

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

ADRIANA SILVA MAILLART

DANIELA MENENGOTI RIBEIRO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

EUGÉNIO PEREIRA LUCAS

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito internacional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Daniela Menengoti Ribeiro; Eugênio Pereira Lucas; William Paiva Marques Júnior – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-990-2

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Internacional. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

É com imensa satisfação que apresentamos a presente obra coletiva, composta por artigos apresentados no Grupo de Trabalho intitulado “Direito Internacional I”, durante o VII Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, tendo como tema central “A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade”.

Nesta obra, poderão ser encontrados os dezenove artigos apresentados no último dia do evento e selecionados após rigorosa análise pelo sistema "double blind review" por professores doutores previamente cadastrados pelo Conpedi. Mais uma vez se constata o acerto da manutenção da modalidade virtual do Encontro, aproximando fronteiras e permitindo a rica troca de experiências de excelentes pesquisas dos mais diversos e complexos temas atuais e relevantes na contemporaneidade, tais como: a atração dos investimentos estrangeiros e segurança jurídica no Brasil; a cooperação jurisdicional e as tecnologias de informação e comunicação no Comitê Jurídico Interamericano; o Protocolo Blockchain e as cláusulas socioambientais; a pertinência da existência concomitante da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; a imprescritibilidade dos crimes lesa-humanidade e o ordenamento constitucional brasileiro; a responsabilidade do chefe de Estado perante o Tribunal Penal Internacional; a jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos e os crimes sexuais contra criança e adolescente; o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o processo constituinte do Chile; cooperação jurídica em matéria de insolvência transnacional no âmbito do Mercosul; os desafios da Justiça na era digital; litigância climática e Direitos Humanos; cooperação para o desenvolvimento com base nos Direitos Humanos; Floresta amazônica e soberania nacional; o (des)respeito do Brasil aos tratados internacionais em matéria ambiental; mudança climática e o Estado digital de Tuvalu; compliance e OCDE, OEA e Pacto Global da ONU e conflitos bélicos e os desafios na busca da paz social global.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas das complexas realidades sociais, econômicas e políticas, sob a óptica do Direito Internacional. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito no contexto contemporâneo pós-pandêmico, por meio de utilização dos mecanismos diplomáticos como força motriz na solução dos problemas mundiais.

Por fim, gostaríamos de agradecer e parabenizar a todos os autores pela excelência dos artigos apresentados neste Encontro e desejamos que você leitor, assim como nós, tenha a oportunidade de aprender e refletir a partir das abordagens expostas nos interessantes artigos que integram esta obra.

Boa leitura!

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart- UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina)

Profa. Dra. Daniela Menengoti Ribeiro - UniCesumar (Universidade Cesumar)

Prof. Dr. Eugénio Pereira Lucas- Instituto Politécnico de Leiria (Portugal)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

**JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS
PERANTE O BRASIL: CASO ANGULO LOSADA VS. BOLÍVIA E OS CRIMES
SEXUAIS CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

**JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
BEFORE BRAZIL: ANGULO LOSADA VS. BOLIVIA CASE AND SEXUAL
CRIMES AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS**

Alice jantsch fernandes ¹

Resumo

O artigo analisa o Caso Brisa Losada, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, envolvendo o estupro de uma jovem na Bolívia pelo seu primo. Inicialmente, é apresentado o sistema internacional de direitos humanos, com ênfase na Corte Interamericana e efeitos de suas decisões. Em seguida, detalha-se o caso Angulo Losada Vs. Bolívia, expondo a violência sofrida pela vítima e a ineficácia da resposta pelo sistema legal boliviano, que culminou em sua submissão ao sistema interamericano. Em seguida, é feita uma comparação com a legislação brasileira sobre crimes sexuais, com ênfase nos avanços e lacunas, especialmente no que diz respeito à proteção de crianças e adolescentes. A análise conclui a importância de garantir um processo penal eficiente, com o devido cuidado para evitar a revitimização, bem como a necessidade de incluir o consentimento como critério central nos crimes sexuais. Assim, o artigo defende a indispensabilidade da atualização da legislação brasileira para proteger, de modo eficiente, crianças e adolescentes, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Palavras-chave: Violência sexual, Crianças e adolescentes, Direito penal, Consentimento, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the Brisa Losada case, judged by the Inter-American Court of Human Rights, involving the rape of a young woman in Bolivia by her cousin. Initially, the international human rights system is presented, with an emphasis on the Inter-American Court and the effects of its decisions. Next, the Angulo Losada Vs. Bolivia case is detailed, exposing the violence suffered by the victim and the ineffectiveness of the response by the Bolivian legal system, which culminated in her submission to the Inter-American system. A comparison is then made with Brazilian legislation on sexual crimes, with emphasis on the advances and gaps, especially with regard to the protection of children and adolescents. The analysis concludes the importance of ensuring an efficient criminal process, with due care to avoid revictimization, as well as the need to include consent as a central criterion in sexual crimes. The article thus argues that it is essential to update Brazilian legislation in order to

