

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA  
ASCES - UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**ABUSO SEXUAL E GÊNERO: O MITO DO “CONSENTIMENTO”**

**ANA PAULA PEREIRA ARAGÃO**

**CARUARU  
2016**

ANA PAULA PEREIRA ARAGÃO

**ABUSO SEXUAL E GÊNERO: O MITO DO “CONSENTIMENTO”**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA ASCES - UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Orlando Carneiro Campello Rabelo.

CARUARU  
2016

## BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: \_\_/\_\_/\_\_

---

Presidente: Prof. Dr. Orlando Carneiro Campello Rabelo

---

Primeiro Avaliador: Prof.

---

Segundo Avaliador: Prof.

## DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho a meus pais, Dalva e Mário, a meus filhos Rômulo e Rommed e a meu esposo Rommel Patriota, por tudo que representam pra mim.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por estender sua graça e misericórdia sobre minha vida, me concedendo serenidade e perseverança para concluir este trabalho.

À minha amada mãe, responsável por tudo que sou, por tão grande amor e generosidade e por tornar possíveis meus objetivos mesmo diante das limitações e das difíceis circunstâncias.

A meu pai, pelo zelo e atenção.

A meus filhos, Rômulo e Rommed, razão de minha vida, que mesmo diante da ausência, não me deixam duvidar que a grandiosidade e a preciosidade do amor que sinto por eles me revigoram a cada dia. .

Ao meu esposo Rommel Patriota, pelo companheirismo, amor, paciência e contínuo incentivo para minha formação.

Ao professor e orientador deste trabalho, Dr. Orlando Rabelo, pela atenção e pelas orientações prestadas, as quais foram imprescindíveis para conclusão desta monografia.

A todos aqueles que de forma direta ou indireta tornaram possível a elaboração deste Trabalho de Conclusão de Curso.

## RESUMO

Ao tutelar a dignidade sexual do adolescente, a Lei nº 12.015/09 trouxe um novo tipo penal, o art. 217-A, denominado “Estupro de Vulnerável”, por meio do qual se estabeleceu que qualquer ato sexual que envolva adolescente menor de quatorze anos é considerado crime, sendo inválido o consentimento da vítima, em razão de sua vulnerabilidade. Todavia, a modificação do Código Penal, na tipificação dos crimes que atentam contra a dignidade sexual, trouxe inquietações na doutrina e na jurisprudência, gerando discussões acerca dessa vulnerabilidade, bem como da natureza da presunção de violência a ser considerada em tais casos, mesmo a lei a consolidando, a qual deve ser absoluta quando se tratar de menores de quatorze anos de idade. Desse modo, o presente trabalho se propõe, a partir da análise de gênero, verificar quais são as implicações do uso da expressão ‘consentimento’, em casos de abuso sexual cometido contra adolescentes. Ver-se-á, especificamente, como esse consentimento pode ser utilizado para justificar o afastamento da presunção absoluta de violência consolidada na lei. O presente estudo se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica, através de consultas de artigos científicos, periódicos, publicações da internet, relatórios de pesquisas, jurisprudências e livros sobre os assuntos pertinentes ao tema.

**Palavras Chaves:** Estupro de Vulnerável, Consentimento, Direito Penal, Relações de Gênero.

## ABSTRACT

As the Law No. 12,015 / 09 protected the sexual dignity of the adolescent, it brought a new criminal offense, art. 217-A, called "Rape of vulnerable" by which it was established that any sexual act involving an adolescent under fourteen is considered a crime, being invalid the consent of the victim, because of their vulnerability. However, the modification of the Penal Code in the characterization of crimes that attempt against the sexual dignity brought concerns in the doctrine and jurisprudence, generating discussions about this vulnerability and the nature of the presumption of violence to be considered in such cases, even the law consolidating that the violence presumption should be absolute in the case of children under fourteen years. Thereby, this paper proposes, after a Gender analysis, verify what are the implications of using the term "consent" in cases of sexual abuse committed against adolescents, specifically, how this consent may be used to justify the removal of absolute violence presumption in the consolidated law. This study was developed through bibliographical research, in which were used scientific articles, journal articles, internet publications, research reports, case law and books about the topic.

**Keywords:** Rape of Vulnerable, Consent, Criminal Law, Gender Relations.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
 <b>CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZAÇÃO E DEFINIÇÃO DO ABUSO SEXUAL</b>	
1.1 Violência Sexual no Âmbito do Direito Penal.....	10
1.2 Abuso Sexual de Adolescentes.....	15
1.3 O uso da Categoria Consentimento em Situações de Abuso.....	21
 <b>CAPÍTULO II. ANÁLISE DA CATEGORIA DE GÊNERO</b>	
2.1 Gênero e Feminilidade.....	27
2.2 Os Mecanismos de Supressão do Feminino e o Direito.....	31
 <b>CAPÍTULO III. IMPLICAÇÕES DO CONSENTIMENTO NA ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ABUSO SEXUAL</b>	
3.1 Consequências Psicológicas do Abuso Sexual.....	38
3.2 Corpo, Sexualidade e Adolescência.....	42
3.3 Consentimentos: um termo adequado para adolescentes?.....	45
 <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	 <b>51</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a avaliar as situações de abuso sexual cometido contra adolescentes, analisando, por meio dos julgados, a interpretação dada pelo operador do direito, na aplicação da Lei Penal, diante das alterações veiculadas pela Lei nº 12.015 de 2009.

A referida norma trouxe inúmeras modificações, no que diz respeito aos crimes cometidos contra a dignidade sexual, em especial, no que tange à prática de atos sexuais envolvendo adolescentes menores de 14 anos. Esse fato provocou diversas discussões entre juristas e doutrinadores, acerca da natureza da presunção de violência em tais circunstâncias.

Embora a lei considere essa presunção de violência absoluta, quando se consumaria o crime de “estupro de vulnerável”, ainda é discutido pela doutrina e pela jurisprudência se a capacidade de discernimento dos adolescentes, acerca dos atos sexuais, não os tornam capazes de consentir validamente em tais atos, afastando, em algumas hipóteses, a qualidade de vulnerável que lhes foi conferida pelo legislador.

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo discutir, em uma perspectiva de gênero, a utilização da nomenclatura ‘consentimento’, na análise de crimes de abuso sexual cometidos contra meninas entre 12 e 14 anos de idade.

Desse modo, pretende-se avaliar como se desenvolvem as relações de gênero na sociedade, a partir da construção e evolução deste conceito, ao longo do tempo. Procurar-se-á, posteriormente, compreender o fenômeno da violência de gênero, relacionando-a ao abuso sexual de adolescentes, bem como o tratamento jurídico que vem sendo dado a esse problema, com a análise da legislação pertinente ao tema.

Buscar-se-á conceituar a categoria de gênero, enfatizando as questões do feminino e a ligação direta que esse conceito possui com a condição feminina na sociedade, haja vista que o abuso sexual decorre da violência baseada no gênero.

Pretende-se, portanto, em uma perspectiva de gênero, conhecer quais são as implicações do uso da expressão ‘consentimento’, em casos de abuso sexual cometido contra adolescentes e, nessa perspectiva, avaliar os direcionamentos

jurídicos e sociais que vêm sendo dados em tais casos, de forma a suscitar a discussão sobre as dificuldades em se adequar as modificações ocasionadas pela Lei e o entendimento da doutrina e jurisprudência atual, por ocasião da análise do denominado estupro de vulnerável, sem perder de vista a realidade social.

Para realização deste trabalho utilizou-se, como metodologia, a pesquisa bibliográfica, por meio de artigos científicos, periódicos, publicações da internet, relatórios de pesquisas, jurisprudências e livros sobre os assuntos e conceitos investigados, de modo a propiciar a construção do conhecimento e fundamentação acerca do tema pesquisado.

O trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro traz a análise das leis penais, no que concerne ao abuso sexual, bem como às modificações que ocorreram no âmbito penal acerca dos crimes que atentam contra a dignidade sexual, a partir da vigência da Lei 12.015/2009, assim como os posicionamentos dos doutrinadores e juristas sobre esse tipo penal e as consequências dessas alterações.

O segundo capítulo tem por objetivo conceituar a categoria de gênero, enfatizando as questões do feminino, bem assim demonstrando a possibilidade, a partir do gênero, de se originar representações que perpassam as relações sociais e influenciam diretamente o entendimento do operador de direito, ao contribuírem no convencimento do julgador, por ocasião da feitura das decisões jurídicas.

O terceiro e último capítulo visa analisar quais são as implicações do consentimento na configuração do crime de abuso sexual, como também as demais consequências advindas desse abuso, para o desenvolvimento dos adolescentes. Nesse capítulo, buscar-se-á, ainda, avaliar se o consentimento é um termo adequado para adolescentes, sobretudo quando se trata de decidir sobre questões referentes à sexualidade, contrapondo a posição de doutrinadores e outros estudiosos, no que se refere à capacidade de consentir do adolescente, sem prejuízo da análise dos conflitos que há nas normas que disciplinam esta capacidade.

Por fim, serão apresentadas algumas considerações, a partir do que foi discutido ao longo da pesquisa e do estudo, e, em seguida, apontadas as referências bibliográficas utilizadas para o desenvolvimento do presente trabalho monográfico.

## **CAPÍTULO I. CONTEXTUALIZAÇÃO E DEFINIÇÃO DO ABUSO SEXUAL**

### **1.1 Violência Sexual no Âmbito do Direito Penal**

A violência contra a mulher inclui violência física, psicológica, de ordem econômica ou patrimonial e sexual. A violência sexual é um fenômeno que pode atingir qualquer classe social, independentemente de etnia, casta econômica ou sexo. Todavia, é mais evidente e expressiva contra mulheres, sejam elas crianças, adolescentes ou adultas, e, na maioria dos casos, a violência está ligada às relações de poder e aos aspectos culturais decorrentes das relações desiguais entre homens e mulheres.

No que diz respeito à violência sexual, objeto desta pesquisa, pode ser exercida no espaço privado (doméstico) ou público, bem como pode advir de um agressor com que a vítima mantém algum vínculo, ou ainda, de alguém que ela desconheça.

Para definição da violência sexual cometida contra mulheres, será utilizada a descrição contida no artigo 7º, inciso III, da Lei 11.340/06, que, ao definir as diversas formas de violência contra a mulher, prevê a violência sexual como:

A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos( BRASIL,2006).

Dessa forma, a violência sexual realiza-se mediante coação, ameaça, intimidação ou outro tipo de constrangimento, por meio do qual a vítima é coagida a participar de uma relação sexual não consentida, bem como por meio de quaisquer outros atos e interações de natureza sexual efetuados contra a sua vontade.

Os atos de violência contra a mulher ocorrem em diversas partes do mundo e possuem características peculiares, a depender do regime econômico, político e cultural adotado em cada sociedade. Por se tratar de um problema que afeta não só as mulheres, mas também toda uma comunidade, são crescentes as

iniciativas seja por parte dos órgãos do Estado e de entidades que pretendem combater e prevenir a violência sofrida pelas mulheres.

Sabe-se que o ordenamento jurídico, por si só, não é suficiente para coibir toda e qualquer forma de violência, mas a coibição e a prevenção desse fenômeno dependem de uma gama de ações afirmativas por parte de todos os poderes do Estado e da sociedade civil.

Por outro lado, a proteção jurídica visa garantir os meios para tutelar e garantir a proteção aos bens elencados socialmente como de fundamental importância. A relevância da proteção dos bens jurídicos, de acordo com o desenvolvimento da sociedade, pode ser alterada, de modo que, no decorrer do tempo, o Estado passe a reconhecer e tutelar novos bens e direitos.

A legislação Brasileira, em especial o Código Penal, sofreu, no decorrer dos anos, algumas alterações, uma vez que o direito é produto da cultura de determinada sociedade. Com isso, conforme a sociedade progride e se modifica, o direito deve ser atualizado para acompanhar tais mudanças.

A lei penal tutela bens jurídicos individuais, tais como a vida, a honra e a liberdade sexual, e sua modificação deve atender a evolução social, tutelando novas categorias de bens e interesses.

A partir de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, ocorrida em 2004, sobre a exploração sexual em diversos gêneros, tais como pedofilia, a exploração sexual de crianças e adolescentes, prostituição infantil e outras questões que não eram tratadas com a devida atenção pelo Código Penal de 1940, foi proposto o projeto de lei nº 253/2004, convertido na Lei 12.015 de 2009 (GRECO,2011).

Referida lei trouxe uma nova nomenclatura para os crimes contra a liberdade sexual, substituindo o título “Crimes contra os Costumes” por “Crimes contra a Dignidade Sexual”, visto que aquela expressão não traduzia mais a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Código Penal, já que relacionavam-se apenas aos bons costumes. Conforme Greco (2011, p. 59) “O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.” Assim, pode-se verificar que essa tutela decorre do princípio maior prescrito na Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana.

Após a modificação da lei, os crimes contra a dignidade sexual encontram-se no título VI do Código Penal, dentre os quais estão o estupro, conforme previsão do art. 213 do Código Penal, se consuma ao “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça , a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que como ele se pratique outro ato libidinoso” ( BRASIL, 2009).

Anteriormente, o estupro era caracterizado como o ato de constranger mulher a praticar conjunção carnal (cópula vaginica) e só o homem era sujeito ativo. Com a nova redação da lei, não importa o sexo do sujeito passivo, pois, se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do Código Penal, estará configurado o crime de estupro (GRECO, 2009).

O atentado violento ao pudor, outro tipo modificado, era cometido por qualquer pessoa contra qualquer outra, desde que cometesse ato libidinoso diferente de conjunção carnal. Ambos os crimes tinham a mesma pena, mas eram distintos, embora a compreensão no meio social fosse dificultada, pois a coletividade descrevia as condutas como estupro. Posteriormente, com a modificação, a lei se tornou homogênea e esses crimes foram fundidos em um só, de sorte que a prática, no mesmo contexto, em uma mesma situação, contra a mesma vítima de atos libidinosos diversos, envolvendo ou não conjunção carnal, configura um único crime, haja vista ser crime de ação múltipla o estupro (NUCCI, 2010).

