



DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA EM CRIMES SEXUAIS CONTRA MENORES DE QUATORZE ANOS

RIGHT TO THE SEXUAL SELF-DETERMINATION AND THE PRINCIPLE OF THE CHILD'S BEST INTEREST: THE RELATIVIZATION OF THE PRESUMPTION OF VIOLENCE IN SEXUAL CRIMES AGAINST CHILDREN UNDER FOURTEEN

Wilson Steinmetz

Doutor em Direito (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Consultor jurídico.

Juliano dos Santos Seger

Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professor do Curso de Direito da Unoesc (Chapecó/SC).

Resumo

Este artigo tem por objeto a relativização, em casos concretos excepcionais, da presunção de violência em crimes sexuais contra vulnerável. Do ponto de vista normativo, a análise e discussão tomam em consideração o direito à liberdade ou autodeterminação sexual, o princípio do melhor interesse da criança e a regra penal que presume a violência nas relações sexuais com menores de quatorze anos. Os argumentos desenvolvidos conduzem, de um lado, à conclusão de que em hipótese alguma a presunção de violência deve ser relativizada quando presente menor de doze anos; e, de outro, que não obstante o corte etário de quatorze anos fixado no Código Penal em vigor, a relativização da presunção, para maiores de doze anos, pode ser admitida nos casos em que a avaliação rigorosa das circunstâncias conduz à conclusão da validade da consentimento, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais de segundo grau de jurisdição estadual.

Palavras-chave: Liberdade Sexual. Melhor Interesse da Criança. Presunção de Violência. Critério Etário.

Abstract

This article aims to relativize, in exceptional cases, the presumption of violence in sex crimes against vulnerable. From a normative point of view, the analysis and discussion take into account the right of freedom and sexual self-determination, the principle of the best interests of the child and the criminal rule which assumes violence in

sexual relations with children under the age of fourteen. On one hand, the arguments lead to the conclusion that in no circumstances the presumption of violence must be relativized if there is a twelve-year-old child or younger than that involved. On the other hand, regardless the age of fourteen set by the actual criminal code, the relativization of presumption for children older than twelve may be permitted in cases where the accurate assessment of the circumstances leads to the completion of the validity of the consent, according to precedents of the Federal Supreme Court and other courts.

Key-words: Sexual freedom. Child's Best interest. Presumption of Violence. Age Criterion.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto o critério etário adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para reconhecer a validade do consentimento nos atos com natureza ou conotação sexual, atualmente demarcado na idade de quatorze anos. A política de combate à pedofilia, desenhado pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, contempla especialmente o delito de estupro de pessoa vulnerável, assim qualificada a pessoa com idade inferior a quatorze anos. O enfrentamento analítico e crítico do tema toma em consideração o atual contexto histórico-social em que menores de quatorze anos vêm iniciando, cada vez mais cedo, sua vida sexual, gerando situações concretas (casos) nas quais a aplicação da lei penal é controversa, mesmo quando atendidos todos os requisitos normativos abstratos.

Inicialmente, põe-se em evidência a autonomia da pessoa na dimensão constituída pela intimidade e vida privada, das quais deflui a ideia de liberdade (autodeterminação) sexual do indivíduo como um direito fundamental, e as possibilidades de sua restrição.

Na sequência, enfrenta-se a tensão, em casos concretos, entre autodeterminação sexual da pessoa em desenvolvimento e o melhor interesse da criança, por força do delimitador etário que separa, de um lado, o consentimento válido e, de outro, os atos de pedofilia. Aqui, o propósito é apontar parâmetros de decisão judicial.

2 AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL E MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A abordagem aqui adotada pressupõe e privilegia a interpretação da autodeterminação (liberdade) sexual e do melhor interesse da criança de acordo com a compreensão segundo a qual direitos fundamentais direitos subjetivos de pessoas,

físicas ou jurídicas, estabelecidos em dispositivos constitucionais, dotados de caráter normativo supremo dentro do Estado, cuja finalidade é a limitação do exercício do poder estatal frente às liberdades individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 54).

2.1 Ponto de partida: regras e princípios

O ponto teórico de partida aqui é a distinção entre regras e princípios. A importância da diferenciação em questão pode ser ressaltada, primeiro, por proporcionar uma teoria adequada das restrições a direitos fundamentais e, ainda, por viabilizar uma doutrina suficiente das colisões e uma teoria do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2011, p. 85).

