SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE ETÁRIA NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL)

RELATIVIZACIÓN DE LA VULNERABILIDAD EN EL DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL EDAD VULNERABLE (ARTÍCULO 217 DEL CÓDIGO PENAL)

Magno da Silva Bessa
Alderico Kleber De Borba

Resumo

A pesquisa buscou analisar uma das principais reformas feita no Código Penal, introduzida pela Lei 12.015/09, que alterou os crimes contra os costumes passando-os para crimes contra a dignidade sexual, mormente no que tange à revogação do artigo 224 e a criação de um novo tipo penal descrito no artigo 217-A. Utilizou-se vertente metodológica jurídico-teórica, baseando-se no estudo de normas e doutrinas. No desenvolvimento, analisou-se a figura do estupro de vulnerável e sua aplicação na prática quanto ao critério etário.

Palavras-chave: Palavras chave: vulnerabilidade, Estupro, Dignidade sexual

Abstract/Resumen/Résumé

La encuesta buscó analizar una de las principales reformas en el Código Penal, introducido por ley 12.015/09, que modificó los delitos contra las costumbres que les pasa a los delitos contra la dignidad sexual, especialmente con respecto a la derogación del artículo 224 y la creación de un nuevo tipo penal descrito en el hilo de artículo 217-a. fue legal teórica metodología, basada en el estudio de las reglas y doctrinas. En desarrollo, se analizó si la agresión sexual de personas vulnerables y su aplicación en la práctica lo que se refiere el criterio de edad.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: vulnerabilidad, Agresión sexual, Dignidad sexual

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro-CPB, formulado na década de 40, passou ao longo do tempo por diversas modificações com o fito de readequar a lei às necessidades sociais da sociedade por ele regulada.

A pesquisa buscou analisar uma das principais reformas feita no CPB, a qual foi introduzida no estatuto repressivo através Lei 12.015/09, que alterou os ditos crimes contra os costumes passando-os para crimes contra a dignidade sexual, mormente no que tange à revogação do artigo 224 e a criação de um novo tipo penal descrito no artigo 217-A, definindo a figura do estupro de vulnerável.

No entanto, malgrado essa inovação legislativa tenha servido para garantir uma tutela protecional mais ampla aos considerados 'vulneráveis', entende-se que a mesma possui uma característica que deve ser modificada, qual seja a presunção absoluta de violência, em caos envolvendo menores de 14 (catorze) anos.

Seria crível aceitar que todos adolescentes menores de catorze anos se enquadrariam no conceito de vulnerabilidade pretendido pela lei penal? A presunção de violência, intrínseca a norma penal, deve ser aplicada de maneira absoluta? Diante do atual cenário, a sociedade deve se amoldar a lei, ou a lei deve se amoldar a sociedade?

Objetivou-se com esta pesquisa responder estas indagações e demonstrar de maneira eficaz que a relativização da vulnerabilidade etária no crime de estupro de vulnerável é a opção que melhor atende aos interesses sociais na resolução dos conflitos dessa natureza.

Utilizou-se, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída de livros, artigos científicos e revistas jurídicas, não se excluiu, no entanto, a pesquisa documental que veio a ser utilizada por meio de documentos, como: reportagens de jornal, relatórios de pesquisa, documentos oficiais, dentre outros.

2 DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

A Lei 12.015/09 trouxe significativas alterações no ordenamento penal brasileiro, tipificando como delito autônomo e agora comum, a ação de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos (estupro de vulnerável) abrangendo, portanto, o conceito de vulnerabilidade.

A pesquisa, no entanto, se limitou a analisar apenas a problemática da vulnerabilidade etária, ou seja, abordou-se o tipo penal somente no que tange aos menores de 14 anos de idade, tendo em vista que a lei prevê outros agentes considerados vulneráveis.

Sendo assim, a presunção de violência nos atos dessa natureza, passou a ser considerada de forma absoluta, ou seja, independe da vontade e consciência do sujeito passivo da citada norma, o que claramente não atende as necessidades da sociedade atual.

Analisando detidamente a lei, é fácil perceber que a norma atribuiu aos menores de catorze anos um grau de vulnerabilidade que, a depender do caso, não se aplicará, tendo em vista o desenvolvimento físico, mas principalmente, psicológico e mental da suposta vítima.

De acordo com a redação da norma atual, levando-se em conta o fator cronológico, os menores de catorze anos são incapazes de consentir para qualquer ato de cunho sexual, são inteiramente incapazes de entender o caráter supostamente ilícito da conduta, desprezando, portanto, a opinião e vontade desses agentes.

Não parece ser a posição mais correta acreditar que um adolescente de 13 anos, por exemplo, não possa usufruir de sua liberdade em escolher a melhor hora de dar inicio à sua vida sexual, quando comprovado que possui discernimento para anuir com tal atitude.

Não deve ser função do direito penal interferir na vida íntima das pessoas a tal ponto de dizer qual momento correto para se ingressar no mundo sexual. A fragilidade e a incapacidade da vítima inicialmente protegida pela norma penal devem ser, em alguns casos, relativizada, haja vista a ausência da presunção de violência, sob pena de incorrer em inaceitável responsabilização penal objetiva.