Por meio desse novo diploma legal, também foi criado o delito de estupro de vulnerável (art. 217-A), que difere da concepção acima descrita e está previsto em outro capítulo do código, pois estabelece como circunstância objetiva a idade da vítima, ao prever o estupro de vulnerável da seguinte forma: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos” (BRASIL, 2009).

Essa previsão, de acordo com Greco (2011), encerrou a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que diz respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de 14 anos. Atualmente, a vítima pode até consentir, mas esse consentimento não é considerado válido.

Todavia, a constatação acima não é unânime, tendo em vista que a lei 12.015/09 tornou a presunção de violência absoluta, ou seja, não admite prova em contrário, e ainda há discussão acerca da possibilidade de se relativizar a presunção

diante do caso concreto, isto é, a possibilidade de se admitir provas em contrário (BITENCOURT, 2012).

O art. 217-A considera os que são menores de 14 anos de idade vulneráveis e estende essa vulnerabilidade, no § 1º do referido artigo, à pessoa que por deficiência ou enfermidade mental não possua discernimento para a prática do ato sexual ou por outro motivo não possa oferecer resistência (BRASIL, 2009).

Outros artigos tiveram também alterados suas redações, passando a abranger hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal. Outro capítulo - VII - foi inserido, trazendo causas de aumento de pena. Outrossim, a nova lei determinou que os processos que se apurem crimes contra a dignidade sexual tramitariam em segredo de justiça, conforme estabelece o art. 234-B, impedindo, com isso, a exposição das pessoas envolvidas nos processos dessa natureza, especialmente as vítimas (GRECO, 2011).

Por fim, a lei que trata dos crimes contra a dignidade sexual modificou profundamente a caracterização dos atos ilícitos que atentam contra a liberdade sexual. Após essas alterações, a redação dos Crimes contra a Dignidade Sexual passou a ser descrita no Código Penal em sete capítulos da seguinte forma:

Capítulo I - Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual: Estupro; Violação Sexual Mediante Fraude e Assédio Sexual; Capítulo II - Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável: art. 217- A Estupro de Vulnerável ;Corrupção de Menores; Satisfação de Lascívia mediante a presença de criança ou adolescente; Favorecimento da Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual de Vulnerável; Capítulo IV- Disposições gerais: causas de aumento de pena ; Capítulo V – Do lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual: Mediação para servir a Lascívia de Outrem; Favorecimento da Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual; Casa de Prostituição; Rufianismo; Tráfico Internacional de Pessoa para fim de Exploração Sexual; Tráfico Interno de Pessoa para fim de Exploração Sexual; Capítulo VI - Do ultraje ao pudor público ao Pudor: Ato Obsceno; Escrito ou Objeto Obsceno; Capítulo VII - Disposições gerais: Aumento de Pena e Segredo de Justiça (BRASIL, 2009).

Essas modificações demonstram a insuficiência da proteção da “honra das mulheres”, mormente, diante das transformações na sociedade, o que justificou o surgimento de novas tutelas voltadas a prevenir e a punir qualquer tipo de conduta que atente contra a dignidade sexual, merecendo destaque a tutela destinada ao menor de quatorze anos, tido como vulnerável.

Ao denominar como estupro outras condutas que envolvam também atos libidinosos, a legislação permitiu que fosse dada uma ampliação do tipo penal para

configurar a violência sexual levando-se em consideração outros aspectos. Desse modo Greco (2011), caracteriza os atos libidinosos da seguinte maneira:

Na expressão atos libidinosos estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente. O constrangimento empregado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. A sua conduta, portanto, é ativa, podendo atuar sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando, sexo oral; ou, ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente. O segundo comportamento é passivo. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele. Dessa forma, o papel da vítima pode ser ativo, passivo, ou, ainda, simultaneamente, ativo e passivo. Cuida de um tipo misto alternativo, onde a prática de mais de um comportamento, levado a efeito em um mesmo contexto, importará em infração penal única (GRECO, 2011,p.657).

Dessa forma, o constrangimento ilegal passa a ser um dos meios utilizados na prática do estupro, mas não o único, pois, o agente, quando praticar qualquer tipo de violência, ou mais um tipo desta, conforme a descrição acima, responderá por estupro.

Com efeito, o crime de estupro caracteriza-se por uma diversidade de condutas que se enquadram como violência sexual, tais como obrigar a vítima a assistir vídeos pornográficos, obrigar a vítima a praticar atos libidinosos consigo ou com outras pessoas, etc. Portanto, para que se configure o estupro, deve haver o emprego de violência ou grave ameaça, constrangendo a vítima a praticar ou permitir que se pratique algum ato libidinoso.

Com essa nova configuração, as lesões de natureza leve foram absorvidas pelo crime de , dado o uso da violência ou grave ameaça pelo agente. Porém, se essas lesões forem graves ou resultarem em morte, o crime será qualificado, conforme dispõe o art. 213, §§ 1º e 2º do Código Penal, sendo certo que no tipo de estupro de vulnerável a caracterização do delito está presente mesmo sem o emprego de violência ou de ameaça (BRASIL, 2009).

Assim sendo, com a ampliação das condutas tipificadas como estupro, permitiu-se o aumento dos bens tutelados pelo direito penal, no que se refere à sexualidade, e, por conseguinte, a lei passou a tutelar, de forma mais efetiva, a dignidade e a liberdade sexuais. Deveras, como a finalidade do Direito Penal é analisar os fatos humanos indesejados, definindo aqueles que se configuram como infração penal e as respectivas sanções, a lei, ao prever punições para aqueles que

incorrem nessa conduta ilícita, prevê uma das formas de minimizar os elevados números de casos de violência sexual contra a mulher e também contra as crianças e os adolescentes.

## **1.2 Abuso Sexual de Adolescentes**

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) classifica como adolescentes os jovens que possuem idade entre doze e dezoito anos incompletos. A referida lei ainda estabelece que as crianças e os adolescentes gozam de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo-lhes ser assegurado todos os meios necessários que lhes propicie desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e de dignidade. De modo que as crianças e os adolescentes gozam de proteção integral, sendo dever do Estado, da família e da sociedade zelar e assegurar os direitos que permitam esse desenvolvimento saudável (BRASIL,1990).

O artigo 227 da Constituição Federal foi o que preconizou a proteção integral, proteção essa foi adotada pelo ECA, que decorre da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, sendo destinatários de absoluta prioridade. No que se refere a política públicas, o supracitado artigo declara que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988)

Hodiernamente, com avanço da sociedade, em nível global, é perceptível que ocorreram modificações no desenvolvimento da infância e adolescência, visto que os valores e paradigmas sociais são outros, fatos que trazem impactos e produzem consequências no desenvolvimento mental e psicológico daqueles, tornando-os aparentemente mais maduros do que outros de gerações passadas. Entretanto, mesmo diante dessa percepção, é uníssono que crianças e adolescentes são seres em formação tanto do aspecto físico quanto o mental, sendo incapazes, portanto, de gerirem com independência suas vidas.

Destarte, em termos legais, tendo como parâmetro a delimitação pela idade, o Código Civil considera que os adolescentes que estão entre dezesseis e dezoito anos incompletos são relativamente incapazes para praticar alguns atos da vida civil, sendo absolutamente incapazes aqueles menores de quatorze anos de idade.

Embora exista uma delimitação legal, sabe-se que no Brasil, algumas comunidades seguem delimitações de idade diferenciadas como, por exemplo, as indígenas, cuja cultura, por vezes, impõe responsabilidades e compromissos a crianças e adolescentes que não são comuns ao restante da sociedade.

A legislação parte do princípio de que um adolescente menor de quatorze anos é absolutamente incapaz, imaturo e não pode consentir validamente para determinados atos, de modo que se torna impossível o reconhecimento legal de uma união estável (embora não esteja prescrita explicitamente em lei tal vedação) ou casamento civil com um adolescente nessa idade.

Todavia, de acordo com os dados de uma pesquisa intitulada “Ela vai no meu Barco, Casamento na Infância e Adolescência”, realizada em parceria com Instituto Promundo e outras organizações, a união informal nessa fase é prática comum no Brasil. A pesquisa foi realizada do período de 2012 e 2013, a partir de dados do Censo de 2010, nos quais se constatou que cerca de 88 mil meninas e meninos vivem em união estável no Brasil, sendo esses índices mais perceptíveis na região do nordeste, sobretudo, nos estados do Maranhão e do Pará (TAYLOR, 2015).

A pesquisadora Alice Taylor aponta, no relatório da pesquisa, que o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em números de casamentos e gestação que envolvem adolescentes com até quinze anos de idade, sendo que os parceiros delas são, em média, nove anos mais velhos.

Taylor (2015, p.54) indica, ainda, que essa união se dá em razão da iniciação sexual precoce, o que, conseqüentemente, pode levar a uma gestação, a condição social das vítimas e as relações desiguais de gênero. Relata que esse “casamento” é visto com bons olhos pela família da adolescente, no casos, por exemplo, de gravidez precoce, pois a reputação da jovem vai ser preservada. Ressalte-se que, na pesquisa há relatos dos companheiros das adolescentes, os quais indicam que as meninas mais jovens, além de serem mais atraentes, são

consideradas de fácil controle. As principais consequências da união informal nessa faixa etária, apontadas por Taylor, são as seguintes:

1. gravidez (por vezes é a própria causa do casamento) e subsequentes problemas de saúde maternal, neonatal e infantil que ocasionam um aumento de risco no corpo de uma criança ou adolescente; 2. atrasos e desafios educacionais; 3. limitações à mobilidade e às redes sociais das meninas (principalmente porque as expectativas de independência são frustradas por maiores restrições à mobilidade do que antes do casamento 4. exposição à violência do parceiro íntimo, incluindo uma gama de comportamentos controladores e não equitativos por parte dos maridos mais velhos. ( TAYLOR, 2015,p.73).

Nesse sentido, há de se reconhecer que um adolescente nessa faixa etária não possui discernimento necessário nem maturidade para consentir uma relação com uma pessoa adulta. Ademais, a prática de atos sexuais que envolver crianças e adolescentes menores de quatorze anos é tida como crime, por se considerar prejudicial ao seu desenvolvimento.

Com a alteração do Código Penal, a presunção de violência nesse caso tornou-se absoluta, isto é, o eventual consentimento do adolescente é irrelevante, mesmo que tenha praticado o ato sexual sem sofrer coação, de livre e espontânea vontade, e a pessoa que com ela praticar tal ato responderá pelo crime de estupro (GRECO, 2009).

A violência sexual contra adolescente, nesse caso, é nítida, uma vez que o legislador reconhece tal ato como prejudicial ao seu desenvolvimento. É indiscutível que esse crime é grave. Tal violência caracteriza-se como abuso sexual e pode levar a exploração sexual. Conforme Azevedo e Guerra (1995), o abuso sexual configura-se como:

Todo ato ou jogo sexual, relação hétero ou homossexual, entre um ou mais adultos (parentes de sangue ou afinidade e/ou responsáveis) e uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimular sexualmente uma criança ou adolescente ou utilizá-los para obter uma estimulação sexual sobre sua pessoa ou outra pessoa (AZEVEDO E GUERRA,1995, p.42).

Por meio dessa conceituação, pode-se concluir que o estupro de vulnerável é uma forma de abuso sexual, através da qual uma criança ou adolescente é utilizado para satisfazer as lascívia sexuais de um adulto.

Esse tipo de violência pode acarretar consequências de ordem física, mas, também, prejudicar o desenvolvimento psicossocial a médio e longo prazo, sem prejuízo de outros riscos, como a possibilidade de se contrair doenças

sexualmente transmissíveis, bem como o risco de uma gravidez precoce (AZEVEDO e GUERRA,1995).

Infelizmente é possível vermos, por meio dos meios de comunicação, casos em que uma adolescente ou até mesmo uma criança, que foi submetida a abuso sexual, engravidar. Em matéria veiculada pela revista Crescer, virtual, em 2010, pelo jornalista Marco Bahe, foi relatado o caso de uma menina de nove anos, residente no Agreste de Pernambuco, que, após sentir-se mal e ser levada por sua mãe a uma unidade de saúde, descobriu que estava grávida, confessando que seu padrasto a teria violentado sexualmente.

A menina engravidou e foi submetida a procedimento médico para realizar aborto. O caso, à época, gerou grande comoção e questionamentos, tendo em vista que o arcebispo da cidade de Olinda “excomungou” a genitora da criança e a equipe médica que realizou o procedimento, por considerar que “ o aborto era mais grave do que o estupro” (sic). Em depoimento, a Conselheira Tutelar que acompanhou o caso afirmou que: “A menina tinha apenas 9 anos, mas aparentava ter menos dado a sua compleição física”. “Seu rosto é sofrido”. “O olhar, distante”. “Estava viajando a primeira vez a capital , mas não era a passeio, mas para ser submetida a um aborto” (BAHE, 2010, s/p).

Diante desses fatos, é possível afirmar que o abuso sexual pode causar a vítima males imensuráveis. Além dos danos físicos, como no caso acima citado, dado a imaturidade do corpo, ainda há os psicológicos, na medida em que uma criança indefesa é exposta a tamanha agressividade, sem ter condições físicas e psicológicas para se defender.

As causas da violência sexual contra crianças e adolescentes são apontadas por Calçada (2008) como questões múltiplas que estão relacionadas a fatores culturais, sociais e econômicos. Essa especialista indica que os fatores econômicos podem propiciar a violência sexual, mas não são determinantes, podendo haver incidência de outros fatores, como os culturais que, por sua vez, estão relacionados com a questão de gênero, perpetuando – se a relação de poder e desigualdade entre homens e mulheres.