A distinção entre regras e princípios, conforme o grau de determinação, considera que, se a norma apresentar uma razão definitiva, encontra-se no nível das regras, cuja aplicação se dá com a verificação inicial de sua validade e depois pela apuração de se há cláusula de exceção. Se superado esses filtros, deve-se atender à determinação definitiva em seus exatos termos. Agora, se a norma se traduzir em uma razão ponderável, encontra-se em nível de princípio, cuja aplicação demanda a ponderação das razões e contrarrazões no caso concreto, resultando no atendimento na maior medida possível.

Os princípios, como mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2011, p. 90-91). Esse conceito se reporta a uma norma que garante direitos ou impõe deveres *prima facie*, diferentemente das regras, que garantem direitos ou impõem deveres definitivos (SILVA, 2009, p. 63-64).

A afirmação de um distinto caráter *prima facie* entre regras e princípios significa, justamente, que as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que prescrevem, com clara extensão de conteúdo, ao passo que princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sem extensão definível *a priori* de seu conteúdo (ALEXY, 2011, p. 103-104).

Nesse contexto, como a autodeterminação (liberdade) sexual e do melhor interesse da criança se desenvolvem em nível de princípio, surge, de antemão, a necessidade de esclarecer o conteúdo e as limitações a direitos fundamentais, a partir das teorias externa e interna das restrições, com atenção, ainda, para a colisão entre princípios e do possível contraponto entre princípios e regras, pois virá à

discussão uma razão definitiva aparentemente conflitante com um mandamento de otimização.

A teoria interna argumenta que não duas coisas, o direito e a sua restrição, senão apenas o direito com um determinado conteúdo. Não se trata propriamente de restrição, mas de limite e conformação do direito. A teoria externa, por sua vez, afirma que entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos (ALEXY, 2011, p. 277).

A concepção teórica das limitações será construída, portanto, a partir da teoria externa, pois restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental (ALEXY, 2011, p. 281). A temática discutida, no entanto, não versa propriamente sobre colisão entre princípios, que foi enfrentada, no plano constitucional, quando prevista a regra que determina a punição de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes, e, no plano infraconstitucional, com a criminalização das condutas que constituem estupro de vulnerável.

Trata-se, aqui, da possibilidade de balanceamento entre princípio e regra, que encontra objeção doutrinária na medida em que se entende inviável tal ponderação, seja porque as regras constituem determinações definitivas e, como tais, não são ponderáveis, seja por inexistir propriamente uma colisão, senão uma restrição consubstanciada na regra que, por sopesamento realizado na atividade legislativa, restringe o conteúdo do princípio contraposto (SILVA, 2010, p. 52).

A forma proposta para o enfrentamento da questão da aplicabilidade da regra, como já sinalizado, consiste primeiramente em um juízo de constitucionalidade que, se positivo, resulta no dever de aplicar a norma tal como esta definitivamente determine, ressaltando-se que, se ocorrer um juízo negativo, o reconhecimento da inconstitucionalidade faz desaparecer a suposta colisão. Pretende-se, contudo, enfrentar uma situação em que não é possível reconhecer a inconstitucionalidade em abstrato e, ainda assim, persiste a incompatibilidade entre regra e princípio aplicáveis ao caso concreto (SILVA, 2010, p. 52-53).

A problemática se coloca no possível conflito entre a regra legal que prevê a idade de quatorze anos como delimitador do princípio da autonomia sexual, trazendo à discussão as razões que levaram à opção legislativa, em detrimento de outras possibilidades que talvez traduzam mais adequadamente a realidade atual. Discute-

se, em razão disso, a possibilidade de relativização da presunção de violência em casos-limite, permitindo-se a aferição da validade do consentimento da vítima no plano judicial, de acordo com o caso concreto.

2.2 O direito fundamental à autodeterminação sexual

O ordenamento jurídico-constitucional arrola entre os direitos fundamentais do indivíduo a intimidade e a vida privada, assegurando a sua inviolabilidade.¹ As posições protegidas por esses direitos, somadas à liberdade geral de ação (CF, art. 5º, *caput* e II), fazem parte do núcleo essencial da autonomia da pessoa, do seu poder de autodeterminação.