¹ Mestranda do PPG em Direito da Universidade Lasalle. Bolsista CAPES.

efficiently protect children and adolescents, in accordance with international human rights standards.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sexual violence, Children and adolescents, Criminal law, Consent, Human rights

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar o Caso Brisa Losada, publicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 19 de janeiro do ano de 2023, uma jovem de 16 anos que foi estuprada pelo primo na Bolívia. A Corte considerou o país culpado pela omissão na proteção à vítima, condenando a Bolívia a diversas medidas de reparação.

Em um primeiro momento, será estudado, de forma breve, o sistema internacional de proteção de direitos humanos, com destaque para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual se situa dentro do sistema regional, e os efeitos emanados de suas decisões. Após, analisar-se-á o Caso Angulo Losada Vs. Bolívia. Ao final, será feita uma comparação com a legislação brasileira no âmbito da violência sexual contra crianças e adolescentes.

Como método de procedimento, será utilizado o monográfico, com a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, mediante análise de livros, artigos, publicações em periódicos e dissertações.

1 Sistema Internacional de Direito Humanos

Os direitos humanos, em razão de sua importância e universalidade, transcendem o âmbito doméstico, de forma que foi necessário, ao longo da história, que “os Estados consentissem em submeter ao controle da comunidade internacional o que até então era seu domínio reservado” (Piovesan, 2008, p. 157). Para a implementação desses direitos, foi necessário a criação de sistema de proteção internacional, mediante tratados com força obrigatória e vinculante para os Estados signatários.

Importante ressaltar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pretende substituir o sistema interno dos países, mas atuar de forma subsidiária e complementar, quando houver omissões e deficiências na ordem interna. Dessa forma, um dos requisitos para acesso às instâncias internacionais é o prévio esgotamento da jurisdição interna, ou comprovação de excesso de demora e ineficácia do provimento estatal, que poderá culminar em uma condenação moral e política do Estado perante a comunidade internacional.

O sistema internacional de direitos humanos pode ser verificado em dois campos de atuação: global e regional. O sistema global, inaugurado pela Carta Internacional de Direitos Humanos, e ampliado por diversos tratados multilaterais de direitos humanos, ocorre no âmbito das Nações Unidas, atingindo todos os países integrantes da Organização, os quais, hoje, totalizam 193 países-membros.

Ao lado desse sistema, de forma complementar, existem três sistemas regionais: europeu, africano e interamericano, cada um com seu aparato jurídico próprio.

Dentre as vantagens do sistema regional, podem ser citadas a aproximação geográfica, que gera um potencial exercício de pressão entre os vizinhos, e a homogeneidade (ou semelhança) de cultura, língua e tradições.

A existência de dois sistemas não é incompatível, mas sim complementar, de forma que aquele que sofreu uma violação de direito pode escolher qual dos sistemas é mais favorável a si. Nos dizeres de Flávia Piovesan, “o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos” (2008, p. 242).

1.1 Sistema Regional Interamericano

O referido sistema tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), datada de 1969, com entrada em vigor em 1978. No âmbito brasileiro, ingressou como decreto, publicado em 1992.

A Convenção, além de enunciar diversos direitos civis e políticos, que devem ser respeitados e assegurados pelos Estados, estabelece dois órgãos para monitoramento e implementação desses direitos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

A Comissão, cuja principal função é promover a proteção e observância dos direitos humanos por todos os membros da Organização dos Estados Americanos, é composta por sete membros, eleitos para um período de quatro anos, que podem ser reeleitos uma única vez. Cabe a este organismo fazer recomendações aos governos dos Estados, bem como solicitar a

eles informações sobre medidas adotadas, elaborar estudos e relatórios e também examinar as comunicações de violações de direitos.

