



O FIM DA INFÂNCIA: O PODER JUDICIÁRIO COMO PRODUTOR DE DANO EXISTENCIAL NOS CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

THE END OF CHILDHOOD: THE JUDICIARY AS PRODUCER OF EXISTENTIAL DAMAGE IN THE CASES OF RAPE OF VULNERABLE

Fábio Periandro de Almeida Hirsch ¹
Caroline da Silva Soares ²

RESUMO

O Poder Judiciário tem adotado algumas decisões para relativizar a presunção de violência no crime de estupro de vulneráveis quando é considerado apenas o critério de idade, isto é, de menores de 14 anos. O objetivo deste artigo é demonstrar que a reprodução de comportamentos, característica da infância, foi confundida com o desenvolvimento da maturidade precoce. Por meio de uma proposta metodológica explicativa com o uso de levantamento bibliográfico, estudo de documentos legislativos, cartilhas governamentais e método dedutivo hipotético, observa-se que não são considerados fatores sociais, as relações de poder embutidas, a exposição da saúde das crianças a vários riscos; e o consequente dano existencial da violência do estado expresso por meio da omissão.

Palavras-chave: ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DANO EXISTENCIAL.

ABSTRACT

The judicial branch has been adopting some decisions to relativize the presumption of violence in the crime of rape of vulnerable people when it is only the criteria of age, that is, of children under 14 years. The purpose of this article is to demonstrate that behavioral reproduction, characteristic of childhood, has been confused with the development of early maturity. By means of an explanatory methodological proposal with the use of a bibliographical survey, study of legislative documents, governmental booklets and hypothetical deductive method, it is observed that social factors are not considered, the relations of power embedded, the exposure of children's health to several risks; and the consequential existential damage of state violence expressed through omission.

¹ Doutor em Direito Público, Universidade Federal da Bahia.

² Discente do Curso de Graduação em Direito, Universidade do Estado da Bahia. E-mail: carolinesoares2@gmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O TIPO PENAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS NOVAS DECISÕES; 2 UM DIÁLOGO NECESSÁRIO: INFÂNCIA E MATURIDADE; 3 O DANO EXISTENCIAL QUE NÃO VEMOS: DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS; 4 ABORDAGEM SOBRE O DANO EXISTENCIAL; CONCLUSÃO; BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Emerge na jurisprudência brasileira a corrente doutrinária que considera a natureza da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável como relativa quando se trata apenas o critério de idade descrito no tipo penal. O poder judiciário tem decidido com base em fatores relacionados a anterior experiência sexual da vítima, prostituição, consentimento e mudanças sociais que justificariam a relativização.

As problemáticas acerca do crime são ignoradas pela análise superficial da argumentação utilizada nas decisões. Questões de saúde, gênero e dados expressivos caracterizadores não são analisados, o que acaba por legitimar a violência sofrida pela omissão do Estado, gerando danos existenciais irreparáveis a vida das vítimas.

A adultização infantil é fortalecida na contemporaneidade. O presente trabalho se propõe a demonstrar que esse fenômeno não é consequência de uma maturidade precoce desenvolvida. Aparece, na verdade, como resultado do contato das crianças com conteúdos adultos. Em razão disso, as crianças fazem o que lhe é comum para idade: reproduzem comportamentos sem saberem as reais implicações de suas ações.

O dano é tão grave que atinge a pessoa em sua existência, refletindo no modo de ser destes indivíduos, nas atividades em que eles pretendem executar, no que almejam para o seu projeto de vida, impedindo o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre sem interferências, gerando prejuízo de forma permanente.

Desta forma, a problemática central deste artigo é demonstrar que a argumentação que defende a relativização vulnerabilidade quando se trata do critério de idade beira a superficialidade ao não analisar o crime de forma estrutural e acabar por legitimar violências, sendo de extrema relevância para o combate ao dano gerado em consequência da flexibilização do crime. Através de uma proposta metodológica explicativa com a utilização de levantamento bibliográfico, estudo de documentos legislativos, cartilhas governamentais e método dedutivo hipotético.

