

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-341-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependências da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito à identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

A POSSÍVEL MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO CASO DE ESTUPRO BILATERAL

POSSIBILE MITIGAZIONE DEL PRINCIPIO DI PROTEZIONE INTEGRALE COME DIRITTI FONDAMENTALI DEL BAMBINO E ADOLESCENTE IN CASO DI STUPRO BILATERALE

Aline Marques Marino ¹

Karla Aleksandra Falcão Vieira Celestino ²

Resumo

Analisa-se as hipóteses de ocorrência de conjunção carnal e de atos libidinosos diversos praticados entre crianças, entre adolescentes e/ou entre crianças e adolescentes, tendo como referência o princípio da proteção integral aplicado no caso de Estupro Bilateral, regra consagrada nos direitos fundamentais insculpidos no art. 227 da CF e nos arts. 3º e 4º do ECA. Chega-se à conclusão de que o princípio é alvo de mitigação quando se trata de Estupro Bilateral. Utilizam-se os métodos da revisão bibliográfica e da análise documental.

Palavras-chave: Crianças e adolescentes, Direitos fundamentais, Princípio da proteção integral, Estupro bilateral

Abstract/Resumen/Résumé

Analizza le probabilità di occorrenza di un rapporto sessuale e vari atti sessuali praticate tra i bambini, gli adolescenti e / o tra i bambini e gli adolescenti, con riferimento al principio di protezione completa applicata in caso di stupro bilaterale, la regola sanciti i diritti fondamentali scolpiti nell'arte. 227 della Costituzione e delle arti. 3 e 4 della Corte dei conti. Si arriva alla conclusione che il principio è bersaglio di mitigazione quando si tratta di violentarla bilaterale. Utilizzando i metodi di revisione della letteratura e analisi dei documenti.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bambini e adolescenti, Diritti fondamentali, Principio di protezione integrale, Stupro bilaterale

¹ Mestra em Direito pelo UNISAL. Especialista em Direito Administrativo pelo AVM Faculdade Integrada e WDireito. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela FACIC. Professora de Direito na UNIFEI. Advogada.

² Mestranda em Direito pelo UNISAL. Especialista em Direito Processual Civil pela FADIMA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela FDBA. Procuradora do Município de Campo Alegre/AL.

INTRODUÇÃO

A estrutura deste trabalho inicia com a apresentação de generalidades trazidas pela Lei nº 12.015/2009, especificamente no que tange à inclusão do artigo 217-A no Código Penal, referente ao Estupro de Vulnerável.

Após, aborda-se a problemática do chamado “Estupro Bilateral”, consistente na prática de conjunção carnal e/ou de atos libidinosos diversos entre crianças, entre adolescentes ou entre crianças e adolescentes, de modo que ambos os envolvidos cometem em face do outro o ato infracional equivalente ao Estupro de Vulnerável.

Diante da omissão do legislador brasileiro no que se refere à problemática, busca-se a solução na doutrina alienígena norte-americana. Trata-se da Romeo and Juliet Law, cuja abordagem leva à inferi-la como uma possibilidade de solução.

A Constituição Federal de 1988 elevou as crianças e os adolescentes à categoria de sujeitos de direitos, em detrimento do Código de Menores, que simplesmente se restringia ao tratamento dos menores que estavam em situação irregular. Com o Estatuto da Criança e do Adolescente, esses menores passaram a um patamar de seres humanos em desenvolvimento e protegidos integralmente, devendo ter seus direitos protegidos por todos, ou seja, pela família, pela sociedade e pelo Estado.

No presente trabalho, a análise se dá em torno da violência sexual presumida praticada entre crianças e adolescentes, de forma a mitigar o conceito do princípio da proteção integral, analisando outros princípios de idêntica relevância, de modo que pelo sistema de sopesamento de interesses, constante na Obra Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, haja a preponderância de um em relação ao outro, não se aplicando o tudo ou nada, mas avaliando com base no interesse do menor, qual princípio melhor a ser aplicado naquela situação específica.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo foi a pesquisa do tipo teórica, utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica.

1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ESTUPRO BILATERAL: APROXIMAÇÕES

A Lei nº 12.015/2009, ao modificar o Código Penal, alterou o Título VI da Parte Especial, antes denominado “Dos Crimes contra os Costume”, para, então, utilizar “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. De acordo com a opinião majoritária, a mudança está consubstanciada no Estado Democrático de Direito, cujo princípio norteador é a dignidade da

pessoa humana, estampado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, além da expressão anterior ser obsoleta, pois reflete os moralismos vigentes à época da redação do diploma penal (GRECO, 2010; CAPEZ, 2010; ESTEFAM, 2009). Neste sentido, Salvador Netto (2009, p. 08-09) esclarece:

Inegável que a antiga nomenclatura apontava para um aspecto cultural-naturalista, na medida em que o pudor, fruto do gradativo desenvolvimento da moral refletida nos costumes, contrapunha-se ao fervor sexual primitivo, próprio do ser humano atávico e associal, o qual, por isso mesmo, deveria ser contido pela norma. A substituição da alcunha significa – ao que parece – a quebra de um paradigma e, ao mesmo tempo, uma visão mais temporal e laica da questão, privilegiando e protegendo, enfim, a autodeterminação sexual. (SALVADOR NETTO, 2009, p. 08-09)

A *contrario sensu*, há quem se posicione no sentido de que a tutela normativa se dá na alçada da liberdade sexual, e não da dignidade, que é um conceito relativo (FRANCO et all, 2002; DELMANTO et all, 2010).

