



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

PETERSON MERINO

**A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

BRASÍLIA

2017

PETERSON MERINO

**A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof.^o Georges Seigneur

BRASÍLIA

2017

PETERSON MERINO

**A POSSIBILIDADE (OU NÃO) DE RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS
CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.

Orientador: Prof.º Georges Seigneur

Brasília, ___ de ____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientador

Examinador
Prof °

Examinador
Prof °

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as transformações jurídicas advindas da Lei 12.015/2009, em especial, a análise dos crimes os quais a dignidade sexual dos menores de 14 anos é o bem jurídico tutelado. Inicialmente, esta pesquisa estabelece um panorama das modificações da legislação brasileira ocasionadas pelo tempo, seus motivos e conseqüências no âmbito jurídico e fático. Ainda, busca os princípios que norteiam o direito penal, de forma a demonstrar que a base do ordenamento jurídico decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, se ramificando por outros princípios. Ademais, apresenta o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade. Por fim, busca-se uma solução para a discussão apresentada.

Palavras-chave: Crimes contra a dignidade sexual – caráter absoluto – caráter relativo – vulnerabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DOS CRIMES SEXUAIS	9
1.1 BREVE HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	9
1.1.1. Os crimes sexuais no Decreto Nº 847 de 1890.....	9
1.1.2. Os crimes sexuais na Consolidação das Leis Penais de 1932.....	10
1.1.3. Os Os crimes sexuais no Decreto-Lei Nº 2.848 de 1940.....	11
1.1.4. Os crimes sexuais na Lei n. 12.015 de 2009.....	11
1.2 A TUTELA DA AUTONOMIA DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES SEXUAIS.....	12
1.2.1 A aplicação do direito de punir do Estado norteado pela dignidade da pessoa humana.....	12
1.2.2 Dos valores constitucionais penais advindos da dignidade do ser humano.....	15
1.2.3 Princípio da intervenção mínima.....	16
1.2.4 Princípio da culpabilidade.....	17
1.2.5 Princípio da adequação social.....	18
1.2.6 Dignidade sexual como bem constitucionalmente relevante.....	19
2. A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE	22
2.1 DESENVOLVIMENTO DA SEXUALIDADE.....	22
2.1.1 A sexualidade na menoridade.....	23
2.2 CONCEITO DE VULNERABILIDADE.....	23
2.2.1 Distinção entre vulnerabilidade e presunção de violência.....	25
2.3 OS CRIMES QUE ANALISAM A VULNERABILIDADE.....	27
2.3.1 O estupro de vulnerável.....	27
2.3.2 O induzimento de menores a satisfazer a lascívia de outrem.....	28
2.3.3 Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.....	29
2.3.4 O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.....	30
2.3.5 Tráfico externo e interno de pessoas menores de 18 anos para fins de exploração sexual.....	32

2.3.6 Crimes sexuais previstos no Estatuto da Criança e Adolescente.....	33
3. A POSSIBILIDADE OU NÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS.....	34
3.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	34
3.1.1 Doutrinadores adeptos ao caráter absoluto da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.....	35
3.1.2 Doutrinadores adeptos ao caráter relativo da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.....	37
3.2 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	39
3.2.1 Jurisprudência contra a relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.....	40
3.2.2 Jurisprudência a favor da relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual.....	42
3.3 ANÁLISE PARA BUSCAR SOLUÇÃO PERTINENTE À DISCUSSÃO.....	44
3.3.1 Princípio da individualização da pena.....	44
3.3.2 Exceção de Romeu e Julieta.....	46
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

É sabido que a sociedade sofre constantes mudanças e transformações, e isso exige que a legislação, com o passar do tempo, vá se adequando ao período cultural e histórico em que se insere.

Desta forma, tais mudanças acabam refletindo também no âmbito dos direitos referentes à dignidade sexual. No decorrer das gerações, a forma em que a sexualidade era abordada foi se transformando, tais diferenças são facilmente percebidas, basta lembrar as histórias das gerações passadas, ou simplesmente buscar por livros e documentos mais antigos que tratam do assunto para perceber as divergências em relação à visão atual sobre o assunto.

Então, as mudanças da legislação visam adaptar o ordenamento jurídico à sociedade moderna, valendo ressaltar a importância do âmbito penal o qual se insere nestes contextos. Com a criação da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, os crimes contra a dignidade do ser humano, em relação à sexualidade, ganham um maior destaque.