1 O TIPO PENAL: ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS NOVAS DECISÕES

O crime de estupro de vulnerável ganha uma tipificação autônoma no Código Penal, por meio da Lei nº 12.015/09. Anteriormente, o crime era enquadrado como estupro (art. 213/CP) ou atentado violento ao pudor (art. 214/CP) praticado mediante a violência presumida (art. 224/CP).

O estupro de vulnerável (art. 217-A/CP) consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos, ou com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato, ou ainda, por qualquer motivo, não possa oferecer resistência.

O bem jurídico tutelado é a dignidade e o desenvolvimento sexual da pessoa vulnerável. Há também uma corrente na doutrina que afirma a existência da tutela da liberdade sexual, pois aqueles em situação de vulnerabilidade não possuem capacidade de discernimento para consentir legitimamente. Quanto aos sujeitos, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa e o sujeito passivo independente de gênero, desde que vulnerável segundo a descrição do tipo. O elemento subjetivo é o dolo específico com o fim de buscar a satisfação da lascívia, implicitamente contido no tipo penal. Caso o agente acredite que o menor de quatorze anos, em razão da sua aparência física, seja de idade acima, ocorrerá erro de tipo, excluindo o dolo e como não há previsão culposa, o fato se torna atípico.

A vulnerabilidade, encontrada na denominação do tipo, diz respeito à falta de aptidão psicológica para compreender o ato sexual e suas implicações. Assim, o sujeito passivo não possui a condição psíquica necessária para manifestação legítima de seu desejo para praticar o ato sexual. Tal aspecto do tipo é alvo de discussão quanto à definição da sua natureza, sendo ela relativa ou absoluta.

Na corrente que defende a natureza absoluta, o eventual consentimento da vítima ou então, a anterior experiência sexual, dentre outros argumentos, não afastariam a violência presumida, o STJ adotou esse entendimento como é visto em:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial

representativo da controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, assentando-se a seguinte tese: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (STJ, 2015)

O que gerou como resultado a criação da súmula 593 do mesmo órgão, que disciplina in verbis: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de quatorze anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”. (STJ, 2015).

Pode-se constatar o entendimento do STJ que frente ao consentimento, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com a gente, prevalece a questão da idade, sendo inclusive outros critérios irrelevantes para a caracterização do crime.

Rogério Greco (2017, p. 145-146) entende que a escolha do legislador de determinar a faixa etária correspondente a menor de quatorze anos na lei é uma eleição política-criminal, sendo essa objetiva e absoluta. Dessa forma, o menor correspondente, por mais “desregrada sexualmente”, não tem o desenvolvimento necessário para decidir sobre seus atos sexuais, pois a sua personalidade ainda estão em formação, não tendo conceitos e opiniões ainda consolidados. O autor ainda trata sobre a questão de a vítima prostituir-se, mesmo com a prática de comercializar o próprio corpo, a conjunção carnal permanece sendo um comportamento ilícito, devendo o agente ser condenado pelo delito (GRECO, 2017, p. 159).

Na corrente que considera a presunção de violência como relativa, argumenta-se pela existência de casos em que esta seria excluída, como a prostituição, vítima notoriamente corrompida, vítima com vida sexual ativa, pautados nas mudanças de comportamentos reais na sociedade brasileira que a legislação estaria retrógrada ao não acompanhar.

Nesse sentido,

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. Em que pese a vítima possuíse, ao tempo do fato, menos de 14 anos de idade, é perceptível na declaração judicial sua plena capacidade de entendimento sobre seus atos, bem como que a conjunção carnal deu-se com o seu consentimento, o que relativiza sua vulnerabilidade. Constata-se que o réu é um jovem, sem antecedentes, que estava abalado psicologicamente em razão do aborto sofrido por sua esposa, quando se envolveu com sua cunhada. Deste envolvimento clandestino, foi gerada uma suposta filha, registrada e criada pelo agente com muito amor, já que se percebe na instrução não haver certeza absoluta sobre a paternidade da criança, uma vez que a ofendida não confirma veemente ser o réu o pai e

não foi realizado exame de DNA. O caso dos autos não retrata, exatamente, uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. RÉU ABSOLVIDO. APELAÇÃO PROVIDA. (TJ-RS, 2017)

Na fundamentação da decisão supracitada, é relativizada a presunção de violência em favor da “precocidade” da criança, da existência de uma iniciação sexual precoce. Além disso, aborda a questão das influências externas que atuariam na antecipação desta criança na vida sexual, tais como a mídia, televisão, as quais estariam estimulando a sexualidade fazendo despertar esse desejo sexual cada vez mais cedo.