Essa construção tem como um dos pontos de partida o conceito de exclusividade, segundo o qual existe um espaço em que se faz possível ao indivíduo viver, em sua maior intensidade, aquilo que o diferencia dos demais, mediante a atuação de um direito de livre desenvolvimento da personalidade, num espaço de reserva não compartilhado com os demais. Nessa esfera da privacidade, o compartilhamento da vida com as pessoas em relação às quais se tenha afinidade, seja por empatia pessoal, amizade ou amor, guarda uma singularidade e exclusividade não verificadas nas esferas política ou social (CACHAPUZ, 2006, p. 117-122).

O alcance de determinados direitos de personalidade depende do caso concreto. Avaliando-se as condições fáticas e jurídicas nele identificáveis, pode-se verificar o conteúdo da esfera privada, de acordo com as circunstâncias diretamente ligadas aos direitos à intimidade e à vida privada e com os aspectos relacionados ao que há mais íntimo da personalidade humana e do modo de ser do indivíduo nas suas relações mais próximas (CACHAPUZ, 2006, p. 128).

A autodeterminação sexual, que se encontra no centro de toda vida privada, pode ser compreendida como a possibilidade de cada indivíduo de viver livremente sua própria sexualidade, afirmando-a como signo distintivo próprio da identidade sexual, que engloba a livre escolha de seus parceiros e a oportunidade de manter com eles, de maneira consentida, relações sexuais (SAMPAIO, 2013, p. 277-278).

Assim, entende-se que a autonomia sexual insere-se na esfera de intimidade e vida privada do indivíduo, que pode optar pela orientação sexual que lhe aprouver

¹ CF, art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

e, livremente, relacionar-se com quem bem desejar. Como esse direito se configura em nível normativo de princípio, seu atendimento deve ser efetivado, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, na maior medida.

1.3 A proteção integral a criança e adolescentes e o melhor interesse da criança

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) assentou o dever inerente à família, à sociedade e ao Estado de 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.²

Nesse contexto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 acolheu os postulados da denominada doutrina da proteção integral, cujo corolário é o princípio do melhor interesse da criança, considerado a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito da infância e da juventude (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2128). Como norma em nível de princípio, o melhor interesse da criança deve ser atendido na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas permitirem. Isso porque não existe uniformidade ou uma definição rígida do que seja o conteúdo do princípio, cujo exame deve ser feito em cada caso. Por assim dizer, deve-se buscar, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, aquilo que melhor preserve os interesses da criança, proporcionando-lhe um crescimento biopsíquico saudável e tutelando adequadamente sua personalidade (MORAES; TEIXEIRA, 2013, p. 2128).

A estrutura normativa do dispositivo constitucional em análise acrescenta, ainda, um mandamento expresso de penalização,³ determinando ao legislador que estabeleça punições, com severidade, às condutas que representem ofensa à dignidade sexual de crianças e adolescentes, numa indicação que parece não deixar dúvidas quanto à necessidade de emprego de normas penais para que seja efetivado o desiderato constitucional (FELDENS, 2005, p. 83).

² “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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” (CF, art. 227, *caput* – redação dada pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010).

³ “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente (CF, art. 227, § 4º).

O texto constitucional, ao instituir o princípio do melhor interesse da criança, incorpora uma importante função dos direitos fundamentais: impor ao Estado deveres de proteção que podem resultar até mesmo no dever de criminalizar certos atos (ALEXY, 2011, p. 28). Esse dever de prestação normativa em matéria penal guarda conexão intrínseca com a prospecção objetiva dos direitos fundamentais, pois, muitas vezes, somente as leis penais conferem a proteção satisfatória a certos direitos, cuja violação se configuraria com a ausência dessas normas (FELDENS, 2005, p. 73). E a proteção legislativa deficiente caracteriza violação do princípio da proporcionalidade.

Com base nessas considerações, fica delimitado o campo de discussão a ser desenvolvido na sequência, assentado nas premissas de que tanto a liberdade sexual quanto o melhor interesse da criança repousam em normas de direitos fundamentais, em que se contextualiza a regra constitucional que determina a punição de ofensas sexuais contra crianças e adolescentes. Agora, passa-se a investigar a baliza que o legislador estabeleceu ao cumprir o mandamento de penalização.

