



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

RUTH ALMEIDA DE ASSIS ROMÃO

**ESTUPRO DE VULERÁVEL: ANÁLISE DO CRIME E VERIFICAÇÃO
DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MEOR DE 14 ANOS**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2017

RUTH ALMEIDA DE ASSIS ROMÃO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DO CRIME E VERIFICAÇÃO
DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor Valdeci Ataíde Capua da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2017/ 2º SEMESTRE

FOLHA COM A FICHA CATALOGRÁFICA

RUTH ALMEIDA DE ASSIS ROMÃO

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DO CRIME E
VERIFICAÇÃO DA VULNERABILIDADE DA VÍTIMA MENOR DE
14 ANOS**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de
Bacharelado em Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof.XXXXXX

Orientador

Prof. XXXXX

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof.XXXXXX

Avaliador de Conteúdo

Prof.XXXXXX

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

Gostaria de dedicar este trabalho primeiramente ao meu esposo Adriano Costa, meus filhos Marlon, Erick e Abner por toda compreensão durante esses longos 5 anos de faculdade, foram dias difíceis de muita luta e trabalho, sem o apoio vocês nada seria possível.

A todos os colegas que contribuíram para que tudo desse certo.

Enfim, só tenho a agradecer e desejar que cada um conquiste uma carreira de muito sucesso a partir de agora.

Estamos passando para uma nova etapa de nossas vidas. Que Deus abençoe a todos nós!

A Deus toda minha gratidão pelo cuidado e carinho de sempre.

Sem Ele na minha vida, com certeza, não seria possível findar cinco anos de faculdade.

A minha família que foi, é, e sempre será essencial em minha vida!

Também não poderia deixar de agradecer ao meu querido orientador Valdeci Cápua, e ao meu querido professor Tauã Verdán pela paciência e dedicação para comigo, muito obrigado. A vocês, todo sucesso sempre!

“Imagine uma nova história para sua vida e acredite nela.”

Paulo Coelho

ROMÃO, Ruth Almeida de Assis. **Estupro de vulnerável**: Análise do crime e verificação da vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos. N^o final de páginas. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, ano 2017.

RESUMO

O trabalho abordado procura verificar a necessidade de adequação e perspectiva do Direito ante as constantes alterações socioculturais, retirando a análise severa das regras, e adequando-se aos princípios ético-morais indispensável em determinado período histórico, atendendo o objetivo da lei, e não apenas sua aplicação integral. Assim analisam-se o crime de estupro de vulnerável à luz da presunção de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, em especial, os que já tenham completado doze anos, que na antiga vigência do art. 224 do CPB (Código Penal Brasileiro) se socorriam da “presunção de violência”. Perfaz um breve histórico do delito estupro e sua aplicação jurídica, desde a antiguidade até nossos dias. Expõe conceituação e trata das elementares do tipo, bem como sujeitos e ação penal inerentes a esse delito. Analisa a violência como fator crucial ao crime de estupro (art. 213, CP) e a desnecessidade da mesma quando a vítima é vulnerável. Estuda os diversos pensamentos doutrinários e julgados para verificar possibilidade de aplicar a responsabilidade objetivo. Outrossim, considera a diferenciação que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz entre a validade do consentimento dado pela criança e pelo adolescente. Contextualiza a atual sociedade e a conjectura da necessidade de proteger ou não os hodiernos jovens (menores de catorze anos). Confronta os textos normativos, a produção doutrinária, jurisprudências e julgados, com ênfase ao indivíduo maior de doze e menor de quatorze anos, ensejando descobrir se há possibilidade de excluir a tipicidade da ação. Finaliza ensejando aplicar o real objetivo da Lei que atenda anseios sociais e, portanto, opta por acompanhar o pensamento majoritário, qual seja, a possibilidade de aplicar a relativização da vulnerabilidade.

Palavras-chaves: Direito Penal – Estupro. Estupro de Vulnerável. Código Penal-Art. 217-A. Presunção de vulnerabilidade.

ABSTRACT

This paper seeks to verify the need for adequacy and perspective of the law in the face of constant sociocultural changes, removing the strict analysis of the rules, and adapting to the ethical and moral principles indispensable in a certain historical period, in compliance with the objective of the law, and not only its full application. Thus, the crime of rape of vulnerable is analyzed in the light of the presumption of vulnerability of children under fourteen, especially those who have already reached the age of twelve, that in the old validity of art. 224 of the CPB (Brazilian Penal Code) were aided by the "presumption of violence". It gives a brief history of rape and its legal application, from antiquity to the present day. It exposes conceptualization and treatment of the elementary of the type, as well as subjects and criminal action inherent to this crime. It analyzes violence as a crucial factor in the crime of rape (article 213, CP) and the need for it when the victim is vulnerable. It studies the various doctrinal thoughts and judgments to verify the possibility of applying the objective responsibility. It also considers the differentiation that the Statute of the Child and the Adolescent makes between the validity of the consent given by the child and the adolescent. It contextualizes the current society and the conjecture of the need to protect or not the young people (under the age of fourteen). It confronts normative texts, doctrinal production, jurisprudence and judgments, with emphasis on the individual over twelve and under the age of fourteen, making it possible to exclude the typicality of the action. It ends up by applying the real objective of the Law that meets social desires and, therefore, chooses to follow the majority thinking, that is, the possibility of applying the relativization of vulnerability.

Keywords: Criminal Law - Rape. Rape of Vulnerable. Criminal Code-Art. 217-A. Presumption of vulnerability.

SUMÁRIO

Resumo	
Abstract	
1 INTRODUÇÃO.....	12
2 ESTUPRO: TRAÇADO HISTÓRICO	14
2.1 A Evolução Da Cultura Do Estupro.....	14
2.2 Direito Greco-romano.....	15
2.3 Código De Hamurábi.....	16
2.4 Organizações Filipinas.....	17
2.5 Período Colonial.....;	18
2.6 Código Criminal Do Império.....	19
2.7 Código Criminal da República.....	20
2.8 Código Penal de 1940.....	23
2.9 As modificações introduzidas pela Lei nº 8.072/90.....	24
2.9.1 As modificações introduzidas pela Lei nº12.015/09.....	25
2.9.2 Bem Jurídico e Ofensividade.....	27
3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL.....	30
3.1 Princípio Da Legalidade No Direito Posto.....	31
3.2 A Dignidade da Pessoa Humana Como Balizador Do Princípio Da Legalidade Na Aplicação Do Jus Puniendi Do Estado Democrático De Direito.....	33
3.3 Princípio Da Culpabilidade.....	34
3.4 Princípio Da Exteriorização Ou Materialização Do Fato.....;	35
3.5 Princípio Da Presunção da Inocência Ou do Estado de Inocência Ou da Situação Jurídica De Inocência Ou da Não Culpabilidade.....	36
3.6 Princípio Da Ampla Defesa:.....	37
3.7 Princípio Da Exclusiva Proteção De Bens Jurídicos.....	38
3.8 Princípio Da Intervenção Mínima.....	39
4 ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ARTIGO 217-A.....	43
4.1 Bem Jurídico tutelado e material	44
4.2 Sujeitos do crime.....	45

4.3 Elementos Objetivos e Subjetivos	46
4.4 Ação Penal nos Crimes do art. 217-A.....	46
4.5 Relativização da Presunção da Vulnerabilidade.....	48
4.5.1 Liberdade Sexual.....	51
4.5.2 Do Erro de Tipo.....	52
4.5.3 Da Possibilidade da exclusão da tipicidade.....	53
4.5.4 Da sociedade contemporânea.....	55
4.5.5 Do uso de entorpecente e drogas a fins.....	56
4.5.6 Da responsabilidade objetiva.....	57
4.5.7 ECRIAD.....	59
4.6 Estupro de vulnerável como Crime Hediondo.....	61
4.7 Mutações Constitucionais acerca do tema nos Tribunais Superiores.....	62
5 CONCLUSÃO.....	64
6 REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

Neste trabalho trataremos dos crimes contra vulneráveis, que estão elencados no art. 217-A do código penal. Sabemos que o referido artigo vem trazendo três tipos de vulneráveis, sendo eles: O menor de catorze, qualquer pessoa por enfermidade ou deficiência mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, e por fim, a pessoa que não pode oferecer resistência. Porém, nesse trabalho trataremos especificamente de assuntos relacionados ao menor de catorze anos.

Os crimes sexuais existem desde a antiguidade, até os dias atuais, sendo também uma preocupação de ordem mundial. As penas já eram previstas desde as primeiras civilizações, penas estas que eram severas e cruéis. Na legislação pátria, ocorreu uma grande revolução penal em agosto de 2009, com a permanência da Lei nº 12.015/09, que deu nova composição a crimes contra a dignidade sexual, antes referido crimes contra os costumes, mostrando, especialmente, o crime de estupro, que desde então era crime próprio, agora passa a ser comum, visto que no foco ativo ou passivo tanto o homem como a mulher pode estar presente.

Entretanto, uma discussão vinda desde a validade do antigo art. 224 do Código Penal perdurou mesmo após as alterações já relatadas. Esta revolução também se estendeu ao grupo denominado como vulnerável, que com a Lei nº 12.015/09 ganhou característica penal própria apresentada no art. 217-A. O desentendimento que se dava acerca de ser absoluta ou relativa à violência ficta/presumida quando a relação sexual era empregada com algum daqueles indivíduos na lei listados, ainda que com sua permissão; com o novo tipo desfez-se a questão da violência presumida, e passa a chamar então de vulnerabilidade, mas o desentendimento continua audacioso, pois pode-se dizer que essa vulnerabilidade é relativa ou absoluta.

Nesse ponto procura-se comparar os diplomas normativos, orientações doutrinárias, sentenças e acórdãos, com o objetivo de encontrar a natureza da violência presumida contra o vulnerável, delimitando os crimes que envolvem aqueles indivíduos que possuem mais de doze e menos de catorze anos, não

portadores de enfermidade mental, pois em se tratando da relatividade ou não da vulnerabilidade compõem a faixa mais contrariada.

Atualmente com a evolução dos Códigos penais brasileiros, as penas foram se tornando humanizadas, mas nem por isso, o crime de estupro deixou de ser punido rigorosamente. Entre as principais mudanças que ocorreram ao longo dos anos, percebemos que agora temos uma proteção mais ampla, que não se restringe tão somente na mulher, mas em qualquer ser humano, sendo importante a proteção da dignidade sexual e dos vulneráveis independente de sexo e idade, tema este a ser explorado no decorrer na presente pesquisa.

2 ESTUPRO: TRAÇADO HISTÓRICO

Debruça-nos o presente estudo, em uma análise, mesmo que pormenorizada, de primeiramente, fazer uma análise da evolução histórica do crime de estupro, onde tentaremos abordar o assunto de forma a se entender como o mesmo esteve presente desde os primórdios, sendo um instituto bastante presente em diversas civilizações, onde, como marco intróito apresentará o presente instituto durante vários períodos específicos, para, a posterior, partir para a pesquisa da problemática apresentada.

2.1 A EVOLUÇÃO DA CULTURA DO ESTUPRO

No período greco-romano, observamos que as mulheres eram criadas para acreditar em sua inferioridade frente aos homens, as mulheres passaram a se submeter às tentativas de se encaixar em um estereótipo e reproduzindo a rivalidade entre si, onde o homem é visto como troféu. Mulheres, neste período, não tinham a centelha divina, onde Fustel de Coulanges asseverou que a mulher era mero depósito do nascituro, incumbindo-lhe a criação deste futuro ser para continuar a família, contando com manutenção de suas propriedades e em específico, a perpetuação ao culto do deus lar. (1961, pg. 162)

Neste período, temos relatos de mulheres que eram vendidas por seus pais a homens que as colocariam em uma posição de serventia ou de matrimônio forçado. Em ambos os casos, elas são entregues para ser estuprada. Não há romantismo na criação da instituição família, esta é a verdade (FEMINISMO SEM DEMAGODIA ORIGINAL, s.d.) Após o advento da propriedade privada dos meios de produção, a violência sexual contra a mulher ganha ares de romance e passa a ser naturalizada em todos os tempos.

Passa-se por várias culturas e tempos históricos, e a mulher é sempre contemplada como um objeto, que existe para servir aos homens. Vivendo em posição desumana, nenhuma afronta à humanidade da mulher foi prontamente repudiada, nem mesmo, crimes que sempre foram minimizados. Os exemplos

de banalização da violência sexual contra a mulher são antigos e não é difícil encontrar a romanização destes exemplos pela literatura.

2.2 DIREITO GRECO- ROMANO

Na Grécia, encontramos relatos históricos de que a mais alta divindade do panteão Grego, que se divertia sexualmente raptando e estuprando mulheres, como foi o caso de Europa, que o estupro lhe rendeu uma gravidez. O mito conta que Zeus, metamorfoseou-se em um touro branco, e quando Europa colhia Flores o avistou e encantou-se, foi acariciá-lo e num momento de distração, Zeus a raptou e a levou para a ilha de Creta, onde sem revelar sua identidade, estuprou-a e a engravidou. Europa foi mãe de Minos, que se tornaria rei de Creta. Quanto a este caso não houve protesto, ninguém se indignou. (FAYET, 2011 p. 23)

Por outro lado, tem-se exemplo do estupro de homens também, e a postura que se assume é completamente diferente. Na mitologia grega encontramos o caso de Laio, que estuprou Chrysippus, este ataque sexual ficou conhecido como “O crime de Laio”, foi caracterizado como um exemplo de arrogância no sentido original da palavra, ou seja, violenta indignação. Neste caso, não houve romancear da situação, houve punição! Sua punição foi tão grave que destruiu não só o próprio Laio, mas também seu filho, Édipo, sua esposa Jocasta, seus netos (incluindo Antígona) e membros de sua família (KOLLONTAI, 2016, p .48).