A lei mencionada alterou significativamente o Título VI do Código Penal, nomeando-os “dos crimes contra a dignidade sexual”. E assim, introduziu a figura do “estupro de vulnerável”, presente no artigo 217-A, que trata do estupro como crime autônomo, de modo que não se tem mais a presunção de violência do então revogado art. 224 do CP. Nessa toada, a inexistência da causa de aumento de pena do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) e a unificação de antigos tipos penais, como o atentado violento ao pudor (art. 214, CP) e a conjunção carnal (art. 213, CP), dentre outras mudanças.

Desta forma, a expressão “presunção de violência” é removida da lei por sua dificuldade de caracterização como absoluta ou relativa e assim, insere-se a “vulnerabilidade”, a qual permanece havendo controvérsias a respeito da possibilidade, ou não, de sua relativização até o momento.

Maior parte da doutrina se refere a vulneráveis aquelas pessoas que não tem discernimento para entender a gravidade dos atos sexuais, abrangendo os menores de 14 anos, os deficientes mentais e enfermos. Tais pessoas possuem falta de capacidade psicológica para compreensão da prática do ato.

Assim, o presente trabalho pretende discutir a constitucionalidade ou não da relatividade do conceito de vulnerabilidade dos menores de 14 anos nos crimes

sexuais, destacando o marco etário compreendido entre os 12 e 14 anos incompletos. Desse modo, se faz necessária a utilização de referências bibliográficas, doutrinadores, decisões jurisprudenciais e artigos jurídicos.

No primeiro capítulo, expor-se-á a evolução histórica dos crimes sexuais, com intenção de demonstrar o aperfeiçoamento da lei penal em decorrência das mudanças sociais sobre o tempo, assim como discorrer acerca dos princípios norteadores de tal evolução.

No segundo capítulo será abordada a concepção sobre a tutela penal como último recurso do Direito, com enfoque na forma de punir de acordo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana em conformidade com o princípio da legalidade, além de reconstruir a concepção do ser humano, nos crimes sexuais, como titular de direito.

Já no terceiro capítulo, serão traçados os danos da sexualidade nos menores de 14 anos na sociedade, a partir do contexto histórico proveniente da proteção jurídica de crianças no Direito Penal, além da possibilidade de consentimento das crianças para os atos sexuais e sua consequente importância jurídica.

No último capítulo, será possível estudar, a partir da análise do consentimento, a causa de exclusão da tipicidade além da validade de consentimento dos adolescentes entre 12 e 14 anos.

Para complementar o trabalho e esclarecer as dúvidas existentes, serão apresentadas pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias sobre seus respectivos posicionamentos de vulnerabilidade relativa e absoluta dos menores de 14 anos nos crimes sexuais, e as repercussões no âmbito Constitucional, com fundamentos dos princípios penais e constitucionais.

Para assim, se verificar que o estudo sobre o crime de estupro de vulnerável é de suma importância devido à divergência de posicionamentos que trazem o instituto, ressaltando a repercussão que ocorre nos casos em que há o consentimento da vítima, sem a ocorrência de violência ou grave ameaça, e adotar desta forma, a posição mais razoável e justa para o questionamento inicialmente indagado.

1. DOS CRIMES SEXUAIS

Este capítulo trará um panorama das modificações da legislação brasileira ocasionadas pelo tempo, e serão explanados e definidos os motivos que ocasionaram esse caminho evolutivo das normas.

Em se tratando, especialmente, das leis penais, o Estado se encontra em uma luta constante para regular a relação dos indivíduos em sociedade, dessa forma, tutela pelos bens jurídicos mais importantes e necessários para a sobrevivência social. Entretanto, com as constantes mudanças relativas ao momento histórico, cultural, social, deve se ajustar de forma a atender e proteger a sociedade por qual permeia, assim, é correto afirmar que a legislação penal está em constante construção e modificação. Dessa forma, há de se falar nos princípios do Direito Penal, que são criados pela necessidade de trazer seguridade à sociedade, conforme será demonstrado.

1.1 BREVE HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Serão traçadas mudanças das leis penais sobre o tempo, permitindo estudar a evolução histórico-penal relativas aos costumes e princípios adotados em diversos contextos históricos de forma a perceber e avaliar a mentalidade do legislador, e dos indivíduos em geral que regulavam o sistema punitivo brasileiro antigamente até os dias atuais.