Dessa forma, a Comissão, ao receber uma petição, decide sobre sua admissibilidade, quando serão verificados o esgotamento de recursos internos e inexistência de litispendência internacional. Admitida a petição, solicitará informações ao Estado, e, após, arquivará ou examinará os fatos, com a tentativa de uma composição amistosa entre denunciante e governo. Se obtida solução amistosa, será elaborado um informe, com breve exposição dos fatos e da solução. Caso contrário, redigir-se-á um relatório, contendo fatos, conclusões e recomendações ao Estado-membro, indicando se houve violação ou não dos direitos constantes na Convenção Americana. É concedido um prazo de três meses para o Estado cumprir tais recomendações, findo o qual, não havendo cumprimento, encaminhará para a Corte Interamericana.

Por sua vez, a Corte Interamericana, que é o órgão jurisdicional desse sistema regional, é composta por sete juízes, possui competência consultiva e contenciosa, sendo que, relativo a esta última, somente poderá atuar em relação a países que tenham expressamente reconhecido essa jurisdição, eis que apresentada como cláusula facultativa. Consoante ensinamentos de Flávia Piovesan:

A Corte tem jurisdição para examinar casos que envolvam a denúncia de que um Estado-parte violou direito protegido pela Convenção. Se reconhecer que efetivamente ocorreu a violação, determinará a adoção de medidas que se façam necessárias à restauração do direito então violado. A Corte pode ainda condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. (2008, p. 259)

Ainda, importante destacar que tal jurisdição não substitui os tribunais internos, tampouco visam a ser uma quarta instância recursal das decisões internas. Trata-se de um exame de cumprimento de obrigações internacionais por parte do Estado-membro.

As decisões da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, devendo ser imediatamente cumpridas pelo Estado.

1.2 Efeitos das decisões da Corte

Primeiramente, necessário tratar do status das Convenções e Tratados ratificados pelo Brasil perante o ordenamento jurídico interno, tema este muito controvertido e que não cabe ser minuciosamente abordado aqui, porém algumas linhas breves são necessárias para o devido entendimento do tema.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos são hierarquicamente superiores à legislação ordinária. A Emenda Constitucional n. 45/2004, determina que os tratados e convenções de direitos humanos que forem aprovados em dois turnos, nas duas casas legislativas, por três quintos dos seus membros, terão status de emenda constitucional, enquanto que aqueles que não passarem por tal procedimento (por serem anteriores a essa emenda, por exemplo), possuem valor superior às demais leis, mas inferior à norma constitucional (caráter supralegal).

Dessa forma, ao lado do controle de constitucionalidade de leis e demais atos emanados pelo Estado e demais entes federativos, temos o controle de convencionalidade, que verifica a conformidade com os tratados de direitos humanos, e, além disso, com a jurisprudência emanada por seus respectivos organismos jurisdicionais internacionais. Nesse sentido, a Recomendação n. 123, do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 7 de janeiro de 2022, recomendou aos juízes “a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)”.

Evidente fica que devemos observar e adimplir não só as decisões que o estado Brasileiro é diretamente condenado, mas todas as decisões da Corte, que compõe sua jurisprudência. Lecionam Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira:

Tal proeminência das Cortes internacionais de direitos humanos é de tal importância, que sua jurisprudência se torna fonte de diretrizes no campo da salvaguarda supranacional dos direitos humanos. Em verdade, mais do que exercício interpretativo, as Cortes Interamericanas e Europeia desempenham atividade reconhecidamente produtora de direito convencional, introduzindo, às normas fundamentais protetivas originariamente elencadas de forma contidas nos textos da CEDH e da CADH, novas garantias e direitos com efeito de ampliar a matriz convencional em relação à qual devem se conformar os direitos domésticos. Em razão disso que se fala em *giurisprudenza fonte*, e se reconhece ampla difusão da referência à Convenção nos moldes em que interpretada de Corte IDH ou pelo TEDH. (2022, p.76-77)

Ainda, de acordo com os mesmos autores, a decisão proferida por um Tribunal Internacional, além de impositiva ao Estado-parte daquela lide, é indicativa aos demais Estados-membros daquela jurisdição (regional ou internacional). Ressaltam que “os julgados

do Tribunal de San Jose da Costa Rica que interpretam as disposições normativas contidas na respectiva convenção e nos demais tratados e protocolos adicionais também constituem o *corpo juris* convencional dos direitos humanos assumidos pelos Estados” (Fischer; Pereira, 2022, p. 78).