Constatamos por aí que a naturalização do estupro além de perniciosa, é sexista: Para estupros cometidos contra as mulheres, silêncio. Para estupros cometidos contra homens, indignação, criminalização e punição. Outro caso envolvendo Zeus, onde ele se acumplicia do estupro da própria filha que teve com Deméter, a jovem Perséfone, foi eternizado em mármore, numa escultura que mostra todo desespero da mulher que raptada por Hades (irmão do deus Zeus), foi levada ao inferno onde foi violada. (GELEDES, s.d.)

Os Tempos Bíblicos relatados no velho testamento, também são um grande exemplo: a mulher era caracterizada como propriedade masculina,

previsto por lei (Êxodos 20:17), a mulher aparece listada entre os bens materiais dos homens). Em Israel, assim como em todo Oriente Médio, o ato do estupro não era entendido como um abuso, mas sim como um adultério. Visto que a mulher era vista como propriedade do homem, a vítima do crime era o homem, que detinha a propriedade que fora “danificada”. (PORTAL AFRICA,s.d.)

No Direito Romano, foi usada pela primeira vez a expressão *stuprum* que derivou a palavra estupro, contudo, não tinha o significado de conjunção carnal violenta cuja expressão era *crimen vis*, ao qual era punida com a pena de morte (BITTENCOURT, 2015, p. 48). Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a Lex Júlia de adulteris (18 d.C.), no antigo direito romano, procuraram-se distinguir *adulterius* e *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada (BITTENCOURT, 2015, p. 48).

Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte (BITTENCOURT, 2015, p. 48). E assim segue Roma, que acreditava que existiam assuntos que o Estado não deveria interferir. Se continuarmos a pesquisa, podemos analisar que, em todo cenário, há um silêncio cúmplice da violência sexual cometida contra a mulher.

2.3 CÓDIGO DE HAMURÁBI

O Código de Hamurábi que é datado por volta de 1700 a. C também punia o crime de estupro severamente com a pena de morte, e somente era protegida a mulher que ainda não houvesse se relacionado com nenhum homem, com base nas leis de talião (“olho por olho, dente por dente”) o código de Hamurábi é um conjunto de leis que servem para coordenar e monitorar a sociedade, desenvolvidas na Mesopotâmia, aproximadamente no XVIII^a C, por

intermédio do rei Hamurábi que foi o autor da criação do primeiro império babilônico. Antes do governo Hamurábi, as leis que regiam os direitos e as obrigações dos babilônicos eram transmitidas por meio da oralidade, ou seja, transmitidas de boca em boca. (FARIA, 2016, s.p.)

O código de Hamurábi é uma somatização de 282 leis da babilônia antiga (atual Iraque), fatiadas em uma escura rocha de diorito com aspectos granular. A finalidade principal era agrupar o reino por intermédio de um código de leis comuns e as reproduções do código foram pregadas em regiões distintas do império. Fundamentado nas leis de Talião, esse agrupamento de leis demonstrava que todo criminoso necessitaria ser corrigido de maneira equilibrada baseado no crime que cometeu. Entretanto, o criminoso que ocupava uma boa hierarquia social, não era penalizado justamente, como o que não obtinha o mesmo grau hierárquico, essas punições aconteciam de acordo com posição que o criminoso ocupava, sendo elas bastante diversificadas. (FARIA, 2016, s.p.)

O vocábulo “talião” vem do latim *talionis*, conceito “como tal”, “idêntico”. As leis do código de Hamurábi mostram penalidades pela desobediência em cumprir-se as regras estipuladas em comemorações da vida cotidiana em áreas diversificadas como, por exemplo, relações familiares, pecuária, agricultura, construção civil, comércio, etc. Como uma leal origem do Direito, o Código de Hamurábi é considerada sendo a lei mais antiga de que se tem conhecimento. Algumas leis do Código de Hamurábi são as seguintes:

- Se uma pessoa roubar o filho menor de outra, o ladrão deverá ser condenado à morte.
- Se uma pessoa roubar a propriedade de um templo ou corte, ele será condenado à morte e também aquele que receber o produto do roubo deverá ser igualmente condenado à morte.
- Se uma pessoa deixar entrar água, e esta alagar as plantações do vizinho, ele deverá pagar 10 gur de cereais por cada 10 gur de terra.
- Se um homem tomar uma mulher como esposa, mas não tiver relações com ela, esta mulher não será considerada esposa deste homem. (FAYET, 2011, p.30)

Nas Organizações Filipinas o crime de estupro também era punido com a pena de morte (BITTENCOURT, 2015, p. 48):

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer Estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher” (BITTENCOURT, 2015, p. 48).

As Organizações Filipinas puniam também sodomia e os toques praticados com ou sem violência. As organizações existentes, o que nos dias de hoje diz respeito à nossa localidade, até o ano de 1500 deparavam-se ainda na fase da vingança privada, com a presença do talião, que naquela época se tratava da Aplicação de pena idêntica àquela cometida; pena do mesmo dano causado; lei de talião; talionato e da perda da paz. Nessa época o rapto e o adultério da mulher eram penalizados de formas bastante severas, apesar das diferenças de acolhimento demonstrado pelas variadas tribos. (BITTENCOURT, 2015, p. 48)

No entanto, estas manifestações de direito ditas primitivas, que surgem nos primeiros andamentos da evolução histórica da pena, não tiveram nenhum papel na criação do direito penal Brasileiro, cujas origens podem ser restritas na legislação portuguesa exigida na colônia. E a partir dela, dá-se a divisão as três fases diferenciadas sendo elas: o período colonial, o imperial, e o republicano. (BITTENCOURT, 2015, p. 48)

2.5 O PERÍODO COLONIAL

Estiveram em vigor as ordenações afonsinas (1500-1514) e as ordenações Manuelinas (1514-1603) seguidas das ordenações Filipinas (1603-1916) no Brasil Colonial, que por sua vez refletiam o direito penal medieval, planejando impor o temor pelo castigo. Estas últimas ordenações fundamentam-se amplamente em mandamentos religiosos. O crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral, penalizando-se rigidamente os hereges, os apóstatas, os feiticeiros e os benzedores com penalidades cruéis. (FAYET, 2011 p. 23)

Nas ordenações Filipinas lê-se no título XVIII - “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva per sua vontade” - referente ao

estupro; uma figura assim desenhada: “Todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro por seu corpo, ou seja escrava, morra por ele”. Tem – se aqui a definição do delito de estupro, com a aplicação natural de pena de morte, isto é, a execução do subordinado (e não a morte civil, que constituiria em deportação e perda dos bens). (FAYET, 2011 p. 23)

Nas ordenações Filipinas como se vê, puniam com morte o crime de conjunção carnal atingida forçosamente (sem rotulá-lo de estupro); e o criminoso ainda que viesse a se casar com sua vítima, não escapava da morte. As ordenações Filipinas nos títulos XIII a XXXIV determinavam as penas de morte por fogo até que lhe seja feito pó, exílio, açoitamento, confiscos, de bens e multas para as condutas sexuais da época, pressupondo penalidades para o que viria ser considerado o atentado violento ao pudor, ou seja, atos libidinosos diferentes da conjunção carnal, muitas vezes cometidos sem violência de qualquer espécie. Pois, por influência da igreja católica, diferenciavam-se as condutas sexuais em naturais (relação sexual entre homem e a mulher que tinham por objetivo a procriação) e contra a natureza (ato libidinoso diferente da conjunção carnal, onde sua finalidade, evidentemente, não era a procriação). (FAYET, 2011 p. 23)

2.6 O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

Até o ano de 1830 vigoraram as Ordenações Filipinas, quando o império do Brasil apresentou seu código criminal, sob a influência da escola clássica, de acordo com alguns autores, significa o começo da história da cifragem penal brasileira. Antevia a constituição de 1824 após a proclamação da independência, que se criasse uma nova legislação penal e, D. Pedro I em 16 de dezembro de 1830, sancionava o código criminal do império, tipificado pelo esboço de uma individualização da pena, pela existência de atenuantes e agravantes, e por um entendimento especial para os menores de 14 anos. Não obstante, a pena de morte, ainda era esperada, assim de igual modo as figuras

causadoras de delitos representativas das ofensas à religião estatal. (MACIEL, 2016, sp.)

Por outro lado, o Código do Império não deliberara a culpa, mencionando apenas ao dolo, e fazia com que continuasse a desigualdade no tratamento para com as pessoas, principalmente dos escravos, essas penas eram aplicadas em graus máximo, médio e mínimo, dependia assim, das agravantes e atenuantes e resultavam em pena de morte, galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão e perda de empregos. (MACIEL, 2016, s.p.)

Faz se necessário salientar que, em se tratando do estupro o código seguiu a tradição romana, de acordo com o vocábulo “*stuprum*” envolvia todas as relações carnavais ilícitas, era a justificativa pelo qual o termo “estupro” estabelecia a nomenclatura da seção I do capítulo II, que zelava pela “segurança da honra”. Essa amplitude recebeu as críticas dos doutrinadores da época. (MACIEL, 2016, s.p.)

Propriamente dito, por consequência, o crime de estupro, vinha traçado no art. 222, com a referida redação: “Ter cópula por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta. Penas de prisão por três ou doze anos; e de dotar a ofendida; se a violentada for prostituta: pena de prisão por um mês a dois anos”. Vale ressaltar que a cifração do império punia de maneira mais moderada o estupro cometido contra a prostituta caracterizando a importância da “honestidade” como componente do tipo. Apesar de não nominado como tal, o crime de atentado violento ao pudor vinha assentado com a seguinte redação:

Art. 223. Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a copula. Penas: prisão por um a seis meses, e de multa correspondente á metade do tempo, além das que incorrer p réu pela ofensa. (BRASIL,1940)

Nesta época, a diferença se dava entre as figuras, restringia-se ao ato em si (cópula vagínica versus demais atos libidinosos) além da pena, sustentando o mesmo sujeito passivo, no caso: a mulher. Como dito alhures, o art. 228 salientava que “seguinto-se o casamento em qualquer destes casos,

não terão lugar as penas”. Desta feita, o raptor poderia se livrar das penas no caso de constituir casamento com a vítima. (MACIEL, 2016, sp.)

2.7 O CÓDIGO CRIMINAL DA REPÚBLICA

No dia 11 de outubro de 1890, foi proferido o Código Criminal da República, sendo objeto de críticas severas, pelas falhas que mostrava subseqüentes, evidentemente, da emergência pelo qual fora implementado. Mantinha alguns autores que o código da república produzia, em muitos casos, literalmente o Código do Império. Tal cifragem Republicana, à luz da constituição de 1891 e dos demandados positivistas, anulou a pena de morte e as penas cruéis, examinando as penas de prisão celular, de banimento, de reclusão, de prisão com trabalho, de prisão disciplinar, de interdição de direitos, de suspensão e perda de emprego público e de multas. (FAYET, 2011. s.p)

No ano de 1890 o código trazia os crimes de atentado violento ao pudor sob o título de “violência carnal”, com a intenção de “proteger a segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” a letra da lei relaciona-se, primeiramente a diferenciação específica entre atentado violento ao pudor e o estupro, um e outro que eram punidos com pena de morte, e passaram a ser punidos com prisão celular, fazendo a separação entre satisfazer as paixões lascivas, no atentado violento ao pudor, do desejo de cópula vagínica, particularidades do estupro. Produção escrita da figura do estupro:

Art. 268. estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: pena de prisão celular por um a seis anos.

