

DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL E NA ARGENTINA: DA (IR)RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO PELA IDADE DA VÍTIMA

Betina Heike Krause Saraiva¹

Juliana Andrade Gondran²

“O amor explode de energia criativa, que inúmeras vezes é liberada numa explosão ou fluxo contínuo de destruição” BAUMAN (2004, p. 34).

Resumo: O presente artigo trata do estupro de vulnerável, no que tange a capacidade – ou não – de consentimento da vítima relativamente a sua idade. A matéria é sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça e a legislação, em 2018, acresce ao texto legal que as penas previstas no art. 217 – A, aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. A idade para que seja considerado estupro, no Brasil, compreende abaixo de 14 anos. Para tanto, em termos de Direito Comparado, realizando um paralelo com a legislação argentina, que trata dos crimes contra a integridade sexual, a faixa etária situa-se abaixo de 13 anos, salientando-se que cabe prisão perpétua ao agente, se da violência sexual resultar em morte. Pelo Direito Penal Argentino, considera-se também a idade abaixo de 16 anos, quando do cometimento do crime, o agente aproveita-se da imaturidade sexual da vítima, em razão da maioridade do autor, sua relação de preeminência sobre ela ou outra circunstância equivalente.

1 Pós-doutoranda em Direito (UFRGS). Doutora em Direito (PUCRS). Especialista e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Autora das obras: *Maridos homicidas no Direito Penal da paixão* (Editora Feevale) e *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere* (Livraria do Advogado Editora).

2 Acadêmica de Direito na Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Palavras-Chave: Estupro de vulnerável. Idade. Consentimento. Direito Comparado.

Abstract: The present article treats about rape of vulnerable, in reference of the capacity – or not – of consent from the victim due to the age. The subject is established by the Superior Court of Justice and legislation, in 2018, adds to the legal text the sentences expected on the article 217 –A, it is applied independently from the victims consent or if it had stablished sexual relations prior the crime. The minimum age to be considered rape, in Brazil, stablishes below the 14 years old. For such, on compared law terms, establishing an comparative with the argentinian legislation, wich treats from crimes against sexual integrity, the age range is below 13 years old, stressing it is fitable life sentence to the agent, if the sexual assault results in death. By the argentinian criminal law, it is also considered the age below 16 years old of the victim, when the crime was committed, the agent takes advantage from the victims sexual immaturity, due to the adulthood of the author, its preeminence relation over her or other equivalent situation.

Keywords: Rape of vulnerable. Age. Consent. Comparative law.

INTRODUÇÃO



adolescência é um período de descobertas e de conflitos: uma fase na qual não se é mais criança tampouco adulto. Um momento de busca de identidade, de pertencimento em grupos, de valorização de amigos, de contestação da autoridade dos pais e da incursão na sexualidade.

A questão hormonal apresenta papel significativo na mudança comportamental do adolescente que, muitas vezes, busca

o álcool e as drogas para se afirmar enquanto sujeito que escolhe. Essas eleições permitem que se sinta mais autônomo, menos dependente das figuras parentais. Entretanto, existe um preço para o ingresso no mundo dos adultos, como assumir responsabilidades diante dos diversos compromissos que se impõe e, por isso, muitos filhos insistem na adolescência e na rebeldia, como uma forma de evitar o desenvolvimento e ter que enfrentar os ônus da adultez.

A vontade e a sexualidade são questões centrais nesse texto, em cujas problemáticas não apenas a Psicologia, mas o Direito precisa se envolver. O querer envolve maturidade psicológica e a sexualidade requer consciência das consequências das escolhas, do agir. O legislador penal é claro nesse sentido quando deixa evidente que o consentimento não é relevante para o tipo penal objeto desse estudo.

No Brasil, a capacidade de iniciar a vida sexual, pela legislação (Lei nº 12015/2009), se dá aos 14 anos. Isso porque o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) criminaliza a conjunção carnal e atos libidinosos diversos dela, isto é, as mais variadas práticas de cunho sexual, com menores de 14 anos, além das pessoas que não consigam exprimir plenamente sua vontade, como aqueles em situações que merecem mais cuidado, como os portadores de necessidades especiais, como deficientes visuais, indivíduos em cadeiras de rodas, portadores de doenças mentais etc.

As vítimas são bastante identificáveis, entretanto, o Brasil apesar da proteção penal a esses sujeitos, é conhecido como o “país do carnaval”, em sentido apelativo para a sexualidade mais “liberada”. Poder-se-ia então criticar a idade posta pela lei, aduzindo que muitos adolescentes com 14 anos não são mais virgens, como será apreciado nas páginas subseqüentes, inclusive, mediante um cotejo entre o início da vida sexual dos adolescentes brasileiros e argentinos.

Para tanto, a fim de analisar essa temática, esse estudo se

propõe a traçar um comparativo com a legislação penal argentina, no tocante aos crimes sexuais, notadamente o estupro, tendo em vista o consentimento e a faixa etária para que seja afastado ou considerado o cometimento desse crime sexual.

Em razão disso, urge um exame, ainda que breve, da adolescência e até que idade se considera adolescente no Brasil, a fim de que seja possível um paralelo entre as realidades e as previsões jurídico-penais nos dois países.