No que se refere ao tratamento jurídico dado à tutela das crianças e dos adolescentes, a Lei nº 12.015/2009 incluiu no Código Penal o artigo 217-A, que tipifica o Estupro de Vulnerável, assim disposto:

Código Penal

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

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

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

§ 2º (vetado)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Percebe-se o aumento na repressão quanto à penalidade, quando se compara às ocasiões em que, antes da Lei nº 12.015/2009, se aplicava o artigo 213 (Estupro) combinado com o artigo 224, alínea “a”, ou, o artigo 214 (Atentado Violento ao Pudor) combinado com o artigo 224, alínea “a”, todos do Código Penal.¹

¹ Antes da Lei 12.015/2009, havia a diferença entre Estupro (artigo 213) e Atentado Violento ao Pudor (artigo 214). Enquanto aquele se refere à conjunção carnal, este abrange os atos libidinosos diversos desta. Atualmente, as duas condutas passaram a ser descritas no artigo 213, ou seja, quaisquer delas são chamadas apenas de “estupro”, e o artigo 214 foi revogado. Antes da Lei nº 12.015/2009, existia o artigo 224, alínea “a”, que previa a

Tendo em vista esta maior reprimenda e, principalmente, o preceito primário descrito no artigo 217-A, coloca-se a seguinte situação, como problemática: como ficaria o caso de uma pessoa com, no máximo, 14 anos, atuar como sujeito ativo (na modalidade autoria) de um ato infracional que se subsume ao crime de estupro de vulnerável?

Trata-se, pois, da circunstância em que uma criança ou um adolescente pratica “estupro de vulnerável” em face de outra criança ou adolescente, e vice-versa, já que a violência guarda a presunção absoluta em razão da idade (menor de 14 anos). Chama-se “Estupro Bilateral”. Questiona-se: como ficaria a punição? Nas palavras de Salvador Netto (2009, p. 08-09):

Muitas questões devem ser verticalizadas, aprofundadas, mas um exemplo limite serve à reflexão. Dois adolescentes de 13 anos relacionam-se sexualmente. Nessa hipótese, quis o legislador, inconscientemente ou não, consagrar a enigmática figura do estupro bilateral. Afinal, se aplicado literalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 103) e seu microssistema penal, ato infracional cometerão ambos os adolescentes, um contra o outro. A violência é indiferente. A autodeterminação, relativizada nesta idade, nada importa. O moralismo, por via transversa, é aplaudido pelo legislador de 1940. (SALVADOR NETTO, 2009, p. 08-09)

A resposta para este questionamento encontra respaldo na afirmação de Sarlet (2012), no que tange à dignidade humana, já que o tipo penal busca tutelar a dignidade sexual, espécie do gênero (dignidade humana):

Se partirmos da premissa de que a dignidade, sendo qualidade inerente à essência do ser humano, se constitui em bem jurídico absoluto, e, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível, como parece sugerir a expressiva maioria da doutrina e da jurisprudência, certamente acabaremos por ter dificuldades ao nos confrontarmos com o problema referido. Por outro lado, parece-nos irrefutável que, na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupo de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte – como já anunciado alhures – na perda da dignidade. (SARLET, 2012, p. 150-151)

No caso em análise, pode-se partir das seguintes premissas, que merecem um exame específico para se alcançar os resultados, que podem não ser necessariamente idênticos, a partir da “dignidade” referida por Sarlet (2012):

presunção de violência no caso de a vítima não ser maior de 14 anos. Atualmente, este artigo foi revogado e foi incluído o artigo 217-A (Estupro de Vulnerável), que define, em figura própria, a situação.

- 1^a) os sujeitos ativo e passivo são crianças (pessoa até 12 anos incompletos);
- 2^a) os sujeitos ativo e passivo são adolescentes entre 12 e 14 anos;
- 3^a) o sujeito ativo é adolescente (entre 12 e 14 anos) e o sujeito passivo é criança (até 12 anos incompletos);
- 4^a) o sujeito ativo é criança (até 12 anos incompletos) e o sujeito passivo é adolescente (entre 12 e 14 anos).

Observa-se a lacuna deixada pelo legislador ao não regulamentar a hipótese do Estupro Bilateral, causando ambivalências que devem ser sanadas no plano fático, com base nas regras de suprimento, em que o magistrado deverá se basear na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito.

Numa perspectiva legalista, não há como negar que ambos os sujeitos envolvidos cometeram ato infracional, pois os fatos encontram-se subsumidos à norma do artigo 217-A do Código Penal, contudo, se o exame recai em fatores variados, de modo que a análise seja holística, pode-se chegar à conclusão contrária, embora não haja previsão legal no Brasil, relativizando, assim, os princípios contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, como se verifica nos tópicos a seguir.

2. SOLUÇÕES PARA O ESTUPRO BILATERAL A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

As situações em que ocorrem o “Estupro Bilateral” devem ser vistas sob o pano de fundo dos direitos e das garantias fundamentais. Deste modo, ponderam-se os casos citados.