§ 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis meses a dois anos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será argumentada da quarta parte. (BRASIL, 1940)

Vale destacar que, o verbo nuclear aqui se referia diretamente ao nome tipológico, levando assim o legislador da época abrir mão de uma norma penal que não só explicava, mas também esclarecia o conteúdo da proibição relativa ao estupro. Dessa forma vinha escrito o tipo: “Art. 269. Chama-se estupro o ato

pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não” (BRASIL, 1940). O próprio Código no artigo 269 trazia a definição do que era estupro, que seria o abuso com violência de mulher praticado por homem contra a mulher, sendo ou não virgem. O artigo não contemplava a violência contra pessoas do mesmo sexo, ou a mulher sendo Autora da violência. (FAYET, 2011. s.p)

Além da violência física o artigo 269 refere-se a qualquer tipo de violência, que interfira nas faculdades psíquicas da mulher. Quando o Autor seduzia mulher menor de idade, havia uma diferenciação de pena contida no artigo 267 do Código Republicano, ao qual era punido com a prisão celular de um a quatro anos, observe: “Art. 267. Deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude: Pena – de prisão *cellular* por um a quatro anos”. (FAYET, 2011. s.p)

Não obstante, mais uma vez a norma penal não se faz clara o bastante na narração daquilo que quer, de fato, proteger. Na atualidade, a fraseologia abuso não tem o conceito puramente sexual, como a conduta fazia parecer, sendo apropriado para definir a aplicação de algo em oposição a seu sentido natural. “Abusa-se em sentido jurídico”. Segundo Mestieri (2012, p. 32), “quando a coisa é empregada de modo ou para fim ilícito ou não consentimento; em relação aos crimes sexuais, significaria cópula ilícita, quer mediante sedução ou engano”. Não obstante, na continuação do art. 269 o código ainda tipifica o verdadeiro entendimento da expressão violência, com os referidos termos, *verbis*:

Por violência entende-se não só o emprego de força *physica*, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades *psychicas*, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hipnotismo, o *chloroformio*, o *ether*, e em geral os *anesthetics* e narcóticos (MESTIERI, 2012,p.32)

Ao determinar que a violência trata-se de uma atitude física ou moral onde a mulher é privada da possibilidade de se defender ou resistir, em esclarecimento o código criminal caracteriza a figura do estupro como um ato sexual praticado sem o consentimento da mulher honesta. Ainda observa-se que o tipo penal supracitado abre uma brecha para o desentendimento em se

tratando da honestidade da vítima, se estendendo assim por muitos anos, expondo-a além da humilhação de ter sido estuprada, a exposição ao público de sua honestidade. (MESTIERI, 2012, p.32)

Porém, no art. 266, o Código vinha ilustrando que: “Atentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo por meio de violência ou ameaça com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: - Pena de prisão *cellular* por um a três anos” (MESTIERI, 2012, p.32). Dessa forma, analisa-se que o código criminal de 1890 antevia que a criminalização do atentado violento ao pudor e do estupro em ilustrações diferenciadas e com penas equivalentes penas mínimas de prisão *celullar* (um ano), divergindo-se em relação à pena máxima, que era de seis anos em se tratando do estupro, e no atentado, de três anos. (MESTIERI, 2012, p.32)

Os analistas da época conservavam que o delito de atentado violento ao pudor trazia vocabulário impróprio, pois o tipo, pela organização de sua definição, poderia envolver todas as outras variedades de crimes sexuais violentos. Dissemelhantemente do que acontecia com as legislações anteriores, até o código de 1830, além disso, a organização republicana delimitava o estupro à violência sexual contra a mulher, deixando para o atentado violento ao pudor, ou para outras particularizações singulares, os demais comportamentos sexuais, tais como a sedução, o defloramento, os contatos sexuais entre o mesmo sexo, etc. (MESTIERI, 2012, p.32)

2.8 O CÓDIGO PENAL DE 1940

Em 1940, o Código Republicano caracterizava um processo técnico, incontestável na composição dos tipos dos crimes sexuais. Em razão de se tratar de uma legislação eclética, como relata sua Exposição de motivos, não firmando assim nenhuma responsabilidade com as escolas ou correntes que concorriam o acerto na solução dos problemas penais, adequando os postulados das Escolas Clássicos e Positivos, despondo, conseqüentemente o que existia nas legislações modernas de orientação liberal. Segundo Noronha

(1997, p. 62-63) o código é obra harmônica, que utilizou as mais modernas idéias doutrinárias e legislativas. (FAYET, 2011 p. 43)

No código de 1940, segundo o art. 28, as penas eram exclusivamente de reclusão, detenção e multa. O procedimento para essas três ilustrações foi modificado pela lei nº 6.416/77, com modificações correlacionadas à reclusão, e em seguida pela lei nº 7.209/84, decretou as penas em privativas de liberdade (reclusão e detenção), restritivas de direitos e de multa. No período dessa legislação, o Código Penal, no ano de 1940 o delito de estupro estava previsto no art. 213 onde se resumia em:

Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, no mesmo momento em que o atentado violento ao pudor, do art. 214, punia o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diferente da conjunção carnal. (BRASIL 1940)

Percebe-se que, de início, mantêm-se a diferenciação entre as figuras citadas acima, sendo o estupro qualificado pelo constrangimento à cópula vagínica por intermédio de violência, e, dessa forma sendo crime de sujeito passivo próprio, a mulher, enquanto o atentado violento ao pudor é crime de sujeito passivo livre, sendo qualificado por atos libidinosos diversos da conjunção carnal. (FAYET, 2011, p. 43)

Sendo assim, ainda que ambos proporcionem a liberdade sexual e serem praticado por meio de violência e grave ameaça o estupro e o atentado violento ao pudor não se confundem. A desigualdade entre os dois dar-se que, no estupro, o dolo se manifesta na vontade livre e consciente de intimidar a vítima à conjunção carnal (introdução do pênis no corpo da vítima por via vaginal) diferentemente da conjunção carnal, no atentado violento ao pudor, a intenção do agente é praticar o ato libidinoso. (FAYET, 2011 p. 43)

2.9 AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 8.072/90

A aplicação de penas distintas relacionadas ao estupro e ao atentado violento ao pudor deu sequência até a edição da Lei dos Crimes Hediondos,

que além de passar a significar como hediondos o estupro e atentado violento ao pudor, e a conciliação destes com o art. 223 (Lei nº 8.072/90, art. 1º), em seu art. 6º, fez uma mudança na pena em ilustração para reclusão de 06 (seis) a 10 (dez) anos. (BITTENCOURT, 2004, s.p.)

Sucessivamente confirmada pela Lei nº 8.930/90 de 06.09.1994, esta categoria deu nova composição ao art. 1º da Lei nº 8.072/90. Não obstante, começou o desentendimento âmbito doutrinário e jurisprudencial relacionado a figura do estupro dito simples apontada como crime hediondo, ou, diferentemente apenas de ser crime hediondo a imagem do estupro em qualquer de suas formas caracterizadas, predominando assim um sentido dominante, o conhecimento de que o estupro era crime hediondo, sendo ele qualificado ou não. Isso vinha da própria leitura que a conduta proporcionava o que não eliminava a probabilidade de se pensar em sentido oposto. (BITTENCOURT, 2004, s.p.)

2.9.1 As Modificações Introduzidas pela Lei Nº 12.015/09

Em 07 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015/09 modificou o título VI do código penal (de “dos crimes contra os costumes”) para “dos crimes contra a dignidade sexual” termo usado com ligação direta à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa transformando, de início, o bem jurídico tutelado pelo regulamento.

É preciso, em primeiro lugar, verificar quem é o vulnerável de acordo com a lei 12.015/09.

ANTES	DEPOIS
<p>Antes da Lei 12.015/09, os vulneráveis eram previstos no art. 224 do CP:</p> <p>Art. 224-Presume-se a violência, se a vítima:</p> <p>a) não é maior de catorze anos;</p> <p>b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;</p> <p>c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.</p>	<p>Hoje a vulnerabilidade está prevista no art. 217-A do CP:</p> <p>Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:</p> <p>Pena-reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.</p> <p>§1ºIncorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por <u>enfermidade ou deficiência mental</u>, não tem o necessário</p>

	<p>discernimento para a prática do ato, ou que, <u>por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.</u></p> <p>Desta forma, agora os vulneráveis são:</p> <ul style="list-style-type: none"> -vítima menor de 14 anos; -vítima portadora de anomalia psíquica; -vítima sem capacidade de resistência.
--	--

Fonte: (FUHRER,2009, s.p.)

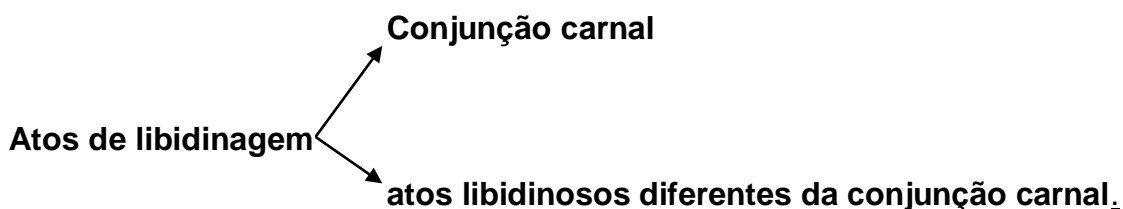
Sobretudo, a nova legislação ofertou a posterior redação para o delito de estupro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: reclusão, de 06 (seis) a 10 (dez) anos” (BRASIL, 2009) conciliando então a imagem do estupro e do atentado violento ao pudor antecipadamente válido. “Unindo os crimes parecidos estupro e atentado violento ao pudor perante um único título e com definição do comportamento específico, em um só artigo” (CAPEZ, 2010, s.p.), decretando então, a revogação do atentado violento ao pudor.

Insigne verificar que com o advento da novel lei que modificou diversos dispositivos do CP, verifica-se que não houve abolitio criminis do art. 214 (atentado violento ao pudor), ou seja, a conduta descrita como proibida no revogado art. 214 permanece íntegra no ordenamento jurídico, mas agora no art. 213, com nova denominação. O que aconteceu foi o fenômeno do princípio da continuidade normativo típica: a conduta continua a ser incriminada, mas a previsão foi deslocada para outro tipo penal. (CAPEZ, 2010, s.p.)

A Lei 12.015/09 criou os art. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A e 234-B do CP. Além disso, a lei criou mais um crime hediondo com a inclusão do crime de estupro de vulnerável. Da mesma forma, a Lei 12.978/2014, incluiu o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, caput, e §§ 1º e 2º) como crime hediondo. Com a lei 12.015/09, o legislador reuniu os dois tipos num só, chamado estupro (CAPEZ, 2010. s.p.)

Assim, agora quando se fala em estupro refere-se à conjunção carnal mediante violência e também aos atos libidinosos diferentes da conjunção carnal com violência. Em outras palavras, refere-se a atos de libidinagem, que

é gênero do qual são espécies a conjunção carnal e os atos libidinosos diferentes da conjunção carnal.



Todo este impulso para esta união dos tipos é o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, legitimando pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 4.388, de 2002, que independente de gênero, forma um tipo penal único para a violência sexual. Com tudo, esta nova composição implementou um novo padrão na condução dos delitos sexuais, ofertando a lei “modernidade e adequação à realidade atual” no grau em que põe fim à proteção exclusiva da liberdade sexual da mulher, amplificando-a a qualquer pessoa. É a lei penal se adaptando ao art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assim como ao art. VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que segura o princípio da isonomia. (CAPEZ, 2010, s.p.)

Além do mais, a Lei nº 12.015/09, em seu art 4º, determina modificações dos incisos V e VI do art. 1º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, transformando-o em crime hediondo o estupro e a nova imagem do estupro de vulnerável, na devida ordem, pondo fim no antigo desentendimento sobre a redação anterior dos referidos incisos, no tocante à hediondez do crime de estupro simples ou apenas do estupro qualificado. O novo ordenamento, além do mais, revoga a presunção de violência, oferecendo novos tipos penais independentes, para vítimas compreendidas como vulnerável, vem trazendo modificações bastante importantes com relação à ação penal, e determina para todos os crimes contra a dignidade sexual como regra, o segredo de justiça. . (CAPEZ, 2010, s.p.)

Nota-se que a grande mudança está na vítima menor de 14 anos. Antes da Lei 12.015/09, ao falar em vítima “não maior de 14 anos”, estava abrangido o dia do aniversário. Com a nova redação, não está abrangido o dia do 14º aniversário. Isso significa que o legislador, querendo ou não, diminuiu em um dia a situação de vulnerabilidade (CAPEZ, 2010. s.p.).

2.9.2 Bem Jurídico e Ofensividade

Hoje, de acordo com a doutrina majoritária o objetivo do direito penal é a segurança de bens jurídicos importantes, isto é, o direito penal resguarda bens juridicamente fundamentais em se tratando das carências humanas para favorecer a convivência entre os indivíduos. De acordo com Bruno Aníbal (2003, p. 6), “bem jurídico é o elemento central do preceito contido na forma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito”

Não obstante, o princípio da ofensividade tem objetiva operar em duas fontes: A primeira fonte é servir de interesse à função legislativa (para que o legislador adote, na criação do tipo penal, ao requisito inevitável de que o comportamento proibido demonstre ou tenha um interior ofensivo a bens jurídicos potencialmente consideráveis) e a segunda fonte é servir de critério interpretativo (restringindo o intérprete legal achar no caso concreto o prejuízo ou perigo do prejuízo ao bem jurídico tutelado). (ANIBAL, 2003, p.6)

Outrossim, havendo a ofensividade como raciocínio, pode-se revelar, de início dois tipos crimes: os crimes de dano, pelo qual a concretização do tipo traz como consequência a definida lesão ao bem jurídico protegido, e os crimes de perigo, em que a concretização do tipo não fere os bem jurídico tutelado, mas o coloca em perigo de lesão, que é também impedido pela norma penal. (ANIBAL, 2003, p.6)

Nessa última classe, podemos diferenciar os crimes de perigo concreto, no qual o perigo concreto é parte da descrição típica, e, no entanto, só há tipicidade quando ocorre grave risco de lesão ao bem jurídico; e os crimes de perigo abstrato, pelo qual os tipos relatam condutas perigosas para o bem jurídico, sem a necessidade de comprovar a efetividade do perigo. E sendo

assim, o crime de estupro, com base na nova redação que lhe foi imposta pela Lei nº 12.015/09, exige lesão ao bem jurídico sendo, conseqüentemente, crime de dano. (ANIBAL, 2003, p.6)

Em relação ao princípio ora narrado, verifica-se que para que ocorra o crime é indispensável efetiva, concreta e relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Baseados nesse princípio, os doutrinadores modernos têm questionado a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato onde o perigo é absolutamente presumido por lei. A doutrina moderna salienta que pune-se alguém por um perigo presumido, sem efetiva prova de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, violando o princípio da ofensividade. Por ser absolutamente presumido, ofenderia também o princípio da ampla defesa (não permitem ao réu provar em sentido contrário) (ANIBAL, 2003, p.7).