2 Caso Angulo Losada Vs. Bolívia

Em novembro no ano de 2022, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Angulo Losada Vs. Bolívia, cuja decisão foi publicada em janeiro do ano seguinte.

Trata-se do crime de violência sexual cuja vítima é Brisa Liliana De Angulo Losada, uma menina de 16 anos à época do fato, cometido por seu primo, o qual tinha 26 anos, em Cochabamba, na Bolívia, ocorrido diversas vezes, entre outubro de 2001 e maio de 2002. Seu primo E. G. A (apenas suas iniciais foram publicadas) tinha ido morar temporariamente na residência de Brisa e seus pais com a finalidade de estudar naquela cidade.

O pai da menina tomou conhecimento dos fatos em julho de 2002, e denunciou o caso à Defesa Internacional das Crianças em Cochabamba, onde Brisa foi atendida por uma psicóloga, que confirmou a existência de crime. No mês seguinte, o pai levou o crime ao conhecimento da Polícia local, que culminou em denúncia do Ministério Público em novembro do mesmo ano. Houve julgamento do fato, com condenação de sete anos por crime de estupro agravado, mas foi anulado. Novo julgamento ocorreu em setembro de 2005, com absolvição de E.G.A. por unanimidade, mas este também foi anulado em maio de 2007. No terceiro julgamento, o réu não compareceu duas vezes, motivo pelo qual em outubro de 2008 foi determinado expedição de mandado de captura e suspenso o julgamento.

Ocorreu que, à essa época, o réu estava na Colômbia, país de sua nacionalidade, sendo que somente em 2019 foi feito um pedido solicitando sua extradição. Então, em fevereiro de 2002, E.G.A. foi preso e extraditado, mas em setembro de 2022 o juiz entendeu pela prescrição do delito e ordenou a soltura imediata do agressor.

Perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso já tramitava desde 2012, mediante uma petição oriunda de três órgãos: *Child and Family Advocacy Clinic de*

Rutgers University, International Humans Rights Law Clinic de American University e la Oficina Jurídica para la Mujer y María Leonor Oviedo Bellot.

A petição foi admitida em março de 2017, sendo que, em setembro de 2019 a Comissão emitiu um “Informe de Fondo”¹, com diversas recomendações a serem seguidas pelo país. O Estado foi notificado em janeiro de 2020, sendo concedido o prazo de dois meses para adimplemento das recomendações, tendo a Bolívia apresentado um documento informando alguns avanços e solicitando prorrogação do prazo.

Em julho de 2017, a Comissão submeteu o caso à Corte, por violação dos direitos previstos nos artigos 5.1 (respeito à integridade física, moral e psíquica), 8.1 (direito da pessoa de ser ouvida, em prazo razoável, por juiz ou tribunal competente, independente e parcial, com as devidas garantias), 11.2 (proteção à ingerências arbitrárias na vida privada ou violações à honra e reputação) e 25.1 (direito a recurso simples e rápido) da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em conjunto com violação das obrigações constantes nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos, sem discriminação), 19 (proteção à criança) e 24 (igualdade perante a lei) do referido documento, bem como os artigos 7.b e 7.f da Convenção de Belém do Pará (refere-se às obrigações dos Estados, que devem agir de forma diligente para investigar e punir a violência contra as mulheres e estabelecer procedimentos justos e eficazes, com medidas de proteção, às mulheres vítimas, respectivamente).

Perante a Corte, o procedimento iniciou pela notificação do Estado e dos representantes da vítima em setembro de 2020. Em novembro de 2020, os representantes da vítima apresentaram suas alegações, seguido de contestação pelo Estado em fevereiro de 2021. Ambos foram convocados para audiência pública em fevereiro de 2022, sendo ela realizada de forma virtual em 29 e 30 de março de 2022. Após, foram apresentadas as alegações finais escritas por ambas as partes, as quais foram seguidas de observações formuladas pela Comissão. O julgamento, por fim, ocorreu em sessão virtual em 17 e 18 de novembro de 2022, com a promulgação da sentença, a qual se passa a analisar nos parágrafos seguintes.