3 A PROIBIÇÃO LEGAL DE RELAÇÕES SEXUAIS COM PESSOAS MENORES DE QUATORZE ANOS

A Lei 12.015/2009, denominada lei de combate à pedofilia, tem o objetivo de coibir ações ofensivas à dignidade sexual de pessoas que, em razão da tenra idade, estariam em condição de vulnerabilidade. Essa lei expressa o anseio de tutela das crianças e dos adolescentes frente a agressões e violências de caráter sexual.

Em Medicina Legal, define-se pedofilia – paidofilia, efebofilia ou hebefilia – como um transtorno da sexualidade caracterizado por uma predileção sexual primária por crianças ou menores pré-púberes, que sempre demonstra graves comprometimentos psíquicos e morais de seus autores. Na atualidade, pode-se verificar um aumento assustador dessa anomalia, por vezes associada a maus-tratos às crianças, bem como uma verdadeira indústria de confecção de álbuns com crianças despidas, avidamente compulsados ou em sítios eletrônicos visitados por pedófilos (FRANÇA, 2014, p. 277-278).

A nova lei, entre suas várias inovações, inseriu no Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro 1940) o crime de estupro de vulnerável,⁴ cuja configuração

⁴ “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.”

exige o cometimento de conjunção carnal ou, alternativamente, qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de quatorze anos.

3.1 Por que a idade de quatorze anos?

A análise da questão referente à idade cronológica demanda um alargamento do discurso acerca do tema, que permita expor enfoques desde o prisma da evolução jurídica dos marcos etários em crimes sexuais no ordenamento brasileiro, como também das contribuições da ciência do desenvolvimento.

Na primeira metade do século 19, o Código Criminal do Império definia como crime deflorar mulher virgem ou seduzir mulher honesta tendo com ela conjunção carnal.⁵ O Código Penal de 1890 trouxe modificação, prevendo a presunção de violência em crimes sexuais se a vítima tivesse idade inferior a dezesseis anos.⁶ O Código Penal de 1940 fixou em catorze anos a presunção de violência em crimes sexuais.⁷ Esse corte etário foi mantido pela Lei 12.015/2009. Persiste a presunção absoluta de violência em se tratando de vítima com idade inferior à prevista em lei.

Observa-se que houve, em período de pouco mais de cem anos, duas alterações legislativas no contexto dos crimes sexuais, envolvendo precisamente o critério etário. As razões dessa mudança, como indicado na própria Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, reside na adequação da norma aos fatos sociais, no caso a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.⁸

A análise não poderia deixar de considerar as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Destaque-se a distinção entre as pessoas tuteladas, que se faz, justamente, em razão da idade, uma vez que são consideradas crianças as pessoas com até doze anos incompletos e adolescentes, aquelas entre doze e dezoito anos.⁹

⁵ “Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.” “Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.”

⁶ “Art. 272. Presume-se commettido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de 16 annos.”

⁷ “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) annos.”

⁸ “Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) annos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem” (item 70 da Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, citado por PASSOS, 2012, p. 6).

⁹ “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze annos de idade incompletos, e adolescente aquella entre doze e dezoito annos de idade” (ECA, art. 2º).

A responsabilização por atos infracionais, assim entendidas as condutas que correspondam a crime ou contravenção penal, novamente evidencia a reconhecida diferença de graus de maturidade. Às crianças, estabeleceu-se a possibilidade de aplicação de medidas protetivas, tão somente; aos adolescentes, e exclusivamente a eles, está prevista a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas, entre as quais a internação em estabelecimento educacional, que assume contornos de privação de liberdade.¹⁰

A colocação em família substituta, matéria de grande relevância nas projeções de tutela de âmbito familiar, traz importante diferenciação entre o grau de importância que se deve conferir ao consentimento da criança ou adolescente ao se decidir pela medida, reservando-se redobrado valor ao consenso daqueles com idade igual ou superior a doze anos.¹¹

A criminalização da pedofilia em meio digital, por seu turno, compreende um tipo penal que criminaliza a conduta de aliciamento para a prática de ato libidinoso, por meio virtual, contemplando como vítima, exclusivamente, a criança.¹² Isso revela, mais uma vez, o entendimento de que os adolescentes apresentam maiores condições de compreensão e determinação, a ponto de ser desnecessária a tutela penal.