É notório que um país como o Brasil, pela extensão territorial e pela consequente diversidade na cultura, torna-se ainda mais dificultosa a aplicabilidade de uma norma única. Entretanto, a ideia é partir do consenso. *In casu*, do princípio da proteção em prol do menor, estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como da interpretação registrada no Código Penal, nos entendo de que a presunção pela idade é absoluta, por critério biológico, ausentes outros pressupostos, como o nível de maturidade e a experiência de vida. Assim, teremos:

Na hipótese dos sujeitos ativo e passivo ser duas crianças, tecnicamente, as duas teriam que cumprir as medidas protetivas. Há que se averiguar a idade de cada uma delas, já que se considera criança até os 12 anos incompletos e, dentro deste limite, poderiam existir

várias combinações, em que, por exemplo, uma dessas crianças teria 10 meses e, a outra, 10 anos. Ou, ainda, ambas estivessem com a mesma idade.

Semelhantemente, porém com menos rigor por causa da idade, ocorre na situação em que ambos os sujeitos são adolescentes com menos de 14 anos. Nessa hipótese, o fato a que se chega é mais absurdo, pois os dois teriam que cumprir medida socioeducativa, quanto, na vivência cotidiana, é natural presenciar dois adolescentes namorando e praticando sexo. Registre-se, ainda, que teríamos duas pessoas com idades próximas, entre 12 e 14 anos.

Com efeito, João Batista Costa Saraiva (2009), em artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), remete o leitor ao precedente jurisprudencial da Corte de Geórgia que, em meio à criminalização do sexo consentido entre menores de 18 anos, os magistrados entenderam pela aplicação da “Romeo and Juliet Law”, no intuito de abrandar o rigor da lei penal, afastando a aplicação desta nos casos em que a diferença de idade entre os envolvidos não ultrapasse 5 anos e o ato seja consentido. De acordo com Daniela Becerra Rodríguez e Daniela Cabrillana Godoy (2013, p. 38):

Estas leis variam segundo o Estado, porém, em geral, podem importar a redução da severidade da ofensa – de delito grave a delito menos grave -, a redução da pena a uma multa, liberdade condicional e/ou prestação de serviços à comunidade, a eliminação do requisito de que o condenado deva registrar-se como um delinqüente sexual ou a redução da duração do dito registro, ou permitir que um condenado possa solicitar a eliminação de antecedentes criminais logo após cumprir a sentença. Pode também proporcionar uma defesa afirmativa e contrária à acusação de violação de menores, baseada na pequena diferença de idade existente entre os participantes ou em provas de uma relação pré-existente entre o acusado e a vítima.² (RODRÍGUEZ; GODOY, 2013, p. 38)

O caso mencionado por Saraiva (2009) ficou famoso ao gerar o precedente e, assim, modificar o tratamento deste assunto no Estado da Geórgia. A divulgação foi realizada pelo Jornal *The New York Times*, em 19 de dezembro de 2006³. Trata-se de um fato ocorrido no final do ano de 2003, em que o senhor Genarlow Wilson, um jogador negro, à época com 17 anos de idade, na véspera do Ano Novo, se reuniu com vários amigos e alugou um quarto de hotel para promover uma festa em que eles planejavam ter bebida, maconha e sexo.

² No original: “Estas leyes varían según el estado de que se trate, pero, en términos generales, pueden importar la reducción de la severidad de la ofensa -de delito grave a delito menor-, la reducción de la pena a una multa, libertad condicional, y / o servicios a la comunidad, la eliminación del requisito de que el condenado deba registrarse como un delincuente sexual o la reducción de la duración de dicho registro, o permitir que un condenado pueda solicitar la eliminación de antecedentes penales luego de cumplir la sentencia. Asimismo, puede proporcionar una affirmative defense en contra de la acusación de violación de menores, basada en la pequeña diferencia de edad existente entre los participantes o en pruebas de una relación preexistente entre el acusado y la víctima. (RODRÍGUEZ; GODOY, 2013, p. 38)

³ Para maiores informações, é válido conferir:

<http://www.nytimes.com/2006/12/19/us/19georgia.html?_r=4&ex=157680000&en=d32f07af9af7>

Um dos amigos, brincando com uma câmera de vídeo, capturou imagens e relatos. Uma adolescente de 17 anos afirmou que Wilson a estuprou e a gravação mostrava a garota gravemente intoxicada. Outra adolescente, esta um pouco mais nova, com 15 anos, disse que não bebeu, não fumou e que praticou sexo oral com Wilson.

O fato foi levado a julgamento por acusações de estupro e de abuso contra crianças (pedofilia). Após assistir ao vídeo, os jurados decidiram que Wilson não havia estuprado a jovem de 17 anos, entretanto, quanto à de 15 anos, ele foi considerado culpado de molestá-la. A pena para este fato é deveras rigorosa, ele foi condenado a 10 anos de prisão, sem direito à liberdade condicional.

O caso dividiu as opiniões entre aqueles mais conservadores, que defendem a aplicação irrestrita da lei, sem apelar para outras interpretações com fundamento na concretude, e aqueles que anotam a necessidade de se verificar o ocorrido em particular, a fim de se fazer a interpretação teleológica.

Movidos pela condenação de Wilson, o Poder Legislativo modificou a legislação, para garantir que a maioria dos casos de sexo entre adolescentes não fossem considerados delitos. Todavia, conforme a Suprema Corte do Estado, os legisladores não optaram pela aplicação retroativa, por vedação na Constituição Estadual., razão pela qual a reforma da sentença foi negada.

