)

Qualquer pessoa, independente de sexo, pode ser sujeito ativo desse delito, enquanto que o sujeito passivo, no caso do artigo 217-A, caput, será o menor de 14 anos, também independente de sexo, conforme as mudanças sofridas no artigo 213 do Código Penal.

Relembrando, o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a busca pela satisfação da lascívia, não existindo modalidade culposa. Admite-se, porém, a tentativa, quando o agente, por motivo alheio a sua vontade, é impedido de concluir com o seu intento, embora de difícil comprovação. (NUCCI, 2013).

Segundo Bitencourt,

Menor de quatorze anos é exatamente o infante-juvenil ou criança/adolescente protegido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que merece atendimento especial do Estado e da lei e que, agora, finalmente, o legislador penal reconhece sua vulnerabilidade. Essa é uma oportunidade rara, para abordarmos algo que sempre nos preocupou, qual seja, a vitimização secundária dos menores vítimas de abuso sexual (no plano familiar e extrafamiliar), historicamente tratados pelas autoridades repressoras (Polícia, Ministério Público e Judiciário), como simples objeto de investigação e meio de prova. Merece destaque especial, nesse particular, a atuação de muitos representantes do Parquet que, obcecados pela busca de uma mitológica verdade real, sempre desconhecera a vitimização secundária daqueles vitimados pela violência sexual, vistos somente como simples meios de prova. (BITENCOURT. 2011, p. 205).

Dessa forma, demonstra-se a divergência entre a doutrina e jurisprudência no que se refere a idade cronológica e maturidade.

4 VULNERABILIDADE

Entende-se que, vulneráveis são pessoas que não podem se defender sozinhas, ou que, em determinado momento, estejam desprotegidas. No dicionário (Ferreira, 2010) vulnerável significa: “Diz-se do ponto pelo qual alguém ou algo pode ser atacado”.

Há uma proteção maior do Estado quando se trata de uma pessoa vulnerável. Nota-se que, até mesmo a sociedade, quando se depara com um indivíduo que está em estado vulnerável, dispõe-se a ajudá-lo, motivo por que o instinto humano, automaticamente, repele atos desagradáveis para o próximo. Ademais, a Constituição Federal resguarda e protege, rigorosamente, o vulnerável conforme vislumbra seu artigo 227, § 4º:

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

(...)

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

A presunção de violência na qual o tipo se alicerça é ponto de discussão na doutrina e na jurisprudência, pois há quem diga que tal presunção é absoluta e outros defendem que existe uma relatividade, pois somente uma análise do caso concreto poderia determinar se existiu ou não vulnerabilidade.

Ao que parece, o mais sensato é que haja uma relativização da vulnerabilidade a luz do caso concreto, nada obstante a norma permitir decisões arbitrárias, contrárias ao ideal de justiça. O que se deve ter em mente é que os jovens de 12 ou 13 anos, fortemente influenciados pelo acesso irrestrito aos meios de comunicação, passaram a ter um conhecimento das coisas do sexo de maneira precoce, conforme reforça Graça (2010):

Não se caracteriza o crime, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. Por outro lado persiste o crime ainda quando a menor não é mais virgem, é leviana, é fácil e namoradeira ou apresenta liberdade de costumes. (MIRABETE, 2006, p. 478 apud GRAÇA, 2010)

Parece, entretanto, que o legislador penal ignorou a necessidade de adequar as normas de conduta à realidade social do seu tempo. Diante disso, imaginar que inexistente a possibilidade de alguém com 12 ou 13 anos poder livremente anuir com a relação sexual, denota nítido desconhecimento das transformações experimentadas pela sociedade a qual deve regular. Como brilhantemente anota Guilherme de Souza Nucci, pela “simples inovação da redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade” (NUCCI, 2010). Ainda vale ressaltar que a vulnerabilidade relativa não é mais levada em consideração quanto a extinção da punibilidade

5 IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 provocou uma revolução no sistema jurídico brasileiro. O foco do legislador constituinte, sempre voltado para a organização do próprio Estado, desloca-se para o indivíduo e, mais ainda, para a coletividade, contemplando amplamente os direitos individuais sem repousar seu campo de abrangência sobre os direitos difusos e coletivos. (MAIA. 2007, p.1. online)

Cada autor formula entendimento, no sentido de dar grau de importância e eleger, em sua obra, destaque que julga importante ao princípio constitucional de direito de família. Alguns princípios assumem a característica de princípios explícitos, outros ponderando no sentido de que há guarida dentro deste cenário implícito a determinado assunto, mas todas com fundamento técnico e jurídico dentro dos contornos constitucionais previstos na Constituição de 1988.