Para corroborar o entendimento da importância do aceite na prática sexual, imperativo salientar que a matéria encontra-se sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

O legislador penal buscou resguardar as crianças e os adolescentes, tendo em vista a proteção integral que a legislação lhes confere e, ao que parece, tentou reafirmar a importância da liberdade sexual, como bem jurídico tutelado, considerando a maturidade física e emocional do adolescente que não deve ser tratado como adulto, respeitando seu normal desenvolvimento e interesses que não sejam o início precoce da vida sexual, relativo ao momento mais adequado para essa escolha.

Por isso, a pergunta que se impõe é a seguinte: no Brasil e na Argentina têm sido considerado o consentimento dos menores diante das práticas sexuais, havendo flexibilização quanto ao texto legal, ou a aplicação da lei vem sendo respeitada de forma imperiosa e absoluta?

I. DA CONDOTA SEXUAL DO ADOLESCENTE E SUA (IN) CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO

A sexualidade, na literatura, retratou-se, nos clássicos, como meio para a infelicidade e o crime (Otelo em Shakespeare), por exemplo, ao mesmo tempo em que se mostrou idealizada em incontáveis romances, como meio para alcançar prazer e felicidade. Sexo como vida e/ou morte. Expressões como “mal-amada” surgem para justificar comportamentos femininos

agressivos e diversos crimes são cometidos sob o impacto do desejo frustrado, como o feminicídio (crime contra a vida) e da lascívia, como a violação sexual mediante fraude e o assédio sexual, por exemplo. O impacto da chamada concupiscência é histórico e independe de nacionalidade, de classe social e tantas outras particularidades. A diferença encontra-se na forma como se lida com o desejo sexual, seja o reprimindo, o externalizando, o sublimando, isto é, depende de cada sujeito.

Desejos existem também na adolescência, na qual os interesses se modificam daqueles presentes na infância. Para tanto, é necessário, ainda que brevemente, conceituar a adolescência para que se possa passar a questão do consentimento nas práticas sexuais.

De acordo com Nasio (1942, p. 13.) “adolescente é um menino ou uma menina que cessa gradativamente de ser uma criança e ruma com dificuldade para o adulto que virá a ser”.

Para tanto, faz-se necessária a contextualização do comportamento sexual adolescente com o meio social no qual está inserido:

A sociedade contemporânea é profundamente contraditória. Estimula precocemente a prática sexual por meio de filmes pornográficos, propagandas insinuantes, prevalecendo a mentalidade do consumo. Ela não oferece a devida educação necessária para que o indivíduo possa aprender a se defender do que é bom e do que é mau. A mentalidade preventiva ainda está muito longe de ser alcançada em nossa sociedade (LEVISKY, 1998, p.26).

Ainda nesse sentido, “as características psicológicas desse movimento evolutivo, sua expressividade e manifestações ao nível de comportamento e da adaptação social, são dependentes da cultura e da sociedade em que o processo se desenvolve” (LEVISKY, 1996, p. 21).

Relativamente ao desenvolvimento do adolescente há um dilema comportamental: satisfazer seus próprios desejos ou à expectativa dos pais?

Ressalte-se a importância de se avaliar em qual

sociedade esse adolescente está inserido ou submerso, tendo em vista que a vivência e a convivência partem de um dado ou pré-dado social, cujas influências da família e do meio são bastante expressivas na formação da personalidade e na maneira como uma pessoa em formação se coloca e se percebe no mundo.

A cultura ou o *modus vivendi* de uma localidade afetam diretamente no modo como um sujeito se comporta, reage ou se coloca em um universo social, inclusive, a religião pode ser um fator de maior repressão ou controle de desejos sexuais, dependendo do país onde o sujeito se encontra e as ideologias e tradições que o identificam.

Em que pesem essas considerações acredita-se que os desejos ou expectativas que os pais depositam sobre os filhos estão relacionados à forma como os genitores educaram, no sentido de que a prole seja capaz de retribuir o esperado, seja como profissionais, como cidadãos. Contudo, os desejos podem ser excessivos ou ilusórios, contemplando-se que os sujeitos são resultado, além da educação e do ambiente, de influências culturais, do temperamento, de seus ancestrais.

Nesse sentido:

A dissociação entre o biológico e os diversos níveis de maturação psicossocial passa a ser importante fatos de tensão entre os jovens. Fisicamente ele pode estar apto para exercer suas funções sexuais, mas encontra diante de si as forças da cultura, da sociedade e dos riscos que existem ante os desejos de plena liberação e desenvolvimentos dessas funções (LEVISKY, 1998, p. 26).

Pode-se argumentar que, com as transformações culturais e comportamentais pelas quais a sociedade atravessou, com a flexibilização das relações afetivas, diante de questões que envolvam a sexualidade, o adolescente do presente século estaria mais amadurecido ou menos infantilizado que o da Parte Geral do Código Penal de 1984. Entretanto, saliente-se que o legislador não enfrenta esse mérito. Ao que parece, o conteúdo legislativo inaugurado em 2009 visa preservar aqueles que, em que pese estarem inseridos em meio social mutável, continuam

sendo psicológica, além de fisicamente, inaptos a tomarem certas decisões, como o início da vida sexual (e com quem).