No entanto, em outubro de 2007, Wilson foi posto em liberdade quando a Corte Suprema acatou um Habeas Corpus que, em sua defesa, explanou sobre a inconstitucionalidade da punição.

Situação semelhante é prevista em lei no Estado do Texas. É a chamada “affirmative defense” (defesa afirmativa), que pode ser invocada quando o autor e o ofendido são casados ou quando a diferença de idade entre o sujeito ativo do ato e da vítima não for superior a 3 anos.⁴

Embora os dois precedentes citados não sejam no Brasil, certamente são úteis para se ponderar num eventual caso concreto ocorrido no país, eis que a legislação brasileira é omissa.

⁴ No original “(…)(e) It is an affirmative defense to prosecution under Subsection (a)(2): (1) that the actor was the spouse of the child at the time of the offense; or (2) that: (A) the actor was not more than three years older than the victim and at the time of the offense: (…)” (maiores informações podem ser obtidas no site: <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.22.htm#22.011>>)

3. A BASE PRINCIPOLÓGICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ESTUPRO BILATERAL

A criança e o adolescente possuem os mesmos direitos fundamentais de qualquer pessoa humana, descritos no artigo 5º da Constituição Federal e consignados no ECA, tais como o direito à vida e à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao lazer e ao esporte, à profissionalização e à proteção ao trabalho.

Wilson Donizeti Liberati (2010, p. 18) leciona que:

A garantia e a proteção desses direitos deverão ser exercidos, assegurando aos seus beneficiários, quer pela lei ou por qualquer outro meio, todas as facilidades para o desenvolvimento físico, moral, mental, espiritual e social, com dignidade e liberdade. (LIBERATI, 2010, p. 18)

Não se pode esquecer, todavia, que a pedra angular dos direitos infanto-juvenis tem sua fonte na Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 20.11.1959, contemplando em seus 10 princípios a base jurídico-social da dignidade daquele ser menos protegido.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente são os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, sendo que esses direitos são garantidos na Constituição Federal no seu artigo 5º e consignados no Estatuto.

O artigo 3º do ECA dispõe que:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Esta lei tem o conteúdo e a forma de uma constituição, valendo principalmente para as disposições preliminares que abrem o caminho para o elenco dos direitos específicos e para a predisposição dos instrumentos legislativos necessários para sua atuação concreta.

Os princípios afirmados no artigo 3º do ECA são três, sendo o primeiro que as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; o segundo, que eles têm direito à proteção integral que é a eles atribuída pelo Estatuto; e o terceiro, que a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários

para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

O artigo 4º do ECA regulamenta que:

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

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

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

Observa-se que esse dispositivo praticamente transcreve o artigo 227 da CF, determinando que, primeiro, a família e, supletivamente, o Estado e a sociedade têm o dever de assegurar, por todos os meios, de todas as formas e com absoluta prioridade, todos os direitos inerentes à constituição de um homem civilizado. Wilson Donizeti Liberati (2010, p. 19) diz que:

Por absoluta prioridade entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 2010, p. 19)

Os direitos fundamentais são prerrogativas que o indivíduo tem em face do Estado, sendo que o Estado possui limites para sua atuação, não podendo invadir a defesa jurídica do cidadão.

O artigo 5º da Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida. Já o artigo 227, por sua vez, preceitua que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida.

O ECA no seu artigo 7º, dispõe que:

Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Diante desse artigo, que se refere a políticas que permitam o nascimento, podemos considerar que isso significa uma garantia ao direito de nascer. O ECA, em defesa dos direitos à vida e à saúde, preceitua medidas de caráter preventivo, além de políticas sociais públicas que permitam o nascimento sadio.

3.1 A teoria dos direitos fundamentais e a dignidade da criança e do adolescente

Sobre os direitos fundamentais, inúmeras são as teorias formuladas no sentido de justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos, inclusive, dentre as perspectivas que ultrapassam a dimensão jurídica, são possíveis pesquisas políticas, filosóficas, históricas, teóricas e sociológicas, dentre outras. A diversidade, portanto, do enfoque decorre da relevância e complexidade do tema, Por vezes, essas teorias são combinadas, ampliando-se o horizonte investigativo teórico.

Alexy (2011, p. 39), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, afirma que a concepção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais tem como objetivo a integração de forma mais ampla possível, dos enunciados gerais, passíveis de ser formulados de modo otimizado, já que, "toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal". E ensina:

Toda teoria sobre direitos fundamentais que contribua para a realização desse ideal tem, devido a essa contribuição, o seu valor. Considerá-la sem valor por não realizar totalmente o ideal significaria desconhecer o caráter regulativo do programa integrativo. Para realizar de forma mais ampla possível a teoria dos direitos fundamentais (no sentido de uma teoria ideal), é necessário reunir várias teorias verdadeiras ou correlatas sobre direitos fundamentais. Mas é claro que essas teorias devem ser avaliadas na medida de sua contribuição à teoria ideal. (ALEXY, 2011, p. 39-40)

Como já exposto, a criança e o adolescente guardam a peculiaridade de seres humanos em formação e, por isso, merecem tratamento diferenciado no que se refere à proteção, com o propósito de se praticar a isonomia. Cabe, aqui, averiguar como tais princípios podem ser aplicados para o caso do Estupro Bilateral.