Embora essa violência de gênero motivadora da violência sexual, na maioria das vezes, coloque a mulher na condição de vítima, tal fenômeno atinge ambos os sexos, tendo em vista que a violência não é um atributo característico

exclusivo do masculino. A violência gerada a partir do gênero não atinge apenas as mulheres, mas também crianças e adolescentes de ambos os sexos, sendo determinada por vários fatores e influenciada por outras contradições como as diferenças de classe e de etnia (SAFFIOTI 2001).

O abuso sexual pode ser cometido por ambos os sexos, bem assim pode ocorrer por intermédio da família da vítima. Consoante se pode observar nos trechos da Apelação nº 0003993-22.2011.8.26.0566, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em cujo caso uma adolescente é “ofertada” pela genitora e por sua tia para um homem com o fim de obterem vantagens econômicas:

Penal. Apelação. Art. 217-a do Código Penal. Presunção absoluta de violência. Consentimento da vítima. Estupro de Vulnerável. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Segunda Câmara de Direito Criminal. Oscar Bauer Neto praticou diversos atos libidinosos e manteve conjunção carnal com T. C. V. R, menor de catorze anos, por diversas vezes em dias diferentes, além de tê-la submetido e induzido à exploração sexual, incorrendo nos crimes previstos nos artigos 217-A e 218-B, c.c. o artigos 29 e 71, todos do Código Penal. No mesmo contexto fático, Cassiana Cristina Vieira, genitora de T., devendo e podendo agir, omitiu-se ante a conduta de Oscar, anuindo com o estupro, além de induzir T. com a exploração sexual, com o fim de obter vantagem econômica para si, incurso nos mesmos delitos além do artigo 226, inciso II, do Código Penal, já que genitora da vítima.[...] Consta ainda da denúncia que os corréus, com unidade de desígnios, induziram a menor T., com treze anos de idade, a manter relacionamento amoroso com o corréu Oscar que, em contrapartida, abrigaria em sua residência a mãe da menor e suas filhas \_ a ofendida e T.\_ mantendo ainda o sustento de todas. Já corré Telma ( tia da vítima) receberia dinheiro e drogas em troca do induzimento da menor a manter relação sexual com Oscar. A menor mudou-se com a com a família para a residência de Oscar e lá, por diversas vezes contra a sua vontade, o réu praticou atos libidinosos e manteve conjunção carnal com a menina, sob a ilusória forma de “casamento”, tudo com o consentimento da mãe, que omitiu e permitiu a consumação dos delitos (BRASIL,TJSP,2014).

Dessa forma, percebe-se que infelizmente a violência sexual pode partir de quem deveria garantir proteção à criança e ao adolescente. Por meio do abuso sexual, como se vê no caso acima, crianças e adolescentes são precocemente forçadas a iniciar uma vida sexual, de maneira totalmente deturpada.

Dados do Governo Federal, disponíveis no site da Secretaria Especial de Direitos Humanos, demonstraram que, em 2015, a violência sexual contra crianças e adolescente foi o quarto motivo de denúncias de violação de direitos nessa faixa etária, sendo que das 21 mil denúncias de violações de direitos da população, 4.480 foram referentes à violência sexual. Os dados retratam ainda que, por intermédio da denúncia, é possível identificar mais de um tipo de violação e que os casos de abuso

sexual estão presentes em 85% do total de denúncias de violência sexual (BRASIL, 2015).

Todavia, as informações ainda não são suficientes para retratar a difícil realidade das vítimas, na medida em que os dados trazidos pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) expressam que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) diagnosticou que ocorrem, no Brasil, por ano, cerca de 100 mil casos de abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes, mas menos de 20% desses casos chegam ao conhecimento das autoridades (ABRAPIA, 2004).

Tais dados demonstram a impunidade do agressor, como também revelam ainda o mito e medo que circundam a violência sexual, na medida em que, na maioria das vezes a violência parte de uma pessoa próxima da vítima com quem mantém um vínculo afetivo e relação de dependência, sem perder de vista que, em diversas situações o depoimento da vítima ainda é desacreditado.

Sendo assim, o abuso sexual pode afetar de forma expressiva a vida e o desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes.

Portanto, sabe-se que vivemos em uma sociedade onde ainda são estabelecidas relações de poder a partir das desigualdades entre homens e mulheres, como também entre crianças e adultos, de modo que, em alguns casos, crianças e adolescentes são utilizadas como objetos para satisfazer prazeres sexuais.

Essas relações desiguais perpetuadas e impregnadas de conceitos e preconceitos tornam mais vulneráveis mulheres e crianças, principalmente diante de uma cultura machista que propicia, muitas vezes, a perpetuação da violência sexual e, conseqüentemente, da cultura do estupro (LIBÓRIO, 2010).

Logo, essas práticas tornam comum a violência sexual contra todo ser que se caracterize como feminino, o que deixa a impressão de que está sempre em situação de vulnerabilidade. Vê-se, pois, que são pensamentos e atitudes sexistas que propagam o comportamento de intolerância, poder e medo.

Nas relações de poder, por meio da força, constrangimento e ameaça, pode-se utilizar da indução da vontade por parte do agente corruptor, permitindo, desse modo, que continuem ocorrendo abusos sexuais, estupros e assédios, os quais deixam sequelas, às vezes irreversíveis, e que atingem não só as vítimas, mas

toda a sociedade, que, frequentemente, tem se omitido e, em alguns casos, até estimulado uma exacerbação desmedida de sexualidade de crianças e adolescentes.

### **1.3 O Uso da Categoria ‘Consentimento’ em Situações de Abuso**

Em sentido comum, consentir significa dar permissão ou licença para que determinado ato seja praticado. O consentimento acontece quando existe uma livre vontade, de forma que seja tomada uma atitude para que um fim seja alcançado. É uma maneira de concordar e conceder aprovação a alguém.

Esse sentido pode ser observado na Lei nº 12.015/2009, a qual substituiu o conceito anterior de “presunção de violência” (“estupro presumido”) pelo novo conceito de “estupro de vulnerável”. A partir de então ficou evidenciado que o menor de 14 anos é incapaz de consentir validamente (o que se denomina *innocentia consilii*) (GRECO, 2011).

Portanto, considera-se ser esse consentimento viciado, uma vez que o adolescente ou a criança não tem a maturidade necessária para consentir com a prática do ato sexual, tornando sem efeito seu consentimento para o ato sexual. Logo, o consentimento do menor de quatorze anos não tem o condão de tornar atípica a conduta praticada pelo agente.

Mas esse consentimento baseado na idade biológica no que se refere à prática de atos sexuais por parte de adolescentes, gera discussões desde a previsão dos primeiros tipos penais incriminadores constantes no Código Penal de 1940, pois com a evolução da sociedade, a doutrina e a jurisprudência passaram a divergir acerca da natureza da presunção de violência em tais casos (DANTAS 1999) .

Para os que defendiam a presunção absoluta, não se deviam considerar exceções, pois todo ato de cunho sexual praticado com menores de quatorze anos seria considerado violento. Já os que defendiam a presunção relativa pontificavam que o caso deveria ser analisado conforme diversos fatores e circunstâncias, como a aparência física da vítima, sua experiência sexual, de modo havia decisões que validavam o consentimento para o sexo de menores de quatorze anos (GRECO, 2011).

Essa discussão é reforçada pelo fato da Lei 12.015/2009 considerar inválido o consentimento do adolescente abaixo de 14 anos e o ECA denominar adolescente o jovem que possui 12 anos completos. Sendo assim, conforme alguns doutrinadores e juristas, dentre os quais pode-se citar Nucci, na adolescência deveria ser cessada a incapacidade de discernimento sobre o sexo. Acerca disso o referido autor levanta os seguintes questionamentos:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa posição que nos mais acertada. A lei não poderá modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade (NUCCI, 2013, p.116/117).

Entretanto, o preceito da Lei 12.015/2009 é que a idade de consentimento é a partir de 14 anos. Portanto, qualquer ato sexual praticado, com ou sem o consentimento da vítima abaixo dessa idade, é crime, pouco importando a conduta ou vida pregressa da mesma.

A idade de consentimento é diferente da maioridade penal, da maioridade civil, da idade mínima para casar ou para a emancipação de menores.

Assim, classificou o legislador ordinário que os menores de 14 anos são mais suscetíveis à violação de seus direitos, incluídos aqui, os direitos sexuais, e, portanto, a presunção adotada pela lei é absoluta, ou seja, todo ato de cunho sexual praticado com menor de 14 anos, mesmo com consentimento, é considerado crime de estupro de vulnerável.

No entanto, ainda é possível encontrar julgados nos tribunais estaduais, e mesmo após a modificação do Código Penal, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reproduzem um entendimento diferente, no que se refere ao estupro de vulnerável, conforme preconiza a lei.

O antigo entendimento - antes da alteração do Código Penal - pode ser observado em um julgado do STJ, que negou provimento a um recurso interposto pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul. Consoante se depreende do teor do acórdão, Recurso Especial nº 820.018, um homem juntamente com outros réus foi acusado de explorar sexualmente três meninas, de 13, 14 e 15 anos de idade, tendo sido absolvido com o seguinte fundamento:

Penal. Exploração Sexual. Art.244-a do ECA. Réus que se aproveitam do serviço prestado.Vítimas já iniciadas na prostituição.Não enquadramento do tipo Penal. Enquadramento por parte dos agentes não configurada. Recurso Improvido.Evidente que a responsabilidade penal dos apelantes seria grave, caso fossem eles quem tivesse iniciado as atividades de prostituição das vítimas. [...] Antes de observar apenas o fato de uma adolescente ter se relacionado sexualmente com alguém, responsabilizando este último por um crime, é preciso observar os antecedentes dessa adolescente, uma vez que neste caso deve ser aplicada a mesma regra para o estupro e o atentado violento ao pudor praticado contra menores de 14 anos de idade, com violência presumida, onde uma das questões a ser observada são os antecedentes da vítima, e que esta é que pode ter dado causa à prática do crime, consentindo no ato sexual, por ter capacidade de discernimento suficiente para esse fim. O desconforto para o julgador quanto à condenação por crime desta natureza reside exatamente nessa questão dos antecedentes da ofendida, visto que quem deve responder pelo fato de uma adolescente ter se corrompido é o corruptor, não aquele que pratica fato posterior com ela, já que nesse momento pode ser a própria menor que o atraiu para essa relação sexual, e que as prostitutas esperam o cliente na rua e já não são mais pessoas que gozam de uma boa imagem perante a sociedade (BRASIL, STF, 2009).

O julgado acima, conforme informado, ocorreu antes da alteração do Código Penal. Todavia, é possível encontrar nos tribunais estaduais julgados semelhantes a esse. O entendimento baseado em subjetividades sobre o comportamento da vítima e sobre o chamado erro de tipo – alegação de que houve uma percepção errada da realidade - afastam a presunção absoluta de violência.

Vejamos a matéria do jornalista Chico Siqueira, veiculada pelo boletim eletrônico Estadão em julho de 2014, cujo informe traz decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A Primeira Câmara Criminal Extraordinária, em julgamento de uma Apelação, absolveu um réu, preso em flagrante, por manter relação sexual com duas meninas de 13 e 14 anos de idade. Consoante pode ser observado, o entendimento do relator é que as meninas foram consideradas prostitutas, motivo pelo qual teriam levado o réu a erro acerca de suas idades. A decisão do relator se baseou sob o seguinte argumento:

Não se pode perder de vista que em determinadas ocasiões podemos encontrar menores de 14 anos que aparentam ter mais idade, mormente nos casos em que eles se dedicam à prostituição, usam substâncias entorpecentes e ingerem bebidas alcoólicas, pois em tais casos é evidente que não só a aparência física como também a mental desses menores se destoará do comumente notado em pessoas de tenra idade (SIQUEIRA,2014).

A respeito disso, convém ressaltar que é incoerente vincular a prostituição às crianças e aos adolescentes, haja vista que o exercício da prostituição carece de consentimento, termo esse inapropriado para aqueles que não têm discernimento

suficiente para decidir acerca da negociação de seus corpos, de modo que essas situações se caracterizam por exploração sexual (ANDI, 2013).

Destarte, por meio do julgado a seguir, Recurso Especial nº 637361/SC, pode-se verificar como se dá o uso da categoria “consentimento” nos casos de abuso sexual cometidos contra adolescentes. No julgado do STJ, que também ocorreu após a modificação do Código Penal, é negado provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público contra um acórdão, que retificou a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob os argumentos de que uma adolescente de treze anos pode consentir validamente e autodeterminar-se, motivo pelo qual afastou-se a presunção absoluta de violência, senão vejamos:

Recurso Especial. Penal. Estupro. Absolvição. Pretendida Reforma. Inviabilidade. Violência Presumida. Relativização. Possibilidade diante da peculiaridade da Causa 1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes. 2. O Tribunal de origem, ao preservar o *decisum* absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu. 3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria a inocência necessária nos moldes a caracterizar a hipótese prevista na alínea 'a' do art. 224 do Código Penal. 4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida. 5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte. 6. Recurso ao qual se nega provimento (BRASIL, STJ, 2010).

Percebe-se, então, que decisões como essas, além de desrespeitarem os preceitos da lei, desconsideram que crianças e adolescentes são seres em desenvolvimento que merecem proteção, já que não gozam de plena capacidade para autodeterminarem.

Desse modo, mesmo sem dispor de vontade válida, é levado em consideração o consentimento da adolescente menor de 14 anos de idade, valorando-se primeiramente o comportamento da vítima, para, a partir de tal fato, avaliar se o acusado é culpado ou não.