A vida sexual ativa tem sido estudada pela Psicologia, que a relaciona ao controle (ou não) dos impulsos pelos sujeitos e como se poderiam administrá-los:

Todas as pessoas têm impulsos sexuais biológicos. Contudo, a cultura e a religião podem influenciá-las a reprimir o sexo antes do casamento, a evitar relações adúlteras no casamento e mesmo a não ter nenhuma atividade sexual, como no caso dos monges, padres e freiras (FRIEDMAN; SCHUSTACK, 2004, p. 442).

Essa repressão não deixa de ser civilizatória, uma vez que a postergação do prazer é aceitável, no sentido de frear os instintos, sublimá-los, seja diante da negativa do outro, seja perante as proibições legais.

A legislação anterior trazia a expressão “presunção de violência” aos que praticavam relações sexuais com menores de 14 anos e igualmente tratava da questão dos portadores de doenças mentais, os quais, atualmente, são os vulneráveis, ratificando os fatores etário, englobando-se os de ordem neurológica, psicológica e física, uma vez que incluem-se as crianças, que detêm limitações cognitivas e físicas, quanto à força, por exemplo, para apresentarem resistência.

Entretanto, a alteração da “presunção de violência” para “vulnerabilidade” sofre críticas, uma vez que o comportamento sexual da juventude brasileira está em dissonância ao texto legal que estipulou determinada faixa etária.

Eis o contraponto: “Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição da criança e do adolescente” (NUCCI, 2017, p. 59).

Assim:

Espera-se que o jovem aprenda a controlar seus impulsos sexuais e agressivos num período em que ele se sente pouco habilitado para fazê-los, levando-o a reprimi-los ou liberá-los.

Não raro passam à ação, muitas vezes de forma impulsiva e inconsequente, constituindo o *acting out*³. Isto é, agem por descarga, não usando devidamente sua capacidade de pensar criativamente (LEVISKY, 1998, p.31).

Consentimento significa vontade livre, não viciada de permitir ou dar licença para que algum ato seja praticado. No que tange ao consentimento de adolescentes de até 14 anos, questiona-se a capacidade de aceitação para determinados atos, principalmente sexuais e os considerados libidinosos (os diversos da conjunção carnal).

Nessa linha,

Tais níveis de envolvimento emocional e cognitivo requerem maturidade e disponibilidade para funcionar dentro do princípio de realidade individual e social. Elementos que, por sua vez, vão sendo adquiridos a partir de vivências que contêm níveis de contradições e conflitos que o adolescente necessita atravessar e aprender a enfrentar (LEVISKY, 1998, p. 27).

Dessa forma, levando em consideração os possíveis vícios de vontade dos adolescentes, a legislação visou a proteção da liberdade sexual dos considerados vulneráveis. Nesse sentido, são entendidas como vulneráveis “aquelas que não tem suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual” (PRADO, 2020, p. 818).

A liberdade sexual contempla a integridade e autonomia sexual (PRADO; CARVALHO, 2017, p. 467).

A imposição de um desejo sexual unilateral em relação a outra pessoa é uma forma de violação de liberdade sexual e da dignidade pessoal, cujos conceitos estão atrelados, ou seja, implica em humilhar o outro:

Dignidade e humilhação são dois temas que chamam a atenção quando se fala em identidade, respeito, singularidade de cada

3 Termo usado em psicanálise para designar as ações que apresentam, quase sempre, um caráter impulsivo, relativamente em ruptura com os sistemas de motivação habituais do sujeito, relativamente isolável no decurso de suas atividades, e que toma muitas vezes uma forma auto ou heteroagressiva. (LAPLANCHE e PONTALIS, 2001, p.6).

um, independente de como seja [...] “Quem humilha será humilhado” é uma frase bíblica. Desde o início da existência, alguns se sentiram – como se sentem – superiores, quando impõem uma condição de menos valia a outra pessoa, seja expondo-a ao ridículo, publicamente, seja na ofensa verbal, física ou sexual (SUECKER, 2013, p. 130-131).

A idade de 14 anos é um critério adotado pelo legislador, contudo, merece ser ressaltada a questão das crianças, que pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, são aquelas com 12 anos incompletos, assim, também, buscando reprimir as práticas de pedofilia, cujos agentes são portadores de perversão sexual e, por isso, criminosos hediondos.

Assim:

De todo modo, temos que a intervenção penal no âmbito da sexualidade só faz sentido se se prestar à proteção da própria liberdade de autodeterminação sexual de adultos e à proteção do desenvolvimento pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral [...] (QUEIROZ; COUTINHO, 2019, p.70).

Por mais que a legislação preveja e que haja matéria sumulada reiterando a idade da vítima, pondera-se que a sexualização dos adolescentes e até mesmo das crianças tem sido bastante preocupante. O país necessita de políticas públicas sociais capazes de sublimarem os impulsos sexuais dos jovens, ao mesmo tempo em que é urgente que adultos vejam crianças e adolescentes como tais pois, apesar de um eventual desenvolvimento físico, são psicológica e biologicamente imaturos.