O marco da adolescência, tal como assentado no ECA, conduz a importante reflexão sobre as faixas etárias do desenvolvimento do ser humano, que coloca a ciência jurídica em diálogo com as demais ciências. Convém destacar, inicialmente, que mesmo antes de qualquer pesquisa científica sobre mudanças relacionadas à idade, as observações da vida diária propunham explicações do desenvolvimento, levantando questões e asserções ainda hoje centrais à ciência do desenvolvimento. Esses aspectos fundamentais consistem, de um lado, na investigação do grau com que tendências inatas e fatores ambientais influenciariam o desenvolvimento e, de outro, justamente em definir se a mudança relacionada à idade ocorre em estágios (BEE; BOYD, 2011, p. 26), doravante analisados em ordem inversa.

¹⁰ “Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas protetivas previstas no art. 101” (ECA, art. 105). “Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas; [...] VI – internação em estabelecimento educacional” (ECA, art. 112).

¹¹ ECA, Art. 28, “§ 1º. Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º. Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”

¹² “Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso” (ECA, art. 241-D).

Os fatores fisiológicos indicam que o ingresso na adolescência se dá com a puberdade, por volta dos dez anos e meio. E as importantes influências do desenvolvimento físico nos aspectos emocionais apontam como início da adolescência a explosão pré-puberal; e, ainda, as mudanças do crescimento pubescente identificam o começo da adolescência com a maturação sexual, alcançada, em média, aos treze ou quatorze anos, conforme se trate de menina ou menino, respectivamente (CAMPOS, 2011, p. 14).

A puberdade, contemporânea ao surgimento da atividade hormonal que desencadeia os caracteres sexuais secundários, vem associada, segundo outro entendimento, à faixa etária entre nove e quatorze anos. O mesmo critério etário emerge na divisão da adolescência em uma primeira faixa, entre dez e dezesseis anos, e, numa segunda, entre dezesseis e vinte, conforme parâmetros da Organização Mundial de Saúde; aparece, também, na separação doutrinária da adolescência inicial, média e final, respectivamente fixada entre dez e quatorze, quatorze e dezessete e dezessete e vinte anos (OUTEIRAL, 2003, p. 4-5).

Os desenvolvimentistas, inspirados na teoria darwiniana da evolução, investigam possíveis marcos da infância tal como o desenvolvimento da espécie humana e, num plano inato, procuram identificar normas ou idades médias em que os marcos aconteceriam, em consonância com o que se tem visto até aqui. Contudo, não se pode deixar à margem de consideração entendimento behaviorista, que define o desenvolvimento em termos de mudanças de comportamento causadas por influências ambientais (BEE; BOYD, 2011, p. 27). Isso porque a adolescência constitui um fenômeno psicossocial que exige, para sua adequada compreensão, importantes elementos de reflexão, na medida em que, desde a perspectiva ora traçada, gera diferentes peculiaridades conforme o ambiente social, econômico e cultural em que o adolescente se desenvolve (OUTEIRAL, 2003, p. 4).

Destaca-se, nesse ponto, o fenômeno da prolepse ou aceleração da puberdade, segundo o qual o processo evolutivo tem-se antecipado com o curso da história, em função de fatores como nutrição, clima, doenças e variantes ambientais e de classes sociais. A ação dos estímulos da vida moderna, aliada à maior sensibilidade cerebral e endócrina, constituem as causas mais prováveis da maturidade precoce (CAMPOS, 2011, p. 25-26).

Além de toda característica individual que a adolescência apresenta, também há características do meio cultural, social e histórico desde o qual se manifesta. O

mundos de hoje exigem, mais do que nunca, que se busque o exercício da liberdade sem recurso à violência como forma de restringi-la, justamente num momento crucial da vida do ser humano que reclama uma liberdade adequada ao seu desenvolvimento (ABERASTURY; KNOBEL, 1981, p. 23).

A colocação dos problemas da adolescência exclusivamente na questão psicobiológica resultaria em ignorar o âmbito social em que tudo isso ocorre, com possibilidades múltiplas de identificação e incorporação de pautas socioculturais e econômicas que não podem ser minimizadas, num condicionamento entre indivíduo e meio que, desde outra visão, deve ser reconhecido (ABERASTURY; KNOBEL, 1981, p. 52).