Cabe a aplicação destes princípios no direito das famílias por serem estes aplicáveis a todos os ramos do direito originada esta subordinação na sua fundamentalidade jurídica.

Pereira (2006) reforça que:

Com a crescente tendência de constitucionalização do Direito Civil, consequência dos movimentos sociais e políticos de cidadania e inclusão, os princípios gerais têm-se reafirmado cada vez mais como uma importante fonte do Direito e têm-se mostrado para

muito além de uma supletividade. Eles se revestem de força normativa imprescindível para a aproximação do ideal de Justiça. (PEREIRA, 2006, p. 22.)

A família na busca da formação social do estado de direito, para Pietro Perlingieri, é pautada na Constituição não por possuir de um direito superior ou individual, mas pela instituição que é formadora da pessoa humana como indivíduo de direito. A família teve o reconhecimento do legislador constituinte como base da sociedade, e a sua importância na formação das pessoas mereceu todo o aparato jurídico estatal, formado por normas e princípios, isto para aqueles que não os consideram norma jurídica.

O Princípio da Liberdade diz respeito: ao livre poder de escolha da autonomia da constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; respeitadas à integridade física mental e moral (LÔBO, 1999)

Como no Princípio da Igualdade, destaco que também desencadeia uma nova ordem de nomenclaturas, correlacionadas a liberdade – o que demonstra uma decomposição estrutural, contudo sem perder o vínculo primordial com o significado. Como no caso de Roberto Senise Lisboa, que determina como Princípio do Reconhecimento de entidades familiares – “O casamento deixa de se tornar a única instituição protegida pelo Direito de Família, assegurando-se o reconhecimento de outras cuja tutela não pode deixar mais de ser concedida”. (LISBOA, 2002)

A convivência familiar também é regulada através das normas consagradas por outros estatutos como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990) e do Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), ofertando de maneira ampla a proteção integral a todos os membros das famílias. Os vínculos de filiação alterados pela Constituição em seu art. 227, § 6º deram uma nova conceituação à palavra filho, abandonando-se termos preconceituosos que geraram outrora grades conflitos, conforme ressalta Golçalves (2005):

Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar. (GONÇALVES, 2005, p. 34)

Segundo o princípio da afetividade é o afeto é a mola que alavanca ou o cordão que une a família rumo ao sucesso do fim a que se propõe. Ligado a dignidade humana, o afeto é um direito que preserva o indivíduo e o protege através da união familiar. Um ser humano nutrido neste sentido é um ser realizado pessoalmente e socialmente. O afeto alcançou valor jurídico, tornando-o incompatível com apenas um modelo de família ou o tradicional modelo histórico, margeando a possibilidade, por exemplo, da adoção homoafetiva, preservando o “Princípio do Melhor Interesse do Menor”(CUNHA PEREIRA. 2006)

6 INFLUÊNCIA DA TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO

Em Fundamentos do Direito (1940), Miguel Reale apresenta os elementos básicos da sua filosofia jurídica, isto é, nessa obra da juventude começa a ser concebida a concepção tridimensional da experiência jurídica. O que isso significa, foi resumido em Miguel Reale: ética e filosofia do direito do seguinte modo:

A compreensão tridimensional do Direito sugere que uma norma adquire validade objetiva integrando os fatos nos valores aceitos por certa comunidade num período específico de sua história. No momento de interpretar uma norma é necessário compreendê-la em função dos fatos que a condicionam e dos valores que a guiam. A conclusão que nos permite tal consideração é que o Direito é norma e, ao mesmo tempo, uma situação normatizada, no sentido de que a regra do Direito não pode ser compreendida tão somente em razão de seus enlaces formais (CARVALHO, 2011, p. 186).

Em suma, a teria tridimensional no pensamento de Reale consiste:

Fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou sociólogo do Direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo o do fato e ao jurista o da norma (REALE. 2003, p. 70).

Com efeito, as mudanças legislativas ocorridas no Brasil nos últimos setenta anos, em relação aos crimes de natureza sexual, decorreram não somente da evolução do pensamento da sociedade, mas também em razão das transformações que ocorreram em outros segmentos sociais, como a política e até mesmo a ciência.

