



10º Simposio de Ensino de Graduação

UMA ANÁLISE SOBRE AS PROBLEMÁTICAS DA UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO ETÁRIO/BIOLÓGICO EM FACE AOS CRIMES SEXUAIS NA ÓTICA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Autor(es)

ADRYELI SACILOTTO DE CAMARGO

Co-Autor(es)

TIAGO FELIPE COLETTI MALOSSO

1. Introdução

O presente artigo versa a respeito das problemáticas advindas da utilização do critério etário/biológico na auferição de crimes sexuais nos seguintes aspectos: Distanciamento da Realidade Sócio-Cultural, conflito com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conflito com o Princípio da Individualização das Penas, conflito com o Princípio da Presunção de Inocência, conflito com o Princípio da Proporcionalidade, conflito com a Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva e a aporia entre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1.990 (ECA/90) e o Código Penal de 1.940 (CP/40) sobre a referida temática.

2. Objetivos

Objetiva-se problematizar a adoção do citado critério tendo em vista as contradições que o mesmo apresenta dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ou seja, tem-se o escopo de se efetuar uma análise de como um sistema meramente etário que se fundamenta em uma questionável idade (a saber, a idade de 14 anos) destrói todo o sustentáculo principiológico sobre o qual se assenta o Direito Penal contemporâneo.

3. Desenvolvimento

A Lei nº 12.015/09 alterou o Título VI (Parte Especial) do Código Penal de 1.940-CP/40 e entre outras alterações, com a introdução do instituto da “vulnerabilidade” no que tange aos crimes sexuais.

Em síntese, até a citada Lei modificadora, o sistema penal brasileiro se confrontava doutrinaria e jurisprudencialmente na emblemática questão se a “presunção de violência” (contida no agora revogado Art. 224, alínea “a” do CP/40) era de natureza absoluta (não admitindo-se prova em contrário e caracterizando crime toda vez que houvesse contato sexual com um menor de 14 anos) ou se tinha natureza relativa (admitindo-se prova em contrário, não incidindo o delito, se no caso concreto, fosse apurado o discernimento do menor de 14 anos para validar o tal ato sexual).

Com o advento da Lei supra-citada, eliminou-se a expressão “presunção de violência” e inseriu-se um tipo penal autônomo, qual seja, o “estupro de vulnerável,” acrescentando-se o art. 217-A no CP/40. Entretanto, a discussão acima abordada sobre a natureza absoluta ou relativa continua existindo juridicamente, já que a simples inserção do conceito de vulnerabilidade não teve o condão de apenas por si, extinguir as controvérsias jurídicas e sociais acerca da relação sexual consentida envolvendo uma pessoa menor de 14 anos. A adoção desta vulnerabilidade tal como apresentada na dicção legal, reveste-se de inúmeros problemas ao colidir com os princípios basilares do Direito Penal, sobre os quais se fundamenta um Estado Democrático de Direito.

Entre estas confrontações inicia-se com a violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que pode ser entendido como: garantia negativa, no viés de que o Estado e a sociedade devem se abster de determinadas condutas para assegurar a liberdade individual, bem como, no sentido de garantia positiva para que o tal indivíduo possa se determinar de acordo com suas crenças. Tal princípio reveste de suma importância, uma vez que é um dos fundamentos da República brasileira (Art. 1.º, inc. III, Constituição Federal de 1.988 - CF/88), portanto, desrespeitá-lo, significa em última análise, ferir os demais direitos fundamentais.

No tocante à Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, tem-se que no âmbito penal, o agente só responde se tiver agido com dolo ou culpa para consecução de um crime. Todavia, se mesmo sem dolo ou culpa, mas tão apenas por ter mantido relação sexual com menor de 14 anos, o agente já é responsabilizado, então estará configurada a responsabilidade objetiva, o que caracteriza explícita violação a um dos princípios norteadores do Direito Penal, pois fatos são fatos e não se presumem, são o que são.

Constitucionalmente assegurado está o Princípio da Presunção de Inocência (Art. 5.º, inc. LVII, CF/88). Contudo, se na letra da Lei o simples fato de manter contato sexual com alguém abaixo de certa faixa etária é crime, não cabendo discutir sequer a existência de dolo ou culpa, então, a partir do momento em que o fato se configura na realidade social, o agente já é presumivelmente considerado culpado, em clara violação a mais um dispositivo constitucional.

Em conseqüência da colisão com o princípio acima, tem-se a inversão do ônus probatório, que em Direito Penal compete apenas e exclusivamente à acusação, afigurando-se, na prática, a seguinte situação: ao invés da acusação ter que provar que o indivíduo incidiu em crime, é o tal indivíduo que terá que demonstrar que é inocente e que não incidiu no delito, já que a Lei o imputou a priori tal infração penal. Por óbvio trata-se de divergência a um dos pilares norteadores da consecução da processualística penal.

Há também conflito com o Princípio da Individualização das Penas, (Art. 5.º, inc. XLVI, CF/88) definido como aplicação da pena adequada e correta em relação às particularidades de cada pessoa submetida à execução criminal, avaliando fatores como o grau de violação ao bem jurídico lesionado, a importância deste tal bem, a forma específica pelo qual foi cometido, as circunstâncias em que o mesmo se perfez e os motivos que o engendraram o crime.

Neste sentido, não seria correto imprimir o mesmo intervalo de pena para a pessoa que violentamente manteve relações sexuais com alguém menor de 10 anos e o namorado que manteve algum tipo de contato sexual, com o consentimento de sua namorada, de 13 anos de idade. Não traçar uma linha diferenciadora (ou traçá-la tão apenas entre a pena mínima e a máxima) seria uma forma de burlar a individualização das penas, que é um direito fundamental.