Ademais, questões como anterior relacionamento entre acusado e vítima também são utilizados como argumento. Tudo isso contribuiria para que houvesse na vítima uma capacidade de autodeterminação e vontade consciente para a prática do ato sexual.

Bittencourt (2014, p. 102-103) segue esse raciocínio, assim, entende que se deve analisar as condições pessoais de cada vítima, caso a caso, podendo ou não ser vulnerável dependendo da análise feita. Nucci (2016, p. 829), também nessa corrente, afirma que o legislador é incapaz de acompanhar as mudanças comportamentais vistas na sociedade brasileira, que, para ele, deveria equiparar-se ao conceito empregado pelo Estatuto da Criança e do adolescente.

Os dados, referentes ao disque-denúncia nacional de 2015, demonstram que cerca de 54% das denúncias tratam de crianças de gênero feminino, com a faixa etária mais atingida de quatro a onze anos, correspondendo a 40% dos casos denunciados. Além disso, a questão de raça também desponta, já que negros/pardos (terminologia utilizada na pesquisa) correspondem a 57,5% dos atingidos. Como os dados são apenas relativos a denúncias feitas, não dão uma dimensão real da magnitude do crime, mas auxiliam na compreensão, afinal, o artigo se refere aos casos que chegam ao judiciário, os quais também não correspondem com precisão à realidade do problema.

De acordo com o Atlas da Violência (2018), mais da metade das vítimas de estupro são crianças de até 13 anos, com o percentual de 51%, que foram abusadas em maior parte por amigos ou conhecidos, chegando a 30% e pai ou padrasto com 24%, apenas 9% dos agentes são desconhecidos. Além disso, quando se tratava de conhecido, 54,9% dos casos tratam-se de ações que já vinham acontecendo anteriormente e 78,5% dos casos ocorreram na própria residência.

2 UM DIÁLOGO NECESSÁRIO: INFÂNCIA E MATURIDADE

Ariès (2014, p. 17) apud Lira; Ferreira (2017, p. 95) mostram que a infância da maneira como conhecemos hoje nem sempre existiu. No período medieval, crianças e adultos compartilhavam o mesmo espaço, trabalhavam nos mesmos lugares, sendo difícil a diferenciação entre essas fases da vida humana, a não ser pela inexistência da criança enquanto sujeitos de direito ou pelo suposto menor conhecimento com relação a pouca experiência de vida e desenvolvimento físico.

O reconhecimento da diferenciação entre adultos e crianças surge, na Idade Moderna, com o sentimento da infância, quando a sociedade toma a consciência de que existe uma particularidade infantil, de modo a distinguir essas diferentes fases. As crianças passam a não serem mais vistas como adultos em miniaturas, uma reação ao modo como as crianças eram introduzidas na sociedade, na época, para reproduzir comportamentos adultos.

A partir disso, o reconhecimento da infância surge intimamente atrelado à compreensão das crianças como seres frágeis, ingênuos, gentis, pequenos em estatura e com diferente vocabulário. Com isso, emerge a seriedade ao tratar do assunto. Há uma mudança de comportamento drástica com relação a trajés, práticas de higiene e saúde, que passam a ser diferenciados dos adultos devido a maior atenção. Essa introdução de um caráter infantil na sociedade objetivava a proteção das possibilidades de corrompê-las quando em contato com a “vida mundana”, o que inclui evitar o desenvolvimento da sexualidade precoce.

Faz-se necessário, nesse contexto, um recorte de classe, raça, gênero e/ou região. “Ser criança e viver a experiência da infância no Brasil difere de vivê-la na África, por exemplo, ou nos países da Europa” (MORUZZI; TEBET, 2010, p. 21 apud LIRA; FERREIRA, 2017, p. 99). Essa mudança de comportamento se ateve por muito tempo somente aos nobres e burgueses, conservando as outras crianças no estilo de vida medieval, as intersecções que são feitas com relação às problemáticas sociais, alteram significativamente as transformações nesse sentido.