Uma outra tese apresentada pela defesa e por vezes, aceita pelos tribunais é de que o réu pode incorrer em erro quanto à idade da vítima, o que levaria a atipicidade da conduta. O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Criminal nº 0001514-26.2012.8.26.0306, em que o réu foi absolvido sob a alegação de que incorreu em erro quanto à idade da vítima, ilustra bem essa tese. No caso em tela o réu, antes de cometer o ato, já mantinha contato com a vítima por meio de uma rede social. Vejamos:

Apelação. Estupro de vulnerável. Erro de Tipo Configurado com relação à prática do crime de Estupro de Vulnerável. Ausência de dolo. Presunção Absoluta de Vulnerabilidade que cede espaço ante as peculiaridades do caso concreto. Provimento do recurso da defesa. 1. Insuficiência de provas quanto ao Crime de Estupro de Vulnerável. A prova oral judicial não foi apta a confirmar, categoricamente, que o réu tinha conhecimento que a vítima era menor de 14 (catorze) anos. A presunção desta última, segundo o entendimento jurisprudencial majoritário, é absoluta, nada obstante entenda que tal presunção deva ser relativizada em situações excepcionais, devendo ser analisada, pormenorizadamente, em cada caso concreto. Existência de prova, nos autos, de que a vítima mentiu sobre a sua idade para o réu, com o escopo de manter relações sexuais, de natureza consensual, nada obstante menores de 14 (catorze) anos não possam livremente consentir, tudo a levar a crer que ele não tinha condições de pressupor que se tratava de uma menor de 14 (catorze) anos. Erro de tipo caracterizado, razão pela qual a sua absolvição, por ausência de dolo, é medida que se impõe. Precedentes da Doutrina e da Jurisprudência. Provimento do recurso defensivo (BRASIL,TJSP,2015).

Semelhante entendimento foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Apelação Criminal nº 70067388926, interposta pelo Ministério Público, contra a absolvição de um homem de 33 anos de idade, pelo crime de estupro de vulnerável. Entendeu-se que o acusado não possuía consciência da ilicitude de seus atos em razão de erro sobre a idade da vítima,

Apelação Crime. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Estupro de Vulnerável. Erro de Tipo. Absolvição Mantida. A prova produzida no curso da instrução revela que o denunciado não possuía consciência da ilicitude de seu comportamento, pois foi induzido a acreditar – tanto pelo discurso como pela aparência física – que a ofendida (adolescente com 13 anos) tinha idade biológica que tornaria legítima a conduta de com ela manter relações sexuais. Falsa percepção sobre a vulnerabilidade da vítima – elemento constitutivo do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal – que determina a ocorrência de erro de tipo, excluindo o dolo da conduta. Absolvição mantida. Apelação Desprovida (BRASIL,TJRS, 2016).

Diante da avaliação desses julgados, conclui-se que, em alguns casos, a análise dos fatos se dá mediante a valorização acerca do consentimento da vítima, concluindo-se que não há lesão ao bem jurídico tutelado, quando as circunstâncias comprovam a inexistência de vulnerabilidade.

Entretanto, ao deixar impune um agente que cometeu um crime tão grave, equiparado a hediondo pela legislação brasileira e repudiado pela sociedade, os tribunais acima citados se afastam da vontade da lei, ao construir o entendimento por meio de uma “jurisprudência própria” que responsabiliza as vítimas, tornando-as presumidamente culpadas pelos atos de violência que sofreram, afastando delas a posição de vulnerável, bem assim tornando válido um consentimento viciado ante a imaturidade das vítimas.

## **CAPÍTULO II . ANÁLISE DA CATEGORIA DE GÊNERO**

### **2.1 Gênero e Feminilidade**

Para se analisar os crimes contra a dignidade sexual, deve-se avaliar criticamente o contexto em que ocorrem esses crimes e as influências decorrentes do meio social no qual estão inseridas as vítimas. Como visto anteriormente, a Lei Penal sofreu alterações para se adequar a novos valores morais e sociais. Os bens tutelados pelo Direito Penal mudam conforme se alteram os valores relevantes para sociedade. De acordo Bettiol (1986, p.327 apud LOPES, 2012 p.10) “o bem jurídico anda intimamente ligado às concepções ético-políticas dominantes e adquire, portanto, um significado diferente e um conteúdo diverso, à medida que mudam o tempo e ambiente”, isto é, o Direito deve moldar-se a cultura de cada período histórico.

Por outro lado, dentro desse contexto social são estabelecidas relações de poder, dentre as quais destacam-se as relações de gênero. Diversas ciências humanas se utilizam da categoria gênero para avaliar as desigualdades existentes entre homens e mulheres e as consequências daí decorrentes.

As relações de gênero foram socialmente construídas e, por meio delas foram estabelecidos papéis tidos como “apropriados” para homens e mulheres. A sociologia utiliza a categoria de gênero para sistematizar as desigualdades socioculturais estabelecidas entre homens e mulheres. As relações de gênero são avaliadas a partir da criação de estereótipos que atribuem ao sexo feminino uma postura própria de sua condição feminina, indicando o modo de pensar e de agir diante da sociedade.

Diante dessa cristalização de posturas a serem seguidas, foi se afirmando que as mulheres “deveriam” aceitar seu lugar, ficando, desse modo, por muito tempo, à margem de uma sociedade marcada pelo patriarcalismo e repleta de preconceitos advindos do machismo, construindo-se e reforçando-se historicamente uma relação desigual, desproporcional entre os sexos. Teles (2003), faz a seguinte menção acerca da categoria de gênero:

Portanto, [esse] termo pode ser entendido como um instrumento, como uma lente de aumento que facilita a percepção das desigualdades sociais e econômicas entre mulheres e homens, que se deve à discriminação histórica contra as mulheres. Esse instrumento oferece possibilidades mais amplas de estudo sobre a mulher, percebendo a em sua dimensão relacional com os homens e o poder. Como uso desse instrumento, pode-se analisar o fenômeno da discriminação sexual e suas imbricações relativas à classe social, às questões étnico-raciais, intergeracionais e de orientação sexual (TELES, 2003, p.17).

Nesse contexto, sempre houve a imposição do masculino sobre o feminino, subordinando as mulheres às necessidades sociais do homem. Diante dessa dominação, por anos, a mulher foi vítima de preconceito e de todas as formas de violência. Violência essa tão corriqueira que muitos, por muito tempo, não a identificaram como tal. As mulheres eram submetidas a todo tipo de violência - considerando que ela se manifesta de diversas formas - sem que tivessem o direito ou acesso a qualquer meio de coibi-la, uma vez que a violência era utilizada como um instrumento para mantê-las sob domínio (TELES, 2003).

A partir das relações de gênero foram estabelecidos papéis femininos e masculinos, moldando relações entre as pessoas de acordo com as características biológicas, mas também comportamentais, determinando como deveriam agir homens e mulheres, criando um desequilíbrio de poder baseado no gênero, bem como fazendo com que um dos pares se subordine ao outro (SARTI, 2004).

Outrossim, entender o conceito de gênero é essencial, na medida em que é possível compreender que as desigualdades baseadas nas relações de poder que existem entre homens e mulheres não se determinam pelo sexo, por características biológicas, mas são determinadas e construídas ao longo do tempo através de costumes, conceitos e discursos e, portanto, são passíveis de desconstrução (TELES, 2003).

Embora a violência contra a mulher não seja um fenômeno atual, só a partir da organização do movimento de mulheres foi que esse problema tornou-se visível diante da sociedade, de modo que o interesse pela análise do conceito de gênero bem como sua aplicação aos estudos referentes à condição da mulher na sociedade pode ser atrelado a esse movimento (PARODI,2009).

Por meio do movimento feminista foram realizadas as primeiras reivindicações que desafiaram a ordem conservadora, a qual excluía a mulher do mundo público, pois durante muitos séculos as mulheres foram excluídas da vida

pública. De acordo com Sarti (2004, p. 10) “Esse movimento promoveu uma luta pela emancipação feminina, principalmente como forma de questionar a dominação masculina em todos os aspectos”.

Nas lutas femininas as mulheres reivindicam por espaços e direitos tidos como masculinos e através dessas lutas conquistaram direitos políticos, econômicos e sociais. Dessa forma, buscou-se a construção de novos valores sociais, morais e culturais. De acordo com Carneiro:

A partir do século XX a luta das mulheres contra as formas de opressão a que eram submetidas foi denominada de feminismo e a sua organização em prol de melhorias na infraestrutura social foi conhecida como movimento feminista. [...] ao politizar as desigualdades de gênero, o feminismo transforma as mulheres em novos sujeitos políticos (CARNEIRO, 2003, p. 5).

Nesse sentido, pode-se afirmar então, que o movimento feminista foi imprescindível na luta do reconhecimento dos direitos das mulheres. Somente a partir das crescentes lutas desse movimento a temática da violência contra a mulher pôde ser incorporada às leis e outros instrumentos de combate à violência.

Entretanto, apesar de todos esses avanços e das lutas históricas em defesa da mulher, ainda persistem a discriminação, o preconceito, a violência. Muitas pessoas que representam o feminino ainda não têm seus direitos respeitados e garantidos.

Nesse cenário, é necessário frisar que há outras discussões acerca da condição feminina na sociedade. Por meio de Judith Butler, filósofa, pós-estruturalista, uma das principais teóricas da questão feminista da atualidade, a categoria de gênero é debatida sob outra perspectiva. Para a citada autora, essa concepção binária de gênero, que traz as categorias do feminino ou masculino vem deixando de ser adotada nas discursões que envolvem a situação da mulher na sociedade.

Butler (2003) fez uma crítica à posição feminista que vê a categoria de gênero como uma categoria unitária, na medida em que, para ela, essa é uma visão de gênero excludente, haja vista, que dentro desta lógica binária, que ela classifica como heteronormativa, não há espaço para outras categorias que necessariamente não possuem características só femininas ou masculinas.

Outras categorias também se enquadram na categoria de gênero, tais como os transexuais, os homossexuais, as mulheres, que possuem comportamentos tidos como masculinizados e homens que possuem características femininas, todavia, são heterossexuais, bem como outros que, além dessas características, possuem atributos que decorrem da etnia, da posição social, dentre outros aspectos (RODRIGUES, 2003).

Butler (2003) menciona que, para o feminismo, o gênero é uma construção social que se assenta sobre um corpo natural, como se desde a concepção esses corpos já pertencessem a um gênero específico. Foi em função dessa questão que ela levantou outras discussões acerca das teorias feministas sobre gênero (RODRIGUES 2003).

Conforme Rodrigues (2003), partindo da emblemática afirmação “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher” de Beauvoir, Butler alega que não há nada nessa construção que o “ser” que se torna mulher seja necessariamente fêmea, de modo que a concepção de gênero que ela não aceita atribui à mulher e ao homem sempre uma posição imutável, cabendo a fragilidade a primeira e ao outro o lugar de opressor, ou seja, um modelo único, pois a violência baseada no gênero não está restrita a praticada pelo homem contra a mulher, haja vista que também pode ser a praticada por mulher contra outra mulher ou, ainda a de um homem praticada contra outro homem.

Para Butler (2003), a noção de gênero é algo performativo, pois o gênero não está contido em um corpo sexuado, nem na psicologia, nem na identidade das pessoas, mas se constitui a partir dos atos cotidianos, de seus comportamentos, modos de vestir, modos de conduzir-se e de se portar socialmente, sendo esses atos reiterados, não havendo, portanto, identidades naturais decorrentes de um destino biológico.

Por fim, Butler (2003), busca desarticular as identidades fixas das heterossexualidades normativas que penalizam outras identidades sexuais e de gênero. Ao questionar a raiz dos pressupostos feministas, busca dar espaços a outras categorias diferenciadas de “mulheres”.

Dessa forma, busca desmistificar o corpo sexuado como uma posição singular de feminino ou masculino, bem como gênero como uma forma de regulação

social, ao afirmar que o gênero é uma norma em si que constrói sujeitos culturalmente como homens ou mulheres.

Destarte, reconhece-se que qualquer ato de violência que tem como característica a supressão do outro, seja ela caracterizada como física, psicológica, sexual ou moral, baseada no gênero, é produto de uma organização social marcada por diferenças baseadas em uma relação desigual de poder.

E é a partir dessa análise que serão abordados os demais tópicos.

## **2.2 Os Mecanismos de Supressão do Feminino e o Direito.**

De acordo com Pinto (2003), a condição social das mulheres, como fruto de uma construção histórica do patriarcalismo, já vinha sendo questionada desde o começo do século XX com o movimento das sufragistas.

Conforme anteriormente já afirmado, a partir das discussões da condição feminina, por meio da categoria gênero, foram desenvolvidas análises e estudos sobre a violência cometida contra as mulheres, baseadas nas diferenças entre os sexos e, conseqüentemente, nas relações de poder. De acordo com a classificação de Joan Scott, “O gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, é um primeiro modo de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 1990, p.14).

Dentro desse contexto de significações, questiona-se como se dar aplicação do direito nos casos de violência de gênero, sobretudo a violência sexual, considerando, como se dão a aplicação e a interpretação da lei por meio dos órgãos que formam o Poder Judiciário.

Nesse sentido, pode-se questionar se, ao realizar a formulação, bem como a interpretação e aplicação ao caso concreto, tanto o legislador, quanto os operadores do direito levam em consideração as questões culturais que perpassavam a vida das mulheres, ou se a mulher é sempre vinculada à sua condição biológica.

Miranda (2011, p.317), ao se referir à interpretação das normas constitucionais, afirma que: “Existe, pois, hoje, o reconhecimento da importância da interpretação constitucional. Mas existe ao mesmo tempo a noção das dificuldades

ou (do outro ângulo) dos fatores de perturbação que se deparam aos seus operadores: uns de origem endógena, outros de origem exógena”.