No que concerne às características dos direitos fundamentais na concepção liberal, Böckenförde destaca dois aspectos relevantes, ou seja, a liberdade seria conferida aos indivíduos em si mesma, não se vinculando a quaisquer fins, como a liberdade positiva, de participação nos destinos da comunidade política. Ademais, nessa perspectiva, cumpriria aos titulares dos direitos de liberdade, e não ao Estado, a busca pela conversão da liberdade

abstrata em liberdade real. E no tocante à hermenêutica constitucional, as teorias liberais fornecem uma teoria da interpretação dos direitos fundamentais, os quais os direitos de liberdade devem ter preferência em relação aos demais direitos constitucionais, assim como diante de princípios referentes a bens coletivos.

A teoria institucional, no entanto ressalta a importância de complexos normativos que promovam a adequação dos direitos fundamentais à realidade social, ou seja, é a renovação, revalorização do papel do legislativo, dando aos direitos fundamentais proteção, segurança e orientação, e no caso em comento, o papel do Estado não é a aplicação pura da lei, mas a efetivação dos princípios norteadores da constituição democrática, que assegure a proteção integral da criança e do adolescente.

Como adverte Bonavides (2011, p. 640), seria o de subtrair “com os argumentos do discurso institucional, os direitos fundamentais à ação limitativa do legislador”. É o que ocorreria no caso de uma regulamentação indevida da liberdade de imprensa, com o pretexto de preservar a instituição da imprensa, cujo papel na sociedade depende de uma rede complexa de valores político e morais.

Diante do exposto, o que se está a limitar aqui já não é mais a atuação do Estado, como pretende a teoria liberal, mas sim o conteúdo correspondente a cada direito, abrangendo as dimensões individuais e institucional. E segundo Alexy (2011, p. 505): "é possível afirmar que conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais consiste numa teoria dos princípios e dos valores. (...) Em vez de ‘ideias de direitos fundamentais’ e ‘imagens guias’, a serem realizados pelo legislador, é possível falar também em princípios e valores.

A teoria axiológica situa os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, colocando-se em posição adversa ao positivismo, institui um conceito novo de direitos fundamentais e de constituição, associados a uma coletividade nacional, atrelados a valores cuja síntese compõe a expressão integrativa do ordenamento jurídico-espiritual.

No caso em análise, não seria razoável punir como um ato infracional, equivalente ao Estupro de Vulnerável, adolescentes de 12 e de 14 anos que mantiveram conjunção carnal, seria desproporcional e não se alcançaria a efetividade da norma constitucional que é a proteção do menor e a preservação de sua dignidade humana, pelo contrário, representaria uma afronta a ordem constitucional pátria, além de violação a dignidade humana.

As teorias jus valorativas possuem a virtude de chamar a atenção para a relação estreita que os direitos fundamentais possuem com os valores políticos e morais da comunidade política, na qual estão inseridos seus titulares. E destaca Bonavides (2011, p.

641) que na década de 60, houve fecundidade do debate acerca da hermenêutica de valores, e segue: "Criou-se durante este período, por via metódica, uma ciência jurisprudencial dos direitos fundamentais, cuja importância fica patente com a obra de Alexy e Muller, que aprofundaram a crítica aos arestos constitucionais do tribunal alemão (...)". E ensina o autor:

Averiguar a existência de valores no ordenamento constitucional ou proclamar a Constituição um sistema e ordem de valores não constituem problema; o problema é estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplicá-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los em fim, exequíveis em toda a sua plenitude, resolvendo ao mesmo tempo as dificuldades teóricas contidas no binômio jurídico: valor e norma. Tratando-se de interpretar direitos fundamentais, cabe, por derradeiro, a indagação decisiva: é o direito fundamental valor ou norma? (BONAVIDES, 2011, p.642)

Vislumbra-se a necessidade de uma nova compreensão hermenêutica dos direitos fundamentais, que considere a efetiva importância destes direitos, eis que o afastamento por completo desse pensamento de valores comprometeria a efetividade das normas constitucionais, revelando-se em uma incontestável inefetividade constitucional, além de um salvo-conduto às omissões do constitucionalismo liberal. E vale destacar a asserção de Bonavides (2011, p. 642):

Todas estas objeções à primeira vista inferiorizam a teoria dos valores, mas podem ser removidas mediante o emprego de técnicas legitimadoras de racionalidade política, de fundo democrático, capazes de embargar a ditadura constitucional dos tribunais, isto é o temido governo de juízes. (BONAVIDES, 2011, p. 642)

Parte-se, pois, da teoria normativa de Bobbio (2001), que defende como condicionante a independência dos três critérios de valoração – justiça, validade e eficácia – que, se não estiverem presentes, tem-se, respectivamente, os problemas deontológico, ontológico e fenomenológico.

Ao se falar em justiça, pressupõe que o arcabouço valorativo esteja presente, devendo a aplicabilidade da norma segui-lo, isto é, "(...) equivale a perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado" (BOBBIO, 2001, p. 46).

Já quando se trata da validade, o que precisa observar é a existência da norma no ordenamento jurídico, sendo que, para que isso ocorra, é preciso que a norma tenha sido emanada de autoridade competente, não esteja ab-rogada e não seja incompatível com outra já existente (ab-rogação implícita) (BOBBIO, 2001, p. 47).