Já no que se refere ao crime de perigo concreto: o perigo deve ser comprovado, o delito depende de efetivo risco de lesão ao bem jurídico. Há reflexos na jurisprudência dos tribunais superiores. Até o presente momento o Princípio da Ofensividade, apesar de sua notável importância, não possui previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, parte da doutrina acredita que tal princípio tem previsão implícita na Constituição Federal. (ANIBAL, 2003, p.7)

Seu argumento é de que a partir das características de nossa Carta Magna, a qual preza pela igualdade, pluralidade, liberdade de religião, de crença e de culto, ou seja, que tem como um de seus principais fundamentos a tolerância, não seria possível imaginar um Direito Penal que permitisse a incriminação da mera desobediência, que puna o estilo de vida das pessoas e o seu modo de pensar. A Constituição, em consequência, preza por um Direito Penal que puna o resultado juridicamente relevante e não aquele pautado tão somente na conduta dos cidadãos. (ANIBAL, 2003, p.7)

3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À MISSÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO PENAL

Inicialmente aborda-se a diferença entre princípios e regras e a ponderação dos interesses. Princípio é uma determinação fundamental do sistema jurídico, conduta que remete e instrui todo o ordenamento, “estrutura, pedra de toque, cláusula primordial que distribui sua força por todos os compartimentos do ordenamento” (MARCÃO, 2003,s.p.) Os princípios e as regras [atos normativos, leis, emendas, portarias, etc.] compõem as duas espécies de normas jurídicas. Vejamos a seguir a diferença entre ambos.

Saber como diferenciar, no âmbito do superconceito norma, entre princípios e regras, é uma tarefa, sobretudo difícil. Os padrões sugeridos são agrupados em pelo menos cinco patamares. O primeiro faz alusão ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, ou seja, os princípios, por serem inconstantes e imprecisos, precisam de conciliações concretizadoras, do legislador, do juiz, ao mesmo tempo em que as regras são propensas de aplicação direta. O segundo diz respeito ao grau de abstração, onde os princípios são regras com um grau de abstração parcialmente elevado, de modo diverso, as regras possuem uma *conceptualização* moderadamente limitada. (MARCÃO, 2003,s.p.)

O terceiro é Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito porque os princípios são leis de natureza que sustenta ou com um papel essencial no ordenamento jurídico relacionado à sua posição hierárquica no sistema das fontes, como, por exemplo, os princípios constitucionais e ainda dentro do sistema jurídico, com uma estrutura importante, o princípio do estado de direito. O quarto de proximidade da idéia de direito, pois, os princípios são padrões juridicamente arraigados repetidos na determinação de justiça ou na ideia de direito (Larenz). As regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. (MARCÃO, 2003, s.p.)

E, por fim, o quinto que é de Natureza nomogenética, ou seja, os princípios são fundamento de regras, ou seja, as normas que estão na fundação constituem a *ratio* das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função nomogenética fundamental. (MARCÃO, 2003, s.p.)

Em um Estado Democrático de Direito o Direito Penal deve se nortear por parâmetros que estabeleçam a atividade normativa e judiciária. A lei penal se governa, pois através de princípios restritivos de seu poder circunstancial e que impõe regra na atividade estatal. Seja de forma explícita, seja de forma implícita, esses princípios estão prescritos no texto constitucional, com a finalidade de governar e direcionar o sistema jurídico. Dentre todos eles, destaca-se o princípio da legalidade ou reserva legal, e o princípio da dignidade da pessoa humana (MARCÃO, 2003, s.p.)

A ponderação e aplicação de normas-princípios em conflito em relação a um mesmo tema também são realizadas de maneira peculiar. Enquanto, os conflitos de normas regras são resolvidos com base nos clássicos critérios da hierarquia, da especialidade e cronológico, os conflitos entre normas-princípios exigem a efetivação de ponderações por parte do julgador, sempre sem perder de vista os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (MARCÃO, 2003, s.p.)

Os doutrinadores estrangeiros desenvolveram relevantes concepções em se tratando dos critérios de ponderação e métodos de aplicação de princípios jurídicos. A primeira construção metodológica foi exibida pelo americano Ronald Dworkin em 1977 no livro *Talking Rights Seriously* (Levando os Direitos a Sério) no capítulo "The Model Of Rules" onde o autor faz uma crítica ao positivismo jurídico do autor Hebert Hart, que dizia que nos casos difíceis os juízes decidem com discricionariedade. Para Dworkin, "nos casos difíceis, os juízes devem decidir conforme os princípios" (MARCÃO, 2003, s.p.)

De acordo com o autor o que distingue princípios de regras é o meio de aplicação estabelecido a cada um, dado que, as regras apresentam resultados claros, trazendo sua execução materializada com justificação no tudo ou nada, ou seja, se a regra é verdadeira seu resultado deve acontecer e ocorrendo a colisão de regras uma delas deve entregar-se totalmente à outra de acordo com os requisitos da hierarquia, da cronologia e da especialidade, nos princípios há uma dimensão de peso entre uns e outros, preponderando aquele que tiver o peso maior. (MARCÃO, 2003, s.p.)

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO POSTO

O princípio da legalidade entende-se que a aplicação de sanções penais que incriminam encontra-se restritas a uma execução legal. Podendo então somente punir um cidadão pela ofensa a lei penal caso o mesmo pratique alguma conduta que o incrimine. Segundo Greco:

É o princípio da legalidade, sem dúvida, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala da existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal (GRECO, 2006, p. 160).

O motivo principal para a reserva da matéria com relação a lei, encontra-se no fato de que tal origina-se do poder legislativo, formado pelos representantes do povo, analisando seus princípios e valores necessários em um momento histórico estabelecido. Nesse sentido, a concepção de legalidade encontra-se bastante exposta no texto da constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, II, *verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Sobreposto ao direito penal, o princípio da legalidade ou da reserva legal nos possibilita dizer que geralmente, ao legislador é proibido a criação de leis penais que igualem a fatos anteriores à sua permanência, caracterizando-os como crimes ou impondo pena aos criminosos (GRECO, 2006. p. 160).

Neste sentido jurídico-penal, a constituição presente sagrou o princípio à competência dos “direitos e garantias fundamentais”, implementou no seu art. 5º XXXIX, *verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988). A respeito da reserva no mesmo tempo que garantidora de liberdades individuais, Assis Toledo assevera:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais (TOLEDO, 2000, p. 748).

A reserva legal é um princípio, entretanto, de importantíssima magnitude para garantir aos indivíduos proteção perante o poder do Estado, ante fadado privilégios e funções que lhe atribuem força abusiva na específica medida em que a mesma é aplicada para obter o bem da sociedade, ou seja, o povo. (TOLEDO, 2000, p. 748).

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BALIZADOR DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DO JUS PUNIENDI DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de estar largamente determinando no ordenamento jurídico brasileiro, não tem visto uma concretização eficiente no que tange à pessoa e à integridade física e moral dos punidos. Existe um interesse muito maior em fazer com que esse indivíduo “pague pelo que ele fez”, em vez de procurar a recuperação do mesmo para ser inserida a sociedade novamente. O que deveria ser feito é estreitar a conexão entre o *jus puniende* do Estado e o *jus libertatis* do sujeito de direito, procurando uma igualdade entre um e outro, para que assim, os princípios constitucionais brasileiros sejam então devidamente respeitados. (GOMES, 2007, p. 443).

O objetivo da pena nos Estados democráticos de direito, é dupla: medida de prevenção dos crimes e impor limites ao poder proibitivo e punitivo do Estado. Os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, criam junções e restrições ao poder de punição e proibição do Estado, o que define o comportamento do mecanismo punitivo e determina garantias aos acusados e condenados. A trajetória das práticas punitivas tem sido afamada pela desconsideração aos mais importantes direitos dos condenados. (GOMES, 2007, p. 443).

E para confirmação desse fato, basta que observemos as condições de aplicação da pena privativa de liberdade. Em consequência disso, se faz necessário investigar como e em que situação se pode punir, sem ferir as garantias essenciais do indivíduo. O Estado democrático de direito tem um

princípio fundamental que rege os demais princípios, o da dignidade da pessoa humana. A pessoa humana carrega em sua companhia uma dignidade que deve ser considerada e respeitada, e através dela, decorrem os demais princípios basilares da ligação entre o direito penal e constitucional e da disciplina com Estado Federativo (GOMES, 2007, p. 443).

Como é sabido nos dias atuais, o conceito de pessoa humana não tinha existência em povos antigos, de acordo com a filosofia grega, o sujeito era considerado um animal político ou social, seus deveres e direitos de cidadão representava o fato de pertencer ao Estado. A pessoa humana só possuirá valor com a comprovação dos direitos pertencentes de cada ser humano, e a diferença da vida do homem com a vida do Estado ainda assim, uma igualdade entre a autoridade e a liberdade (GOMES, 2007, p. 443).

A dignidade da pessoa humana é a definição da ordem jurídica, e mais notadamente da ordem penal e processual penal. Qualquer atividade normativa deve seguir e chegar de tal ponto, necessitando ser assim, a dignidade o princípio norteador do sistema jurídico. Basicamente, um princípio possui duas destacadas funções, a saber, a normativa (o princípio é também uma norma jurídica, motivo pelo qual tem força coercitiva, podendo ser invocado para a solução de casos concretos) e a interpretativa (na hipótese de dúvida na interpretação de certa norma, tal dúvida pode ser esclarecida por meio do conteúdo de um princípio). No processo penal, há dois princípios: constitucionais e os princípios propriamente ditos (GOMES, 2007. p. 443).

3.3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Culpabilidade deriva de Culpa (*lato sensu*). Culpa, por sua vez, tem significado axiológico (valorativo) negativo, ou seja, significando atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de algum fato; de modo que culpabilidade pode ser entendida como juízo de censura (reprovabilidade) que recai sobre a conduta típica e antijurídica praticada por um agente culpável. No entanto, impende esclarecer que o termo “culpabilidade”, em Direito Penal, é empregado pela doutrina em sentidos variados. (NUCCI, 1998. sp)

Diante disto, o princípio de culpabilidade, em sua configuração mais elementar, não há crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*). Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade: fundamento da pena, medida da pena e conceito contrário à responsabilidade objetiva. (NUCCI, 1998. sp)

3.5 PRINCÍPIO DA EXTERIORIZAÇÃO OU MATERIALIZAÇÃO DO FATO:

O princípio da materialização do fato significa que o Estado só pode incriminar penalmente condutas humanas voluntárias que se exteriorizem por meio de concretas ações ou omissões, isto é, de fatos. Esses fatos devem consistir em condutas suscetíveis de percepção sensorial. Do princípio da materialização ou exteriorização do fato se depreendem, basicamente, duas consequências, na visão de (GOMES, 2007, 459) sendo:

- a) em primeiro lugar, que ninguém pode ser castigado por seus pensamentos, desejos ou meras cogitações;
- b) em segundo lugar, que a forma de ser do sujeito, seu estilo de vida, suas convicções pessoais, sua ideologia ou sua própria personalidade não pode servir de fundamento para a responsabilidade criminal ou mesmo para sua agravação (GOMES, 2007, p. 459).

Diante disto, podemos asseverar que temos como consequência do subprincípio os ditames de que ninguém pode ser castigado ou punido pelos seus pensamentos, por não poder exteriorizá-los, onde, em suma, o direito penal exige a exteriorização do crime o qual caracterizará o direito penal do fato. (GOMES, 2007, p. 459).

3.6 PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA OU DO ESTADO DE INOCÊNCIA OU DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE

O princípio em comento provoca importantes consequências no estudo do Processo Penal, principalmente em relação a três quesitos: o ônus da prova; a excepcionalidade das prisões cautelares; e toda medida constritiva de direitos individuais, na verdade, só pode ser decretada excepcionalmente. (OZANAM, 2007, s.p)

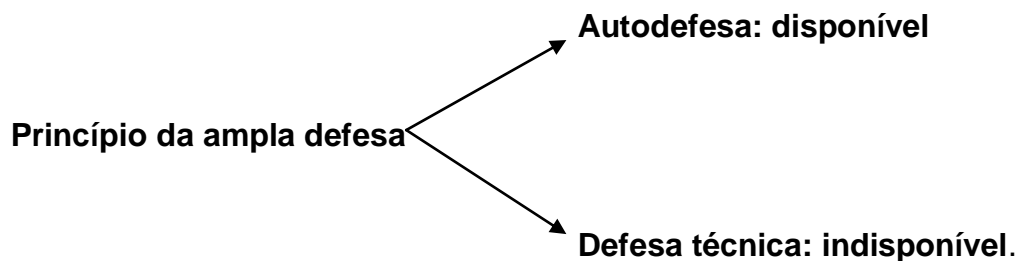
O ônus da prova, em regra, cabe à acusação: Considerando que a pessoa já nasce inocente, para que esse estado seja alterado é preciso, em regra, que o autor da ação penal prove o contrário. Exceção é no que tange as excludentes de ilicitude, que são ônus da prova da defesa. (OZANAM, 2007 sp)

Excepcionalidade das prisões cautelares: Por ser presumidamente inocente, o indivíduo só deve ser levado ao cárcere se existirem motivos cautelares para tanto, os quais podem ser apontados como aqueles requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva. (OZANAM, 2007 sp)

Por fim, toda medida constritiva de direitos individuais, na verdade, só pode ser decretada excepcionalmente: O raciocínio desenvolvido para as prisões cautelares deve ser estendido para toda e qualquer medida constritiva de direitos individuais, daí porque ela somente poderá ser realizada se for absolutamente indispensável à persecução criminal. (OZANAM, 2007, s.p)

3.7 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA:

Este princípio divide-se em autodefesa e defesa técnica.