Assim, pode-se concluir que a compreensão do Direito não pode se limitar a uma visão setorializada da realidade social, avaliando-se isoladamente o que “há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do direito”. O Direito deve, ao contrário, dedicar-se ao estudo dos conflitos que se operam no mundo dos valores e dos fatos, de maneira contemplativa do todo. É a lição de Reale:

É, pois, na essência e na vida mesma do direito positivo que, antes de mais nada, nos cabe penetrar, recolocando-o no meio do mundo social, do qual ele é um elemento integrante, para estudá-lo em função das forças intelectuais e morais da humanidade, que, somente elas, lhe podem dar real valor.(REALE. 1994. p. 07)

7 CONSENTIMENTO DA VITIMA

O crime em estudo tutela a dignidade sexual, e o desenvolvimento sexual do indivíduo menor de 14 anos. O aludido artigo substituiu a antiga redação do art. 224 que se tratava da presunção de violência. Após a edição da Lei nº. 12.015/09, a presunção de violência deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido a tipificação da conduta alterada para contemplar como delito a mera prática do ato, sem necessidade de violência ou grave ameaça, tal como dispõe, agora, o art. 217-A, o qual criou a figura do estupro de vulnerável.

Hoje no Brasil a tendência de se iniciar uma vida sexual ativa precoce é bem maior, mas essa tendência prejudica tanto os aspectos físicos como emocionais das crianças e adolescentes, pois sua personalidade ainda está em formação, e ainda é incapaz de decidir seus conceitos e decisões sobre a vida sexual, principalmente quando está ocorre de forma desregrada. O consentimento da vítima ou sua experiência sexual anterior não afasta a tipicidade do crime.

Como vivemos em mundo globalizado, muito se discutiu em relação à proteção dos menores de 14 anos, por nossa sociedade viver em constante modificação, será que não exigiam a mesma proteção quanto antes? Trata-se de uma questão muito delicada, não devendo ser banalizada, por isso o legislador foi bem claro ao taxar o menor de 14 anos como vulnerável mantendo assim a sua proteção, mas devendo ser relativa diante do caso concreto.

Mesmo após a criação da Nova Redação, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, preleciona sobre a discussão da proteção do menor de 14 anos hoje nesse mundo globalizado :

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se 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 do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. NUCCI. 2014, P. 37)

Com o novo artigo implementado no Código Penal, artigo 217-A, a visão jurisprudencial não considerou de imediato a irrelevância do consentimento, ou seja, 36 mesmo que o legislador tenha tentado por fim a esse debate considerando a idade como uma classificação para a ocorrência de crimes ainda se viu casos em que a presunção foi considerada relativa.

Para Rogério Greco, a lei foi bem clara em relação a idade da vítima, sendo o consentimento irrelevante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois o tipo penal em questão tem a finalidade de proteger esses menores:

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo constranger, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável. (GRECO. 2015, p. 774)

De acordo com a nova Lei 12.015.2009 o estupro de vulnerável está ligado ao real discernimento, sendo assim coloca o menor de 14 anos como vulneráveis absolutos, crianças que ainda não tem a necessária capacidade para decidir validamente seus atos.

Nesse entendimento afirma novamente 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, 2008, p. 829)

Essa Introdução ao Código Penal é reflexo dos tempos de hoje, onde a prostituição infantil, os abusos contra menores e a vida sexual precoce cresce cada dia mais, foi uma forma de tutelar de forma mais rígida a liberdade sexual dos menores de 14 anos que muitas vezes padecem do vício de vontade, sendo essa vontade relativizada de acordo com o caso concreto de cada vítima. Assim entende Guilherme de Souza Nucci:

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 (NUCCI, 2010, p. 395)

Nesse aspecto Nucci ressalta que sob a ótica da liberdade sexual é importante constatar a vulnerabilidade do menor, assim, "deve ser analisada a conscientização do menor para a prática sexual, a idade e o desenvolvimento físico da vítima, tudo isso com base na intervenção mínima e seu princípio correlato o Princípio da ofensividade" (Nucci, 2011)