Inicialmente, por se tratar de vítima do sexo feminino e menor de idade, a sentença destacou a necessidade que o julgamento se baseasse na interseccionalidade entre gênero e infância. Criticou a revitimização da menina, que teve que se submeter a exames

1 Trata-se de um julgamento do mérito de causa, no qual se decide se houve ou não violação de direitos humanos e realiza recomendações ao País.

ginecológicos periciais duas vezes, bem como os diversos relatos de fato que forneceu, repetição essa que gera revivência da violência sofrida.

A duração excessiva do processo – 20 anos – foi outro ponto ressaltado na sentença, demonstrando a violação da razoável duração do processo legal e do devido processo legal.

Quanto ao crime em si, a decisão centralizou suas considerações na questão do consentimento. Para o tribunal, o delito de estupro não deveria exigir violência, uso de força física ou grave ameaça, apenas o dissenso da vítima quanto ao ato em si. Assim dispôs o item 145 do documento:

Los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual. Vale decir que no corresponde demostrar resistencia ante la agresión física, sino la falta de consentimiento, en atención al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Cabe subrayar que solo se puede entender que hay consentimiento cuando este se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona. Ya sea mediante la anuencia verbal, o sea porque dicho consentimiento se deriva de un comportamiento evidentemente identificable con una participación voluntaria (2022).

Também foi apontada a questão da assimetria de poder, em razão da vinculação familiar entre vítima e agressor, eis que Brisa considerava o primo como um irmão mais velho e tutor, havendo relação de estima e confiança, agravada, ainda, pela diferença de idade entre eles.

Por fim, a sentença ordenou diversas medidas de reparação, consoante publicado em comunicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

(i) que o Estado mantivesse aberto o processo penal contra a E.G.A. e investigasse o caso se qualquer mudança de circunstâncias o permitisse; (ii) que adotasse todas as medidas necessárias para determinar as possíveis responsabilidades dos funcionários que contribuíram para a prática dos crimes. e promover a investigação do caso se houver qualquer mudança nas circunstâncias que o permitam; (ii) que adote todas as medidas necessárias para determinar as possíveis responsabilidades dos funcionários que contribuíram com suas ações para a comissão de atos de revigoramento e possíveis irregularidades processuais em detrimento da Brisa; (iii) publicar a Sentença e o resumo oficial, conforme indicado; (iv) realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional; (v) adaptar seu sistema jurídico interno de tal forma que a falta de consentimento seja central e constitua o crime de estupro; (vi) adaptar seus protocolos ou adotar novos protocolos, implementar, supervisionar e supervisionar um protocolo para investigação e ação durante processos penais em casos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, um protocolo sobre uma abordagem abrangente e avaliação médico-legal em casos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, e um protocolo sobre uma abordagem abrangente e avaliação médico-legal em casos de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, (vii) implementar uma campanha de conscientização e

sensibilização dirigida à população boliviana em geral, visando enfrentar os padrões socioculturais que normalizam ou banalizam o incesto. (2023)

Dentre os votos proferidos no julgamento na Corte, importante ressaltar o do juiz brasileiro Rodrigo Mudrovitsch, que ressalta a interação entre Direitos Humanos e Direito Penal, defendendo a sanção penal como forma de defesa aos primeiros. Mudrovitsch relembra a célebre expressão da ex-juíza Christine Van der Wyngaert, do Tribunal Penal Internacional, de que o Direito Penal deve ser o “escudo” e a “espada” da efetivação dos Direitos Humanos, esclarecendo que, ainda que a origem dos Direitos Humanos tenha sido a proteção dos indivíduos perante os excessos do Estado, há também a face dos Direitos Humanos como objeto a ser protegido pelo Direito Penal, como *ultima ratio*.

Ademais, em seu voto também defende a necessidade de criação de uma agravante pela circunstância de incesto, a fim de dar visibilidade e reprovabilidade do ato, e a substituição de resistência ou violência física por consentimento como elementar do tipo penal, eis que aqueles são de difícil comprovação e podem inviabilizar a comprovação de ocorrência do crime.