Dessa forma, de acordo com a evolução da sociedade, conforme as construções históricas e culturais, a construção jurídica deve se encontrar em consonância com o anseio social, de forma a garantir a seguridade e justiça que a população necessita.

1.1.1. Os crimes sexuais no Decreto Nº 847 de 1890

O final da década de 1880 foi marcado pelo movimento republicano e pelo fim da escravidão, tais fatos histórico-sociais repercutiram no âmbito legislativo, em que frise, no direito penal.

Assim, com a ocorrência da Proclamação da República, urge a necessidade de promulgação de um Código Penal, que, segundo Estefam (2012), é criado afoitamente, repleto de defeitos e alvo de justas críticas.

Entretanto, por mais que fosse um Código incipiente, assinala Noronha (1977, p. 69) que “procurou suprir lacunas da legislação passada. Definiu novas espécies delituosas. Aboliu a pena de morte e outras, substituindo-se por sanções mais brandas, e criou o regime penitenciário de caráter correcional”.

No âmbito dos crimes sexuais, trazia: “Dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. A honra e honestidade tuteladas advinham, não somente da necessidade de proteção da vítima e sua dignidade, visavam resguardar interesses patriarcais, de forma a não degradar a imagem da família, mais especificamente, do homem.

Com efeito, ao deparar com os artigos presentes neste decreto, tais idéias patriarcais são visíveis, exemplificadamente: “Art.268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão cellular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos”.

Os termos utilizados tais como “mulher honesta” e a pena menor se a vítima for prostituta, denotam claramente a diferença cultural existente na época.

1.1.2. Os crimes sexuais na Consolidação das Leis Penais de 1932

Conforme diversas críticas foram sendo feitas ao Código de 1890, além de alterado por diversas leis subseqüentes criadas para completá-lo, foi se tornando cada vez mais necessário a sua substituição, principalmente por sua impraticidade de solução aos problemas jurídicos pela quantidade de dispositivos e suas disposições dispersas de forma fragmentada. Entretanto a Consolidação das Leis Penais de 1932 não visavam à revogação do código vigente, e sim, sua complementação, compilação e organização.

Em relação aos crimes sexuais, não ocorreram grandes alterações, mas vale ressaltar a adição do texto previsto no §2º do art. 266: “Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem”, em que, o legislador começa a perceber a existência de fragilidade

sexual ocasionada pela idade, ou seja, a vulnerabilidade, visando a proteção dos menores de 21 anos.

1.1.3. Os crimes sexuais no Decreto-Lei Nº 2.848 de 1940

Conforme exposto, o Código de 1890 sofria várias críticas e tentativas de reforma para suprir seus defeitos. A quantidade de leis criadas para esses reparos foram tantas que, em 1940, o Governo optou por decretar uma nova consolidação de suas leis.

Em se tratando dos crimes sexuais, eram trazidos no Título VI como “Dos Crimes contra os costumes”, sendo subdividido em cinco Capítulos: “Dos crimes contra a liberdade sexual; Da sedução e da corrupção de menores; Do rapto; Do lenocínio e do tráfico de mulheres; Do ultraje público ao pudor.”

Com efeito, vale ressaltar a adição de dispositivos que aumentaram o resguardo à proteção de menores, conforme disposto no capítulo II, da sedução e da corrupção de menores, de forma que era tratado no Código de 1890 apenas às mulheres virgens, ao falar de defloramento, e agora resguarda toda mulher. Além disso, ainda definem a imaturidade psíquica, tutelando com maior zelo aqueles com 21 anos ou menos.

Entretanto, ainda traz a expressão “mulher honesta” em diversos dispositivos, o que afere que ainda não rompeu totalmente a tradição costumeira da época de pensamento, em que a mulher não é a única vítima de seus infortúnios sexuais.

1.1.4. Os crimes sexuais na Lei n. 12.015 de 2009

O Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 é o Código Penal vigente até os dias atuais, apesar de terem ocorrido diversas reformas em seu texto.