No tocante ao Princípio da Proporcionalidade, é possível se concluir que há uma forte confrontação dos seguintes bens jurídicos: de um lado, há a dignidade sexual da pessoa em desenvolvimento, ou seja, a tutela para o sadio e correto desenvolvimento sexual de certas pessoas em determinada faixa etária, e de outro, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Vedação da Responsabilidade Penal Objetiva, Presunção de Inocência e da Individualização das Penas.

Trata-se de “equação” de princípios que quando confrontados demonstram que, embora não se deva excluir da proteção jurídica, a dignidade sexual de crianças e adolescentes, não se pode permitir que seja esta proteção absoluta, transpassando todo o rol de direitos e garantias fundamentais, substratos de um Estado Democrático de Direito.

Além de toda esta situação jurídica exposta, há a questão social, vez que a cada dia, parcelas cada vez mais significativas da realidade sócio-cultural não concebem como uma relação sexual, desde que consentida, com alguém ainda que seja menor de 14 anos, venha a ferir a existência do corpo social.

Dentro de um Estado Democrático de Direito, a própria sociedade é quem deve definir (através da eleição dos membros do Poder Legislativo) o que entende como crime, ou seja, condutas tão gravosas que colocaria em risco o desenvolvimento normal coletivo; caso contrário, o Direito Penal, perde sua eficácia social e torna-se inócuo.

Diante destas problemáticas entre a realidade social de fato e violações constitucionais presentes na definição legal de vulnerabilidade, surge mais uma aporia, qual seja, a discrepância entre as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente–ECA/90 e o CP/40 haja visto que àquele entende que a partir dos 12 anos de idade o indivíduo já teria condições de responder com medidas socioeducativas, por entender o caráter ilícito dos atos infracionais, se neles vier a incorrer e este último estabelece a idade de 14 anos como incapaz de se autodeterminar em termos de vida sexual.

Ou seja, seria paradoxal alguém poder ser responsabilizado com medidas socioeducativas por entender o ilícito que pratica e não ter a compreensão acerca de sua conduta sexual.

Desta celeuma, surge uma perplexa figura no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o estupro bilateral de vulnerável. Com efeito, se dois menores de 14 anos (mas maiores de 12) mantiverem relação sexual consentida entre si, ambos incorrerão no ato infracional do “estupro de vulnerável”, sendo responsabilizado nos termos do ECA/90, já que cada um foi sujeito ativo e passivo do ato infracional simultaneamente, fato que afigura-se absolutamente antilógico e incoerente.

Logo, pode-se conceber que a utilização exclusiva de um critério etário/biológico não é o sistema que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito e os princípios do Direito Penal e Processual Penal, sendo assim, uma medida que poderia ser sugerida como via alternativa, é a adoção de critérios que sopesem o grau de desenvolvimento intelectual e sexual das pessoas envolvidas, bem como o meio social e cultural em que o ato sexual se perfez, somando-se as características próprias de cada caso em concreto.

4. Resultado e Discussão

Não se está a propor que não se deva tutelar o sadio desenvolvimento sexual de pessoas em certa faixa etária, notadamente de crianças em tenra idade, mas que não será mediante um critério puramente etário, cuja a eleição da idade de 14 anos, não encontra explicação científica nem jurídica, que irá resolver as problemáticas supra-citadas.

Lógico que a proposta alternativa de adoção de outros critérios a fim de se determinar se houve ou não a configuração de um crime de natureza sexual se defronta com a falta de estrutura e de verbas, já que ter-se-ia que investir muito na contratação de certos profissionais, tais como psicólogos, assistentes sociais, entre outros, e sabe-se da falta de investimentos públicos nesta área.

Por outro lado, há uma questão intrínseca na cultura jurídica, já que é muito mais fácil julgar verificando-se tão apenas um critério etário objetivamente exposto em um dispositivo, do que analisar toda situação fática do caso concreto e fundamentar solidamente se haveria ou não delito sexual em cada caso.

Não se pretende esgotar as problemáticas e muito menos entender que a única solução plausível seria a substituição do critério etário pelo psico-social, mas sim demonstrar mediante tudo o que acima se expôs, que é urgente o debate de assunto tão complexo e de tão sérias conseqüências sociais e jurídicas.

5. Considerações Finais

Diante de todo o exposto perceptível que a utilização de um critério etário/biológico na auferição de crimes sexuais reveste-se de incontáveis conflitos com princípios e características do Estado Democrático de Direito notadamente com o viés da Dignidade da Pessoa Humana.

Não se afigura juridicamente lógico desrespeitar toda uma gama de princípios, e não apenas princípios constitucionais brasileiros, mas sustentáculos sob os quais se fundamenta o contemporâneo Direito Penal, em nome de uma questionável vulnerabilidade que por sua vez, se fundamenta em um problemático critério etário/biológico, sendo que, este sequer se coaduna com a realidade sócio-cultural da atualidade.

Conforme já mencionado, a resposta a tais complexas celeumas não é única e antes de mais nada, merece uma atenção séria por parte dos intérpretes de Direito e também dos legisladores pátrios em um debate pluralista que leve em consideração, além das características da sexualidade hodierna, os princípios fundamentais e os elementos que estruturam o Direito Penal-Constitucional.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Código Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPANO, Evandro Fabiani. Dignidade Sexual - comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela lei 12.015/2009. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 109 p.
- DIMOULIS, Dimitri. (Dir) et al. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. 401 p.
- ESTEFAM, André. Crimes sexuais. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 168 p.
- GOMES, Luiz Flávio. Presunção de violência nos crimes sexuais. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 152 p.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 193 p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual - comentários à lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 124 p.
- SOUZA, Paulo S. Xavier. Individualização da pena no Estado democrático de direito. ed. Porto Alegre: SAFE, 2006. 359 p.