Quanto à eficácia, avalia-se o destinatário da norma, de forma que este a cumpra e, em caso negativo, seja compelido por meios coercitivos. Tem caráter essencialmente histórico-sociológico, diferente da investigação filosófica que é feita com relação à justiça, e diferente, também, da investigação jurídica que é realizada em torno da validade (BOBBIO, 2001, p. 47-48).

Especificamente no que se refere ao assunto em análise, prática de ato infracional correspondente ao estupro de vulnerável perpetrada por criança ou adolescente, tem-se que quanto à justiça, verifica-se que o exame do Estupro Bilateral deve-se ater ao contexto histórico vivenciado. Assim, a interpretação da norma penal incriminadora na década de 1940, ano em que foi publicado o Código Penal, difere da atual. Enquanto nos tempos mais remotos havia um moralismo exacerbado, inclusive com a previsão de infrações como a sedução, que não mais existe, atualmente, tornou-se comum o início do namoro e, conseqüentemente, da prática sexual, na adolescência. Logo, punir os adolescentes envolvidos com medida socioeducativa em razão de prática de ato infracional equivalente o estupro de vulnerável praticado por um em face do outro e vice-versa, revela-se incoerente e surge, desta forma, o problema deontológico.

Em relação à eficácia, se colocarmos a noção do Direito norte-americano (Romeo and Juliet Law) apregoada pelo Estupro Bilateral, a norma não parece surtir a eficácia quando a relação sexual ocorrer entre dois adolescentes com idades próximas.

Deste modo, pelos costumes entre os adolescentes do Brasil, não dá para sustentar que os rigores recairiam sobre eles, tornando ineficaz a norma. Essa ineficácia só poderia ser questionada quanto ao consentimento de ambos, avaliando-se o caso concreto, se são adolescentes com a saúde plena, sem que se comprometa a manifestação da vontade, se à época dos fatos eles não estavam sob o efeito de álcool e de drogas, entre outras situações, sob pena de se estar diante de um problema fenomenológico.

3.2 O Princípio da proteção integral

O ECA é aplicado a todas as crianças e adolescentes independente da sua situação. O princípio da proteção integral foi delineado na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adota pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, sendo o texto adotado pelo Brasil em sua totalidade pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de

1990, após ser ratificado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990. A doutrina predominante do ECA é a da proteção integral.

O Desembargador Lair Loureiro do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 19.668-0, afirmou que: “A Lei 8.069/90 revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa nova visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral.”

Este avanço no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente não resulta de uma conquista do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. Resulta do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.

Dispõe o artigo 1º do ECA: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. A proteção é integral porque a Constituição Federal em seu artigo 227 determina e assegura os direitos fundamentais de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de qualquer tipo, e se contrapõe à teoria do “Direito tutelar do menor”, que era adotada pelo Código de Menores revogado, que considerava as crianças e adolescentes como objetos de medidas judiciais, quando evidenciada a situação irregular que era disciplinada no artigo 2º da antiga lei.

O artigo 2º do ECA dispõe que, até doze anos de idade incompletos, o indivíduo é criança e, a partir dos doze anos até os dezoito anos, é adolescente. Essa distinção é muito importante com relação à aplicação das medidas socioeducativas que podem implicar na privação de liberdade, e, também, nos casos em que se exige a autorização para viagens.

As medidas socioeducativas aplicam-se apenas aos adolescentes, enquanto, as crianças mesmo que cometam atos infracionais graves, só serão aplicadas as medidas de proteção elencadas no artigo 110 do ECA, procurando-se amenizar as situações da criança e evitar que ela seja afastada da família, tendo em vista a proteção integral.

Em suma, podemos definir a proteção integral como sendo o fornecimento à criança e ao adolescente, de toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento de sua personalidade.

4. A CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE COMETE ATO INFRACIONAL

A legislação brasileira adotou o critério biológico de aferição da inimputabilidade do menor de 18 anos, presumindo, de forma absoluta, a imaturidade penal do mesmo, submetendo-o à regulamentação específica, fora do Código Penal.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2000, p.125) com base na Exposição de Motivos do Código Penal, reafirma que o legislador, no tocante à menoridade penal, adotou o sistema biológico por medida de política criminal.

Segundo João Batista da Costa Saraiva (2005, p. 98), a estrutura do ECA pode ser compreendida em três grandes sistemas de garantia, harmônicos entre si:

- a) o Sistema Primário, que dá conta das Políticas Públicas de Atendimento a crianças e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 85/87); de caráter universal, visando a toda a população infanto-juvenil brasileira, sem quaisquer distinções.
- b) o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de atos infracionais (embora também aplicável a estes, no caso de crianças, com exclusividade, e de adolescentes, supletivamente – art. 112, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente), de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101). As medidas protetivas visam a alcançar crianças e adolescentes enquanto vitimizados;
- c) o Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Portanto, pode-se depreender que esse sistema foi estruturado no intuito de ocorrer a gradual aplicação de cada um deles, ou seja, todos os atos praticados por criança e adolescente vão ser inseridos em pelo menos um deles. Dessa forma, o artigo 103 do ECA descreve que o ato praticado pelo adolescente tipificado como crime ou contravenção penal é considerado ato infracional.