Dessa forma, em se tratando dos delitos sexuais, a Lei 12.015/09 foi responsável por significativas alterações

Em relação ao Título VI do Código Penal, que era intitulado de “crimes contra costumes” e passa a ser “crimes contra a dignidade sexual”, de forma a quebrar com o pensamento de que os costumes e a moral da sociedade estão acima da liberdade sexual do indivíduo, assim, tutela-se apenas em relação à dignidade da pessoa humana.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, uma nova percepção foi trazida para a sociedade, em que os indivíduos serão tidos por iguais, e somente tratados desigualmente no limite de suas diferenças.

Dessa forma, ao trazer a expressão “costumes” no Título que trata de delitos sexuais, é vincular a liberdade sexual a parâmetros de moralidade, culturais e morais que determinada sociedade considera correto, e entrar nesse juízo de valor pode acarretar injustiças, inclusive inconstitucionais, para a vítima do delito sexual.

1.2 A TUTELA DA AUTONOMIA DO BEM JURÍDICO NOS CRIMES SEXUAIS

Os bens jurídicos tutelados, conforme as mudanças temporais e culturais sofridas por determinada sociedade, são transformados, de forma que algum bem anteriormente protegido possa sofrer mudanças de acordo com o interesse jurídico em contemplação aos costumes vigentes de tal sociedade. “O intérprete e aplicador da lei devem valer-se, mais do que nunca, da observação dos costumes vigentes na sociedade onde vivem” (JESUS, 2014, p. 121).

1.2.1 A aplicação do direito de punir do Estado norteado pela dignidade da pessoa humana.

No Brasil, princípio da dignidade humana, dado atualmente pela Constituição de 1988, é um direito fundamental, o qual deve ser respeitado e protegido, desde a sua concepção até a sua morte.

A expressão “dignidade da pessoa humana” foi criada na tradição kantiana no início do século XIX. Entretanto, não foi exatamente criada por Kant.

Constituição Federal de 1988, no que cerne o direito positivo, enumera cinco fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
 I - a soberania;
 II - a cidadania;
 III - a dignidade da pessoa humana;
 IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
 V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A dignidade do ser humano, ao evidenciar logo no inciso III do primeiro artigo da Carta Magna, tem grande relevância para o Estado Democrático de Direito, tal qual é inerente ao valor moral e espiritual da pessoa, em que se busca o respeito recíproco entre os seres humanos, sendo que somente de maneira excepcional pode ser limitada ou ferida. Tais valores devem ser conservados da melhor forma possível, sempre respeitando o próximo como ser humano. (MORAES, 2013).

Do mesmo modo Prado e Carvalho (2010, p. 110) esclarecem a definição de pessoa humana como “categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de fins absolutos, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade.”

Sarlet (2006, p. 60) também traz o conceito de dignidade da pessoa humana, nos devidos termos:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Ao entendimento de Nucci (2014), o mencionado princípio implica no sentimento de autoestima e respeito da pessoa, que são relevantes aspectos na constituição de sua personalidade.

Para Moraes (2013), a dignidade da pessoa humana, de acordo com a Constituição, exige o respeito entre indivíduos perante os seus semelhantes.

Sarlet (2006, p. 29) aduz que tal princípio se tornou uma “qualidade intrínseca e indissociável de todos os seres humanos e dá a certeza de que a destruição de um implicaria a destruição de outro”.

Nesse raciocínio, Bleckmann (apud SARLET, 2006) complementa que é o Estado que vive em função da pessoa e não a pessoa que vive em função do Estado, já que os seres humanos são a finalidade estatal. Assim sendo, o Estado torna-se o garantidor da dignidade das pessoas tanto no âmbito individual como no coletivo.

Para Nucci (2014, p. 31), a dignidade da pessoa humana se estabelece em observância a dois vetores, o objetivo, que visa atender o mínimo existencial ao ser humano, que busca garantir os princípios fundamentais da Constituição Federal, que

asseguram as necessidades básicas, tais como: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, e o subjetivo que tange o “sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade.”

Deste modo, depreende-se que o princípio norteador do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana em que se ramificam todos os outros princípios constitucionais, entretanto é imperioso que seja aceito como fundamento essencial nos diversos âmbitos do direito para que tenha real eficácia e assim, auxiliar na aplicação aos casos concretos.

Comumente, o julgador utiliza-se da função hermenêutica dos princípios fundamentais, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar da melhor e mais justa maneira, depreendendo-se do período histórico em que se encontra:

Cada vez mais, se encontram decisões dos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para resolução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente da dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada ofensiva à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo mais para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua desejável eficácia e efetividade (SARLET, 2006, p. 103-104).