Diante de tais considerações, conclui-se que a adoção de uma faixa etária estanque (absoluta) para demarcar o momento em que a pessoa teria respeitada sua autonomia sexual não necessariamente ou nem sempre – no sentido de ser válido para todas as pessoas - se coaduna com toda a riqueza de fatores que contribuem para o enfrentamento da questão, em que se somam ao critério cronológico importantes aspectos biopsicológicos e socioculturais.

3.2 A relativização da presunção de violência: breve esboço jurisprudencial

Historicamente, a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a violência presumida se consolidou no sentido de que constitui presunção de natureza absoluta, inadmitindo, portanto, prova em contrário. Em criterioso levantamento, realizado por Passos (2012, p.11-13), da jurisprudência da mais alta instância judicial, desde o advento do Código Penal de 1940, identificaram-se pelo menos trinta acórdãos relativos ao tema, dos quais apenas um relativiza a presunção de violência. A relativização foi aceita pelo STF no julgamento do HC 73.662, oriundo do Estado de Minas Gerais.

Reportando-se às disposições (então vigentes) do Código Penal de 1940, o caso levado ao Supremo Tribunal Federal por meio do Habeas Corpus 73.662-MG,¹³ colocou em discussão a presunção de violência e, por assim dizer, desafiou a orientação até então pacificamente adotada na corte suprema.

Embora com descrição legal diversa da que hoje se verifica no estupro de

¹³ STF (Segunda Turma), HC 73.662, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 16.04.1996, publicado em 20.09.1996. À época do fato, o art. 213 do Código Penal tinha esta redação: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça [...]”. E o art. 224 previa: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância [...]”.

vulnerável, o constrangimento ao ato sexual, seja por meio de estupro ou atentado violento ao pudor, quando a vítima fosse menor de quatorze anos, também se configurava por meio da violência ficta legalmente presumida.

No referido habeas corpus, foi julgado um caso envolvendo vítima com doze anos de idade. O STF atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes (ÁVILA, 2006, p. 45).

No caso concreto, houve relativização da presunção de violência, porque, conforme o acórdão, confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e evidenciando a prova dos autos que a aparência, física e mental, indicaria tratar-se de pessoa com idade superior a quatorze anos, impõe-se a conclusão da ausência de configuração do tipo penal. A temática de fundo do julgado, portanto, envolve recursos de interpretação jurídica utilizados para a relativização da presunção legal de violência no contexto da aplicabilidade das normas.

A aplicação das normas perpassa uma primeira possibilidade de exame da razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa. Numa segunda hipótese, poder-se-ia recorrer a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*). Não seria adequado, assim, afirmar que as regras possuem um modo absoluto – tudo ou nada – de aplicação, e que também as normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais (ÁVILA, 2006, p. 47).

A objeção em questão, em contracrítica, encontraria na distinção entre princípios e regras a afirmação de que não existiriam apenas conflitos entre regras e colisões entre princípios, mas também colisões entre regras e princípios, hipótese que constitui um ponto polêmico. Embora, nesse último caso, não se afaste a necessidade de sopesamento, ressalva-se que entram em ponderação o princípio contraposto à regra colidente e o princípio basilar desta, o que respeitaria a ideia da impossibilidade de balanceamento entre princípio e regra (SILVA, 2010, p. 58).

A regra legislativa que prevê a delimitação etária para a caracterização da pedofilia parece ter percorrido todo o caminho da constitucionalidade. Primeiramente,

porque emanada de um mandamento constitucional de penalização, e, segundo, por ser necessário estabelecer uma fronteira legal fundada, justamente, no critério etário de validade do consentimento.

O foco de discussão, direcionado ao marco etário que divide um consentimento absolutamente inválido e um perfeitamente válido, não está propriamente na escolha de tal ou qual idade, pelo legislador, mas na possibilidade de se questionar, de acordo com os casos concretos em que a norma venha a ser aplicada, se a presunção de violência pode ser, ou não, racionalmente afastada.

O legislador - que nem sempre considerou a idade que ora delimita a fronteira da pedofilia - reporta-se a doze anos de idade. Ademais, a falibilidade do critério de idade cronológica, seja por não ser possível traduzir em idades específicas o desenvolvimento físico, seja por se tratar de indicador falho da idade biológica, não supera a discussão acerca do início da adolescência com as mudanças do crescimento pubescente ou com o atingimento da puberdade (CAMPOS, 2011, p. 14).