No que alude aos direitos estendidos às mulheres, reconhece-se que muitas conquistas foram alcançadas, em todos os âmbitos na vida civil, sobretudo, nas legislações. Entretanto, ainda há, em razão dos valores culturais que perpassam as relações sociais, a materialização no direito de interesses contaminados com subjetividades, dado que as decisões do judiciário não são totalmente imunes aos valores pessoais do operador do direito, podendo ser neutras, mas não imparciais. Hermann, (2004) ressalta que

Embora seja de suma importância que essa crença fundamente nosso direito, garantindo formalmente a igualdade de todos perante a lei, podemos perceber que, na realidade, os indivíduos têm poderes de negociação diferenciados, muitas vezes respaldados em valores culturais que reforçam diferenças sócio-econômicas e geram uma aplicação desigual da lei. Observar esse aspecto leva à reflexão sobre o princípio da neutralidade jurídica, na verdade, jamais imune às relações sociais e aos padrões culturais que permeiam toda a sociedade e dos quais os integrantes do Poder Judiciário fazem parte (HERMANN, 2004, p.14).

Com efeito, Hermann (2004), ao realizar estudos acerca da categoria gênero na aplicação da legislação, avaliou que a Constituição Federal de 1988 está em sintonia com os tratados, convenções e declarações das Nações Unidas, ao reconhecer a igualdade entre homens e mulheres na vida pública e privada.

A referida autora cita as modificações ocorridas no âmbito da legislação civil, asseverando que, muitas vezes, a lei, ao se referir à mulher regulava e legitimava a hierarquia de gênero. Destarte, com a mudança dos valores sociais e as profundas alterações que ocorreram na sociedade, desde a produção daqueles instrumentos jurídicos, houve um descompasso entre a lei e a sociedade, na medida em que houve a necessidade de se instituir um ordenamento que abarcasse e refletisse os valores instituídos pela dinâmica social e direitos difusos. Hermann (2004) cita, como exemplo a condição da mulher no Código Civil de 1916:

A família descrita no Código era organizada de forma hierárquica, tendo o homem como chefe e a mulher em situação de inferioridade legal. O texto de 1916 privilegiou o ramo paterno em detrimento do materno; exigiu a monogamia; aceitou a anulação do casamento face à não-virgindade da mulher; afastou da herança a filha mulher de comportamento “desonesto”. O Código também não reconheceu os filhos nascidos fora do casamento. Por esse Código, com o casamento, a mulher perdia sua capacidade civil plena, ou seja, não poderia mais praticar, sem o consentimento do marido, inúmeros atos que praticaria sendo maior de idade e solteira. Deixava de

ser civilmente capaz para se tornar “relativamente incapaz” (HERMANN, 2004, p.34).

Sabe-se que esse código foi revogado, mas o texto da lei retrata bem a condição da mulher na sociedade e as relações de poder baseadas na desigualdade entre os gêneros que por muito tempo permaneceram como naturais. Outro exemplo desse retrato pode ser dado por meio do art. 240 do Código Penal - revogado em 2005 pela Lei nº 11.106 - que tratava do “crime de adultério”, que foi, historicamente, utilizado como fundamento da chamada “tese da legítima defesa da honra” empregada na defesa de homens que assassinaram suas mulheres por terem supostamente cometido adultério.

No que se refere ao estupro de vulnerável, o direito à proteção à dignidade sexual e à liberdade sexual, tido como um direito individual, ainda traz conceitos impregnados de preconceitos e discriminações derivados de concepções heteronormativas alimentadas culturalmente. Muitas vezes, a violência sexual passa a ser percebida não a partir do ato do agente que a causa, mas a partir do comportamento da vítima.

Esse fato caracteriza o que muitas feministas classificam como “a cultura do estupro”, que tem por motivação o gênero, ou seja, a vítima é responsabilizada pela violência que sofre a partir da análise de seu comportamento, pela roupa que veste, como se porta diante de homens, os lugares que costuma frequentar, se ingere ou não bebidas alcoólicas, como se a mulher, mediante seus atos, “provocasse” ou “instigasse” o homem a praticar um ato de violência, afastando, dessa forma, a análise dos fatos a partir da conduta do agressor.

Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgada em 2014, que visa avaliar a “Tolerância social à violência contra as mulheres”, mostra que 58,5% dos entrevistados concordam totalmente (35,3%) ou parcialmente (23,2%) com a frase "Se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros". Segundo o levantamento, 37,9% discordam totalmente (30,3%) ou parcialmente (7,6%) da afirmação – 3,6% se dizem neutros em relação à questão (BRASIL, 2014, p.25).

Outra pesquisa dessa instituição, também do ano de 2014, demonstra que na violência sexual 89% das vítimas são do sexo feminino e possuem, em geral, baixa escolaridade. Do total, 70% são crianças e adolescentes. Retrata, ainda, que

há, em metade das ocorrências envolvendo menores, um histórico de estupros anteriores e que, em geral, 70% deles são cometidos por parentes, inclusive o genitor, namorados ou amigos/conhecidos da vítima (BRASIL,2014,p 34).

Esses dados representam as formas de comportamento e condutas sociais que legitimam e incentivam uma cultura de violência e mostram que, de fato, o feminino em qualquer fase da vida, é mais vulnerável a esse tipo de violência. Vieira (2015) traz a seguinte concepção acerca dessa constatação:

Estas percepções talvez se sustentem nas crenças de que a violação sexual está relacionada com o desejo sexual masculino e que esse, assumido como biologicamente determinado, torna os homens incapazes de contê-lo se provocados pela malícia feminina, de forma que a responsabilidade de evitar a violação passa para a mulher (VIEIRA,2015, s/p).

Percebe-se, então, que o gênero em si mesmo é uma norma que regula a vida social ao dar significado à dimensão do poder. Sendo assim, partindo do pressuposto de que o direito sofre influências da moral social, as prescrições normativas são produtos dos valores elegidos por determinada sociedade através de sua evolução histórica, razão pela qual pode-se afirmar que as normas são criadas em um contexto permeadas pelas relações de gênero e pela subjetividade dos legisladores envolvidos no processo. Nesse sentido, Smart (1994 apud CAMPOS 2011,p.65) observa que “o direito é parte do processo de fixação de gênero e constitui um discurso que insiste na rígida separação entre masculino e feminino e sequer reconhece a ideia de um contínuo entre macho e fêmea”.

Assim sendo, o Direito ainda é permeado por um essencialismo, ou seja, pauta-se em uma concepção de que existe uma essência própria característica de toda mulher, como se todas as mulheres fossem definidas através do sexo biológico, como se houvesse identidades fixas e não existissem formas diferentes de ser ou não mulher. Atribuem-se valores ao feminino, que abarcam apenas concepções sexistas, não se considerando o gênero como responsável por produzir as diferenças entre o masculino e o feminino.

Por sua vez, Campos (2011), ao trazer a discussão acerca da “Teoria Feminista do Direito”, ressalta que as normas jurídicas são produzidas em um contexto político e social, onde as noções de gênero também são produzidas e desafiadas constantemente, o que significa que as noções de gênero também passam por modificações para abarcar aquelas pessoas que assumem uma

apresentação “diferente” das categorias feminino e masculino. A autora cita, como exemplo, importantes conquistas sociais e jurídicas de gays e lésbicas, o que desafia os rígidos limites do gênero.

E isso se reproduz no direito, como o reconhecimento, por exemplo, da união estável ou o matrimônio entre casais homossexuais, que traz inúmeras consequências jurídicas e práticas (possibilidade de adoção, herança, vínculo previdenciário). Campos apresenta, ainda, uma importante percepção das relações de gênero dentro do Direito:

Esse reconhecimento rompe com a noção de gênero no direito, que opera a partir do dualismo masculino e feminino e de identidades fixas, produzindo significativa mudança na noção de cidadania. Mas o gênero também se constitui através das práticas concretas de juristas que, na formulação de raciocínios tecnicistas buscam invalidar dispositivos da Lei. Cite-se, como exemplo, a forçada interpretação da admissibilidade da suspensão condicional do processo em casos de violência doméstica, proibida expressamente pela Lei 11.340/200612 (CAMPOS, 2011, p.04).

Smart (2000) enfatiza que a mudança desses paradigmas, permitindo práticas concretas no direito, “permite pensar que o direito não é monolítico, abre-se a fissuras, reposicionamentos e reconstrução de gênero”. (SMART, 2000 apud CAMPOS, 2011, p.67).

Outrossim, cabe destacar que a legislação direcionada às mulheres, por vezes, abandona uma categoria fixa de gênero, ao admitir por exemplo no caso de violência sexual cometida contra vulnerável, no passivo meninas e meninos. Do mesmo modo acontece quando considera a titularidade de vítima e também de agressora a uma mulher, nos casos de violência em que se aplicam os dispositivos da Lei Maria da Penha. Contudo, na relação homoafetiva, constituída por mulheres, essas podem atuar tanto no polo passivo, quanto no ativo, rompendo com a noção fixa da categoria “mulher” vítima. Campos ressalta que:

Se, no debate de construção da Lei Maria da Penha, a perspectiva da mulher vítima de violência doméstica construiu um discurso capaz de unificar vários atores sociais, ao excluir a expressão ‘vítima’ do texto normativo e inscrever a ‘mulher em situação de violência’, o feminismo promoveu um deslocamento discursivo dessa categoria e a inscrição de um novo sujeito. Por outro lado, é também argumentável que, mesmo inscrevendo esse novo sujeito, a Lei, ao admitir apenas as mulheres no polo passivo da violência, mantém a dicotomia de gênero. Se esse paradoxo parece não ser superável teoricamente, pode ser explicável no campo da ação política do feminismo. Mas a Lei opera outro rompimento da identidade fixa, ao dispor que a mulher lésbica também pode ser agressora (CAMPOS, 2011 p.06).

Destarte, questiona-se são levadas em consideração as pressuposições subjetivas dos aplicadores de direito quanto ao gênero nas decisões que julgam os casos de estupro de vulnerável, uma vez que o tipo penal traz como elementares: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14”, cuja aplicação da lei deve ser absoluta e objetiva.

A esse propósito, cabe mencionar o trecho do Embargo de Divergência acolhendo Recurso Especial (EREsp 1021634/SP), julgado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2012, o qual manteve o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, na análise do caso de um acusado de ter praticado relação sexual com três menores, todas de 12 anos de idade, na época dos fatos:

Penal e Processo Penal. Embargos de Divergência em Recurso Especial. Estupro com violência presumida. Menor de 14 anos. Revogado art. 224 “a” do CP. Presunção Relativa. Divergência caracterizada. Embargos de Divergência Acolhidos. “Adianto que vou aceitar os fatos exatamente como o fizeram o nobre Juiz de primeiro grau. A prova trazida aos autos demonstra, fartamente, que as vítimas, à época dos fatos, lamentavelmente, já estavam longe de serem inocentes, ingênuas, inconscientes e desinformadas a respeito do sexo. Embora imoral e reprovável a conduta praticada pelo réu, não restaram configurados os tipos penais pelos quais foi denunciado. ” [...] o Direito não deve ser estático, mas, por força das vertiginosas transformações sociais, nem sempre consegue acompanhá-las. Por isso, o Direito erige-se tantas vezes em óbice ao desenvolvimento da sociedade [...] pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais”. [...] “Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, verdadeiramente, o bem jurídico tutelado, in casu, a liberdade sexual, haja vista constar dos autos que as menores já se prostituíam havia algum tempo. Acolho os embargos de divergência, para fixar o entendimento de que a presunção trazida no revogado artigo 224, alínea a, do Código Penal tem cunho relativo. Dessarte, restabeleço o acórdão do Tribunal de origem. É como voto ( BRASIL, STJ, 2012).

Sabe-se que o direito sofre influências da moral social . Entretanto, diante desse julgado, questiona-se se é admissível evocar a variedade de relações sociais e complexidade dessas relações, na atualidade, para possibilitar a aplicação diversa do texto normativo à realidade, utilizando, por exemplo, o princípio da adequação social.

No julgado citado, pode-se perceber que se justifica a não punição do agressor porque o bem juridicamente tutelado – a liberdade sexual – não foi violado, sob a alegação de que as adolescentes vítimas supostamente já se prostituíam há

algum tempo, Diante desse fato, segundo a decisão, os Ministros concluíram que a presunção de violência, nesse caso, pode ser afastada.

No caso em tela, verifica-se que embora a lei seja taxativa, objetiva em considerar o estupro de vulnerável, o ato sexual ou de cunho sexual praticado com menores de quatorze anos, ainda há decisões como a mencionada que responsabilizam as vítimas e descaracterizam a conduta típica do agente, baseando-se em uma moralidade acerca da sexualidade. Desse modo, as vítimas que não são virgens ou não seguem um padrão sexual determinado socialmente para as mulheres tornam-se indignas de proteção? Ou nessa situação afasta-se a característica de vulnerável, validando seu consentimento? É essa a finalidade da Lei?

No caso, levou-se em consideração a conduta das meninas para se decidir se o acusado era culpado ou não. Percebe-se que as elementares do tipo foram postas de lado, afastadas e a decisão se deu a partir das circunstâncias, sendo as vítimas responsabilizadas pela situação de vulnerabilidade na qual estavam inseridas, julgando-se se elas mereciam ou não a tutela do Estado.

Essa decisão, à época em que foi publicada, gerou amplas discussões acerca da competência do STJ, como um órgão superior que deve zelar pela observância da garantia dos direitos constitucionais. Além de gerar diversas críticas e notas de repúdio por parte de órgãos de defesa dos direitos da criança e do adolescente, ainda levantou, mais uma vez, o debate acerca de uma circunstância já consolidada pela legislação: se a aplicabilidade da presunção de violência é absoluta ou relativa nos casos de violência sexual contra menores de quatorze anos. Dada a polêmica o Ministério Público Federal recorreu da decisão.

Pode-se constatar que decisões como essa são motivadas por valores de gênero e na esfera sexual. Meninas e/ou mulheres são condenadas, ao serem classificadas de acordo com seu comportamento, partindo-se do pressuposto de que tal comportamento contribui ou induz o suposto autor do fato à prática da violência sexual.

Dessa forma, esse artifício de produção de estigmas sociais baseadas em concepções heteronormativas é alimentado culturalmente e se materializa em diversas formas de violência que atingem a mulher em diversas fases da vida.