Assim, tem-se que as normas e princípios previstos pela Constituição transformam-se em ajustes de como proceder na sociedade, podendo suprir omissões e lacunas da legislação, seguindo a análise de atos nos casos concretos em acordo com o exigido pela Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade do ser humano.

1.2.2 Dos valores penais e constitucionais advindos da dignidade do ser humano

O Direito Penal permite o Estado o direito de punir, sendo assim, aquele que infringir as normas tipificadas pelo Código Penal e acolhidas pela CF, sofrerá pena como consequência.

A ocorrência de penalidades pela prática de determinado crime decorre diretamente na restrição da liberdade individual do indivíduo, expondo o dever de intervenção mais rígido do Estado.

Entretanto, é necessário ter consciência de que, o Estado só pode atuar quando outros meios menos gravosos não puderem dar proteção aos bens indispensáveis para a sociedade, ou seja, atuam de modo subsidiário.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos declarados pela República Federativa do Brasil, disposto no artigo 1º, inciso III, sendo considerado inconstitucional todo ato que contrariar tal princípio.

Para Silva (2007), os “princípios fundamentais” referidos na Constituição Federal, exprimem-se no sentido de “mandamentos” do sistema, o que denota o peso do princípio da dignidade como base de formação para todos os ramos do direito.

Analisando o âmbito penal, as condutas definidas como crimes são passíveis de penalidades a quem as incorrer. Sendo assim, faz-se mister limitar o Estado no tocante ao seu direito de punir, especialmente pela recorrência de comoção social que o ramo traz para a sociedade (BEGALLI, 2010).

Begalli (2010) ainda aduz que a Constituição Federal elenca os direitos fundamentais da sociedade como cláusulas pétreas, com intuito de controlar os penalistas para que não se percam em seus atos a ponto de punirem os cidadãos ou produzirem leis que atentem contra a dignidade do ser humano, para assim, se aproximarem ao sentido de justiça e não de vingança.

Vale ressaltar assim, a força que o princípio alcança, primeiramente pela amplitude de sua aplicação, sendo indiretamente notado em diversas áreas do direito e ainda, pela relevância de mérito que ele assume, garantindo à sociedade uma condição mais justa.

1.2.3 Princípio da intervenção mínima

Considerando a dignidade do ser humano como direito, dever e controle do Estado para com a sociedade e da sociedade para com o Estado, é notória a relação de proteção e de defesa entre ambos, o Estado deve ser garantidor do princípio da dignidade do ser humano, entretanto, deve respeitar os outros princípios, ou seja, quando afrontados diretamente ou indiretamente devem existir limites da atuação do referido princípio, mesmo que todos estejam vinculados a ele, não entrar em conflito com os outros. Assim sendo, a proteção da dignidade humana deve estar em observância com o princípio da intervenção mínima, assegurando a reparação de danos, intervindo somente quando necessário (SARLET, 2006).

Assim então, tem-se a notória ligação entre os dois princípios, que se vinculam e andam juntos em conformidade recíproca.

No âmbito Penal, a análise do delito deve ter coerência, ou seja, a ocorrência de um crime só acontece quando um bem juridicamente relevante é ferido. Entretanto, a avaliação do nexu causal deve ser coesa, ou seja, deve analisar a razoabilidade entre a conduta, dano causado e a pena aplicada pelo Estado, de modo que o Direito Penal somente deve atuar nas ocorrências mais danosas aos bens jurídicos mais significativos.

Segundo Lopes (2000, p. 318), “a pena criminal é uma solução imperfeita – não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos postos em confronto e impõe um novo sacrifício social –, assim, deve ser guardada como instrumento de última *ratio*”.

Conforme Prado, Carvalho e Carvalho (2010, p. 115), o princípio da subsidiariedade do direito penal, tal como o princípio da intervenção mínima, determina que o Estado deva somente atuar por meio de aplicação das normas penais agindo pela “defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidas de forma menos gravosa”.

Continuando este raciocínio, o autor acima citado afirma que “a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para sobrevivência da comunidade – como última ratio legis –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2010, p. 115), determinando assim, restrições para o direito de punir. De acordo com as

concepções de liberdade e segurança, a ocorrência de sanção criminal excessiva acaba por gerar uma instabilidade no sistema, o que torna a sociedade desprotegida, acabando com a função primordial do sistema penal.