3 Crimes sexuais contra criança e adolescente no Brasil e nas disposições de Direitos Humanos

Em 2009, por meio da lei nº 12.015, houve alteração substancial no capítulo do Código Penal que trata dos crimes sexuais. Desde o título, que antes era “crimes contra os costumes”, e tornou-se “crimes contra a dignidade sexual”, até a reformulação das condutas criminosas, recrudescimento de penas, alteração da ação penal e novas majorantes. Consoante ensina Cleber Masson:

A expressão “crimes contra os costumes” era demasiadamente conservadora e indicativa de uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidade ou conveniências sociais. Além disso, revelava-se preconceituosa, pois alcançava, sobretudo, mulheres. De fato, somente a “mulher honesta” era tutelada por alguns tipos penais, mas não se exigia igual predicado dos homens. (2015, p. 2).

A referida alteração legislativa, oriunda dos trabalhos da “CPI da Pedofilia”, trouxe destaque para o direito constitucional da dignidade humana, no âmbito sexual. Assim, toda e

qualquer pessoa tem o direito ao respeito na sua vida e escolhas sexuais, devendo o Estado garantir seu livre exercício, sem preconceitos, violência, ameaças ou exploração.

Especificamente no que se refere a crimes sexuais contra crianças e adolescentes, tema sob estudo, temos, desde a edição da referida lei, o delito de estupro de vulnerável, quando o sujeito passivo é menor de 14 anos. Antes, a conduta se amoldava nos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, com presunção de violência em razão da idade. Entretanto, havia extenso debate acerca do caráter absoluto ou relativo dessa presunção, sendo que a corrente majoritária pendia para a aplicação absoluta. Mas havia jurisprudência, inclusive nos Tribunais Superior, considerando a possibilidade de relativização dessa presunção no caso concreto, considerando a conduta atípica quando houvesse consentimento da vítima e a aparência, física, moral ou mental, indicasse idade superior aos 14 anos.

Por sua vez, a Lei 13.718/2018, a fim de dirimir qualquer dúvida nesse sentido, incluiu o parágrafo 5º no art. 217-A, o qual dispõe: “As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

Portanto, resta clara a escolha pelo legislador de um critério puramente objetivo, independente de suposta “maturidade sexual” ou experiências passadas da vítima (virgindade ou eventual promiscuidade).

Importante destacar que esses tipos penais se aplicam à criança e ao adolescente até 14 anos de idade. Os adolescentes com idade superior a 14 e inferior a 18 são tutelados pela forma qualificada do delito comum de estupro, previsto no §1º do artigo 213 do Código Penal, exigindo, portanto, violência ou grave ameaça para sua caracterização, tal como o estupro cometido contra o indivíduo maior e capaz.

Inexistindo violência ou grave ameaça, pode-se configurar o delito de importunação sexual, incluído no Código Penal pela Lei 13.718/2018, entretanto, sem qualquer diferenciação ou majorante quanto à idade da vítima.

Restam apenas as majorantes gerais do Código Penal, previstas no art. 61, dentre as quais se destacam, pela pertinência com o tema, o crime ter sido cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, com abuso autoridade ou se prevalecendo de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica, e quando cometido contra a criança. Aqui podemos ver, ainda que de forma limitada, uma forma de recrudescimento quanto a um possível incesto.

Ainda, no capítulo referente aos crimes sexuais contra vulneráveis do Código Penal, temos a previsão de condutas criminosas quantos aos atos de induzir menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, satisfazer a lascívia na presença de menor de 14 anos, favorecimento de prostituição ou outras formas de exploração sexual de menor de 18 anos e divulgação de cena de estupro de vulnerável. Em complementação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), alterado pela Lei 11.829/08, tipifica condutas criminosas relacionadas à pornografia infanto juvenil.

Importante alteração legal sobre o tema é Lei Joanna Maranhão (Lei nº 12.650/12), que alterou o marco inicial da contagem da prescrição dos crimes sexuais contra criança e adolescentes. Até sua promulgação, a prescrição contava-se de forma igual aos demais crimes, ou seja, da data do fato. Após, passou a contar da maioridade da vítima, de forma a garantir maior tempo para que o fato seja denunciado e, assim, diminuir a impunidade daqueles que cometem tais delitos.