Nos dias atuais, é novamente vista uma virada de perspectiva acerca da infância, por meio da chamada “adultização infantil”. Fatores como erotização precoce, a mídia, consumo, vocabulário, internet, facilidade no acesso a conteúdos, estariam distanciando novamente as crianças da infância, isto é, em sentido inverso ao visto ao longo da história.

Para Postman (2012, p. 89) apud Lira; Ferreira (2017, p. 101), devido às diversas influências externas, as crianças estariam se expressando de forma muito similar aos adultos,

na linguagem, vestuário, atitudes, dentre outros. Ocorre, assim, uma flexibilização da linha que separa essas duas fases da vida, fundindo-as. Os “assuntos de adulto” são acessados pelo público infantil pelos diversos meios encontrados hoje, de maneira fácil e rápida, passando a conviverem com estas informações com cada vez mais frequência, tornando-se parte da realidade em que vivem e, como resultado disso, passam a reproduzir certos comportamentos.

A reprodução de comportamentos seria, então, uma demonstração de maturidade psicológica para lidar com o mundo adulto? No presente artigo, defende-se que não. As crianças contemporâneas (e também medievais, com devido recorte temporal para não cometimento de anacronismo) não possuem/possuíam maturidade psicológica para a adultização que lhes foram impostas, pela simples lógica do verbo observado nas pesquisas sobre o fenômeno.

O verbo “reproduzir” dá a ideia que o sujeito ativo, aquele que pratica a reprodução, imitou, copiou, que não passou por um processo avaliativo da mente, pela ausência de processo criativo na hora da ação. Desta forma, a reprodução não seria uma real expressão do sujeito ativo.

Na infância, o aprendizado da criança está diretamente ligado à repetição de comportamentos, até chegar ao ponto de desenvolver o discernimento suficiente para entender não somente os seus atos, mas também quais as possíveis consequências deles e serem protagonistas de suas próprias decisões. Além do que, o amplo acesso à educação básica, interfere fortemente nesse processo, pois fomenta o desenvolvimento da pessoa e influencia na aquisição de atitudes autônomas para formar cidadãos atuantes no seu meio social.

O art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) disciplina in verbis “Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. (BRASIL, 1990, p. 25).

Segundo dados extraídos do Disque-Denúncia Nacional, em 2015, já trazidos acima, a maioria dos casos de violência sexual denunciados atingiram crianças dos quatro aos onze anos no Brasil, com variações de região para região, podendo atingir da primeira infância (do nascimento até os seis anos de idade) e chegar até a pré-adolescência. Com os dados do Atlas da Violência de 2018, a faixa se estende até os 13 anos.

A Organização Pan-americana da Saúde (OPAS) denomina a faixa etária dos nove aos treze anos como pré-adolescência. A repartição desse período estaria fundada na facilidade de transformar determinados comportamentos já adquiridos pelos sujeitos em questão, mas

também introduzir novos de maneira mais fácil do que a faixa etária correspondente aos adolescentes. Sendo um período de intensas mudanças devido a transição de faixa etária entre a infância e adolescência.

Incluindo, então, na faixa etária correspondente ao estupro de vulnerável a chamada pré-adolescência, caracterizada por sujeitos em formação, com facilidade em reproduzir determinados comportamentos. Mesmo com o ECA, estabelecendo doze anos completos como adolescentes, psicologicamente e fisicamente estes sujeitos ainda são vulneráveis pela facilidade de manipulação, aliciamento e fragilidade física.

3 O DANO EXISTENCIAL QUE NÃO VEMOS: DIREITOS DE PERSONALIDADE COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007), os direitos de personalidade possuem como objeto as projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. Assim, por intermédio desses direitos que é protegida essência da pessoa humana. Também considera-se objeto, os bens e valores determinados como essenciais para o ser humano.

Alberto Trabucchi (ano, p. 105) apud Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 22) define os direitos de personalidade como direitos essenciais que visam garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, tendo por objeto o modo de ser da mesma pessoa.