A tese que aqui se defende consiste nisto: o princípio do melhor interesse da criança, que serve de base à regra que afasta o consentimento válido em relações sexuais, por meio de presunção absoluta, poderia ser atendido em razoável medida se fosse considerado como marco etário o mesmo que se utiliza para conceituar a figura da criança: pessoa com idade inferior a doze anos.

A concepção defendida tem por objetivo conciliar, em situações concretas, os polos normativos – autonomia sexual e melhor interesse da criança – de forma a não esvaziar o conteúdo de nenhum deles. A conciliação proposta consiste em assentar um marco para o consentimento nulo (presunção absoluta de violência) até doze anos incompletos, de forma a dar precedência ao princípio do melhor interesse da criança, protegendo-a contra atos de pedofilia.

De outra parte, a manutenção do marco de emancipação legal da vida sexual do indivíduo aos quatorze anos permitiria verificar que os atos sexuais praticados com o consentimento da pessoa que já tenha completado essa idade se encontram na esfera da legalidade, dando-se precedência ao princípio da liberdade sexual.

Assim, a relativização da presunção de violência na faixa etária entre doze e quatorze anos permitiria que eventual consentimento da vítima tivesse sua validade aferida de acordo com uma avaliação exaustiva e rigorosa das circunstâncias do caso concreto.

O que aqui se defende não demanda, necessariamente, a alteração da legislação penal. Ela pode permanecer como está. O que se indica aqui é um critério prudencial para decidir casos concretos como o enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 73.662-MG, já mencionado acima, e o enfrentado pelo Poder Judiciário estadual de Santa Catarina, a que se faz referência seguir.

O caso teve origem no município de Modelo (SC). Um casal de namorados manteve relações sexuais. Ela tinha treze anos de idade; ele, mais de dezoito. O caso, denunciado como estupro de vulnerável, resultou em sentença absolutória, mantida em segundo grau, resultante da relativização da presunção de violência, especialmente porque os envolvidos constituíram família e tiveram filho após o fato que motivou a denúncia penal.¹⁴

O deslinde dado ao caso pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão ajustado ao teor daquele proferido no paradigmático caso do Supremo Tribunal Federal, desafiou a presunção legal de violência, relativizando-a, para reconhecer a capacidade da vítima de consentir com o ato sexual praticado, em consonância com as peculiaridades do caso concreto submetido a julgamento.¹⁵

Importa destacar que a decisão em tal sentido, embora receba o rótulo de *contra legem*, reconhece a possibilidade de validar-se o consentimento do adolescente, com base no caso concreto, e assim afirmar que a situação, antes de configurar abuso sexual, constitui hipótese de exercício da liberdade sexual. A precedência que se deu a esse princípio, no referido julgado, permitiu que a família formada pelo casal de namorados não fosse separada pelas grades do cárcere.

O debate fundado em todas as circunstâncias do caso concreto, a que são bem-vindos tanto argumentos que fundamentam a ideia de melhor interesse da criança quanto aqueles que assentam o direito à liberdade sexual do adolescente, permite resolver os casos difíceis com base nas peculiaridades concretas, e não com simples recurso a uma cega ficção legal que engessa a atuação judicial e, no mais das vezes, distancia-se da pretensão racional de correção que deve orientar o discurso jurídico.

¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Quarta Câmara Criminal), Apelação Criminal 2011.058184-1. Relator Des. Jorge Schaefer Martins. Julgada em 27 de junho de 2013. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000JJ0E0000&nuSeqProcessoMv=24&tipoDocumento=D&nuDocumento=5800215>>. Acesso em: 10 out. 2014.

¹⁵ Na fundamentação do acórdão, o TJSC, além do HC 73.662 julgado pelo STF, citou outros dois acórdãos de tribunais de justiça: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Criminal n. 70023507650, relatora Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 30.04.2008; e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal n. 0031644-46.2008.8.26.0562, relator Des. Rachid Vaz de Almeida, j. 16.12.2010.