II. UM COMPARATIVO NO QUE TANGE À IDADE DA VÍTIMA RELATIVAMENTE AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO BRASIL E NA ARGENTINA

A lei é bastante clara no Brasil, especialmente, em 2018, com a inclusão do parágrafo 5º (Lei nº 13718/2018) ao art. 217-A, que reforça e insiste no afastamento do consentimento do menor de 14 anos para a prática de ato sexual:

Art. 217-A, CP: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato

libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2018).

Ao que indica, o legislador entendeu por bem esgotar as possibilidades ou interpretações, uma vez que outro fator a ser mencionado relativamente ao consentimento de adolescentes no estupro de vulnerável é a sua – possível – ligação com o estupra-dor.

Os adolescentes, quando apaixonados, idealizam seus companheiros, ou seja, para eles a relação amorosa se dá com alguém perfeito, sem capacidade crítica; logo, o consentimento do adolescente poderá estar comprometido diante de circunstâncias que irão viciar sua noção de realidade, podendo fazer com que realize condutas não pensadas de forma crítica (LEVISKY, 1998, p. 55-56).

Pesquisadores norte-americanos defendem que:

O comportamento sexual pode ser influenciado por muitos fatores psicológicos, acrescido às pressões culturais e sociais que podem mudar rapidamente de uma geração para a próxima. Entendendo as influências psicológicas que conduzem a atividade sexual adolescente, como as reações e mudanças hormonais, químicas e neurológicas é possível intervir no auxílio, no apoio a adolescentes em tomar decisões quanto seu comportamento sexual (WHO, 2011 *apud* PRINGLE *et al*, 2017).

Como descreve Levisky (1998, p. 60), “o jovem não se

sente ainda preparado emocionalmente para uma verdadeira relação sexual. Muitas vezes seus sonhos românticos não vão além de sua imaginação”, demonstrando que a mescla entre a fantasia e imaginação com a realidade, é capaz de impedir seu raciocínio e afetar seu discernimento.

Relativamente ao afastamento do consentimento do menor de 14 anos, eis a inteligência da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça no que tange à matéria:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (BRASIL, 2018).

Dessa forma, há vontade viciada do menor de 14 anos em qualquer circunstância em que houver ato libidinoso (todo o ato diverso do coito vagínico) ou conjunção carnal com a vítima. Além disso, a referida Súmula surge para que se impossibilitem interpretações em sentido contrário, pacificando o entendimento relativo à matéria. Portanto, a referida Súmula corrobora a redação do art. 217 – A do atual Código Penal, retirando possíveis margens que deslegitimem a proteção do adolescente, tornando mais efetivo o resguardo aos vulneráveis.

Saliente-se, também, que a Súmula reitera que o consentimento independe do passado sexual da vítima, isto é, não prospera o argumento de que sua eventual experiência sexual afastaria a prática do estupro. Ainda mais, trazendo a hipótese de eventual relacionamento amoroso pretérito o que não invalida a negativa da vítima ou que geraria presunção de consentimento, afastando o cometimento do crime sexual. Ressalta-se que, em 2018, o legislador penal brasileiro acrescentou, pela Lei nº 13718, os tipos penais de estupro coletivo (evidenciado em circunstâncias como o carnaval) e o estupro corretivo, para controlar o comportamento social ou sexual da vítima (BRASIL, 2018).

Note-se que o estupro de vulnerável é crime hediondo no

país (art. 1º. 1-A, VI, Lei nº 8072/90), uma vez que o sujeito passivo compreende uma camada bastante frágil da população, não se esquecendo que crianças igualmente são abrangidas pela faixa etária constante na legislação, tornando o delito ainda mais reprovável.

Cumpra, igualmente, ressaltar que o estupro absorveu, em 2009, o atentado violento ao pudor, que fora revogado, sendo que o ato libidinoso e não apenas a conjunção carnal, sem o consentimento da vítima, que pode ser do gênero masculino ou feminino, consiste na prática de estupro.

Por outro viés, ao contrário do crime de estupro tipificado pelo artigo 213 do Código Penal, o uso da força física não é indispensável para a configuração do crime de estupro de vulnerável, “a violência ou grave ameaça não é um elemento essencial, mas accidental do tipo, uma vez que pode configurar-se com ou sem emprego da violência” (QUEIROZ; COUTINHO, 2019, p.147).

Urge que seja realizado, após essas inquietantes questões da realidade jurídico-penal brasileira, um comparativo entre os dois países, razão dessa abordagem. Sabe-se que a legislação sofre influência cultural, do *modus vivendi* do lugar na qual é elaborada e posta: “as normas jurídicas são elaboradas a partir de uma estrutura social que lhe dá contexto e forma” (MASCARO, 2015, p.65).

Diante disso, comparam-se os dispositivos brasileiro e argentino sobre estupro de vulnerável nos respectivos países. Importante ressaltar, ainda que brevemente, como as duas sociedades (brasileira e argentina) percebem as práticas sexuais precoces.