8 LIBERDADE EM KANT:

Immanuel Kant é sem dúvidas um dos filósofos que mais influencia o direito principalmente nas relações sociais. O filósofo alemão passou sua vida estudando o comportamento humano e suas relações na sociedade. De forma metódica, o pensador que é intitulado o maior filósofo após a idade clássica dos pensadores da Grécia antiga, se comprometeu a entender os questionamentos dos clássicos, Platão, Sócrates e Aristóteles, diz, "pensamentos sem conteúdo são vazios; intuições sem conceitos são cegas"¹² (Kant, 1987; p. 75). Também foi autor de várias teorias e estudos que hoje complementam e instruem o trabalho do direito como ciência e como instrumento da aplicação da justiça. Um dos seus objetos de estudo foi a liberdade que grande influenciadora dos princípios constitucionais e principalmente dos direitos humanos, Terra reforça que:

Kant tem clareza de que esta disciplina será útil para ordenar e julgar o direito positivo, mas que isso só interessa ao filósofo, pois aqueles que estão imersos no

exercício cotidiano do direito não se interessam pelos fundamentos (TERRA, 2003, p. 64).

Kant se preocupou muito, durante sua trajetória acadêmica, a desenvolver posicionamentos referentes ao estudo do direito. Assim a liberdade diante do direito, na visão dele, é a brecha ao qual se faz o indivíduo na busca de seus direitos fundamentais. Para Kant o indivíduo deve agir a partir da máxima, que conduz sua ação. A adoção das máximas por si só é um ato de liberdade. Segundo Bittner revisando as ideias kantianas, agir segundo máximas e agir segundo a vontade, pois “- vontade é precisamente isto: agir segundo máximas”.(BITTNER, 2003, p.7), também é querer agir de acordo com as leis “Agir segundo máximas é um agir segundo a representação de leis porque é um agir segundo leis que, essencialmente, primeiramente foram queridas.” (BITTNER, 2003, p.7).

Desse modo compreender o conceito de liberdade nem por isso foi sempre fácil. Sendo um tema longamente discutido na história do pensamento, novas possibilidades compressões são sempre possíveis. E é justamente isso que tentaremos mostrar com Kant. O filósofo alemão, ao empreender um sistema filosófico que tem a razão como primazia para o conhecimento, inaugura um pensamento em que a liberdade passa a ser destaque; não como uma questão fechada em si mesma, mas como uma questão que se desvela como um ponto central na construção de sua teoria da ação.

Na discussão kantiana sobre a liberdade é possível encontrar uma explicação razoável sobre o tema. Uma vez que, ao conciliar o conceito filosófico com a teoria prática Kant revolucionou o tema da liberdade. Assim o autor apresenta o conceito como:

O conceito de liberdade é um conceito puro da razão que, precisamente por isso, é transcendente para a filosofia teórica [...], mas, no uso prático da razão, prova a sua realidade mediante princípios práticos que, enquanto leis, demonstram uma causalidade da razão pura para determinar o arbítrio independentemente de todas as condições empíricas (o sensível em geral), e que comprovam em nós uma vontade pura, na qual têm a sua origem os conceitos e leis morais (KANT, MC I, 2004, p. 26).

Desta forma, com base no conceito positivo de liberdade, deduzido na sua obra Crítica da razão prática, Kant pode formular outros conceitos que iriam constituir bases para sua doutrina do Direito, diretamente ligados a uma Razão que é prática, a saber, que é direcionada para as ações humanas, tais como obrigação, dever, além de conceitos que contêm os princípios necessários para a verificação do lícito e do ilícito que há nas relações dos entes racionais entre si.

A partir da filosofia kantiana de liberdade interligada ao comportamento e as ações humanas e ao direito, também podemos entender a sua importância na argumentação da defesa do réu no estado democrático de direito. Propiciando seu desenvolvimento diante do tribunal, amparado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa. No que concerne a busca de sua liberdade.

Se, a Parte Primeira deste capítulo, onde busquei expor uma fundamentação para a Liberdade segundo o pensamento de Kant, pode esclarecer os princípios sob os quais se encontram todas as disposições do artigo 5º e seus parágrafos, da Constituição da República Federativa do Brasil, em todas essas deduções do filósofo alemão relativas à doutrina do Direito, pode-se encontrar fundamentação tanto para uma idéia de Direitos Humanos, quanto para o instituto da ação penal dentro do processo penal, como previstos no referido artigo 5º, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, nos termos seguintes (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2005, p. 5).