Fonte: TOLEDO, 2004, s.p.

A autodefesa é a defesa promovida pessoalmente pelo próprio réu, sem assistência de procurador, geralmente durante o seu interrogatório judicial, sendo ela *disponível*, afinal de contas o acusado pode se calar ou até mesmo mentir, em conformidade com outro princípio constitucional expresso, o *direito ao silêncio* (art. 5º, inciso LXIII, CF) (TOLEDO, 2004, s.p.).

Entretanto, ressalte-se que a disponibilidade da autodefesa não autoriza que o réu minta ou se cale na primeira parte do interrogatório judicial (art. 187, § 1º, do CPP), referente às perguntas sobre a sua qualificação pessoal, o que é apenas permitido na segunda parte deste ato processual (art. 187, § 2º, do CPP), no momento das perguntas sobre os fatos delitivos. Em se recusando a fornecer sua qualificação, o agente poderá praticar a contravenção penal prevista no art. 68 da Lei de Contravenções Penais (recusa de dados sobre própria identidade ou qualificação) (TOLEDO, 2004, s.p.).

Ademais, também não se permite que o réu, na segunda parte do interrogatório, formule imputação falsa a terceiros ou mesmo autoimputação falsa, sob pena inclusive de responsabilidade penal por seu ato, caracterizando-se o crime de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal) ou até de autoacusação falsa (art. 341 do Código Penal). A autodefesa distingue-se ainda em direito de audiência (direito de o réu ser ouvido no processo, o que ocorre geralmente durante o interrogatório judicial) e direito de presença (direito de o réu estar presente aos atos processuais, geralmente audiências, seja de forma direta, seja de forma indireta, o que ocorre por meio da videoconferência) (TOLEDO, 2004, s.p.)

Nesse contexto, porém, é de se registrar que o STJ entende que a ausência do réu à audiência de oitiva de testemunhas não gera nulidade do feito se o seu defensor estava presente ao ato processual e não restou

demonstrado qualquer prejuízo para ele (Informativo no 426). Nesse trilhar, o STF já teve a oportunidade de decidir que inexistente nulidade pela ausência do réu preso em audiência de oitiva de testemunha por meio de carta precatória se ele não manifestou expressamente intenção de participar da audiência. (TOLEDO, 2004, s.p.)

Já a defesa técnica é aquela defesa promovida por um defensor técnico, bacharel em Direito, sendo ela indisponível, pois, em regra, o réu não pode se defender sozinho (art. 263, *caput*, do CPP)- apenas se ele for advogado é que poderá promover a sua própria defesa. São consequências diretas do princípio da ampla defesa no Processo Penal:

1. Apenas o réu tem direito à revisão criminal: A revisão criminal é sempre pro réu, nunca pro *societate*.

2. O juiz deve sempre fiscalizar a eficiência da defesa do réu: Por conta desse dever, o juiz poderá declarar o réu indefeso, fazendo-o constituir outro defensor ou, se o acusado assim não proceder, nomear-lhe-á um defensor dativo. A esse respeito, vale a pena registrar que o STF, na Súmula no 523, agasalha o entendimento de que “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (TOLEDO, 2004, s.p.)

3.8 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS:

Decorrência lógica do princípio da legalidade é o princípio da proteção de bens jurídicos (ou da lesividade, ou ofensividade, ou princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), aqui entendido como a “tutela de dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional” (GRECO, 2006, p. 160).

O Direito Penal visa a proteger ataques intoleráveis a bens jurídicos constitucionalmente relevantes, não podendo se ocupar com lesões ínfimas ao objeto da tutela, com direitos de valor infraconstitucional ou com punições puramente simbólicas. No entanto, consoante adverte Ramírez:

Hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que um principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción en cuanto sea formalizado y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas" (BUSTOS, 2007, s.p.)

Assim, como se faz com o princípio da legalidade, a proteção de bens jurídicos não pode ser reduzida a uma fórmula simplesmente dogmática e redundante (o Direito Penal visa a proteger bens jurídicos; bens jurídicos relevantes são aqueles tutelados pelo Direito Penal), mas deve também ser avaliada em sua dimensão político-criminal. Afasta-se a enunciação formalista, porém desprovida de alma, para se considerar sua eficiência enquanto baluarte da cidadania e da liberdade. Não obstante, podemos afirmar que apenas os bens jurídicos realmente vitais para a vida em sociedade, elencados na Constituição, podem ser resguardados pela intervenção penal. (BUSTOS, 2007, s.p.)

3.9.1 Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima nasceu em razão do grande movimento social de ascensão da burguesia na Idade Média que, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, tentou banir o abrangente arbítrio do Estado, o qual, respeitando a prévia legalidade dos delitos e das penas, criava figuras delitivas iníquas e instituía penas vexatórias à dignidade humana. Já naquela época, Roxin (2003) entende que, sendo a pena a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado, este não deveria recorrer ao Direito Penal e sua gravíssima sanção se existisse a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais (ROXIN, 2002, p. 203).

Assim, discorrem os irmãos Renato Flávio Marcão e Bruno Marcão, diante do posicionamento de Claus Roxin, onde assevera:

Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. "Onde bastem os

meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”. Estabeleceu-se, nessa ordem de ideias, que o direito penal deve ser considerado a última *ratio* da política social, demonstrando a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito. (ROXIN, 1981 p. 203.)

O direito penal se estrutura de acordo com a sua função, cuja identificação é importante para orientar e limitar o seu uso pelo Estado. Como desenvolvido pelo funcionalismo teleológico de Claus Roxin, a função do direito penal é proteger bens jurídicos essenciais. Assim, a política criminal é direcionada à tutela de bens jurídicos, e isso se faz com a aplicação do princípio da intervenção mínima. De acordo com o princípio da intervenção mínima, o direito penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, mantendo-se subsidiário e fragmentário. A intervenção mínima está ligada à doutrina do minimalismo penal, que tem por base a redução do direito penal ao mínimo necessário. (ROXIN, 2002, p. 203).

A intervenção mínima parte da ideia de que o direito penal é o instrumento mais violento que o Estado possui para manter a ordem social, por isso, somente deve ser usado quando realmente for necessário, e, para tanto, este uso deve ser feito de forma subsidiária e fragmentária.

1) Fundamento da pena: a culpabilidade é um juízo de reprovação que recai sobre o agente do fato delituoso por ter agido contrariamente ao direito quando lhe era possível exigir um comportamento diverso.

2) Elemento de determinação ou medição da pena: a culpabilidade é uma das circunstâncias analisadas pelo juiz na fase de dosimetria da pena, ou seja, no momento de aplicar a pena numa sentença penal condenatória.

3) Conceito contrário à responsabilidade objetiva: significa que ninguém responderá por um resultado se não houver causado o resultado com dolo (intenção de cometer o crime) ou culpa (violação de um dever de cuidado).

Na precisa lição de Miguel Reale Júnior:

“reprova-se agente por ter optado de tal modo que, sendo-lhe possível atuar de conformidade com o Direito, haja preferido agir contrariamente ao exigido pela lei” (...). Daí continua afirmando que

Daí em continuar afirmando que “a culpabilidade é um juízo sobre a formação da vontade do agente”. (REALE JÚNIOR, 2006, p. 87)

Assis Toledo explicita que:

Deve-se entender o princípio da culpabilidade (e, neste caso, como requisito do conceito analítico de crime) como a exigência de um juízo de reprovação jurídica que se apoia sobre a crença fundada na experiência de vida cotidiana de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, agir de outro modo (TOLEDO, 2005, p. 55).

A teoria da adequação social significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. Nas palavras de Luiz Regis Prado:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (PRADO, 2002, p. 124).

A vida em sociedade impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, como por exemplo, o transporte, usinas, mas são consideradas socialmente adequadas, afastando a interferência do Direito Penal. O princípio da adequação social possui dupla função. A primeira função é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. (PRADO, 2002, p. 124).

A segunda função se dirige o legislador em duas vertentes: a primeira orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com o fim de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que o legislador pretende tipificar for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la através do Direito Penal; já a segunda destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. (PRADO, 2002, p. 124).

O princípio da adequação social, nesta última função, bem como o princípio da intervenção mínima, destina-se ao legislador, para orientá-lo na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas e na revogação de tipos penais. Tendo como norte o princípio da adequação social, o legislador deverá distinguir quais as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal. (PRADO, 2002, p. 124).

4 ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ARTIGO 217-A

De acordo com FAYET, se nos transparece que a norma ostenta, ainda, elementos normativos de ordem jurídica (“conjunção carnal” e “ato libidinoso”) e outro de ordem cultural (“menor de catorze anos”), sendo os dois primeiros ligados aos conceitos jurídicos de acordo com os referidos títulos, e terceiro ligado à prova documental da idade da vítima. (FAYET, 2011, p.78)

Diante disso, acredita-se que, deve valer a interpretação mais benéfica em caso de dúvida sobre a verdadeira idade da vítima. Suponhamos por exemplo, que a vítima tenha catorze anos e alguns meses na carteira de identidade e apresenta não ter mais de dez anos por causa de seu porte físico, ou não tenha registro de nascimento, porém, diz ser maior de catorze anos, embora não aparente ter. Qualquer que seja o assunto, nos exemplos acima supracitados, a idade na vítima é suficiente para afastar as regras do Artigo 217-A, tornando a conduta atípica de concedida pela adolescente (aparentemente maior de catorze). Esta solução por nós apresentada está de acordo com a norma penal, que tem como objetivo principal independentemente de sua vontade, proteger a vítima menor de catorze anos de abusos sexuais. (FAYET, 2011 p.78)

Ainda declara FAYET, que o problema dessa norma vedação aparecerá nos casos em que os indivíduos queriam praticar relações sexuais saudáveis, no sentido de um relacionamento que breve (ou duradouro) como parte de sua iniciação sexual, antes de completar 14 anos. Sendo assim, os agentes colocam-se mutualmente em uma situação de risco constante (“estupro bilateral”), pois a conduta configura o tipo do art. 217-A do CP, e enquanto não vier à tona perante a autoridade policial, aos pais ou aos responsáveis, não interessa ao direito, todavia, se, por exemplo, logo após as praticas sexuais os adolescentes terminam o relacionamento e um deles se sente traído ou usado, poderá fazer uso da norma penal para desforra pessoal, na medida em que fora, formalmente, vítima do crime de estupro de vulnerável, bastando para tanto que duas testemunhas que possam relatar a relação

mantida e os comportamentos de ambos na constância do relacionamento. (FAYET,2011 p.79)

Parece-nos claro que caberá o juiz a difícil missão de avaliar os agentes para absolver o esturador, baseado em critérios objetivos. É que, com a norma do art. 217- A ampliou-se sobremaneira o espectro do (esturador) podendo ele ser o doente mental que visa o prazer por meio da violência e da opressão do sexo opostos, até adolescentes na descoberta da vida sexual. (FAYET, 2011 p.79)

Dessa forma, nos parece mais aceitável e adequado aos tempos em que vivemos a norma punir com todo o seu vigor o sujeito que abusa sexualmente de indivíduo menor de 14 anos, não impedindo que o mesmo, consciente do ato e de suas consequências possa descobrir e desenvolver sua sexualidade. O termo abusar aqui está empregado no sentido de tirar vantagem, isto é, valer-se, o maior de idade, da ingenuidade e inexperiência ou desinformação do menor de 14 relativamente à sua sexualidade, para alcançar o ato sexual. (FAYET, 2011 p.79)

O ponto de corte aqui devera ser a criação do risco não permitido para a liberdade sexual; o que pressupõem ao menor de 14 possa a consciência do que venha ser este bem juridicamente tutelado, bem como de sua extensão e consequências, para de forma segura e objetiva, determinar se ele pode ou não usufruir de sua sexualidade. (FAYET, 2011 p.78)

4.1 BEM JURÍDICO TUTELADO E OBJETO MATERIAL

Deve observar o princípio da intervenção mínima, em se tratando de tutela penal dos bens jurídicos, pelo qual o direito penal só deve interferir quando a ordem jurídica não dispõe de outros meios para assegurar a acontecimento do dano, isto é, apenas recai quando necessário secundariamente. O objetivo do direito penal é proteger os bens juridicamente essenciais ao contentamento das carências humanas para possibilitar a convivência entre os todos. (ANÍBAL, 2003, p. 6.)