Inicialmente, examinando o Brasil, salienta-se que

Chega-se a acompanhar, desde artigos até programas feitos pela televisão, com enfoque específico, a gravidez de meninas de 9, 10, 11, 12 e 13 anos, portanto, todas abaixo de 14 anos. Elas não são prostitutas; formam família e seus companheiros podem ser igualmente jovens, mas há muitos que já

ultrapassaram os 18 anos. É desumano separar o casal porque se vislumbra, tecnicamente, a vulnerabilidade *absoluta* da vítima (grifo do autor) (NUCCI, 2017, p. 61).

Por isso, conforme o autor supramencionado, o problema da realidade da vida é maior que o do mundo estático do texto legal: a união estável da ofendida com o agressor: “ao menos nesses casos é preciso que os juízes considerem relativa a vulnerabilidade, atestando a atipicidade do fato” (NUCCI, 2017, p. 67).

Para se estabelecer um paralelo com a iniciação sexual de adolescentes na Argentina, estudo realizado com 1571 mulheres adolescentes e jovens, relatou que em 2015, “os resultados mostram que a iniciação sexual ocorre a partir de se cumprir 15 anos e a maioria das mulheres debuta sexualmente antes dos 17 anos” (BINSTOCK; GOGNA, 2015).

Uma pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo (USP), em 2006 apontou que “adolescentes iniciam sua atividade sexual na faixa entre os 13 e os 17 anos de idade” (São Paulo, 2007).

No que tange ao cerne desse estudo, que é a idade, crucial para a configuração do estupro de vulnerável, o Código Penal da República Argentina dispõe em seu art. 119:

Artigo 119 - Será reprimido com reclusão ou prisão de seis (6) meses a quatro (4) anos o que abusar sexualmente de uma pessoa quando esta for menor de treze (13) anos ou quando mediante violência, ameaça, abuso coativo ou intimidatório de uma relação de dependência, de autoridade ou de poder ou aproveitando-se de que a vítima, por qualquer causa não possa consentir livremente com sua ação (ARGENTINA, 1984).

Outro ponto a ser comparado entre as legislações são as penalidades: no Brasil, de acordo com o caput do artigo 217-A, a reclusão pela prática do estupro de vulnerável é de oito a quinze anos. Porém, na Argentina o apenamento para esse delito é de 6 meses a 4 anos, no entanto a legislação argentina permite a prisão perpétua (art. 124, do Código Penal Argentino), se do cometimento do crime resultar na morte da vítima, sanção esta

que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, torna-se evidente a importância da proteção sexual de crianças e adolescentes em ambas as legislações, tendo como elemento principal a proteção dos menores de 14 anos.

Os delitos contra a integridade sexual, como tipificados na Argentina, tratam da proteção de importantes e relevantes bens jurídicos: “Deve se entender que os bens jurídicos em jogo estão na classe dos delitos constituídos por violações à dignidade, à intimidade, à liberdade sexual e em âmbito das crianças e jovens, também o desenvolvimento psíquico e físico de sua personalidade” (FELLINI; SANSONE, 2000, p. 18).

Na sequência, assim estabelece o art. 120, do Código Penal argentino:

Será reprimido com prisão ou reclusão de três a seis anos, o que realizar algumas das ações previstas no segundo ou no terceiro parágrafo do art. 119 com uma pessoa menor de 16 anos, aproveitando-se de sua imaturidade sexual, em razão da maioridade do autor, sua relação de preeminência a respeito da vítima ou outra circunstância equivalente, sempre que não resultar um delito apenado mais severamente (ARGENTINA, 1984)⁴.

Pela leitura apressada das legislações vigentes no Brasil e na Argentina, aparentemente, não são abertas margens de interpretação, diante de dispositivos taxativos. Entretanto, em 2019, apenas para mencionar uma decisão, na Argentina, um acusado fora absolvido em juízo por ter tido relações sexuais (duas vezes) com uma criança de 11 anos, que, inclusive, engravidou em decorrência das práticas sexuais.

Veja-se a ementa de uma decisão do Tribunal Oral Penal de Corrientes:

4 O segundo e o terceiro parágrafos, os quais remetem o dispositivo preveem: “a pena será de quatro (4) a dez (10) anos de reclusão ou prisão quando o abuso por sua duração ou circunstâncias de sua realização houver configurado uma submissão sexual gravemente ultrajante para a vítima”. “A pena será de seis (6) a quinze (15) anos de reclusão ou prisão quando mediando as circunstâncias do primeiro parágrafo tenha havido acesso carnal por via anal, vaginal ou oral ou realizado outros atos análogos, introduzindo objetos ou partes do corpo em alguma das primeiras vias”.

1 - Corresponde a absolver o acusado do delito de abuso sexual com acesso carnal a uma menor de treze anos, pois o tipo exige ao imputado ter realizado a conduta “abusiva”, não se vislumbra em particular, pois interrogada a testemunha, com firmeza e decisão, manifestou que “nunca” foi obrigada a fazer algo contra sua vontade e que nunca se sentiu abusada.⁵

2 – A presunção de invalidade do consentimento do menor de treze anos em uma relação sexual não é absoluta, senão relativa, de maneira que se comprova que a menor prestou seu consentimento para a realização do ato sexual e a conduta do autor não foi abusiva, o fato não pode ser considerado delitivo.