## **CAPÍTULO III. IMPLICAÇÕES DO CONSENTIMENTO NA ANÁLISE DA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ABUSO SEXUAL.**

### **3.1 Consequências Psicológicas do Abuso Sexual**

De acordo com os dados de publicações, literaturas e artigos utilizados para efetuar essa pesquisa, compreende-se que inúmeras são as consequências decorrentes do envolvimento de crianças e adolescentes em práticas sexuais, as quais acarretam efeitos danosos ao desenvolvimento psicossocial das vítimas de violência sexual.

A violência sexual pode ser considerada como uma das formas mais cruéis da desigualdade de gênero, sobretudo, quando cometida contra crianças e/ou adolescentes. Dados da ABRAPIA (2002), disponíveis no site dessa associação, demonstram que há estimativas que, no Brasil, 165 crianças ou adolescentes sofrem abuso sexual por dia ou sete a cada hora, apontando ainda que as vítimas de abuso sexual se concentram em idades entre 7 e 16 anos.

O trauma que se produz resultante do abuso, vai bem além dos danos físicos são sobretudo psicológicos, uma vez que a criança ou adolescente vítima de abuso, principalmente aquelas que não têm nenhuma ciência acerca daquele ato. Essa violência pode gerar graves consequências no desenvolvimento cognitivo e social das vítimas, como também pode afetá-las de maneira diferenciada, dada a singularidade de cada indivíduo (RODRIGUES et al 2006).

O abuso sexual a que são submetidas as crianças e os adolescentes se manifesta por meio da violência física e psicológica e, nessa perspectiva, Libório (2010) ressalta que:

Em sua perspectiva, violência pode ser explicada através da transformação dos sujeitos desejantes e racionais em meros objetos, desconsiderando-se sua sensibilidade, liberdade e racionalidade e, explicitando a força das relações de poder assimétricas dando sustentação às diversas manifestações de violência, nas quais se inserem o abuso sexual e a exploração sexual (LIBÓRIO,2010,p.20).

Sendo assim, se vislumbra, mais uma vez, a assimetria de gênero que há no abuso sexual, pois o sujeito desejado, como explicita a autora, é posto em condição de subordinação, de objetização, tanto de seu corpo, como de sua vontade, tornando-se mero objeto de prazer, para que alguém satisfaça sua lascívia

sexual e, como mencionado, essa diferença de poder mantém e sustenta esse tipo de violência.

Drezett (2001) apresenta, por meio de pesquisas acerca da violência sexual cometida contra adolescente, que a maioria das vítimas são do sexo feminino e que, nessas situações, há um maior risco de favorecimento à prostituição dessas vítimas, quando atingirem a vida adulta.

Por sua vez, Rodrigues et al (2006) elenca que, dentre as doenças psiquiátricas que podem ser ocasionadas pela violência sexual sofrida por crianças e adolescentes, estão o Transtorno Dissociativo e o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), os quais são distúrbios comuns na vida de jovens que passaram por episódios de violência e estão ligados a experiências que causam um impacto emocionalmente severo na vítima, podendo gerar implicações que comprometem a saúde física e mental. Essa autora destaca que, no caso de adolescentes, há riscos que vão desde uma gravidez indesejada à transmissão de doenças sexualmente transmissíveis – DST's, e também o desenvolvimento de um comportamento sexual inapropriado.

De outro lado, Calçado (2008) relata, ao discorrer sobre pesquisas realizadas acerca das consequências do abuso sexual em crianças e adolescentes por faixa etária, que

Na faixa etária de 6 a 12 anos, apresentaram como sinais e sintomas, a dificuldade de relacionar-se com os demais na escola e quando consegue relacionar-se, normalmente seria com crianças mais novas em que poderia ter certo domínio, outros também foram percebidos como, comportamento sexual diante dos adultos de forma explícita, como meio de busca pelo afeto, dentre outros. Na faixa etária correspondente à adolescência, que vai dos 13 aos 17 anos, os sinais e sintomas podem apresentar-se como timidez exacerbada, insegurança, baixa auto-estima até mesmo uso de entorpecentes ( CALÇADO, 2008, p.57).

Diante disso, pode-se constatar que a vítima, quando criança, ainda fica propícia a reproduzir a violência sofreu.

Esses danos físicos e psicológicos acontecem à médio e longo prazos e perduram na vida das vítimas, causando depressão, ansiedade, baixa auto-estima e até pensamentos suicidas. As adolescentes submetidas a esse tipo de violência, por vezes, não conseguem desfrutar de uma vida sexual saudável na idade adulta. O sexo, que é pra ser visto de maneira natural, e foi antecipado por meio de uma

violência, traz consequências que a afetam diretamente a sexualidade da vítima( RODRIGUES et al 2006).

O abuso sexual, por meio do emprego de força física ou não, traz um leque de problemas que viola a saúde da vítima. É comum vermos, em nossa realidade, que, quando uma adolescente engravida, tem de abdicar de muitas coisas, visto que a mulher é vista como principal cuidadora e responsável pelo bebê, além de que gestará uma criança, quando ainda não tem maturidade física nem mental para discernir nem mesmo sobre sua vida.

Relatórios de pesquisa disponíveis no site da Abrapia retratam as consequências da violência sexual, indicando, ainda, que as vítimas de abuso sexual estão propensas a desenvolver outras patologias relacionadas ao abuso do consumo de álcool e drogas, bem como comprometimento com a satisfação consigo mesmas, afetando a vida sexual, a relação com o próprio corpo, de modo que esses traumas interferem na qualidade de vida. A partir dos distúrbios de comportamento, apresentam também dificuldades em estabelecer relações interpessoais, apresentando sentimentos de tristeza, raiva, desconfiança, culpa, baixa autoestima, perturbações do sono, vergonha, medo e desamparo (ABRAPIA, 2004).

Conforme já citado anteriormente, os abusos podem ser cometidos por uma pessoa próxima da vítima, com quem tem, na maioria dos casos, uma relação de parentesco, bem como pode ser praticado por um desconhecido. Quando praticado por uma pessoa próxima, a violência pode se prolongar por anos e, a partir do momento em ocorre a descoberta dos fatos, a vítima ainda pode se sentir culpada pelas situações que poderão ser criadas desde o seu relato, o que faz com que muitas crianças e adolescentes tornem-se arredios e, outras vezes, silenciem por medo do agressor, mas também pelos “possíveis problemas” que causará sua revelação (ABRAPIA, 2004).

Em estudo acerca das concepções da sexualidade do adolescente, Rodrigues et al ( 2006 s/p.) faz a seguinte avaliação: “Os adolescentes com histórico de violência sexual, apresentam medo marcante de envolver-se com o sexo oposto, temor da pratica sexual, de sofrer novamente violência física e ou sexual em relacionamentos futuros.” Mostra ainda que fatores como a intimidação psicológica e uso de força física pelo agressor se caracterizam como determinantes para coagir e

neutralizar a resistência da vítima, sendo que, nos casos em que a vítima do estupro é uma adolescentes, há mais incidência de intimidação psicológica.

Percebe-se, dessa maneira que os danos vão bem além dos físicos, uma vez que são, sobretudo, danos psicológicos. O abusador, ao agir utilizando artifícios de sedução e convencimento da vítima, tenta usar do poder que exerce por ser na maioria das vezes mais velho e experiente, para atraí-la e convencê-la a satisfazer sua lascívia.

Ainda há fatores que são apontados nos estudos de Drezett (2001), que indicam a maior incidência de casos de abusos em situação de negligência familiar e baixo poder aquisitivo das famílias, os quais são determinantes para ocasionar maior vulnerabilidade social das vítimas. Por outro lado, é apontado que o número de meninas violentadas ou envolvidas nas situações de violação com algum tipo de contato sexual prepondera sobre o de meninos.

E, ainda, sob a percepção de gênero e das desigualdades daí decorrentes, há descrição de situações em que a adolescente é culpabilizada pela violência que sofre, atitude essa que decorre dos comportamentos desenvolvidos na sociedade e faz perpetuar concepções arcaicas que resultam na culpabilização das próprias vítimas. Libório (2010, p.36) ressalta que “a compreensão que se tem na sociedade de abusador, assim como da menina abusada, vista muitas vezes, como responsável pelo abuso sofrido, tem um grande impacto na forma de combater esse fenômeno”.

Nesse contexto, ocorre o que Cunha (2008) denomina de estigmatização terciária, situação pela qual a sociedade estigmatiza a vítima de determinados crimes, como os contra a liberdade sexual. Um exemplo nítido dessa estigmatização e culpabilização da vítima ocorreu no mês de maio do corrente ano, quando uma jovem de dezesseis anos foi estuprada na cidade do Rio de Janeiro e diversos meios de comunicação noticiaram o caso como “suposto estupro”, sendo que, segundo foi noticiado, a jovem foi violentada por cerca de trinta homens, tendo o ocorrido ganhado repercussão nacional e internacional pelo grau da barbárie.

Por meio das publicações e mensagens que foram dirigidas à vítima, mostra-se claramente como se produz essa conduta na sociedade, como a violência cruel contra o ser feminino se reveste do machismo e do sexismo que alimentam uma cultura de estupro. A sociedade passa a subjugar as vítimas, a crucificá-las e

as responsabilizarem pela violência que sofreram, desrespeitando as mulheres, as tratando como objetos para o sexo.

### **3.2 Corpo, Sexualidade e Adolescência**

É sabido que a fase de adolescência é a fase de alterações de ordem física e emocional, sendo considerada um momento de transformações importantes na vida de um jovem, um período marcado por várias modificações de diversas ordens.

Meninas e meninos passam por mudanças em seus corpos e mentes, fato esse que interfere diretamente em seus comportamentos diante da família e da sociedade. Os fatores que propiciam essas mudanças advêm de fatores biológicos e do meio social, no qual estão inseridos esses adolescentes.

As alterações fisiológicas obrigam os adolescentes a abandonarem a infância e se incluírem no mundo adulto. Sua identidade passa a ser transformada e passa a adquirir novas ideologias para se adaptar a um novo mundo. Mudam as sensações, as emoções e a percepção da realidade (COUTINHO, 2004).

Em estudo acerca da adolescência, Rodrigues et al (2006) esclarece que, nessa fase, esses indivíduos gostam de mostrar suas preferências de forma exagerada, que é a fase dos questionamentos e instabilidades, dos medos, de cobranças, de vaidades, e esses jovens, ainda imaturos, buscam a liberdade e auto afirmação.

Esse momento de modificações e inquietações torna o adolescente mais vulnerável, na medida em que a curiosidade e a ansiedade levam a busca por novas sensações e experiências, dentre as quais estão as experiências sexuais, revelando-se, portanto, o desejo de se relacionar com outra pessoa.

Destarte, por ser uma fase de descobertas, o meio social interfere diretamente no desenvolvimento da personalidade do adolescente. Exige-se um comportamento diferenciado para meninos e meninas. Martins esclarece que

A sociedade cria todo um universo de regras, leis, costumes, tradições e práticas, visando perpetuar os valores comumente aceitos e enfrentar os problemas experimentados por todos os membros. Todas essas formas socialmente padronizadas de comportamentos constituem a cultura da sociedade. (MARTINS, apud CARNEIRO, p.06, 2003).

Desse modo, se perpetuam práticas por meio dos costumes e tradições que são recorrentes em determinada sociedade e a caracterizam de acordo com o modo de pensar e agir das pessoas que a formam, e os adolescentes, membros de uma determinada sociedade, passam a se identificar ou renegar esses valores morais e costumes socialmente estabelecidos.

Como dito, as transformações ocorridas na fase da adolescência decorrem de fatores biológicos e sociais e trazem consequências diversas, dentre as quais estão as que interferem diretamente na sexualidade. Esse aspecto da vida passa a se desenvolver com mais evidência a partir da adolescência e também gera muitas dúvidas e conflitos.

Hodiernamente, é comum ouvir-se falar que os adolescentes amadurecem mais rápido, que têm a sexualidade aflorada mais cedo, atribuindo-se esse precoce amadurecimento ao meio social em que o adolescente está inserido.

De fato, atualmente vivemos em uma sociedade em que o alargamento das tecnologias e o favorecimento ao acesso a elas, somado a mudanças de paradigmas sociais, como a influência da mídia em promover uma erotização precoce, por meio de publicidades e músicas, bem assim a internet e outros veículos oferecem ao adolescente um leque de instrumentos que o tornam mais informado e inteirado de diversos assuntos, dentre eles os de cunho sexual.

É difícil imaginar, embora ainda exista, que na adolescência os jovens não tenham acesso a nenhum instrumento ou meio de comunicação que lhes possibilite compartilhar, por redes sociais e outras formas de comunicação, ideias e comportamentos.

Em torno da sexualidade, a qual é permeada por sentimentos e pode influenciar a maneira como as pessoas se relacionam entre si, são também criados estereótipos. Os meninos são incentivados, desde cedo, a agirem como “predadores” e terem iniciação sexual precoce. As meninas devem se guardar em pensamentos, emoções e comportamentos, assumindo posturas recatadas que devem ser apropriadas a sua condição de fêmea.

Nesse sentido, a sexualidade ainda é cercada de tabus, o que atrapalha o reconhecimento pelo adolescente das mudanças ocorridas em seu corpo e sua mente, e a maneira de lidar com essas mudanças, gerando dúvidas e inseguranças. Aspectos relativos à beleza física e ao corpo também passam a provocar

inquietações, uma vez que nossa sociedade cria padrões tidos como ideais. É uma fase permeada pela impulsividade e imaturidade.

Por outro lado, atualmente, o apelo sexual torna-se cada vez mais evidente. A propagação pela mídia e outros meios de comunicação expõe os adolescentes a conteúdos e situações que, muitas vezes, não são bem assimilados por eles. Antes mesmo de desenvolverem suas próprias identidades, já lhe são imposto um tipo de sexualidade a ser seguido (CALÇADA, 2008).