Maior razão ainda se encontra na hipótese do Estupro Bilateral, em que o dever de educação por parte do Estado deveria se voltar para a orientação sexual, com o planejamento familiar, ou seja, o tratamento jurídico a ser dado se baseia com maior intensidade na orientação, que se modifica quando se tratar de ato sexual praticado entre crianças, entre adolescentes ou entre criança e adolescente, avaliando a necessidade de aplicação de medidas protetivas e socioeducativas. A respeito, João Batista Costa Saraiva (2005, p. 168):

As medidas privativas de liberdade (semiliberdade e internamento) são somente aplicáveis diante de circunstâncias efetivamente graves, seja para segurança social, seja para segurança do próprio adolescente infrator, observando-se com rigor o estabelecido nos incisos I a III do artigo 122, reservando-se especialmente para os casos de ato infracional praticado com violência ou grave ameaça ou reiteração de

atos infracionais graves. A deliberação pelo internamento fora das hipóteses do artigo 122 do ECA viola literalmente a lei. (SARAIVA, 2005, p. 168)

Nos termos do artigo 122 do ECA, a privação de liberdade somente é admitida pelo Estatuto em caso de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento outras medidas anteriormente impostas, cabe verificar alguns detalhes.

5. A EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO – ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A medida de internação somente deve ser aplicada em último caso. Trata-se do princípio da excepcionalidade, proclamado na lei e na Constituição Federal. Deve ser evitada a qualquer custo, visto mostrar-se excessivamente danosa ao adolescente como pessoa em desenvolvimento e pouco eficaz enquanto estratégia pedagógica. Ao revés dos juízos locais, que não raras vezes costumam olvidar o caráter de exceção da medida, banalizando seu manejo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no corpo das mais diversificadas decisões proferidas, sempre buscou reafirmar este caráter de *ultima ratio* do regime socioeducativo extremo, conforme as decisões abaixo descritas:

- STJ anula sentença que impôs medida de internação a adolescente acusado da prática de lesão corporal de natureza leve e dano qualificado, reafirmando que apenas a gravidade genérica da conduta não é suficiente para justificar a privação de liberdade do adolescente, dados os princípios que norteiam a matéria:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E DANO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PELO PRAZO DE 8 MESES FUNDAMENTADA NA GRAVIDADE GENÉRICA DO ATO INFRACIONAL. PRINCÍPIO DA EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 227, § 3º, V, DA CF E 122, § 2º, DO ECA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tratando-se de menor inimputável, não existe pretensão punitiva estatal propriamente, mas apenas pretensão educativa, que, na verdade, é dever não só do Estado, mas da família, da comunidade e da sociedade em geral, conforme disposto expressamente na legislação de regência (Lei 8.069/90, art. 4º) e na Constituição Federal (art. 227).

2. De fato, é nesse contexto que se deve enxergar o efeito primordial das medidas socioeducativas, mesmo que apresentem, eventualmente, características expiatórias (efeito secundário), pois o indiscutível e indispensável caráter pedagógico é que justifica a aplicação das aludidas medidas, da forma como previstas na legislação especial (Lei 8.069/90, arts. 112 a 125), que se destinam essencialmente à formação e reeducação do adolescente infrator, também considerado como pessoa em desenvolvimento (Lei 8.069/90, art. 6º), sujeito à proteção integral (Lei 8.069/90, art. 1º), por critério simplesmente etário (Lei 8.069/90, art. 2º, caput).

3. Conquanto seja firme o magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa é passível de aplicação da medida socioeducativa de internação (art. 122, inc. I, da Lei 8.069/90), tal orientação não afasta a necessidade de que sejam observados os princípios adotados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na aferição da medida mais adequada à recuperação, formação e reeducação do adolescente infrator.
4. Evidencia-se a existência de constrangimento ilegal na decisão que determinou a aplicação de medida socioeducativa de internação ao paciente baseada na gravidade abstrata do ato, sem apontar relevante motivo concreto que justificasse a imposição de medida mais gravosa.
5. Ordem concedida para anular a sentença e o acórdão recorrido, apenas no que se refere à medida socioeducativa imposta, a fim de que outra seja aplicada ao paciente, que deverá aguardar a nova decisão em liberdade assistida. (STJ. 5ª T. HC nº 110195/ES. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. em 14/04/2009. DJ 18/05/2009).

É interessante notar no julgado acima transcritos que o motivo explicitado para a estrita observância das garantias processuais do adolescente autor de ato infracional parece repousar, no entendimento do STJ, justamente no caráter educativo da medida, revelado através de uma decisão justa. Há uma imensa série de acórdãos fundamentados na ideia de que, se se quer educar, deve-se fazer antes de mais nada, justiça.

O Supremo Tribunal Federal (STF) criou as bases deste entendimento no primoroso acórdão do HC 75.629-8-SP, do Ministro Marco Aurélio de Melo:

O sentimento de justiça é inerente à condição humana e uma das características que mais distinguem o homem das outras espécies. Precioso demais à convivência social, há de ser reforçado como fator de aperfeiçoamento da humanidade, sob pena de grassar a desordem, o caos. (...). Pois bem, estamos diante de um caso em que se cuida de preservar, num jovem a boa expectativa no poder da Justiça, na certeza de que os passos na direção do bem conduzirão sempre à uma vida digna. Se decidirmos de forma contrária, como convencê-lo de que vale a penas esforçar-se, reprimir seus impulsos mais egoístas da sobrevivência, não ceder diante dos irresistíveis chamados do consumismo moderno, conformar-se e dar sua própria contribuição em favor da diminuição das desigualdades inerentes ao sistema capitalista?