3- Não é suficiente a circunstância da menor de idade ou da incapacidade para a configuração do delito de abuso sexual, contudo faz falta algo mais: que se “abuse” delas; e em tais pressupostos, o consentimento que prestaram o menor ou o incapaz é não somente possível como válido, pois do contrário não teria explicação a exigência normativa do “abuso” para considerar cometido o delito.

4- A lei nega ao menor de treze anos de idade, a capacidade suficiente para compreender o significado sociocultural do ato sexual que protagoniza, considerando o legislador que uma pessoa menor de treze anos está incapacitada para compreender o sentido do acesso carnal, pelo qual não pode prestar validamente seu consentimento para ele. (Al Día, 2019).

A decisão chama a atenção por ser recente e pelo fato de dar plena relevância à palavra da “vítima” em detrimento de sua idade, ou seja, o que prevaleceu fora seu depoimento e não o critério cronológico trazido pela legislação.

Interessante que, em site oficial do Governo Argentino, há uma série de perguntas e respostas acerca do abuso sexual, como se configura e, por certo, a importância da abordagem da questão do consentimento. No texto surge a pergunta: “pode um menino ou uma menina prestar seu consentimento para uma atividade sexual”? E a resposta: “Não. Se considera abuso sexual, a atividade sexual com um menor de 13 anos, mesmo que haja prestado seu consentimento” (Argentina, 2020).

Na esteira dessa discussão centrada eminentemente no

5 Onde lê-se testemunha, traduziu-se do texto “testigo”.

consentimento (na incapacidade de consentir), ressalta-se que, Nos delitos sexuais mais graves, além da penetração, devia haver outra série de requisitos para que os delitos mais graves pudessem se constituir como tais aos olhos da lei [...] com a demonstração de uma ausência ou total incapacidade de consentimento por parte da vítima. Nesse sentido, se traz à colação aquela velha máxima *velle non potuit ergo noluit* (aquele que não pode querer, não quer). A mesma parece compreender na teoria e na prática duas formas: aos menores de 12 anos e quando a pessoa se encontrar privada de sua razão ou sentido por qualquer causa, momentânea ou permanentemente (RIVA, 2013, p. 9).

A autora argentina refere menores de 12 anos e sua abordagem é bastante significativa, no sentido da afirmação: aquele que não pode querer, não quer. Essa máxima traduz e reduz a problemática estabelecida. Não é possível consentir, então, que não se considere quando for defendida a possibilidade de anuência de quem é incapaz de conferi-la.

Ainda na discussão do consentimento na Argentina, aponta-se o fato de manutenção de relações entre maiores, conhecido como consentimento desincriminador: “contudo, existem outros delitos nos quais a existência do consentimento faz desaparecer o delito, por exemplo, consentir na manutenção de relações sexuais entre maiores de idade” (DEL VALLE ARGÜELLO, 2013).

A dogmática argentina é bastante crítica no sentido dessa discussão quando o ato sexual envolve menores, e problematiza: Suponhamos que dois jovens, um de 12 anos e outra de 16 anos mantenham um vínculo de casal desde um tempo e, como consequência, protagonizam relações sexuais (masturbação, sexo oral, penetração, etc.) desejadas, promovidas e consentidas por ambos. Suponhamos que o pai/mãe do menor, ao saber da relação e por considerá-la contrária à moral, denunciam a jovem frente a Justiça Penal. Estamos na presença de um delito? (BROGLIA, 2011).

Essa questão é polêmica e mereceria análise de cada caso, em suas particularidades. No Brasil, pelo texto legal, tem-se mostrado de forma assertiva a *mens legis* “engessando” o

magistrado concernente a interpretações (além da lei). Contudo, as dogmáticas brasileira e argentina se debruçam na mesma preocupação, no sentido de não criminalizar indiscriminadamente condutas praticadas, de cunho sexual, quando a suposta vítima afirma conhecer e desejar o “autor do fato”. Para tanto, parece que dois lados merecem análise e atenção: defesa e acusação. Nesse patamar, pode-se discorrer a quem interessa a aplicação fria da lei ou a discussão acerca das relações (pseudo) afetivas entre as partes.

Na sequência, o autor argentino supramencionado disserta que:

Para que se configure um delito, a conduta deve ter causado dano ou posto em perigo de forma concreta o bem jurídico de que se trate, nesse caso, a integridade sexual. Se ambas as partes consentem de forma livre no ato sexual (o que pressupõe, desde logo, facultades para isso) tal afetação do bem jurídico não existiria e por isso, não haveria configurado delito algum (BROGLIA, 2011).

Um argumento de defesa na linha do consentimento foca-se, justamente, nas relações de proximidade entre ambos; o problema é a capacidade de compreensão acerca da prática sexual, em decorrência da idade. A questão é complexa, cujas implicações podem resultar, como se reitera, na perda da virgindade, na gravidez, na transmissão de doenças sexualmente transmissíveis e, em questões psicológicas, se, depois do ato, por exemplo, um “abandonar” o outro, dependendo da intensidade do sentimento na relação entre os dois. Cogita-se que desse envolvimento pode haver a geração de traumas físicos e psíquicos.