Dessa maneira, a sexualidade dos adolescentes é um tema recorrente em debates em diversos meios e âmbitos como escolas, veículos de informação, igrejas e outras instituições sociais, mas cada uma dessas instituições terce uma visão diferente acerca dos padrões aceitáveis acerca da sexualidade.

É certo que a falta de informação é prejudicial a qualquer pessoa, Entretanto, o incentivo exagerado a informações de conteúdo sexual pode incentivar uma iniciação sexual precoce e desvirtuada, haja vista que a adolescência é uma fase permeada pela impulsividade e imaturidade. Sabe-se que os jovens em formação têm o direito de serem orientados corretamente sobre sua sexualidade, devendo esses esclarecimentos se iniciarem por meio da família, da escola e outras instituições, mas deve-se respeitar o entendimento específico do adolescente, de modo a não prejudicar seu desenvolvimento sexual.

Aleixo (2010) comenta que o Código Penal Brasileiro, ao tratar da sexualidade dos adolescentes, o faz sempre sob a tutela da proteção, ou seja, a liberdade sexual é tutelada, mas há um limite quanto à autonomia dessa liberdade, o que para a autora mostra que a moralidade é quem dita os termos da interpretação sobre a sexualidade de adolescentes. Percebe-se que o que se pretende e questiona-se é se, e por que não, o adolescente, como um sujeito de direitos, não pode ter autonomia sobre seu corpo, já que possui desejos e vontades, liberdade e direito de opinião.

Todavia, esse limite à liberdade sexual na adolescência visa proteger o ser que ainda está em formação, para que a sexualidade não seja exercida de maneira disfuncional, com comportamentos prejudiciais a sua saúde e sua vida. Os estudos da Abrabia (2004) indicam que os índices de DST'S com adolescentes é motivo de preocupação, por ser um dos mais altos, se comparado a outras faixas etárias.

Do mesmo modo, ao se considerar o adolescente como um ser em desenvolvimento, parte-se do entendimento de que aqueles não possuem maturidade para vivenciar experiências sexuais com adultos. Todavia, nada impede que essas experiências sejam vivenciadas com uma pessoa em semelhante idade e grau de maturidade.

Dados da Abrapia (2004) registram que, no Brasil, é grande a incidência de gravidez na adolescência, decorrentes da falta de informações e uma vida sexual ativa cada vez mais precoce. Muitas adolescentes estão engravidando numa época da vida em que não se encontram em condições físicas e psicológicas para assumir tão grande responsabilidade. Ao se tornarem mães, estas adolescentes acabam deixando de lado uma importante fase de desenvolvimento. A maioria delas abandona os estudos e a expectativa de usufruir de uma vida melhor em razão da gravidez e, por vezes, se submetem a relacionamentos inadequados, dentre outros fatores de risco para seu sadio desenvolvimento.

Sabe-se que a sexualidade na adolescência assume contornos diferentes, de acordo com as características socioeconômicas, culturais, territoriais, religiosas, dentre outros fatores. O fato é que pela legislação destinada ao adolescente, não é tutelado um direito ao exercício livre da sexualidade, ao se referir ao adolescente, o objetivo da lei é garantir um desenvolvimento saudável, que não inclui dispor de uma vida sexual sem limitação como parte desse desenvolvimento. Castro (2010, p.72) afirma que o ECA orienta pela negação e não pela afirmação do direito à sexualidade.

### **3.3 Consentimento: um Termo Adequado para Adolescentes?**

O ato de consentir em seu significado literal consiste em autorizar, permitir, estar de acordo com algo. Diante disso, é possível afirmar que o adolescente na condição de ser em desenvolvimento pode consentir?

A legislação brasileira assume diferentes posicionamentos acerca do adolescente, a partir de características biológicas como a idade, sendo certo que o Estatuto da Criança e do Adolescente caracteriza o adolescente como o jovem que possui entre doze anos completos e dezoito anos de idade incompletos e preconiza que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem

prejuízo da proteção integral, 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. Dessa forma, considera-os destinatários de uma proteção integral, visto que são um ser em desenvolvimento e em função disso merecem essa tutela (BRASIL,1990).

O Código Civil considera a capacidade de fato e de direito para designar a capacidade civil dos indivíduos, consistindo a primeira na capacidade de exercer e adquirir direitos sem a necessidade de exercê-los por meio de assistência ou representação; e a segunda, como a capacidade de adquirir direitos comuns a qualquer pessoa, estabelecendo ainda, que os adolescentes podem ser absolutamente ou relativamente incapazes para alguns atos da vida civil (BRASIL, 2002).

O referido Código considera absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos de idade, devendo esses serem representados por seus responsáveis. Os relativamente incapazes são os menores de dezoito e maiores de dezesseis anos, podendo ser cessada essa incapacidade pelo casamento, pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público ou sentença judicial, pela colação em curso superior ou pelo estabelecimento de uma relação de emprego por meio da qual o adolescente tenha economia própria.

O Código Penal considera, no art. 27, que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis ficando sujeitos a legislação especial, qual seja o ECA, que estabelece que o adolescente, ao cometer ato infracional, será submetido a medida sócio educativa.

Após a modificação do Código Penal pela Lei 12.015/09, referente aos crimes contra a dignidade sexual, o artigo 217-A afastou a presunção relativa de violência, nos casos de violência sexual cometida contra menores de quatorze anos, considerando inválido o consentimento da vítima e as circunstâncias em que ocorrem tal violência. Muitos doutrinadores passaram a discutir a aplicação de tal dispositivo no caso concreto.

Parte-se da presunção de que nos dias atuais, a sociedade comunga de outros valores e que os adolescentes não ficaram atrás dessa dinâmica, de modo que ao caracterizar como elementar objetivo do tipo apenas a idade biológica do menor, considerou o legislador a condição de “innocentia consilii”, segundo a qual a

vulnerabilidade, nessa situação, estaria ligada a ideia de que esses adolescentes não possuem aptidão psicológica para entender o caráter lascivo do ato sexual e não discernir acerca de tal ato - não é característica da personalidade da maioria dos adolescentes atualmente. Nucci (2010) faz a seguinte observação acerca do dispositivo:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual capacidade cognitiva das crianças e adolescentes (NUCCI, 2010, p. 395).

A presunção de que atualmente, a vulnerabilidade deve ser afastada na medida em que o adolescente amadurece mais rápido e tem uma iniciação sexual precocemente é perseguida por alguns doutrinadores. Nucci, (2010) ressalta que:

Caso se aplique ao art. 217-A uma interpretação meramente literal, poder-se-á chegar à absurda hipótese de se considerar como autor do crime de estupro um indivíduo de 18 anos que queira, por meio de casamento, constituir família com a menor de 14 anos que engravidou, ainda que haja o livre consentimento desta. Não se pode esquecer que o Código Civil, no art. 1.520, permite expressamente o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, em caso de gravidez. Nessa linha, em cumprimento aos princípios norteadores do direito penal, não basta a comprovação da idade para a tipificação do crime de estupro de vulnerável, uma vez que o critério etário não é absoluto. A melhor solução reside na aferição casuística do grau de maturidade sexual e desenvolvimento mental do suposto ofendido, para definir se é ou não vulnerável, aplicando-se a lei de maneira mais justa ao caso concreto (NUCCI, p. 397, 2010).

Outros doutrinadores, como Luíz Flávio Gomes e Bitencourt, apontam, ainda, que há uma discordância entre o dispositivo do Código Penal e o ECA, visto que, se para o ECA o adolescente que comete ato infracional pode ser responsabilizado por seus atos e ser submetido à aplicação de medidas socioeducativas, por qual razão esse mesmo adolescente não possuiria autonomia para decidir sobre sua liberdade sexual? Consideram que, se comprovado que a vítima tinha experiência sexual e apresentava um comportamento que não a caracterizava como vulnerável, não há que se falar em presunção absoluta de vulnerabilidade.

Pode-se citar outra situação de que trata a Lei 12.594/2012 no art. 68, ao prevê que é permitido ao adolescente infrator visita íntima em estabelecimento estatal, no qual se cumpre medida socioeducativa, desde que o mesmo tenha contraído casamento ou viva em união estável. Logo a lei autoriza esse adolescente - que pode ser menor de quatorze e maior que doze anos de idade, uma vez que a partir dos doze anos o incapaz responde pela pratica de atos infracionais - a manter relações sexuais (NUCCI, 2011).

Vê-se, assim, que o legislador ordinário, por meio do art.68 da referida lei, fomenta a manutenção de vínculos afetivos e sexuais entre adolescente infrator, incluídos aí aqueles menores de quatorze e maiores de doze anos e sua companheira ou seu companheiro.

Portanto, fazendo-se uma interpretação sistemática, conclui-se que a vulnerabilidade, nesse caso, passa a ser relativa para efeito da tipificação do delito previsto no art.217-A do Código Penal.

Desse modo, a lei, ao tutelar a dignidade sexual dos adolescentes menores de quatorze anos, abriu precedentes para várias discussões. Os que defendem a proteção integral da criança e do adolescente afirmam que a interpretação da lei deve assumir o sentido literal, considerando que o adolescente menor de quatorze anos não possui discernimento para consentir uma relação sexual. Por outro lado, outros defendem que a presunção não deveria ser absoluta, devendo ser observado cada caso concreto, de modo que o aplicador do direito leve em consideração se a vítima é vulnerável ou não, se a vítima é capaz para consentir o ato sexual a partir da avaliação do seu comportamento social.

Pode-se observar então que o critério etário passou a ser o marco da idade do consentimento, ou seja, é considerado válido o consentimento após quatorze anos de idade, se for livre de coação ou violência, cessando também com essa idade a vulnerabilidade.

A “suposta” vulnerabilidade é que gera as discursões em todos os julgados apresentados neste trabalho, bem como entre os doutrinadores, como visto acima, pois, levanta-se o questionamento de que não há um consenso entre as normas, tendo em vista que o ECA considerada adolescente aquele maior de doze anos, mas o Código Penal tem como parâmetro outra faixa etária. Por que então não

se considera a idade adotada no ECA para afastar a vulnerabilidade? O que torna esses jovens incapazes de exercerem plenamente sua sexualidade?

Será a melhor solução como sugere Nucci (2010) aferir o grau de maturidade sexual e desenvolvimento do suposto ofendido, não bastando, portanto, o critério etário para que o operador do direito considere se houve ou não estupro de vulnerável?

São questões complexas. Todavia, o ECA considera o adolescente como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento, determinando que dele seja afastado todo tipo de violação, negligência ou exploração. O fato de um jovem já ter tido relação sexual não o faz, conseqüentemente, ter maturidade sexual para consentir que de seu corpo se desfrute, nem tampouco afasta a tutela do Estado sobre a garantia de sua dignidade sexual.

As mudanças culturais, por mais que supostamente possam alterar ou propiciar o desenvolvimento mais rápido dos adolescentes, não podem ser usadas como um artifício de convencimento ou motivação, para que se deixe de considerar que o adolescente é um ser em formação física e psicológica, que carece ainda de maturidade e autonomia.

Segundo Ferreira (2003), é na adolescência que é constituída a identidade pessoal e esse processo é crucial para a formação da maturidade na fase adulta. De acordo com essa autora, a construção dessa identidade na adolescência se dá da seguinte maneira:

A formação da identidade recebe a influência de fatores intrapessoais - as capacidades inatas do indivíduo e as características adquiridas da personalidade, de fatores interpessoais - identificações com outras pessoas, e de fatores culturais - valores sociais a que uma pessoa está exposta, tanto globais quanto comunitários (FERREIRA, 2003, p.107).

Dessa maneira, pode-se compreender que o adolescente é produto do meio em que vive, das influências que recebe das pessoas com quem convive e dos fatores sociais e culturais da sociedade em que está inserido, podendo-se concluir que é um ser em formação que pode receber diversas influências na concepção de sua identidade.

Prontamente, podemos supor que ideias propagadas pela mídia, por músicas, por amizades, pela internet, pela família e outras instituições sociais, sejam absorvidas e reiteradas pelos adolescentes. E como relata Ferreira (2003,p.24), “são

conceitos e ideias que quando aplicadas às pessoas que ainda estão em processo de formação psicológica, podem influenciar de maneira negativa a formação da personalidade do adolescente”.

Partindo desse pressuposto, de que os adolescentes estão em desenvolvimento e são suscetíveis às influências que recebem, é inconsistente afirmar que possuem discernimento e maturidade suficientes para permitir que uma pessoa adulta, que já tem discernimento, com ele pratique qualquer ato de cunho sexual. Por outro lado, se lhes fosse consentido essa autonomia, como seria possível mensurar que seu consentimento não é suscetível e induzido pela vontade daquele que pode obter vantagens a partir dessa permissão?

Por fim, a distinção e graduação dessa suposta autonomia ainda são revestidas de idealizações e valores a partir do feminino e do masculino, valores que ponderam um em detrimento do outro, de modo que é possível perceber que os que defendem a autonomia do adolescente, principalmente quando se trata de meninas, para consentir atos sexuais, revestem-se desses valores.

Portanto, o consentimento do adolescente só deveria ser validado, quando o momento de vivenciar sua sexualidade fosse por ele escolhido, com uma pessoa em semelhante condição de idade e maturidade, afastando, assim, todo ato que atente contra sua dignidade sexual e o sadio desenvolvimento sexual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desse estudo, tentou-se demonstrar as modificações ocorridas após as alterações proporcionadas pela Lei 12.015/09, no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual, mormente quanto às alterações introduzidas na legislação que culminaram com a criação do tipo penal “estupro de vulnerável”.

Após essas modificações, foi afastada a presunção relativa de violência, nos casos em que tem como sujeito passivo um adolescente menor de quatorze anos, com o qual se pratique qualquer ato de cunho sexual, incluindo os atos libidinosos. Tal Lei visou estender a proteção do direito à liberdade sexual, tutelando bens antes não previstos na legislação, em decorrência dos novos valores que foram socialmente reconhecidos e estabelecidos.