Sendo assim, em virtude do princípio da intervenção mínima o princípio da última ratio e fragmentariedade do direito penal, que preconiza que o direito penal deve ser distanciado sempre que existir outros meios menos lesivos para se estabelecer no controle social, o respeito à dignidade da pessoa humana, de forma mais eficiente e menos rígida. (ANÍBAL, 2003, p. 6.)

O bem jurídico tutelado pela norma é a dignidade sexual. Nos crimes sexuais, o objetivo é garantir o livre exercício da sexualidade do indivíduo. A liberdade sexual, em sua concepção dinâmica ou positiva, quer dizer a livre subordinação do sexo ou do próprio corpo conforme desejos e opções do indivíduo, tanto quanto à forma de manifestação sexual quanto ao objeto desta, analisando-se os limites estabelecidos pela transigência e pelo respeito da liberdade sexual de outrem. Em seu ponto de visto estático ou passivo, a liberdade sexual se materializa na capacidade que o indivíduo tem de não aceitar de outra pessoa a realização de atos de cunho sexual contra a sua vontade. (ANÍBAL, 2003, p. 6.)

O objeto material, nada mais é do que a definição da coisa sobre qual recai a ação do sujeito ativo, o objeto concreto proposto pela ação citada como crime. O artigo em observação não traz esse elemento e nem o comportaria, pois é crime contra a liberdade pessoal da pessoa, cujo o ataque é diretamente sobre o corpo da pessoa constrangida. E, quando o objeto material se confunde com o sujeito passivo, como é o caso do artigo ora analisado, prefere-se a atenção ao sujeito passivo. (ANÍBAL, 2003, p. 6.)

4.2 SUJEITOS DO CRIME

As regras do art. 217-A não estipulam claramente sujeito ativo próprio, sabendo, portanto, que o mesmo poderá ser cometido por qualquer pessoa, mulheres e homens, e isso independe da idade, escolha sexual ou qualquer outra situação. Basta que de qualquer forma o agente consiga obter conjunção carnal ou qualquer outro tipo de ato libidinoso com menor de catorze anos. Conjecturamos, para melhor exemplificar, que uma mulher forneça

estimulantes sexuais a um menor de catorze anos e imponha que o mesmo pratique conjunção carnal com uma vítima que também seja menor de catorze anos. Consideraríamos como sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável (na modalidade de “praticar ato libidinoso”) a mulher que forneceu os estimulantes. (FUHRER, 2009, s.p.)

Semelhantemente se imaginarmos que uma adolescente de quinze anos, seduz um menino de doze anos e com ele conclui o ato sexual, delicada e apaixonadamente, diversos atos sexuais, inclusive a conjunção carnal, ela pratica formalmente o tipo penal. Vemos que no primeiro exemplo o sujeito ativo pratica outro ato libidinoso com os menores de catorze anos; no segundo o sujeito ativo pratica os dois termos específicos com a vítima. Assim sendo, trata-se de crime comum quanto ao sujeito ativo, ou seja, crime este que poderá ser praticado por qualquer pessoa (FUHRER, 2009, s.p.).

4.3 ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO TIPO

Mais uma vez, deve-se mencionar que do mesmo modo esta sustentação do tipo, pertinente as regras político-criminais, encontra-se formada pelos tipos objetivos e subjetivos sendo que o primeiro está estabelecido pela tipicidade formal, que expõe os elementos competentes à caracterização da conduta a ser praticada pelo indivíduo, e a tipicidade material, que especifica os requisitos necessários a responsabilidade do resultado danoso ao bem jurídico que o pratica. (FUHRER, 2009, s.p.)

Desse ponto de vista (formal e material) do tipo objetivo necessitam ser envolvidos pelo tipo subjetivo, que, como já visto, foi alterado pela característica objetiva do núcleo típico, ocupando, apenas, lugar relevante à tipicidade. (FUHRER, 2009, s.p.)

4.4 AÇÃO PENAL NOS CRIMES INSCRITOS NO ARTIGO 217-A

Excepcionalmente, sendo as vítimas maiores, porém vulneráveis, a ação será pública incondicionada. Em todo e qualquer caso de vítima menor (vulnerável ou não) a ação será incondicionada (artigo 225, “caput” e Parágrafo Único, CP). A lei 12.015/09 causou grande mudança nas normas ofertadas à ação penal nos crimes sexuais com a nova redação do artigo 225, CP. A norma da ação penal privada nos crimes sexuais não existe mais. (NUCCI, 2009, s.p.)

A norma agora passa a ser, em conformidade com o artigo 225, “caput”, CP, a ação penal pública condicionada à representação. Em circunstância nenhuma a ação será privada exclusiva, somente subsistindo, por expressividade de lei constitucional e de regras ordinárias gerais a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública em casos de inércia do Ministério Público é o que prevê o (artigo 5º, LIX,CF c/c artigo 100, § 3º, P c/c artigo 29, CPP). O parágrafo único artigo 225, Também dispõe as exceções em que a ação penal pública será incondicionada. (NUCCI, 2009, s.p.)

Possa os crimes tipificados no Capítulo I ter como vítimas pessoas não vulneráveis maiores ou menores, sendo que, dessa forma, as vítimas maiores e não “vulneráveis”, a ação será pública condicionada. Inusitadamente, sendo as vítimas maiores, porém vulneráveis, a ação será pública incondicionada. Em todo e qualquer caso de vítima menor (vulnerável ou não) a ação será incondicionada segundo o que dispõe código penal em seu artigo 225, “caput” e Parágrafo Único. (NUCCI, 2009, s.p.)

A ação penal modernizou-se a fim de seguir os novos regimentos penais relacionadas ao estupro. Hoje em dia, conforme discorrido alhures executa-se mediante ação penal pública incondicionada, *verbis*:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável - STJ, RHC 70.976, Informativo 587.

É nulo o processo, desde o recebimento da denúncia, na hipótese em que o réu, maior de 18 anos, acusado da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), tenha sido, por esse fato, submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude, ainda que exista lei estadual que estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime

que tenha como vítima criança ou adolescente. STJ, RHC 34.742, Informativo 526

O maior de 18 anos acusado da prática de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP) pode, por esse fato, ser submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude na hipótese em que lei estadual, de iniciativa do tribunal de justiça, estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente (STJ, HC 219.218, Informativo 528). (NUCCI, 2009, s.p.)

Com certeza, a ação penal com o crime de estupro, torna-se, mais compreensível, visto que, exclui da discussão a pobreza da vítima, e tratando-se de vulnerável, cabe, porém, à maior ação penal para proteção na a ação para esses denominados como vulneráveis. Quando acontece a infração penal, cabe ao Estado o Direito de penalizar, que deve ser executado obedecendo ao devido processo legal, porém, diante a dignidade da pessoa humana atualmente este direito a punição é limitado. (NUCCI, 2009, s.p.)

De fato, é exercido atualmente esse direito de punir do Estado, por intermédio de ação penal, sendo então, um processo existente entre tal direito e o direito de liberdade do assinalado autor do crime penal. Antes publicação da Lei nº. 12.015/2009, os crimes que anteriormente eram nomeados contra os costumes e nos dias atuais crimes contra a dignidade sexual comportavam-se, como regra, por meio de ação penal privada, ou seja, mediante “queixa-crime”, tendo a vítima a carência de admitir um advogado para viabilizar em Juízo a na ação penal, pertence sempre ao o direito de punir. (NUCCI, 2009, s.p.)

4.5 RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE

Vislumbramos que nos moldes do artigo 217-A, antes da Lei 12.015/09, havia dois delitos: o de estupro, no art. 213, e o de atentado violento ao pudor, no art. 214. Em ambos, o meio de execução era a violência ou grave ameaça. No entanto, quando praticados contra menores de 14 (quatorze) anos, pessoas “alienadas” ou “débeis mentais” ou por quem não

podiam oferecer resistência, falava-se em presunção de violência – ou seja, ainda que o agente não empregasse violência real contra a vítima, presumia-se a sua existência em virtude da idade dela. Por repousar em frágil alicerce, o termo presunção levava a inevitáveis questionamentos. (SILVA, 2003, s.p.)

E se houvesse consentimento? E se a vítima fosse prostituta? E se existisse relação de namoro entre autor e vítima? Com o advento da Lei 12.015/09, qualquer discussão nesse sentido foi encerrada, pois o critério, agora, é objetivo (idade), e não mera presunção (que, por natureza, é subjetiva). Pela redação atual, se a vítima for menor de 14 (quatorze) anos, seja do sexo masculino ou feminino, ocorrerá o crime, pouco importando o seu histórico sexual. Nesse sentido, STJ:

O cerne da controvérsia cinge-se, a saber, se a conduta do recorrido - que praticou conjunção carnal com menor que contava com 12 anos de idade - subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

Cinge-se que para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos, conforme se vislumbra em alguns precedentes do STJ:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com a 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. REsp 1480881 repetitivo. Em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima (STJ, REsp 897.734, Informativo 555).

Também se observa em alguns julgados que para a realização objetiva do tipo do art. 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou *in casu*, conforme versa o REsp 1371163 / DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 25/06/2013. Corroborando o entendimento, vislumbramos em outro julgado o que fora dito acima:

Nos crimes sexuais contra vulnerável, a inexistência de registro de nascimento em cartório civil não é impedimento a que se faça a prova de que a vítima era menor de 14 anos à época dos fatos. AREsp 12.700, Informativo 563

Outro fator importante para a conjectura do crime em tela diz respeito ao caso da violência presumida ou de fato nos casos em que ela esteja presente como elementar do tipo, conforme observamos no julgado abaixo descrito.

“A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do art. 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009.” (EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010). Presunção absoluta no antigo art. 224, a, do CP: “a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal é absoluta, sendo irrelevante, penalmente, o consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo” (STJ, AgRg no REsp 1382136 / TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 03/09/2013).

Interessante julgado sobre o tema nos informa a relação entre o ato libidinoso ora praticado e o cotejo com o princípio da proporcionalidade, *verbis*:

Habeas corpus no qual se discute o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal, ou seja, o enquadramento jurídico do fato – se ato libidinoso ou estupro de vulnerável – e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita. A descrição da denúncia faz referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro (STF, RHC 133121, Informativo 837).

Diante do que fora discorrido até o presente momento, pode-se asseverar que em conformidade com a legislação a figura infracional denominada estupro de vulnerável julga o menor de 14 anos, em qualquer situação seja ele ato libidinoso ou da prática sexual, considera-se essa presunção de vulnerabilidade absoluta. Ou seja, ela é considerada pela lei

incapaz de consentir qualquer prática nesse sentido. (MIRABETE, 1997, p. 498).

Entretanto, a doutrina predominante e a jurisprudência vêm aceitando a concessão a rigidez desta lei, considerando a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, assim define Júlio Fabbrini Mirabete:

Não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento. (MIRABETE, 1997, p. 498).

O direito não fica parado, necessitando, entretanto, se adequar às transformações sociais, observando, então, a cultura sexual dos jovens, que provavelmente não são iguais, a julgar pelas diferenças sociais e culturais descobertas em um país de características sexuais diversas. Conseqüentemente, a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos poderia ser afastada diante da prova evidente de que a vítima de estupro contém experiência da prática sexual e apresenta comportamento contrário com a princípio de proteção jurídica recém-desenvolvida. (MIRABETE, 1997, p. 498).

A idade insuficiente da vítima não seria motivo o bastante para idealizar o delito de estupro de vulnerável, já que necessitaria ser provado no caso fundamentado que a criança ou adolescente não dispõe da capacidade de conhecimento para decidir se quer ou não praticar o ato sexual. De acordo com as alterações apresentadas pela Lei 12.015/09, o estupro de menor de 14 anos passou a ter caracterização própria no novo artigo 217-A, e já não se fala mais em presunção de violência, referido no artigo 224, ora revogado. (MIRABETE, 1997, p. 498).

4.5.1 Da Liberdade Sexual

Todo ser humano tem o livre arbítrio de para praticar seus desejos sexuais, sendo essa direito reforçada pela lei penal pátria. Não obstante, é da competência íntima de cada pessoa aproveitar-se de seu corpo desejando as aprazias sexuais, estando ainda singular a decisão de escolha por determinado

parceiro, ou qualquer outra justificativa que advenha a livre vontade de satisfação do ser humano. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Portanto, a injúria desse princípio de liberdade, seja pela aplicação de fraude, violência ou grave ameaça que corrompe o corpo da vítima, extinguindo-se o consentimento, causa repugnância à sociedade e merece punição legal. Porém, se todos têm o direito de desfrutar livremente do próprio corpo e de concordar ou não com a prática da relação sexual, a ninguém, e especialmente à lei é concedido o direito de negar a sexualidade que naturalmente encontra-se em todas as pessoas, independentemente da idade. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Por conta dessa liberdade que todos têm de praticar sua sexualidade, é de suma relevância para identificar o crime de estupro, que a vítima renegue o ato sexual ou libidinoso, usando todos os recursos que lhe competem para isto, dado que, se observarmos que existe concorrente vontade daquela referida vítima para a prática da conjunção carnal ou qualquer outro ato diferente daquele, ainda que presentes atitudes violentas vindas do agente ativo, estaria desfigurado o estupro, podendo subsistir outras infrações, tal como, lesão corporal ou mesmo agressão. (MIRABETE, 1997, s.p.)