Ingo Wolfgang Sarlet (2017) afirma que todos os direitos de personalidade são direitos fundamentais, que apesar de serem previstos de maneiras expressa na legislação infraconstitucional, estes seriam direitos materialmente fundamentais, pois são radicados na dignidade da pessoa humana e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

A doutrina e a jurisprudência têm trazido em questão a existência de um direito geral de personalidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, o que origina uma proteção ampla às diversas formas de violação aos bens relacionados. Assim, pela existência de uma cláusula geral e aberta de proteção e promoção da personalidade, que se funda no princípio da dignidade humana, que os direitos especiais de personalidade não são taxativos.

Devido ao exposto acima, quando se atinge um direito da personalidade, se atinge a dignidade da pessoa humana, causando um dos danos mais difíceis de compensação em razão dos bens tutelados, que é o dano existencial.

4 ABORDAGEM SOBRE O DANO EXISTENCIAL

Como estabelece Amaro Almeida Neto (2005), o dano existencial consiste em um dano que atinge a existência de uma pessoa, visto na violação de qualquer um dos direitos fundamentais a pessoa. A extensão do dano é tão grave em essência que reflete no modo de ser do indivíduo, nas atividades que o indivíduo pretende executar no que construiu como projeto de vida, que prescinde repercussão financeira ou econômica da lesão.

Nos casos do estupro de vulnerável, considerando a vulnerabilidade em razão da idade, a vítima não teve nem o direito de ter um projeto de vida, afinal são crianças acometidas em sua fase de desenvolvimento pelas problemáticas sociais de forma drástica. São meninas de quatro a onze anos que podem contrair doenças sexualmente transmissíveis, desenvolver uma gravidez ou ainda serem estigmatizadas pela sociedade como libertinas, desviadas, atingindo a sua honra e imagem desde muito cedo.

Esse tipo de dano transcende o entendimento relacionado à integridade psicossomática do indivíduo, comprometendo, de certa forma o próprio ser em sua existência. Afeta a liberdade da pessoa de forma que os seus planos futuros, que contribui na construção da personalidade do ser, o que acaba por frustrar o projeto de vida que a pessoa idealiza para si (dependendo da idade, nem chegou a idealizar), impedindo o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre, sem interferências, retirando uma aspiração legítima. Em consequência disso, não se limitam a uma aflição passageira, sendo um prejuízo de forma permanente.

O indivíduo tem o direito de ser protagonista da sua esfera individual independentemente da idade, podendo programar o transcorrer da sua vida da melhor forma, sem interferências nocivas de terceiros. Tem o direito de ter expectativas quanto à vida, as suas escolhas, a obter sustento, ter saúde física e mental, tudo que de alguma forma influencie no gozo da vida com dignidade.

Quando se observa fatores como o acesso a saúde dessas crianças, que os corpos não estão preparados para desenvolver uma gravidez, facilitada pela falta de acesso a métodos contraceptivos e pela ausência de educação sexual, principalmente devido a pouca idade das vítimas. Estas crianças estão expostas a também contrair doenças sexualmente transmissíveis, sem que se afira, por exemplo, se as vítimas têm dimensão das consequências dessas doenças para sua saúde ou compreendam a época da relação à existência da possibilidade de contraírem doenças.

Segundo Stella Taquette (2017, p. 34),

Os jovens que, na puberdade, têm seus hormônios sexuais mais ativos ficam muito estimulados a pôr em prática o que eles desejam e, no entanto, a sociedade, em si, não encara a sexualidade do adolescente como legítima. Quando eles vão ao serviço de saúde buscar atendimento, por exemplo, em geral sofrem algum tipo de censura por já estarem vivendo sua sexualidade.

Segundo o dossiê da CLADEM (2016, p. 6-7) relacionado à gravidez infantil, a responsabilidade dos Estados se mostra clara, por não ter atuando na prevenção da violência sexual contra estas meninas, por não ter prevenido e impedido as uniões ou casamentos precoces, muito comuns em países da América Latina e Caribe, principalmente nas regiões mais pobres, como as zonas rurais com pouco acesso a educação, por não ter proporcionado a estas crianças e adolescentes ferramentas necessárias para prevenir a gravidez, mas também por não ter promovido a corresponsabilidade reprodutiva, para garantir a erradicação de estereótipos e papéis discriminatórios, com relação ao gênero. Seja qual for a causa da responsabilidade dos Estados, os direitos humanos são atacados de maneira integral, sendo incluídas a educação, saúde, desenvolvimento da sexualidade e autonomia física.