A simples menção aos dispositivos legais deixa evidente o limbo normativo em que se encontra o adolescente maior de 14 anos, os quais ainda se enquadram no conceito de ser humano em desenvolvimento moral, físico e psíquico, merecedores da proteção integral e prioritária pelo Estado, de acordo com o que determina o artigo 227 e seus parágrafos da Constituição Federal.

Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (cujá entrada no ordenamento brasileiro se deu mediante Decreto nº 99.710/90), primeiro documento internacional de proteção de direitos humanos das crianças² e destaca-se por ser o tratado internacional com maior número de ratificações pelos países, faz clara menção à necessidade de proteção quanto ao abuso sexual:

Artigo 19 – 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos

2 Importante esclarecer que, para os fins dessa Convenção, criança é todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, não fazendo distinção com adolescente, portanto.

acima mencionados de maus-tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária (BRASIL, 1990).

Por meio da referida Convenção foi substituída a consideração da criança como objeto de direitos por sujeito de direitos, com proteção especial e absoluta prioridades, concepções essas que se irradiaram pelo ordenamento interno, com especial influência no Estatuto da Criança e do Adolescente, em substituição ao antigo Código de Menores.

No tocante à temática da proteção à revitimização, que também constitui um dos pontos analisados na sentença do caso *Losada vs. Bolívia*, verifica-se a existência no ordenamento jurídico interno da Lei nº13.431/17, que traz regramentos acerca da escuta especializada e depoimento especial, instrumentos destinados à evitar a revitimização de crianças e adolescentes. Consoante as previsões da referida lei, que se destina a crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crime, o depoimento será realizado em ambiente acolhedor e privado, preferencialmente uma única vez, mediante livre narrativa e participação de profissionais especializados. Dessa forma, consoante Velsani e Matosinhos (2017):

A finalidade da lei consiste justamente em preservar o depoimento ou as declarações prestadas em sede administrativa ou em juízo como meio importante de prova, sem que signifique uma extensão dos danos já causados pela ação delituosa, prevendo-se diversos instrumentos de proteção, tais como o depoimento especial e a escuta especializada, como forma de evitar a revitimização (vitimização secundária) de crianças e adolescentes.

Além dos dispositivos pertinentes ao tema da menoridade, cumpre aqui analisar o consentimento como fator determinante para caracterização dos crimes de violação sexual, em contraposição à exigência de violência ou grave ameaça.

No âmbito internacional regional Europeu, existe a Convenção de Istambul (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, datada de 2011), que determina que os Estados signatários utilizem o consentimento como eixo central de definição desses delitos. Por sua vez, no âmbito americano, não temos tal previsão de forma clara na Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994). Também não há previsão no Protocolo de Maputo (Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos sobre os Direitos das Mulheres na África, de 2003), no âmbito regional africano.

Apesar disso, no âmbito geral, temos a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1981 (sigla em inglês: CEDAW), cujo comitê responsável por supervisionar seu cumprimento já proferiu decisões sobre o tema, posicionando-se pela centralidade do consentimento nos crimes sexuais.

Ainda, foi publicada pelo comitê respectivo a resolução geral nº 35, no qual recomenda, nas medidas legislativas, “que a definição de crimes sexuais, incluindo o estupro marital e entre conhecidos ou parceiros, seja baseada na falta de livre consentimento e leve em consideração circunstâncias coercivas” (CNJ, 2019).

No âmbito do Direito Penal Internacional, o Tribunal Penal Internacional, ao qual o Brasil aderiu mediante o Decreto nº 4.388/02, também estabelece como *standart* o consentimento da pessoa nos crimes sexuais

A doutrina, ao analisar os modelos de incriminação, verifica cinco hipóteses: exigência de violência ou grave ameaça, constrangimento, dissentimento expresso, vontade cognoscível da vítima e consentimento afirmativo. A exigência de violência é o mais arcaico deles, ligado à ideia de honra feminina e à violação de uma mulher cujo pertencimento era de outrem, com foco voltado no comportamento da vítima. Constrangimento, por sua vez, constitui a coação à liberdade de escolha da vítima, que se vê obrigada, no caso concreto, a aceitar o ato sexual (NORTE, 2020).