Assim, a questão seria contornada mediante uma assimilação de princípios contrapostos, aproximando o máximo possível autonomia sexual e melhor interesse da criança. Primeiro, porque os atos sexuais contra crianças permaneceriam na seara da presunção absoluta de violência, configurando atos de pedofilia e, como tais, continuariam a receber punição severa. Em segundo lugar, porque o estabelecimento do marco de ingresso na adolescência como a baliza a partir da qual possa ser reconhecida a validade do consentimento permite aferir, em consonância com as vicissitudes de cada caso, se a situação concreta demonstra tratar-se de pessoa em condições de exercer livremente a autonomia sexual, com a vantagem de não desconectar a decisão das circunstâncias pessoais da vítima e as peculiaridades do caso concreto.

A diferença, nessa concepção, está em conceder a possibilidade de avaliar, desde a perspectiva do adolescente, se ele apresenta condições concretas de consentir, partindo-se justamente de um equilíbrio entre os princípios da autonomia sexual e do melhor interesse a ser tutelado, cujo fiel da balança estará ancorado na proporcionalidade.

A ideia de partir do pressuposto de que o adolescente, pela simples condição etária isoladamente considerada, não figura necessariamente como vítima de ato sexual, não impede que, se as mesmas circunstâncias do caso concreto evidenciarem tratar-se de consentimento inválido, sejam aplicadas as regras penais que incriminam os atos de pedofilia e os punem, em toda a extensão do mandamento constitucional, severamente.

A relativização da presunção de violência em crimes sexuais, nos moldes propostos, alinha-se ao objetivo de pretensão de correção que orienta o discurso jurídico racional, pois possibilita a construção da decisão, caso a caso, acerca da validade do consentimento prestado por pessoa envolvida em ato sexual enquanto esta se encontrar na faixa etária entre doze e quatorze anos.

CONCLUSÃO

O ordenamento constitucional brasileiro contempla o princípio da liberdade sexual e, ao mesmo tempo, o princípio do melhor interesse da criança. Nesse contexto, o constituinte ordenou a punição severa de violência contra crianças e adolescentes, e o legislador, ao cumprir o mandamento de penalização, definiu o crime de estupro de vulnerável, reassentando a presunção absoluta de violência em

razão da idade, por meio da Lei 12.015/2009.

O Código Criminal do Império, de 1830, reportava-se à questão etária em crimes sexuais com o marco então fixado em dezessete anos. No Código Penal de 1890, a presunção de violência foi assentada em dezesseis anos. O Código Penal de 1940 reduziu para quatorze anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, fixou a idade de doze anos para diferenciar crianças e adolescentes e considerou essa idade em importantes disposições. A Lei 12.015/2009 manteve a delimitação da fronteira da pedofilia em quatorze anos.

A progressiva redução nos marcos etários em sede de crimes sexuais, evidenciada na evolução do ordenamento brasileiro, e a base que o Estatuto a Criança e do Adolescente usou para diferenciar as fases de infância e adolescência, reputam adequada aos tempos atuais a flexibilização da presunção de violência dos crimes sexuais, permitindo que a pretensão de correção que se busca no plano judicial seja alcançada em sua maior medida, em conformidade com uma adequada teoria dos direitos fundamentais.

A relativização da presunção ficta, na faixa etária entre doze e quatorze anos, seria uma forma de possibilitar a análise do consentimento da vítima, em cada caso, de acordo com suas condições pessoais e demais circunstâncias da realidade, dando precedência ao princípio da liberdade sexual, sem, contudo, desconsiderar o princípio do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Arminda; KNOBEL, Mauricio. *Adolescência normal: um enfoque psicanalítico*. Trad. de Suzana Maria Garagoray Ballve. Porto Alegre: Artmed, 1981. (Reimpressão 2011).

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEE, Helen; BOYD, Denise. *A criança em desenvolvimento*. Trad. de Cristina Monteiro. 12. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CAMPOS, Dinah Martins de Souza. *Psicologia da adolescência: normalidade e psicopatologia*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2124-2137.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (coord.). *Doutrinas essenciais de direito penal: índices e códigos penais históricos do Brasil*. V. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OUTEIRAL, José. *Adolescer: estudos revisados sobre adolescência*. 2. ed. Tijuca: Revinter, 2003.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. *Absoluta ou relativa: como o STF interpreta a presunção de violência*. 70 f. Monografia (Especialização) – Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentário ao artigo 5º, X. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276-285.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação de particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Recebido em 28/05/2015

Aprovado em 18/09/2015

Received in 28/05/2015

Approved in 18/09/2015