De outro lado, o estatuto criado especificamente para atender os interesses das crianças e adolescentes (ECA), divergindo absurdamente com a lei penal, entende que esse mesmo adolescente, menor de catorze anos, outrora compreendido como incapaz e vulnerável pela lei penal, possui o discernimento necessário para compreender e responder por suas atitudes, tanto é verdade que, se porventura esse menor praticar ato que se enquadre na tipificação penal, responderá por ato infracional análogo ao crime de estupro, o que se traduz em uma visível incongruência do ordenamento vigente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, em seu art. 2º, considera criança, para os efeitos da Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

O ECA trata do ato infracional no artigo 103 “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Segundo o ECA, o adolescente (entre 12 de 18 anos), ao praticar ato infracional, estará sujeito a um processo criminal, com todas as garantias do contraditório e ampla defesa. Após o devido processo legal estará sujeito a uma sanção penal prevista no art. 112, do ECA.

Veja só que aberração jurídica. O adolescente entre 12 e 14 anos para o Código Penal é absolutamente incapaz nos termos do art.217-A quando mantém voluntariamente e por sua iniciativa relação sexual ou pratica ato libidinoso. Já para o ECA, o adolescente entre 12 de 14 anos é plenamente capaz de entender o caráter ilícito do fato e responder por ato infracional análogo à crime. Veja só: para o Código Penal é absolutamente incapaz, para o ECA pode ser um sujeito ativo de delito.

Suponhamos hipoteticamente que dois adolescentes entre 12 e 14 anos, numa festinha da escola, ou assistindo malhação na TV Globo (após verem uma cena de sexo) mantenham consensualmente uma calorosa relação sexual. Teoricamente os dois cometeram ato infracional análogo ao crime previsto no art.217-A do Código Penal, tanto o rapaz quanto a moça. Aplicando-se de forma absoluta simplesmente o critério etário, ambos deveriam ser responsabilizados criminalmente pelo fato nos termos do ECA.

Como bem assinala NUCCI, a vulnerabilidade "[...] *deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual"*. (NUCCI, 2010. p. 411).

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Habeas Corpus n.º 88.664/GO, reconheceu a incongruência do assunto tratado pelo Estatuto da Criança e Adolescente-ECA e pelo Código Penal, reforçando a ideia de não se conceber que um menor com 13 anos seja protegido com a presunção absoluta de violência. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio grande do Sul, já decidiu no mesmo sentido, reconhecendo a capacidade da menor de catorze anos de consentir com o ato sexual, sendo inclusive provado sua experiência em outros relacionamentos amorosos Apelação Crime Nº 70049091473).

Neste julgado, o TJRS afirmou que não se pode entender a vulnerabilidade absoluta apenas pelo critério etário, o que se configuraria hipótese de responsabilização objetiva.

Tem-se, ainda, que avaliar o grau de conscientização do menor de catorze anos, atendendo ao Princípio da Adequação Social, o qual impossibilita de se reputar como delituosa uma conduta aceita ou tolerada pela sociedade.

A realidade social sofre mutações a todo o momento, sendo que a discussão acerca do sexo já deixou há muito de ser um tabu intocável. A título de exemplo o crime de adultério que era previsto no art. 240 do Código Penal foi revogado pela Lei nº 11.106, de 2005.

Nos dias atuais, o sexo tornou-se um assunto corriqueiro dentro do universo de crianças e adolescentes, seja através da influência da mídia, por meio de novelas, seja por meio de atividades ministradas dentro da própria escola (através de disciplinas como

Educação Sexual, por exemplo), seja por até mesmo dentro do próprio seio familiar, com a conscientização dos pais a respeito da importância do assunto.

Programas de TV voltados para adolescentes, como a novela Malhação da TV Globo, exibida as 5 da tarde, contém cenas de sexo que afloram os hormônios dos adolescentes.

No mundo atual, dizer que nenhum menor de 14 anos possui capacidade para realizar o ato sexual seria uma verdadeira incongruência dentro do cenário atual. Ademais, representa uma inserção dentro da seara privada da opinião sexual do adolescente, ainda mais em jovens com desenvoltura e complexão sexual já definida, que possuem capacidade física e mental para livremente decidir sua vida sexual.

CONCLUSÃO

Levando-se em conta a realidade social do mundo atual, se considera como inconcebível crer que um adolescente menor de catorze anos e maior de doze não possua capacidade de entender fatos que se relacionem a sexualidade, especialmente diante do fasto mercado de informações dessa natureza que estão à sua disposição. Ignorar a opinião e vontade desses menores fere a fundo o direito de liberdade do adolescente de fazer suas próprias escolhas.

Cabe ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, à vista de suas particularidades, analisar a conveniência da proteção inicialmente pretendida pela lei penal, tendo em vista que o critério etário com a presunção de vulnerabilidade não poderá ser aplicado a todas as situações irrestritamente.

É inviável uma eventual condenação criminal apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de vulnerabilidade. Esta não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, o que, nitidamente, configuraria hipótese de responsabilidade objetiva, o que é vedado no direito penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

BRASIL. Planalto. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 01 de setembro de 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 902, p. 395-422, dez. 2010

QUEIROZ, Paulo. Do estupro. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/do-estupro/>. Acesso em 21 de março de 2016.

PRADO, Luís Régis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial. v. 3. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Apelação Crime Nº 70049091473, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 27/06/2012) Disponível em http://www.tjrs.jus.br/site/. Acesso em 24/08/2016

Superior Tribunal de Justiça (HC 88.664/GO, REL. MINISTRO OG FERNANDES, REL. P/ ACÓRDÃO MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, JULGADO EM 23/06/2009, DJE 08/09/2009) JURISPRUDÊNCIA DISPONÍVEL EM HTTP://WWW.STJ.JUS.BR/SITES/STJ.ACESSO EM 24/08/2016.