No Brasil, o fato de resultar em morte da vítima, o apenamento é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (art. 217 – A, § 4º, CP), atentando-se ao fato de ser crime hediondo (art. 1º, VI, Lei nº 8072/90). Em caso de gravidez está prevista a majorante (aumento de pena) de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez (art. 234-A, III, CP).

Em consonância ao artigo 217-A do Código Penal, a jurisprudência brasileira corroborava, em 2015, antes da alteração

legislativa em 2018, a vontade viciada da vítima vulnerável no momento do ato libidinoso ou da conjunção carnal. Eis inteligência de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] foi dada pelo legislador, quando estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta (BRASIL, 2015).

Nessa linha de pensamento, o julgado supramencionado afasta hipóteses defensivas no que tange ao passado ou ao comportamento da vítima. Veja-se:

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados (BRASIL, 2015).

A suposta ou aparente “permissividade sexual de países tropicais” não pressupõe que sejam consideradas defensáveis uniões de crianças, por exemplo, de 11 anos com adultos de 30 anos, ainda que situações assim possam ser evidenciadas em alguns lares. Entretanto, em razão de existirem, o legislador e o Judiciário devem estar atentos a essas demandas sociais. O julgado argentino, acima exposto, aponta como relevante e determinante considerar a vontade e a manifestação da suposta vítima. Contudo, atenta-se para a idade que, pela legislação brasileira (Lei nº 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), a infância é configurada até 12 anos incompletos. Logo, uma criança não guarda capacidade de compreensão ou possibilidade de escolha em termos de atos sexuais.

Tanto que o legislador penal, na Exposição de Motivos do Código Penal, em 1984, ao defender a maioria penal com 18 anos, no Brasil, considerou que “[...] o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é

socializado ou instruído [...]” (BRASIL, 1984).

Nessa esteira, a possibilidade de que a vítima dê sua aquiescência “é uma fronteira dificultosa e móvel” (RIVA, 2013, p. 4).

Logo, se o legislador entende que o menor de 18 anos não é “socializado ou instruído”, isto é, é imaturo, biológica e psicologicamente. A vida sexual, ou melhor, o seu início não deve ser banalizado ou vulgarizado, tendo em vista a necessidade de que seja uma escolha consciente e (re) pensada. As crianças merecem especial proteção e a necessidade de que vivam efetivamente a sua infância, sem anteciparem eventos que podem esperar até os 14 anos.

Torna-se fundamental a proteção dos direitos de crianças e adolescentes. Conforme o Ministro Rogerio Schietti Cruz:

Esse lento, porém constante, progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo (BRASIL, 2015).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim decidiu:

Para a configuração do tipo penal do estupro de vulnerável não é necessário que a vítima seja virgem ou ingênua, uma vez o objeto de proteção da norma é a dignidade sexual da pessoa menor de 14 anos de idade contra as investidas daquele que é penalmente responsável (BRASIL 2020).

Nota-se, também, que a legislação argentina é mais severa que a brasileira, tendo em vista a previsão da prisão perpétua: a aplicabilidade depende do entendimento do magistrado acerca do caso concreto (se houve a configuração de crime ou não, se mesmo prevista a conduta é típica ou não).

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração da legislação no que tange ao estupro, em 2009, gerou uma série de problemas, no que tange à idade apta para a anuência quanto à liberdade sexual. No Brasil, o comportamento sexual precoce é incentivado pelas redes sociais e pela mídia, falada e escrita, além das telenovelas que se mostram bastante liberais relativamente a exteriorização dos desejos sexuais, inclusive, sem demonstrar qualquer enaltecimento à virgindade, por exemplo. Entretanto, o legislador buscando frear os impulsos sexuais dos adolescentes, que também relacionam-se entre si (o que configuraria em vontades viciadas de ambos, apesar do consentimento no momento do ato), manteve a idade de 14 anos, como “permissiva” para o início das relações sexuais. A discussão da dogmática penal brasileira, como apontado, coloca a vulnerabilidade de forma relativa, a fim de contar com a sensibilidade do magistrado que apontará se houve ou não o crime em tela.

Contudo, em matéria sumulada e em decorrência da inclusão do parágrafo 5º no art. 217-A do Código Penal Brasileiro, parece que se tentou pacificar o entendimento para quaisquer condutas que acarretassem em consumação da lascívia do agente. Sustenta-se que essa inclusão na legislação penal impede que o juiz tenha maior liberdade ao apreciar os autos, tendo em vista, igualmente, entendimento dos Tribunais Superiores, uma vez que a assertiva de que “cada caso é um caso” deve ser afastada em termos de interpretação legal, a qual está bastante clara. Na Argentina a problematização mostra-se inquietante, como no Brasil, relativamente à dogmática.