A gravidez infantil direciona estas meninas ao trabalho informal, sem seguridade social e com baixa renda. A perspectiva de vida é de escassez do desfrute de diversos direitos e geração de um círculo de pobreza, dessas meninas e seus filhos a menores oportunidades, tendo suas potencialidades não desenvolvidas, afetando sua família e comunidade. Quando originada de violência sexual, a maior prevalência da causa de gravidez infantil, a maioria não convive com o pai biológico da criança, não recebendo esse auxílio, que vem geralmente de suas mães e avós. (CLADEM, 2016, p. 10)

Sobre as questões de gênero é preciso salientar que o machismo é enraizado e sistêmico na sociedade e isso faz com que a dominação masculina sobre o feminino seja vista em âmbitos dos mais sutis aos mais gritantes.

Pierre Bourdieu (2012, p. 17) estabelece que:

A divisão entre os sexos parece estar "na ordem das coisas", como se diz por vezes para falar do que é normal, natural, a ponto de ser inevitável: ela está presente, ao mesmo tempo, em estado objetivado nas coisas (na casa, por exemplo, cujas partes são todas "sexuadas"), em todo o mundo social e, em estado incorporado, nos corpos e nos hábitos dos agentes, funcionando como sistemas de esquemas de percepção, de pensamento e de ação.

A cultura do estupro, decorrente do machismo, explicita a dominação correlacionada ao ato sexual, pois a afirmação do gênero masculino mostra-se por meio da virilidade incubida na relação de poder em que esta violência se expressa. Nos crimes de estupro,

podem-se visualizar os estigmas desde o surgimento do Código Penal em 1940, questões relacionada às “faculdades mentais” da vítima eram necessárias para o enquadramento no tipo, pois “uma mulher histérica pode arquitetar fantasias de estupro não confirmadas” (BRANCO, 1966).

A faixa etária atingida pelo crime em questão demonstra claramente vulnerabilidade dessas meninas no que tange às relações de poder. O relatório da UNICEF (2014, p. 62), intitulado de “*Hidden in plain sight: A statistical analysis of violence against children*”, baseado nos dados de 190 países para esclarecer tal questão, afirma que em certas situações: “[...] *younger children may be especially susceptible to manipulation, coercion and ‘grooming’ by older peers and adults since they are probably unaware of perpetrators’ motives or the nature of the acts experienced.*”

O agente, em sua maioria, é um homem, com uma diferença grande de idade (o que supõe certa autoridade hierárquica) e próximo às vítimas. Ou seja, tem forte influência e poder de dominação para conseguir manipulá-las, sendo o consentimento, por exemplo, totalmente irrelevante, sendo as decisões, que afastam a idade em prol do consentimento, superficiais, pois não levam em conta todos os fatores trazidos aqui.

CONCLUSÃO

A corrente doutrinária que defende a natureza relativa da vulnerabilidade tem sido irrazoável com as outras problemáticas acerca do crime. As crianças mais atingidas pelo crime de estupro são do gênero feminino, com total imaturidade psicológica e física para consentir com os atos sexuais, o que demonstra claramente a vulnerabilidade exposta no tipo penal.

O processo atual de adultização infantil, utilizado como argumento para justificar as decisões desta corrente, não corresponde ao desenvolvimento psicológico prematuro. Isso não condiz com um erro anacrônico, pelo simples fato de que confundir a expressão sexual precoce, caracterizada pela reprodução de comportamentos adultos, com o desenvolvimento psicológico é um erro grosseiro que pode levar a danos existenciais irreparáveis.

Questões de saúde, como a gravidez precoce, exposição à DST's e corpos prematuros para o ato, questões de gênero como a cultura do estupro, fácil manipulação em razão da dominação masculina histórica, além da proximidade da vítima com o agressor são ignoradas pelo Estado por intermédio dessas decisões, o que acaba por legitimar as violências nas suas mais diversas facetas e revela as consequências avassaladoras para vida destas meninas, que

estão, em sua maioria, vulneráveis não só em razão da pouca idade, mas também em estado de vulnerabilidade econômica e social, dificultando ainda mais a perspectiva de melhorar as suas condições de vida para um estado de maior dignidade e crescimento.