4.5.2 Do Erro de Tipo

Erro de tipo é a convicção que o indivíduo tem de proceder de acordo com os princípios regulamentares, com base em realidade mentirosa ou desacertada. Ele incide sobre as circunstâncias da figura específica. Não cabe fazer confusão entre erro de tipo e ignorância sobre o tipo penal, uma vez que esse leva em conta a ignorância ao determinado acontecimento, enquanto aquele estimula falso conhecimento, ou mesmo, erro semelhante a situação jurídica está supracitada no art. 20 do Código Penal Brasileiro, que assim narra: Erro sobre elementos do tipo Art. 20. (GRECO, 2011 s.p.)

O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por culpa no crime, se previsto em lei. Absolvimento putativo §1º É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, tornaria a ação legítima, se

existisse. O sujeito não ficará isento da pena quando o erro advém de culpa e o acontecido é punível como crime culposo. Sobre o erro de tipo, Greco (2011) destaca a importância de o agente ativo conhecer a condição da vítima possuir menos de 14 (catorze) anos, dado que, para comprometer-se nesse delito, o dolo é essencial; igualmente, poderá o sujeito alegar o erro de tipo, e que, observando os fatos e circunstâncias reais poderá ocasionar na atipicidade do acontecido ou desprestígio, que no caso seria o emprego do estupro nos tipos do art. 213. (GRECO, 2011 s.p.)

Para dar um exemplo dessa asserção, Greco nos expõe a referida situação: Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc., quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Assim sendo, se as provas existentes no processo indicam para o erro, a conduta praticada pelo agente poderá ser considerado atípico, sustentando assim a inexistência de violência física ou grave ameaça. (GRECO, 2011 s.p.)

4.5.3 Da Possibilidade de Exclusão da Tipicidade

A doutrina majoritária pátria conceituou sempre de forma relativa a presunção, como se pode concluir nas sábias palavras de Mirabete, onde declara que “não se caracteriza o crime, quando a menor se mostra experiente em matéria sexual; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos; é despudorada e sem moral; é corrompida; apresenta péssimo comportamento”. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Atualmente com a novata legislação que modificou o Código Penal Brasileiro na parte dos crimes contra a dignidade sexual, não mais se discute se a questão implica presunção absoluta ou relativa, pois de acordo com a letra da lei (Lei 12.015/2009), passou a subsistir a pessoa delitiva autônoma intitulada de estupro de vulnerável; que abrange definição própria, declarando,

em qualquer hipótese o menor de catorze anos, incapaz de consentir devidamente para a prática do ato sexual. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Simplificando, nos dias de hoje, do texto normativo deduz-se que a vulnerabilidade é absoluta, sendo assim, praticar atos sexuais com menor de catorze anos sempre será crime de estupro. Ainda assim, a redação da legislação em vigor, a doutrina e a Jurisprudência pátria vem permitindo tornar menos rígida o rigor da lei, aceitando a possibilidade de relativização da chamada vulnerabilidade. Apesar de ser triste aceitar, nas possibilidades de atos sexuais mantidos com menores de 14 anos já começados na prática de coito anal ou vagina, da relação ou outros atos libidinosos, pode ser afastada a presunção de pessoa vulnerável quanto à integridade sexual. De maneira espantosa, de umas décadas pra cá, em nossos dias quase não se vê mais crianças, e sim, moças de doze anos. (MIRABETE, 1997, s.p.)

A idade insuficiente da vítima não é exemplo para afastar o que confessou em Juízo, isto é, ter praticado relações sexuais com a menor por livre e espontânea vontade. A situação manifesta-se realmente preocupante, visto que, se prova que a menor, conta apenas com doze anos, levava vida bagunçada. Se o indivíduo tinha consciência de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já se prostituía, o fato poderá se adequar ao tipo penal em análise, que subentende o delito de estupro de vulnerável. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Em se tratando da vulnerabilidade, decisões anteriores, que consideravam o revogado art. 224 do Código Penal, asseveravam a presunção absoluta de violência contra o menor de 14 anos. A jurisprudência do STJ e do STF, exceto dos casos de erro de tipo comprovado, conservava o entendimento de que não cabe prova em contrário contra a presunção de violência, já que a lei não fazia restrições à prática de atos libidinosos em face dos menores de catorze anos. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Não se protege a exclusão da presunção ou a redução da idade no tipo penal para 12 anos; o que se objetiva é permitir ao acusado provar que o ofendido, entre 12 e 14 anos, tem idoneidade suficiente para permitir, uma vez que o consentimento legítimo tornaria o fato material atípico, já que a característica material é a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, uma vez que,

é o bem jurídico tutelado pela norma em questão, a aceitação válida expulsa qualquer ofensa à dignidade sexual. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Diante de tudo que fora exposto até o presente momento, impende salientar sobre os casos de *novatio legis* versus o princípio da continuidade normativa típica diante da vigência da Lei 12.015/2009 que passou a admitir a possibilidade da unificação das condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, considerando-as crime único ou crime continuado, a depender das circunstâncias concretas dos fatos. (MIRABETE, 1997, s.p.)

Vê-se que tratando-se de estupro de vulnerável, a norma da Lei nº 12.015/2009 que rege a conduta do condenado, se esta tivesse ocorrido sob sua vigência, seria a do art. 217-A e não a do art. 213 do Código Penal. Ainda que o novo tipo penal comine penas em abstrato superiores às previstas na redação pretérita dos artigos 213 e 214 do Código Penal, a possibilidade de unificação pode levar a pena inferior ao resultado da condenação em concurso material pela lei anterior, onde cabe ao Juízo da Execução Penal aplicar à condenação transitada em julgado a lei mais benigna. (STF, RHC 105916 / RJ, Relatora Min. ROSA WEBER, j. 04/12/2012). (MIRABETE, 1997, s.p.)

Noutro giro, observamos que diante do princípio da continuidade normativa, descabe falar em *abolitio criminis* do delito de estupro com presunção de violência, anteriormente previsto no art. 213, c. C. O art. 224, ambos do Código Penal. Com efeito, o advento da Lei n.º 12.015/2009 apenas condensou a tipificação das condutas de estupro e atentado violento ao pudor no art. 213 do Estatuto repressivo. Outrossim, a anterior combinação com o art. 224 agora denomina-se "estupro de vulnerável", capitulada no art. 217-Ado Código Penal. (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013). (MIRABETE, 1997, s.p.)

4.5.4 Da Sociedade Contemporânea

É subentendido às mudanças na nossa sociedade no percurso temporal, os costumes desenvolvem, as regram acham-se ou se amoldam, sedo que essas evoluções atingem todos os campos que se confrontam com o ser

humano; às vezes esses novos princípios entram em conflito com os antigos, possibilitando uma efetiva “balburdia” nesse relato evolutivo. Diante às novidades diligentes da sociedade, o meio jurídico não pode ficar desatento às novas exigências da sociedade, pois, é evidentemente a Justiça, o caminho finalístico para solução dos conflitos sociais, conseqüentemente, as decisões emitidas pelo Judiciário buscam entre os integrantes de determinada sociedade, ocasionar numa convivência agradável. (GOMES, 2007. p.459.)

Dentro do Direito, a sexualidade não é um assunto novo debatido, é tão antiga tal qual o próprio homem, por ser específico ao ser humano, e decisivo à reprodução e permanência. Desde os primórdios é exatamente o que se busca discutir, o que a sociedade admite como moral ou não para a coexistência agradável, e sendo assim, efetivar esse raciocínio social, não confundindo moralidade com legalidade, uma vez que procuramos uma posição justa de uma e outra, não estarão juntas e nem em convívio agradável em todo tempo, essa “moral sexual” como produto social da mesma forma mudou, desenvolveu, prosperou (ou regrediu, segundo princípios mais conservadores), o certo é que diariamente vemos comportamentos que nos apresentam semelhantes princípios, como nos adornos e culturas, gestos e modismos, e até mesmo pelo forte apoio da mídia à apelação sexual. (GOMES, 2007. p.459.)

Na aplicação lei devemos ter, sobre tudo, um cuidado adequado quando do Direito, uma vez que a sociedade aceita essa distinção da moral sexual em relação a determinados objetos sociais e outro para a análise do processo e juízo dos indivíduos. Ainda que pareça contraditório, observamos essa distinção destacar-se gritantemente, dado que a moral, o bom costume, a decência, a honra, o pudor, é proposto de forma diferenciada quando estamos entre pessoas estranhas, no convívio familiar, ou no meio social, ou ainda em um relacionamento íntimo. Vale verificar condições que induzem o direito, não obstante, a aplicação do tipo penal: estupro de vulnerável, ligado a essa moderna sociedade. (GOMES, 2007. p.459.)

4.5.5 Do Uso de Entorpecentes e Drogas Afins

O uso desenfreado de entorpecentes e drogas afins pela juventude atual é uma lamentável realidade. As drogas por si só já finalizam uma das maiores transtornos de personalidade caracterizada pelo comportamento antissocial que encaramos no dia a dia, e primordialmente, está ligadas a outras tantas negligências sociais. Um estudo realizado pelo Ministério da Saúde (2004) mostra o aumento do índice de menores que entram na vida sexual ativa, realidade esta, induzida pelo uso de drogas (lícitas e ilícitas):

[...] crescente tendência de redução da faixa etária de início de vida sexual (em torno de 13 anos), refletida em altos índices de gravidez na adolescência, o que coincide com um início igualmente precoce do uso de bebidas alcoólicas. Pesquisa realizada na periferia de Caruaru (PE) confirmou esses dados, ao revelar que 27,6% dos entrevistados tiveram a primeira relação sexual antes dos 13 anos, 80,1% tiveram antes dos 17 anos. Tais índices 42 coincidem com a idade média de início de consumo de bebidas alcoólicas, também extraídos da pesquisa supracitada: 32,2 % começaram a beber antes dos 13 anos e 74, 9% antes dos 17 anos”. Os dados preliminares da última pesquisa realizada pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas – CEBRID/UNIFESP: relação ente o uso de crack e o desenvolvimento de comportamento de risco para a infecção de DST/HIV/AIDS, com 150 mulheres usuárias de crack de São Paulo e São José do Rio Preto, demonstram que 80% das entrevistadas referem que a idade da primeira experiência sexual ocorreu antes dos 15 anos de idade, sendo que metade da amostra teve sua iniciação antes dos 14 anos. Constata-se o dado alarmante de 17% da iniciação sexual por estupro. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004. p.19)

E notório que o porte físico de um adolescente não e mais como nos velhos tempos, os adolescentes estão cada dia mais desenvolvidos não só fisicamente, mas, em todos os sentidos. Mas ate onde e saudável esse desenvolvimento? Os Adolescentes estão a cada dia de forma bastante precoce, iniciando o uso de bebidas alcoólicas, cigarros etc., abrindo assim uma grande margem para outros tipos de drogas e a facilitação da pratica do sexo, muita das vezes em busca de dinheiro para manterem seu próprio vicio.

4.5.6 Da Responsabilidade Objetiva

Todos sabem que, com o desenvolvimento social, o ordenamento jurídico tem de ir junto, se adequando aos comportamentos humanos (Princípio da adequação social), onde os bens jurídicos tutelados nos antepassados já não presumem proteção, de outro modo, encontram-se bens que apresentam ter importância e notoriedade, precisando de intervenção Estatal pelo Direito Penal, constituindo-se por nossos legisladores novos tipos penais, estabelecendo condutas ou limitando ações. (NUCCI, 2009, p. 81).

Não obstante essa intervenção do Estado na vida da sociedade deve ser rigorosamente na medida necessária, é o que declara o princípio da intervenção mínima, que aqui chamamos com o objetivo de discutir os casos em que menores de catorze anos, porém, maior de 12, desejam e aceitam a prática de atos sexuais e até mesmo atos libidinosos; fato contrário seria a amparo desse mesmo adolescente diante as fantasias dos pedófilos, ou qualquer outro indivíduo, que se valendo da sua *innocentia consilii*, praticam atos sexuais ou libidinosos. Analisamos os ensinamentos de Guilherme Nucci:

[...] o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. (NUCCI, 2009, p. 81).

Observa-se também o que este especificado no artigo 13 do Código Penal Brasileiro, do qual advém um princípio de extrema importância:

Art. 13-O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Relevância da omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Tais doutrinadores desde a vigência do artigo 224 do Código Penal de 1940 entendem que é relativa, e não absoluta a vulnerabilidade daqueles da qual tem idade menor que catorze anos. Noronha (1995) assevera que reconhecer a presunção de violência absoluta “é inadmissível, porque se puníssemos sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, repudiada pela nossa lei” [grifo nosso]. (NORONHA, 1995, s.p.)

O direito penal moderno é direito penal culposos. Não se desiste do elemento subjetivo. Inaceitáveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pela ocorrência de outros. A punição, medida político-jurídica de resposta ao criminoso, deve adequar-se a prática do crime. Conduta e fenômeno acontecem no âmbito da experiência. É verídico. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é incombinável com suposições de fato, que se aumente a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, consequência da imposição da justiça. Entretanto, não se pode, penalizar alguém por crime não cometido. (NORONHA, 1995, s.p.)