Esse texto não buscou estabelecer analogias ou comparações entre julgados em ambos os países, contudo, refletir sobre a idade da vítima e sua relação com o consentimento (considerado viciado ou livre). Uma das diferenças entre ambas as legislações encontra-se na idade: menor de 14 anos, para o Brasil e menor de 13 anos, na lei penal argentina. Aponta-se, para ilustrar, o reconhecimento da relativização do consentimento em

recente julgado argentino, como apontado. As práticas sexuais que seriam, antes de 2009, reconhecidas no Brasil como atentado violento ao pudor, assim como na Argentina, estão absorvidas no tipo de estupro.

Seria imprudente estabelecer uma conclusão enfática, focando o entendimento e aplicabilidade das legislações de forma hermética, ou delimitando a um pequeno número de julgados, uma compreensão ou um entendimento taxativo de como os Tribunais têm entendido o delito em tela, seja no Brasil ou na Argentina. Temerário seria estabelecer uma linha de raciocínio que “pacificasse” as decisões: o que se tem é um sistema legislativo que tentou se “blindar” de interpretações que não a descrita no texto legal, ao menos, no Brasil, até pela realidade de iniciação sexual precoce de uma parte bastante jovem da população. Na Argentina, o crime apreciado guarda um apenamento rígido, no sentido da possibilidade de prisão perpétua e a questão do consentimento (se válido ou não) ainda gera controvérsias na dogmática.



REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Código Penal de la Nación Argentina. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em 19 ago 2020.
- ARGENTINA. Delitos contra la integridad sexual. <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/ley-simple/delitos-contr-la-integridad-sexual>. Acesso em 17 set 2020.
- AL DÍA. *La prueba del consentimiento: Absolución del acusado por abuso sexual con acceso carnal de una menor, por*

haberse probado que ésta había prestado su consentimiento. Disponível em: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2019/06/18/la-importancia-del-consentimiento-absolucion-del-acusado-por-abuso-sexual-con-acceso-carnal-de-una-menor-por-haberse-probado-que-esta-habia-prestado-su-consentimiento/>. Acesso em 19 ago 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BINSTOCK, Georgina; GOGNA, Mónica. La iniciación sexual entre mujeres de sectores vulnerables en cuatro provincias argentinas. *Sexualidad, Salud y Sociedad*. Nº. 20. Rio de Janeiro, May/Aug. 2015. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872015000200113&lng=es&tlng=es. Acesso em 19 ago 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 19 ago 2020.

BRASIL. Governo do Estado de São Paulo. Pesquisa da USP revela que o jovem inicia cedo a vida sexual. Disponível em <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/pesquisa-da-usp-revela-que-o-jovem-inicia-cedo-a-vida-sexual/>. Acesso em 19 ago 2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em 31 ago 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.480.881 - PI (2014/0207538-0) Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Recurso Especial Nº 1.480.881 - PI

- (2014/0207538-0). 10 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201402075380&dt_publicacao=10/09/2015. Acesso em 31 ago 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf. Acesso em 22 ago 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Grassi Neto. Apelação Criminal nº 0000077-87.2016.8.26.0312 – Juquiá. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13910903&cdForo=0>. Acesso em 31 ago 2020.
- BROGLIA, Francisco. Sexualidad, cultura y derecho penal. Análisis de tres tipos inconstitucionales en la ley argentina. *Derecho Penal online*. Disponível em: <https://derechopenalonline.com/sexualidad-cultura-y-derecho-penal-analisis-de-tres-tipos-inconstitucionales-en-la-ley-argentina/>. Acesso em 18 set 2020.
- DEL VALLE ARGÜELLO, Silvina. *El consentimiento en la teoría del delito*. Disponível em <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/consentimiento.htm>. Acesso em 18 set 2020.
- FELLINI, Zulita; SANSONE, Virginia. La mujer en el Derecho Penal Argentino. *Anuário de Derecho Penal*. Disponível em http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_10.pdf. Acesso em 18 set 2020.
- FRIEDMAN, Howard S.; SCHUSTACK, Miriam W. *Teorias da Personalidade: da teoria clássica à pesquisa moderna*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- LAPLANCHE, J.; PONTALIS, J.B.; *Vocabulário da Psicanálise*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- LEVISKY, David Léo. *Adolescência: reflexões psicanalíticas*.

- São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.
- MASCARO, Alisson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NASIO, Juan-David. *Como agir com um adolescente difícil?* Um livro para pais e profissionais. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. 15. ed. v 2. São Paulo: RT, 2017.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PRINGLE, Jan; MILLS, Kathryn L.; McATEER, John; JEPSON, Ruth; HOGG, Emma; ANAND, Neil; BLAKE-MORE, Sarah-Jayne. *The physiology of adolescent sexual behaviour: a systematic review*. Cogent social sciences. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5692360/>. Acesso em 19 ago 2020.
- QUEIROZ, P.; COUTINHO, L.; *Crimes contra a Honra e contra a Dignidade Sexual*. São Paulo: Juspodivm, 2019.
- RIVA, Betina Clara. ¿Quien puede querer, quiso? El consentimiento sexual como problema en el tratamiento judicial de los delitos sexuales. *In Memoria Académica: compartimos lo que sabemos*. Disponível em http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2869/ev.2869.pdf. Acesso em 10 set 2020.
- SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação: o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.