A diferença de idade entre o agressor e a vítima, em sua maioria vista em enorme disparidade, indica uma facilidade do agressor em aliciar e manipular, assim, mesmo que seja emitido o consentimento tenha sido emitido, a autonomia e a igualdade perante o adulto são questionáveis. Estas crianças são seduzidas, prostituídas e experimentadas por adultos conscientes dos seus atos.

Os direitos de personalidade fundados da dignidade da pessoa humana são fortemente atingidos por meio dessas decisões. O projeto de vida dessas meninas, mesmo aquelas que nem tiveram a chance de almejar devido à idade, são drasticamente alterados como consequência do aval estatal visto acima. Considerando o físico, estes corpos não estão preparados. Mas também considerando o psicológico, também não estão preparadas. Afinal, estas crianças mal entendem as problemáticas envolvidas no ato sexual.

Considerando a esfera em que se trata o dano existencial, há na verdade um paradoxo de exigir a intervenção do Estado na esfera íntima destas crianças para justamente proteger o direito destas crianças de serem protagonistas da sua vida e evitar a ocorrência de danos existenciais, o que neste caso é válido e plausível quando considerando quem são os atingidos.

Por fim, quando o Estado adota o posicionamento da natureza relativa está sendo omissivo diante da violência a qual o crime se funda, conivente ao dano existencial que estas meninas são atingidas. O dano existencial entendido como o atentado mais grave a personalidade do indivíduo, atinge a existência e modo de ser com alterações de maneira permanente.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA NETO, A. A. **Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana.**

Disponível em:

<http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 15 mai. 2018

BITTENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. IV. 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.

ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 257p.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. 11 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012

BRANCO, V. P. C. **O advogado diante dos crimes sexuais**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 51

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 593**, de 26 de agosto de 2015. Diário de justiça, Brasília, 26 ago. 2015.

CERQUEIRA, D; COELHO, D. S. C. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde** (versão preliminar). 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CLADEM. **Brincar ou parir: gravidez infantil forçada na América Latina e no Caribe**. 1. ed. Assunção, Paraguai. 2016.

DE LIRA, C. F.; FERREIRA, H. M.. Adultização infantil: um fenômeno social contemporâneo investigado na Educação Infantil. **Leitura em Revista**, v. 1, n. 11, p. 92, 2017. Disponível em: <<http://ler.iiler.puc-rio.br/index.php/LER/article/view/14/pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

DO BRASIL, Governo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei federal, v. 8, 1990.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 14ª ed. vol. III. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

INGO WOLFGANG SARLET; MARINONI, L. G. ; MITIDIERO, D. . **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017. 1472p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 520p.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SÁ, RODRIGO MORAES. Estupro de vulnerável: uma análise doutrinária sob a ótica da vulnerabilidade do menor. **Semana Acadêmica**, v. 13, 2013. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/artigoestuprodevulneravelenviar.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

STJ. **Recurso Especial: Resp. 1.480.881 - PI (2014/0207538-0)**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 26/08/2015. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/230146855/andamento-do-processo-n-2014-0207538-0-recurso-especial-10-09-2015-do-stj>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

TAQUETE, S. **Olhares sobre gênero e sexualidade na adolescência**. In: Saúde e sexualidade de adolescentes. Brasília, DF: OPAS, MS, 2017. P. 34-37.

TJ-RS. **Apelação: apelação crime nº 70073021917**, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. DJ: 27/09/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506956533/apelacao-crime-acr-70073021917-rs?ref=serp>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

UNICEF. **Sexual violence: not limited to girl**. In: Hidden in plain sight: A statistical analysis of violence against children. New York, USA. 2014. P. 60-93.

VILLELA, F.. **Denúncias de violência sexual contra crianças chegam a quase 50 por dia**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2016-05/denuncias-de-violencia-sexual-chegam-quase-50-por-dia>>. Acesso em 13 mai. 2018.