O dissentimento expresso, que surge no movimento norte-americano “Não é não” durante a década de 70, define ser crime quando o indivíduo expressa verbalmente (ou mediante gestos e comportamentos inequívocos, por exemplo, chorando, tentando sair, empurrando o outro) sua contrariedade ao ato. A partir desse momento, se a parte contrária persiste no seu intento, estará configurado crime sexual. Em seguida, temos o modelo da vontade cognoscível da vítima, utilizado atualmente nos ordenamentos jurídicos português, sueco e alemão, cujo eixo central é a livre vontade, devendo o dissentimento ser cognoscível pelo ofensor. Aqui, além dos casos abarcados pela hipótese anterior (palavras, gestos e comportamentos negativos), existe também as situações cujas circunstâncias envolventes demonstram a negativa. Por fim, o consentimento afirmativo (“only yes means yes”), exige disposições afirmativas da vítima no sentido da aceitação do ato sexual (verbal ou comportamental), de forma que se ela se mantiver em silêncio, submissa, inerte, antes ou durante o ato, haverá crime (NORTE, 2020).

Ainda que todas as correntes acima expostas apresentem críticas e falhas ao serem cotejadas com situações concretas, certo é que o modelo adotado pelo Brasil, que exige violência, grave ameaça ou impossibilidade de resistência pela vítima, é ultrapassado e baseado em ideias moralistas e inadequadas aos tempos modernos, de forma que não protege a liberdade sexual de forma eficiente, em evidente desrespeito ao sistema de proteção de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual mundo globalizado, não há como imaginar a relação entre países soberanos sem a existência dos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos. É insuficiente a proteção no âmbito interno, devendo existir órgãos supranacionais para garantir sua aplicação de modo universal.

Desse modo, temos a importante instituição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com competência consultiva e jurisdicional perante os países da Organização dos Estados Americanos, podendo impor recomendações e sanções ao Estado parte da lide, mas cuja jurisprudência deve ser observada por todos.

No caso *Angulo Losada Vs. Bolívia*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi declarado a necessidade de um processo penal eficiente e diligente, sem revitimização das crianças e adolescentes, bem como a obrigação de criação de um tipo penal que incluísse a ideia de “consentimento”, no lugar de violência e grave ameaça, para configuração do crime.

Ao analisarmos a legislação pátria sobre crimes sexuais, verifica-se que houve indubitável avanço no sentido de adequação aos direitos humanos. Entretanto, ainda existem algumas lacunas, áreas de proteção insuficiente, especialmente aos adolescentes com idade entre 14 e 18 anos, em descompasso com a proteção constitucional e internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário.

Nesse compasso, infere-se que as disposições constantes no Código Penal são insuficientes e incompatíveis com o sistema de proteção de direitos humanos das crianças e adolescentes, sendo urgente a adequação da legislação pátria a fim de se adequar aos tratados

internacionais de direitos humanos e à jurisprudência, em especial, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Referências:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 12 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 10 dez 2023.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm> Acesso em 10 dez 2023.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 15 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 12 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm>. Acesso em 12 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em 12 dez. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Comunicado** – A Bolívia é responsável pela discriminação por motivos de gênero e infância e pela vitimização de uma adolescente vítima de violência sexual durante um processo judicial. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_04_2023_port.pdf>. Acesso em 01 dez. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação geral n. 35 sobre violência de gênero contra as mulheres do comitê para eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW)**. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/769f84bb4f9230f283050b7673aeb063.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2024.

FISHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H**. São Paulo: Método, 2015.

NORTE, Thiago Braga. **A nova construção dos crimes sexuais e de violação à luz da lei 101/2019, de 6 de setembro e as suas implicações**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra. Coimbra. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALSANI, Anna Gesteira Bäuerlein Lerche; MATOSINHOS, Izabella Drumond. **Depoimento Sem Dano e as Inovações Trazidas Pela Lei Nº 13.431/2017**. Disponível em: <<https://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/01-Depoimento-Sem-Dano-e-as-Inova%C3%A7%C3%B5es-Trazidas-Pela-Lei-N-13.4312017.pdf>> Acesso em 25 abr. 2024.