O princípio da legalidade proporciona à forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a realidade da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que rejeita a responsabilidade subjetiva. (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, REsp 46.424, D.J.U. 08.08.1994)5. O Supremo Tribunal Federal entende que: “O sistema jurídico-penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva”. (STF. Inq. 1.578-4-SP, 18.12.03) 6; assim como o Superior Tribunal Justiça: “[...] Inexiste em nosso sistema responsabilidade penal objetiva”. (STJ. HC 8.312-SP, 6ª Turma, 4.3.99, p. 231). (NORONHA, 1995, s.p.)

Mesmo após o surgimento do tipo penal autônomo do artigo 217-A, estupro de vulnerável, insistiu e, ainda incitou mais a divergência referente à aplicação objetiva da responsabilidade penal do indivíduo, que como observamos é, predominantemente, desprezado no ordenamento jurídico pátrio. Observamos este Acórdão nº. 70046185104, proferido pelo TJRS, talvez um dos primeiros acórdãos que abordou o tema vulnerabilidade sob esse prisma relativista, já na vigência da Lei 12.015/09: apelação crime. Crimes contra a liberdade sexual. Estupro de vulnerável. Relação de namoro entre

vítima e réu. Relativização do conceito de vulnerabilidade. Rejeição da denúncia. Ausência de justa causa para a ação penal. (NORONHA, 1995, s.p.)

A vulnerabilidade da vítima – assim como explicita no art. 217-A do Código Penal – não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário – o que configuraria hipótese de responsabilidade objetiva –, devendo ser classificada em cada caso trazido à opinião do Poder Judiciário, à vista de suas individualidades. (NORONHA, 1995, s.p.)

4.5.7 ECRIAD

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, é o diploma guardião destes agentes tidos como em evolução objetivando que tenham um crescimento vigoroso, nos diversos aspectos, sejam, psíquicos, físicos, morais, com um bom relacionamento social. Obrigação é a citação do art. 2º deste normativo, que vislumbra a definição de criança e adolescentes nos seguintes termos: “considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade”. (CAPEZ, 2010, s.p.)

O ECRIAD ainda repudia em seu art. 5º as diversas formas de atentado contra os direitos dos menores, assim descrito: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, castigando na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos”. A Lei 12.015/99, ao legislar que o estupro de vulnerável é aquele praticado contra menor de catorze anos, ultrapassa a baliza temporal vislumbrada no ECA, conforme acima supracitado, que designava a vítima ser criança, vindo então, a desenvolver efeitos aos indivíduos com doze anos completos ou mais, que como já falamos são denominados adolescentes. Sendo assim, o esforço do legislador, num primeiro momento, parece nos plausível, pois pretenderia estender a proteção não só para as crianças, mas também a uma parcela dos adolescentes. (CAPEZ, 2010, s.p.)

Porém de outro modo, ao caracterizar desta forma, o legislador vincularia que qualquer situação que se adéqüe ao tipo legal, será tida completamente como infração ao regramento penal e, conseqüentemente, sujeito de suas penas. Vejamos o que está explicitado no normativo legal (Lei 12.015/99) que alterou o Código Penal: Art. 3 O Decreto-Lei no 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C. Estupro de vulnerável Art. 217-A:

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. (Lei 12.015, 07/09/2009).

Basta uma simples leitura do caput do artigo e seu parágrafo primeiro para concluir que mesmo aquele com doze anos ou mais, pleno de volição e sapiente dos atos sexuais e seus resultados, se encontram “impedidos” da prática sexual, uma vez que faria recair sobre o(a) parceiro(a) sexual as punições da Lei. Pela lógica não é correto comparar uma pessoa com doze anos ou mais, pleno de suas faculdades, a um indivíduo acometido de enfermidade ou doença mental, que não tenha condições de manifestar seu consentimento. (CAPEZ, 2010, s.p.)

Ainda sobre a análise do diploma essencial para proteção das crianças e adolescentes, o art. 103 entrevê o ato infracional, como sendo “a conduta especificada como crime ou contravenção penal” e arrebatada no art. 104 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, submetidos às medidas previstas nessa Lei”. Nesse período o art. 106 possui a possibilidade de privação de liberdade do adolescente (indivíduo com doze anos ou mais e menor de dezoito anos), tal como, o art. 112 relata as medidas socioeducativas aplicáveis a estes. (CAPEZ, 2010, s.p.)

É obvio então, entender que a lei atribui capacidade ao adolescente para compreender que algum ato é ilícito (ato infracional), até mesmo elencando capacidades de imposição de medida socioeducativa. Nos parece contraditório o legislador conceder capacidade ao adolescente para ser punido pelos seus atos e invalidar sua capacidade de decidir sobre dos atos sexuais

que queira praticar, sob o impedimento de ser vulnerável. A disciplina sexual faz parte das matérias escolares, o que nos estimula dizer que desde sua pouca idade, as crianças e adolescentes de nossa comunidade estão sendo desenvolvidas e conscientizadas das práticas sexuais, seja com base na reprodução humana, do mesmo modo na satisfação dos desejos sexuais que lhes aparecem. (CAPEZ, 2010, s.p.)

4.6 ESTUPRO DE VULNERÁVEL COMO CRIME HEDIONDO

A lei 12.015/2009 passou a introduzir o crime de estupro em todas as suas modalidades (simples e qualificada) na Lei de crimes hediondos (lei nº 8.072/90) estando disposto no artigo 1º, inciso V o estupro de vulnerável (art. 2017-A) novo tipo penal:

Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal, e de genocídio, tentados ou consumados. [...] V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único). (BRASIL, 1990)

Nota-se sanado o conflito existente em relação à hediondez das formas simples dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. A nova redação do art. 1º ficou a seguinte:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...] V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

Assim sendo, fica claro que os crimes de estupro e estupro de vulnerável são hediondos tanto na forma simples como qualificadas.

Necessitará, então, a execução da pena iniciar-se em regime prisional fechado (FUHRER, 2009 p. 9).

4.7 MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DO TEMA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A nova lei cuidou, especialmente, com o respeito à dignidade da pessoa humana, garantia do Estado Democrático de Direito, dado que, não existem dúvidas sobre a força da violação que as vítimas dessa natureza de violação sofrem, observando-se a tentativa de combate às diversas espécies de violência sexual, que pela legislação anterior, não eram reguladas de forma eficiente. Uma das mais importantes alterações trazidas pela Lei 12.015/2009 – e que trouxe profundas consequências – refere-se à junção, em um único tipo penal, das condutas anteriormente previstas nos arts. 213 e 214 do CP, que agora estão previstas sob assinatura estupro, no art. 213 do CP.

De outro modo, as hipóteses de estupro de vulnerável, antes tratadas em geral pelos arts. 213 e 214 c/c o art. 224 do CP, receberam tipificação exclusiva através das alterações provenientes da Lei 12.015 de 07.08.2009 (publicada em 10.08.2009), estando agora previstas no art. 217-A do CP. Diante disto, inserimos no trabalho algumas informações pertinentes, acerca dos Tribunais Superiores em suas manifestações sobre o tema.

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com a 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 (REsp 1480881 Repetitivo). A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável (STJ, RHC 70.976, Informativo 587).

Importante julgado diz respeito ao Habeas corpus no qual se discutiu o alcance do disposto no art. 217-A do Código Penal, ou seja, o enquadramento

jurídico do fato – se ato libidinoso ou estupro de vulnerável – e o princípio da proporcionalidade da pena em relação à conduta descrita. A descrição da denúncia faz referência a contato físico havido por dentro da roupa da vulnerável, que fora vitimada em um conjunto de circunstâncias analisadas pelo tribunal de justiça estadual. Dessa forma, presentes os elementos configuradores do delito do art. 217-A do CP, a tipificar o delito de estupro (STF, RHC 133121, Informativo 837).

Nos crimes sexuais contra vulnerável, a inexistência de registro de nascimento em cartório civil não é impedimento a que se faça a prova de que a vítima era menor de 14 anos à época dos fatos (AREsp 12.700, Informativo 563). Em se tratando de crime sexual praticado contra menor de 14 anos, a experiência sexual anterior e a eventual homossexualidade do ofendido não servem para justificar a diminuição da pena-base a título de comportamento da vítima (STJ, REsp 897.734, Informativo 555).

Devem ser anulados os atos decisórios do processo, desde o recebimento da denúncia, na hipótese em que o réu, maior de 18 anos, acusado da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP), tenha sido, por esse fato, submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude, ainda que lei estadual estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente (STJ, RHC 37.603, Informativo 529). Com relação à idade da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, podemos asseverar que o STJ tem a seguintes visão com relação a idade da vítima:

O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao agravante. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou *in casu* (fls. 1/2, 88/95 e 146/159), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime, cuja conduta está descrita no art. 217-A do Código Penal (STJ, AgRg no REsp 1407852 / SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 05/11/2013).

Os tribunais superiores são taxativos em sua decisão em se tratando da tipificação do crime de estupro, não admitindo a vulnerabilidade do crime de forma relativa, e sim, absoluta. O menor de catorze anos não tem maturidade suficiente para escolher se quer ou não manter uma vida sexualmente ativa, ainda que este venha de forma largada sendo criados em um ambiente onde muita das vezes com a permissão dos próprios pais ou responsável se envolva em praticas sexuais, por carências financeiras entre outras coisas mais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o estupro desde sempre foi um comportamento criminoso desde as civilizações antigas. Com o advento da lei 12.015/2009, percebeu-se que o delito de estupro obteve uma grande alteração no seu conceito. Agora o novo tipo penal engloba a antiga redação do art. 213 e o revogado art. 214, que tratava do crime de atentado violento ao pudor. Assim sendo, diante da nova relação do art. 213, agora tanto homem quanto a mulher podem ser considerados sujeitos ativos e passivos do crime, vez que o dispositivo afastou o constrangimento de mulher, passando a ser constrangimento a alguém.

No decorrer da obra, verificou-se que existem divergências entre os doutrinadores e até mesmo entre os tribunais quanto a questão de se considerar a presunção absoluta ou relativa dado as características de desenvolvimento sociais e porte físico que os menores de 14 anos vivenciam e apresentam nos dias atuais.

Os doutrinadores que consideram presunção da violência relativa, argumentando que o direito não é estático e deve levar em consideração os aspectos socioculturais da sociedade, que causa divergência com o STJ, que é determinado em seu posicionamento ao considerar a presunção da violência absoluta do crime de estupro perpetrado contra menores de 14 anos condenando o sujeito ativo, não levando em consideração o desenvolvimento social e emocional da vítima.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. A. T. Êxodos 20:17. In: **BÍBLIA**. Português. Bíblia sagrada: contendo o antigo e o novo testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Sociedade Bíblica do Brasil, 1966.

ANÍBAL, Bruno. **Direito Penal**: Parte Geral, 2003, p. 6.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

FARIA, Gabriel Morais. **Breves apontamentos acerca do histórico do estupro**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54227/breves-apontamentos-acerca-do-historico-do-estupro>> Acesso em 09 out. 2017.

FAYET, Fábio Agne. **O Delito de Estupro**- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos Crimes Sexuais**: com a feição instituída pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**: volume 1 – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 459..

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 12.ed. Niterói: Impetus., 2010, v. 1, p. 90.

_____. **Tratado de Direito Penal** - Parte Geral - Vol. 1 - 21ª Ed. 2015.

GRECO, Luís. **Direito Penal: aspectos jurídicos controvertidos**. Breves Reflexões Sobre os Princípios da Proteção de Bens Jurídicos e da Subsidiariedade no Direito Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 160.

REALE, Miguel. **Instituições de Direito Penal** - Parte Geral - 3ª Ed. 2009.

KOLLONTAI, Verinha. **A cultura do estupro da sua origem até a atualidade**: A cultura do Estupro até os nossos dias. 2016. Disponível em: <<https://feminismosemdemagogia.wordpress.com/2016/06/23/a-cultura-do-estupro-da-sua-origem-ate-a-atualidade/>>. Acesso em 29 set. 2017.

MARCÃO, Renato Flavio; MARCON, Bruno. **Direito Penal Brasileiro: do idealismo à realidade prática**. Disponível em: <<http://www.faroljuridico.com.br/art-idealismonormativo2003.htm>>. Acesso em 21 set. 2017.

MIRABETE, Júlio Frabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 2; 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Manual de Direito Penal**: Parte especial: arts. 121 a 234 do CP. 13.ed. São Paulo: Atlas, 1998. v.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 6.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – Parte geral. Vol. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMÍREZ, Juan Bustos. **Principios Fundamentales de un Derecho Penal Democrático**. Artigo digital disponível em <<http://www.juareztavares.com/textos.html#livros>>. Acesso em 19 ago. 2017

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução e Introdução Luís Greco. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2002.

SILVA, Alexandre Rezende da. Princípio da legalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3816>>. Acesso em 19 ago. 2017

TOLEDO, Francisco de Assis. 2004, P. 54 **Princípios Básicos do Direito Penal..**

Metodologia-da-ciencia-do-direito-5-edição-2009.

OZANAM, Frederico Pessoa de Barros 2006,162.

Lei nº 6.416/77

Lei nº 7.209/84

Lei nº 8.072/90

Lei 12.015/2009