9 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Mesmo a reforma da lei dos crimes sexuais não ser recente, no mundo jurídico os questionamentos vêm a todo momento. Esses questionamentos em casos concretos possibilitam um entendimento jurisprudencial sobre o tema, que tornam mais modernas e eficazes a aplicação das decisões judiciais. Sendo assim, buscam reforço no entendimento dos tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça já julgou várias interpretações sobre o Art. 217 A do Código Penal:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 12.015 /2009. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. As provas dos

autos são uníssonas no sentido de que o réu/apelante (21 anos), de forma voluntária e consciente, mesmo após ser advertido sobre a idade da vítima, manteve relações sexuais com a menor de 14 anos, incorrendo na conduta descrita no art. 217-A do CP . 2. Na espécie, o consentimento da vítima - tal como revelado nos autos - é irrelevante para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois o tipo penal em questão tem a finalidade de "proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixam aflorar sua libido com crianças e adolescentes ainda em fase de desenvolvimento" (GRECO, Rogério. Código penal : comentado. 5. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 655). 3. Com efeito, a Lei nº 12.015 /2009, ao inserir o art. 217-A no CP , substituiu o regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos (considerada relativa por parcela da doutrina e jurisprudência), então previsto no art. 224 (revogado), pela situação de vulnerabilidade absoluta de tais menores, tornando inválido o eventual consentimento da vítima, por não possuir formação e o necessário discernimento para as práticas sexuais. 4. Recurso desprovido, mantendo-se a sentença condenatória. (TJES, Classe: Apelação Criminal, 47100050450, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS - Relator Substituto : JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 21/03/2012, Data da Publicação no Diário: 02/04/2012).

Ainda em relação ao início da aplicação da Lei 12.015/09, os Tribunais de Justiça continuaram a entender pela absolvição do réu nos casos de consentimento do menor de 14 anos. Uma pesquisa feita com 752 decisões proferidas em todo o território nacional pelos Tribunais de Justiça revela que há a possibilidade de absolvição do réu mesmo após a promulgação da Lei 2.015/2009. É facultado ao magistrado interpretar, sempre com equilíbrio e discernimento, a norma no caso concreto, possibilitando a aplicação da vulnerabilidade relativa. E afirma ainda que “os desembargadores criticam a legislação atual, que impede, segundo eles, o bom senso nos julgamentos”. Como, por exemplo, a decisão da apelação crime nº. 70044569705 da sétima câmara criminal da comarca de Quaraí, Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELAÇÃO DE NAMORO ENTRE VÍTIMA E RÉU. RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. A vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva – devendo ser mensurada em cada caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, à vista de suas particularidades.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

Não se pode considerar crime o ato que não violado o bem jurídico tutelado – no caso, a liberdade sexual. [...] Apesar de buscar a proteção do ente mais desfavorecido, 148 o magistrado não pode ignorar situações nas quais o caso concreto não se insere no tipo penal. (MOURA, 2014)

10 ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO POR EXCLUSÃO DA TIPICIDADE, O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO SOLUÇÃO

Como já exposto nos capítulos anteriores às alterações promovidas pela lei sobre os crimes contra a dignidade sexual, principalmente no que se refere ao artigo 217-A do código penal, se tornou muito inflexível. Tendo o agente mantido conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos, é pouco provável que o juiz absolva o agente por atipicidade da conduta.

Diante disto, a defesa do réu tornou-se quase impossível em caráter de se obter uma possível absolvição, visto que, quando há provas que o réu cometeu a conduta, conjunção ou outro ato libidinoso, prover sua inocência diante dos fatos não seria uma tarefa fácil aos advogados.

A defesa poderá se fazer das brechas encontradas na lei para desenvolver a sua argumentação. Dentre as possíveis alegações em defesa do acusado, figura o erro de tipo (art. 20 do CP) “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.” (CODIGO PENAL, 1940) quanto à idade da vítima, isto é, o “error aetatis”, afastando a

tipicidade da conduta. Toda via essa afirmação somente será possível se o acusado realmente acreditou que a adolescente poderia ter menos de 14 anos.