Entretanto, a lei também trouxe inquietações por parte dos doutrinadores e juristas, já que alguns consideram que, caso seja aplicada em sentido literal, a lei poderá ir de encontro a alguns princípios constitucionalmente instituídos, visto que deveria ser analisado cada caso concreto, devendo o operador do direito observar as circunstâncias e não apenas seguir a aplicação objetiva da norma, que prevê que para cometer o ato ilícito e estar passível a sua sanção, basta a prática de atos sexuais ou libidinosos com menores de quatorze anos.

Essa discussão decorre, em parte, do fato do ordenamento jurídico pátrio prever deveres a serem observados pelos adolescentes, inclusive responsabilizando-o, em caso de descumprimento, tal como se dá na responsabilização do adolescente maior de 12 anos pela prática de ato infracional, o que demonstraria que sua autodeterminação é relevante e valorada em tais casos, não recebendo o mesmo tratamento o seu consentimento na prática de atos sexuais e libidinosos, tudo a demonstrar certa incoerência do ordenamento jurídico.

Todavia, por trás desse “possível consentimento”, muitas vezes estão encobertas ideologias e estereótipos, haja vista que, conforme se pode observar, o abuso sexual cometido contra adolescentes está ligado a uma relação de poder, e, essa violação está diretamente relacionada a violência de gênero, na medida em que a tutela dada pelo Estado à sexualidade e à dignidade sexual das adolescentes é posta em questão, em casos, por exemplo, em que não se considera a vítima

vulnerável, pelo fato de já ter tido relação sexual, ou seja, de tal vítima não atender a um parâmetro de comportamento que foi socialmente estabelecido através do sexo biológico.

Cabe destacar que gênero vai muito além do sexo biológico, como sugere Saffioti (2001), tendo em vista que, ao contrário do sexo que está relacionado à identidade biológica, o gênero se estabelece através das representações e significados socialmente construídos e apreendidos.

Sendo assim, é preciso que o entendimento do abuso sexual sofrido por adolescentes perpassa pela compreensão e significado da violência de gênero, a qual não exclui nenhuma categoria dos sexos e se reproduz por meio de uma relação de dominação/exploração, onde ocorre uma sujeição de uma categoria social a outra. Saliente-se que a violência gerada a partir do gênero não atinge apenas as mulheres, mas também crianças e adolescentes de ambos os sexos, sendo determinada por vários fenômenos e influenciada por outras contradições, como as diferenças de classe e de etnia, podendo ser perpetuada por ambos os sexos, independentemente do gênero assumido (SAFFIOTI, 2001).

Desse modo, pode-se asseverar que esse tipo de violência que perpassa as relações sociais e se reproduz de maneira “natural”, se propaga por meio de ações, comportamentos, imagens, publicidades, músicas, por meio das instituições sociais e até mesmo dentro da família.

Ao se criar um senso comum favorecendo e corroborando para a disseminação de ideologias que trazem valores baseados em uma heterossexualidade normativa, que penaliza e desqualifica outras identidades sexuais e de gênero, se induz a subjugamentos e a perpetuação de uma das mais perversas formas de violência de gênero cometida contra criança e o adolescente, qual seja, o abuso sexual.

Nesse sentido, para se discutir, em uma perspectiva de gênero, a utilização da nomenclatura ‘consentimento’, na avaliação de crimes de abuso sexual cometidos contra meninas entre 12 e 14 anos de idade, é necessário que se avalie a constituição desses significados e representações, de modo que a proteção jurídica vá além das características sexuais, colocando a dignidade dos adolescentes vítimas de abuso sexual acima de valores ideológicos que classificam um ser em detrimento de outro.

Destarte, nas decisões jurídicas ou na doutrina, que apontam contrariedades na aplicação do dispositivo da supramencionada norma, não se consideraram todos os males ocasionados aos adolescentes vítimas de abuso sexual, uma vez que apenas se levantou a possibilidade de um ser, que está em formação psicológica, moral e social, consentir validamente que dela se abuse, desprezando a condição de vulnerabilidade social, em que na maioria das vezes, se encontram tais vítimas, entendendo-se, por consequência, que a lei deve se adequar a realidade social, podendo a interpretação do dispositivo legal alargar as possibilidades de aplicação do texto normativo, afastando-se, desse modo, da proteção integral e da garantia de proteção à dignidade que devem ser concedidas ao adolescente.

## REFERÊNCIAS

ALEIXO, Klelia Canabrava. **Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral**. Bol. IBCCrim, n. 209, ano 17. São Paulo: IBCCrim, 2010.

Agência de Notícias dos Direitos da Infância – ANDI. **É correto falar em prostituição infantil?** Brasília, 2013. Disponível em :< <http://www.andi.org.br/help-desk/e-correto-falar-em-prostituicao-infantil>> Acesso em: 09/05/2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTI-PROFISSIONAL DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA (ABRAPIA): **Exploração Sexual Infanto-Juvenil**. Rio de Janeiro: Autores & Agentes & Associados , 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA MULTIPROFISSIONAL DE PROTEÇÃO A INFÂNCIA E À ADOLESCÊNCIA. (ABRAPIA): **Abuso sexual – mitos e realidade**. Petrópolis: Autores & Agentes & Associados, 3ª Ed., Abrapia, 2002.

AZEVEDO, M.A. & Guerra V.N.A. **Violência Doméstica na Infância e na Adolescência**, São Paulo: Robe 1995.

BAHE, Marco. O espantoso caso de uma menina em Pernambuco chama a atenção para o drama das crianças vítimas de abuso dentro da própria casa. Recife : 2010. Disponível em: <http://revistacrescer.globo.com/revista/crescer/0,,emi63201-15565,00a+menina+que+foi+estuprada+ficou+gravida+e+abortou+aos+anos.html>> Acesso em : 17/07/2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **O conceito de Vulnerabilidade e a Violência Implícita**, 2012 .Disponível em: <[ww.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita](http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita) > Acesso em : 04/04/16.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009. Brasília: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)> Acesso em 03/03/2016.

\_\_\_\_\_. **Lei Maria da Penha**. Lei N.º11.340, de 7 de Agosto de 2006.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069/90 de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília/DF.

\_\_\_\_\_. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. **Disque 100: Quatro mil denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes foram registradas no primeiro trimestre de 2015.** Disponível em: <[http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/maio/disque-100-quatro-mil-denuncias-de-violencia-sexual-contracriancas-e-adolescentes-foram registradas-no-primeiro-trimestre-de-2015](http://www.sdh.gov.br/noticias/2015/maio/disque-100-quatro-mil-denuncias-de-violencia-sexual-contracriancas-e-adolescentes-foram-registradas-no-primeiro-trimestre-de-2015)> Acesso em :09/03/2016.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA): **Tolerância Social a Violência contra as Mulheres**, Brasília: 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 820.018, Quinta Turma, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Dj: 15/6/09. Disponível em: [http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num\\_pro&valor=Resp%20820018](http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/jurisprudencia.asp?tipo=num_pro&valor=Resp%20820018). Acesso em : 15/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo , Apelação Criminal nº 0003993-22.2011.8.26.0566, Segunda Câmara de Direito Criminal, Relator: Francisco Orlando, Dje: 30/06/2014. Disponível em : <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=E2A39961ABAA3F78BAC3C30AF7CE04A4.cjsg2> > Acesso em: 10/06/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Penal e Processo Penal. Embargos de Divergência em Recurso Especial. EREsp 1021634/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 23/11/2011, DJe 23/03/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq\\_uencial=1079892&num\\_registro=201100993132&data=20120323&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1079892&num_registro=201100993132&data=20120323&formato=HTML)> Acesso em 15/05/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Penal.Recurso Especial nº0637361/SC, Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/06/2010, DJe 28/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15029401/recurso-especial-resp-637361-sc-2004-0036666-5/relatorio-e-voto-15029403>> Acesso em: 12/07/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Estupro de vulnerável. Apelação Criminal. nº 0001514-26.2012.8.26.0306,Relator: Airton Vieira Primeira Câmara Criminal Extraordinária, julgado em: 20.08.2015 DJe: 26.08.2015. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8744785&cdForo=0&vIcapcha=WCATV>. Acesso em 05.08.2016.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Estupro de Vulnerável. Apelação Criminal nº 70067388926. Relatora: Des.<sup>a</sup> Naele Ochoa Piazzeta, Oitava Câmara Criminal julgado:10.08.16 Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php%3Fnome\\_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao\\_fonetica%3D1%26tipo%3D1%2](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%2) Acesso em 20.08.2016.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003.

CALÇADA, Andreia. **Falsas acusações de abuso sexual e a implantação de falsas memórias**. São Paulo, Editora: Equilíbrio, 2008.

CAMPOS Carmen Hein de. **“Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha”** In: Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídicofeminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em Movimento**. São Paulo: Estudos Avançados 2003.

CASTRO, Mary Garcia; Ribeiro, Ingrid. **Normas e Cultura: diversificação das infâncias, adolescências na sociedade brasileira contemporânea de acordo com os direitos sexuais e reprodutivos**. In: Crianças e adolescentes: direitos, sexualidade e reprodução, São Paulo, ABMP, 2010.

COUTINHO, Luciana G. **Adolescência e trauma: a questão do ‘agir’ adolescente na contemporaneidade**. In: **Adolescência: um problema de fronteiras**. Comissão de Aperiódicos da Associação Psicanalítica de Porto Alegre (org.), Porto Alegre: APPOA (Associação Psicanalítica de Porto Alegre) 2004.

CUNHA, Rogério Sanches e GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Bruno Macedo. **Estupro Presumido: apontamentos acerca da presunção de violência elencada no art. 224, alínea "a" do Código Penal**. Jus Navigandi. 1999 <Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1040/estupro-presumido-apontamentos-acerca-da-presuncao-de-violencia-elencada-no-art-224-alinea-a-do-codigo-penal>> Acesso em: 24.02.2016.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DREZETT, J.; CABALLERO, M.; JULIANO, Y.; PRIETO, E.T.; MARQUES, J.A.; FERNANDES, C.E. **Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino**. J Pediatría v. 5, 2001. Disponível em :< <http://www.scielo.br/pdf/jped/v77n5/v77n5a13.pdf>> . Acesso em 12/05/2016.

FERNANDES, César E. (orga). **“Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino”**. Porto Alegre: Jornal de Pediatría. Vol. 77, 2001.

FERREIRA Teresa Helena Schoen. **A construção da identidade em adolescentes: um estudo exploratório**. Estudos de Psicologia, 2003. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/epsic/v8n1/17240.pdf>> Acesso em 12/05/2016.

GARCIA, Luis Gustavo Negri. **Lesão corporal leve na Lei Maria da Penha e Ação Penal**. Disponível em: < <http://www.lfg.com.br> > Acesso em 10/04/2016.

GRECO, Rogério. Lei N° 12.015/2009: **Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.  
 Governo do Estado de Pernambuco. Secretária da Mulher. **Campanha Basta de Violência**. Disponível em: ,<<http://www.secmulher.pe.gov.br/web/secretaria-da-mulher/violencia-mulheres>>. Acesso em 22/02/2016.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher**. Campinas: Servanda, 2004.

HUNGRIA, Nélon. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra. **Abuso, exploração e pedofilia: as intrincadas relações entre os conceitos e o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes**. In :Crianças e adolescentes: direitos, sexualidade e reprodução, São Paulo, ABMP, 2010.

LOPES, Luciano Santos. **A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes**. Belo Horizonte:Revista Eletrônica de Direito,2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, Rio de Janeiro: Forense: 2011.

NASCIMENTO, Virgílio Gomes do. **Sexo & Adolescência: informação e precocidade**. Disponível em: <<http://virgilionascimento.blogspot.com/2007/10/sexo-adolescncia-informaoe-precocidade.html>> Acesso em 12/05/2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentários a Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PARODI, Ana Cecília; Gama, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha- Comentários a Lei nº 11.340/2006**. Campinas: Russel Editores, 2009.

RODRIGUES, Carla. **“Performance, gênero, linguagem e alteridade: J. Butler leitora de J. Derrida”**. Revista Latino Americana Sexualidad, Salud y Sociedad n.10, 2012.

RODRIGUES, Juliana, et al. **Concepções de sexualidade entre adolescentes com e sem histórico de violência sexual**. Ribeirão Preto: Paidéia vol.16, nº.34,2006.

SAFFIOTI, Heleieth. I. B. **Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero**. São Paulo: Cadernos Pagu, 2001.

SARTI, Cynthia Andersen. **O Feminismo Brasileiro desde a Década de 70: Revisitando uma Trajetória**. Florianópolis: Revista Estudos Feministas, 2004.

SCOTT, Joan Wallach. **“Gênero: uma categoria útil de análise histórica”**. Porto Alegre: Revista Educação & Realidade, vol. 20, nº 2, 1990.

SIQUEIRA, Chico. **TJ considera adolescente prostituta e absolve fazendeiro**. São Paulo: Jornal Estadão,2014. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,tj-considera-adolescente-prostituta-e-absolve-fazendeiro,1523095> Acesso em:18/05/2016.

TAYLOR, Alice et al. **“ Ela vai no meu Barco” Casamento na Infância e Adolescência no Brasil**. Resultados de Pesquisa de Método Misto. Rio de Janeiro e Washintogton DC: Instituto Promundo & Promundo- US,2015.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

UNGARETTI, Maria América, (orga.) **Criança e Adolescente: Direitos, Sexualidades e Reprodução**. São Paulo: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP. ,2010.

VIEIRA, Miriam Steffen. **“Convenções de Gênero e Violência Sexual: A Cultura de Estupro no Ciberespaço”**. Bahia: Revista Contemporânea/ Comunicação e Cultura. V.13, 2015.