Vê-se, assim, que, mesmo decorridos mais de 25 (vinte e cinco) anos de vigência do ECA, os Tribunais, principalmente os Tribunais Estaduais, ainda, de forma pendular, ora protegem ora vulneram as garantias do adolescente infrator, mas, o Superior Tribunal de Justiça, não plenamente imune a graves equívocos, tem cumprido a sua missão de destacado guardião das liberdades.

No mais, retomando o que foi colocado até aqui, é possível perceber que a sanção a ser aplicada no caso do Estupro Bilateral, se seguir a legalidade, seria alguma medida protetiva para as crianças, a critério do juiz, bem como a investigação em torno de possível abuso sexual, já que este tipo de conduta não é afeto ao universo infantil, e a medida

socioeducativa de internação para os adolescentes, pois o Estupro de Vulnerável envolve grave ameaça ou violência à pessoa.

Todavia, há que se ponderar diante do caso concreto, ou seja, no caso de dois adolescentes, por exemplo, com 12 e 14 anos, que se relacionam sexualmente. Neste caso, dentro de uma situação de normalidade, em que ambos exercem suas vontades, dando consentimentos livres de vícios, a aplicação da internação seria desproporcional, quando se observa a atual conjuntura de desenvolvimento da juventude. Assim, o máximo que poderia ser aplicado, com a devida coerência que a situação requer, seria uma medida protetiva, com a observância das peculiaridades de cada caso, restringindo, assim, a ideia tradicional do princípio da proteção integral consoante a dignidade humana de todos os menores envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da breve análise dos princípios incorporados pela Doutrina da Proteção Integral, bem como do rol de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, conclui-se que os direitos fundamentais refletem a proteção integral preconizada, representando um avanço, porém, o desafio que atinge a todos, sociedade, famílias e Estado, é o de colocá-los em prática no atual momento histórico da infância e da adolescência no Brasil, e não somente representar uma conquista formal.

Neste sentido, tem-se a situação em que os menores podem praticar em face de outro menor, e vice-versa, o ato infracional correspondente ao Estupro de Vulnerável, descrito no artigo 217-A do Código Penal. Trata-se do que se denomina de “Estupro Bilateral”, situação omitida pelo legislador pátrio.

Dessa forma, buscou-se respaldo no Direito norte-americano para tentar solucionar com a possibilidade de se aplicar entendimento semelhante à Romeo and Juliet Law, isto é, por interpretação holística da realidade e do ordenamento jurídico, sobretudo ao se considerar a atual conjuntura do que se vê entre adolescentes, bem como as razões de política criminal, de menor intervenção estatal e de aplicação da medida socioeducativa de internação como *ultima ratio*, entende-se pela inaplicabilidade de sanção privativa da liberdade no caso de os envolvidos serem adolescentes com até 5 anos de diferença na idade, desde que os fatos ocorram dentro da normalidade, com o consenso de ambos, sem que a manifestação da vontade possa estar eivada de vícios.

É necessário um comprometimento efetivo com a criança e adolescente, para que seja fortalecida a nova ordem recomendada pela Doutrina da Proteção Integral, embora esta acabe na mitigação do caso concreto analisado, com vistas à promoção da sua dignidade humana e ao pleno exercício da cidadania.

Desse modo, diante dos direitos da criança e do adolescente, é necessário que se adotem medidas eficazes e que se atualizem constantemente os dispositivos presentes para promover maior eficácia na garantia da proteção integral. Logo, para se alcançar a justiça, a validade e a eficácia, o mais coerente seria a previsão legal do Estupro Bilateral, para que não haja dúvidas e, assim, se alcance maior segurança jurídica e se adéqüe o mais próximo possível da realidade no presente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITENCOURT, Cézar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e de Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, 4. ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Julgados. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Volume 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; GARCÍA MENDEZ, Emílio (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DELMANTO, Celso *et all.* **Código Penal Comentado**: acompanhamento de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEWAN, Shaila. Georgia Man Fights Conviction as Molester. **The New York Times**, 19 dez. 2006. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2006/12/19/us/19georgia.html?_r=5&ex=157680000&en=d32f07af9af7&>. Acesso em: 08 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 9. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

ELIAS, Roberto João. **Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: dos crimes contra a dignidade sexual. Módulo XIX. Disponível em: <www.damasio.com.br/apostilado>. Acesso em: 08 nov. 2015.

FRANCO, Alberto Silva *et all.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Volume III. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Walter. **Programa de direito do menor**. São Paulo: Cultural Paulista, 1984.

RODRÍGUEZ, Daniela Becerra; GODOY, Daniela Cabrillana. **Análisis del artículo 4º de la Ley nº 20.084. Implicancias, críticas y alcance interpretativo**. Memoria para postular al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas Sociales. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal. Santiago, mar. 2013. Disponível em: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/114364/de-becerra_d.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 nov. 2015.

SALVADOR NETO, Altamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. **Boletim IBCCrim**, n. 202, p. 8-9, set. 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. **Boletim IBCCrim**, n. 205, p. 12-13, dez. 2009

_____. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

TEXAS. Penal Code. Disponível em
<<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.22.htm#22.011>>. Acesso em: 08 nov. 2015.