Ante o exposto, a percepção do acusado quanto à idade da vítima é aferida pelo conceito de homem médio, do contrário todo agente alegaria que desconhecia o fato de a adolescente ser menor de 14 anos. As alegações do agente serão analisadas pelo juiz, que tomará, como parâmetro para verificar a verossimilhança delas, a compleição física da adolescente, o seu comportamento, o vocabulário empregado em sua fala, os seus hábitos etc. Com isso, atacar a tipicidade da conduta é, sem sombra de dúvidas, o iter mais fácil para se obter uma sentença de absolvição, pois é o único argumento que não sofreu alterações pela Lei nº 12.015/09, razão pela qual deve continuar a ser aceito pelos tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Apesar de ser o método mais eficaz, o erro de tipo quanto a conduta, não é o único modo de se obter uma sentença de absolvição. Existe também a alegação do princípio da adequação social, principalmente nos casos que o acusado é nada mais que o namorado da adolescente ou possui qualquer relação ou vínculo com a mesma. Embora também exclua a tipicidade, constitui-se como uma causa supralegal de exclusão.

A adequação social aparece como resposta à teoria puramente causal da ação, para dar lugar a teoria final da ação, como forma de recusa à ausência de sentido do tipo, conforme já foi analisado quando discorreremos sobre conduta, tipo e tipicidade.

Welzel se refere pela primeira vez à teoria da "adequação social" em seu trabalho "Estudos de Direito Penal". "Disso resulta, em geral, que todos os tipos e conceitos nele empregados, como matar, lesionar, ferir e outros, não devem ser entendidos em um sentido causal-exterior. Seu conteúdo resulta muito mais de sua função na totalidade social". (WELZEL, 2003, p. 109).

Welzel concebe a adequação social como princípio de interpretação do tipo. Esta classificação sistemática é baseada em uma concepção de adequação social entendida como "normalidade" social. Com base nessa interpretação, argumenta-se que o que é comum na sociedade pode ser um critério para a interpretação da adequação penal ou social diretamente, sem interesse para a imprecisão. (MELIÁ, 1988, p. 66, tradução nossa).

Segundo Bitencourt (2007), a adequação social, princípio arquitetado por Welzel, informa que não obstante uma conduta se subsuma ao tipo penal, é possível deixar de considerá-la típica quando socialmente adequada, ou seja, quando estiver de acordo com a ordem social.

Comungando do mesmo entendimento, Greco (2010) ressalta o caráter duplo do princípio da adequação social. Primordialmente, tal princípio assevera a limitação da interpretação dos tipos penais e por reflexo, sua exclusão quando considerados socialmente aceitos e adequados. Em segundo plano, direciona-se ao legislador em duas vertentes, onde a primeira indica as condutas que o legislador efetivamente deseja proibir e a segunda indica a possibilidade do legislador repensar e assim retirar os tipos penais que são socialmente aceitos e condizentes com a evolução da sociedade.

Com o século XX, apesar do processo de modernização, há um retrocesso do significado da família, da moralidade tradicional e da autoridade religiosa. Os movimentos feministas e homossexuais ajudaram a questionar as noções tradicionais de gênero de sexualidade. Tais aspectos moldaram as transformações ocorridas na vida sexual dos brasileiros.

A sexualidade, hoje, funciona como estrutura tanto social quanto cultural em si mesma, deixando de ser vista como mero ato físico, de natureza imutável. As pessoas são assediadas por um ambiente sexual que se manifesta nos mecanismos de sustentação da sociedade. O sexo influencia a vida das pessoas, independente de idade, sendo claras em manifestações populares como linguagem, festas típicas, histórias, música, integrando a cultura brasileira, como pode ser visto claramente no Carnaval, nas excreções artísticas e culturais como a música, filmes etc.

A sociedade evolui e, não somente a norma, mas a interpretação deve evoluir na mesma velocidade, para permitir a aplicação do Direito e decisões mais justas e eficazes, o que permite a aplicação dos princípios.

Ao aplicar o princípio da adequação social, será possível ao intérprete averiguar o caso concreto mais a fundo, verificando os aspectos culturais da comunidade em que vive a suposta vítima, e analisar a forma que a sexualidade a influencia, como sabe lidar com tais questões, se o ato praticado de determinada forma é aceito pela comunidade, para se ter a certeza da autodeterminação da vítima. Por esse viés, a teoria da adequação social se revela como um princípio geral de interpretação dos tipos penais, uma vez que exclui deles os comportamentos compreendidos como toleráveis pela própria sociedade.

No campo da ilicitude do ato, há casos onde só os princípios do direito justificam, de maneira satisfatória e cabal, a inaplicabilidade das sanções punitivas. É o que sucede nas hipóteses onde a conduta de determinada pessoa, embora perfeitamente enquadrada nas definições legais da lei penal, não pode, ante a consciência ética e nas regras do bem comum, ser passível de punição. (GRECO, MARQUES. 2011, p.15)

Para isso, basta observar o princípio da adequação social, quando diante de um relacionamento entre uma adolescente de 13 anos, nas vésperas de completar seus 14 anos de idade, que se envolve afetivamente com rapaz de 18, os quais nutrem sentimento de carinho, no âmbito de um relacionamento saudável e plenamente consentido, vislumbra-se não estar afrontando qualquer bem juridicamente tutelado, tampouco a dignidade sexual, que, pelo contrário, está apenas sendo exercida com liberdade. Da mesma forma, tal relacionamento não afeta a sociedade, nem mesmo o desenvolvimento saudável da personalidade do adolescente.

Portanto, é possível entender que o erro de tipo e o princípio da adequação social não são os únicos métodos para a defesa do acusado, mas sem dúvidas são os principais para se obter uma defesa efetiva e uma argumentação sólida, visto que, as provas conspiram contra o acusado sendo inevitável contestar a prática do ato.

Assim, os princípios constitucionais, partindo da premissa do Estado Constitucional sob a tutela penal como última “ratio” do Estado de Direito, identificando-se a dignidade da pessoa humana como balizador da aplicação do jus puniendi do Estado. Considerando o papel estruturante deste princípio (e norma) dentro do sistema jurídico brasileiro, que por sua vez conduz a interpretação das demais normas, verificou-se que estas só terão validade jurídica se estiverem em consonância com os princípios constitucionais decorrentes da dignidade humana. A exemplo disso, foram abordados alguns dos princípios dele decorrente, como o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da culpabilidade, além do princípio da adequação social.

11 CONCLUSÃO

A partir do exposto no decorrer desse artigo possibilitam reconhecer a aplicação da lei penal no que se refere ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do código penal brasileiro, diante das alterações trazidas pela lei 12.015 de 2009. Com finalidade de encontrar subsídios jurídicos para embasar a sentença de absolvição do acusado do referido crime.

Diante disso foi preciso entender o objetivo da implantação da lei 12.015 dos crimes contra a dignidade sexual, o conceito do tipo penal descrito no artigo 217-A, os casos em que se enquadram a vulnerabilidade relativa dentre outros temas que reforçaram a argumentação do tema como o entendimento dos tribunais e dos doutrinadores mais respeitados sobre o tema. Inclusive sob a ótica da teoria da liberdade para Kant.

O problema detectado nessa pesquisa configurou-se na presunção absoluta da vulnerabilidade prevista no artigo 217-A, que, com o intento de proteger a dignidade sexual dos menores de 14 anos, não traz nenhuma possibilidade de relativização do seu conceito. Buscamos entender, então, a demonstração de teorias quanto a vulnerabilidade e as situações em que a mesma pode ser considerada de forma relativa. Não se deve confundir padrões íntimos e pessoais de moralidade com o parâmetro ético-moral médio estabelecido naquele meio social. O princípio da adequação social deve ter especial relevo quando se trata de crimes relacionados à liberdade sexual.

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

12 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

CARVALHO, José Mauricio de. Miguel Reale: ética e filosofia do direito. Porto Alegre: Edipucrs, 2011

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V. VI, Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANT, Emmanuel. Metafísica dos costumes: parte I: princípios metafísicos da doutrina do direito. Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004. 197 p. (Textos Filosóficos).
- LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Direito de Família e Sucessões, v. 5).
- MAIA, Bruno Landim. Princípios Constitucionais do Direito de Família. <http://webartigos.com/artigos/principios-constitucionais-do-direito-de-familia/2506>. 2007)
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015, de Agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243.
- REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. Situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 07.
- REALE, Miguel. A teoria tridimensional do Direito. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.
- RIBEIRO, Fabio José Pereira. A Relação Sexual Consentida com a Adolescente Menor de 14 Anos. Rio de Janeiro, EMRJ. 2009
- TERRA, R. 1987. A distinção entre direito e ética na filosofia kantiana. In: D. ROSENFELD (org.), Filosofia Política 4. Porto Alegre, LPM, p. 49- 65.