Segundo Luisi (1991), o princípio da intervenção mínima não necessita estar expressamente disposto na Constituição, pois, trata-se de um postulado implícito, portanto, é legitimado a partir de sua necessidade, assim, deve ser respeitado e seguido.

Da mesma maneira entende Nucci (2014) o qual explica que ao haver uma divergência de raciocínios, é necessário buscar, em outras áreas do ordenamento jurídico para solucionar.

1.2.4 Princípio da culpabilidade

Além da exclusiva proteção de bens jurídicos e intervenção mínima, não pode deixar de mencionar outro princípio fundamental do ordenamento jurídico no âmbito Penal e Constitucional, o princípio da culpabilidade.

Primeiramente, tal princípio está relacionado ao princípio da inocência ou da não culpabilidade, pois só haverá efeitos penais após a comprovação de culpa ou dolo e após o trânsito em julgado.

Destaca-se que o CP prevê em seu artigo 18, in verbis:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I- doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Diante desse dispositivo, extrai-se que só existe crime nos casos em que há culpa, tanto no sentido amplo quanto no estrito, ou seja, deve existir a culpabilidade para aplicação de pena.

A afirmação acima está em conformidade com o princípio da legalidade, frisando novamente a inviolabilidade do princípio da dignidade, conforme trata Prado, Carvalho e Carvalho (2010). Reforçando a idéia tangente a

proporcionalidade, o renomado autor afirma que “em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade” (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2010, p. 112).

De acordo com Claus Roxin:

O princípio de que a pena não pode ultrapassar, nem em sua gravidade, nem em sua duração, o grau de culpabilidade, ao contrário do que sucede com o princípio retributivo, não tem origem metafísica, mas é o produto do liberalismo ilustrado e serve para limitar o poder de intervenção estatal. Dele é que derivam uma série de consequências que se contam entre as mais eficazes garantias do Estado de Direito e que por isso mesmo não devem ser abandonadas em nenhum caso. Assim, por exemplo, o princípio formulado por Feuerbach, «nullum crimen, nulla poena sine lege», acolhido na legislação penal da maioria dos Estados civilizados, está estreitamente vinculado à função limitadora da pena que tem o princípio da culpabilidade: quem antes de cometer um ato não pode ler na lei escrita que esse ato é castigado com uma pena, não pode tampouco ter conhecido a proibição e, em consequência, não tem, ainda que a infrinja, por que considerar-se culpado. O princípio da culpabilidade exige, pois, que se determine claramente o âmbito da tipicidade, que as leis penais não tenham efeitos retroativos e que se exclua qualquer tipo de analogia em desfavor do réu; vinculando, deste modo, o poder estatal à Lex scripta e impedindo a administração de justiça arbitrária. O princípio da culpabilidade serve também para determinar o grau máximo admissível de pena quando se lesiona de modo inequívoco uma lei escrita. (ROXIN; 1981. P. 46)

Segundo Bettiol (apud GOMES, 2001, p. 60), a culpabilidade “é um juízo que supõe a presença de vários elementos, entre os quais o nexó psicológico entre o evento e o autor [...] ela é uma relação de contradição entre a vontade da norma e a vontade individual”.

Já para Mezger (2001), existem apenas quatro elementos necessários para existir a culpabilidade, quais sejam: Dolo/culpa, imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa.

1.2.5 Princípio da adequação social

As leis propostas pelo Estado devem estar de acordo com a sociedade em que estão inseridas, além disso, de acordo com o princípio da adequação social, tal entendimento vai além do direito formal. Deve-se ter em mente todos os costumes,

folclore e cultura que regem a sociedade. Dessa forma, é possível que determinadas condutas que já foram consideradas típicas, passem a ser toleradas, podendo ocorrer, da mesma forma, o inverso.

Nesse pensamento segue Prado, Carvalho e Carvalho (2010, p. 124):

O instituto da adequação social representa um princípio importante para a interpretação dos tipos, que só englobam as condutas socialmente inadequadas. Tanto a adequação social como o risco permitido se encontram situados no domínio da liberdade de ação social dos indivíduos em sociedade.

Gomes (2012) conclui que, pelo fato da sociedade estar em constante mudança, nota-se que tal princípio precisa se adaptar a elas, fazendo com que o entendimento em relação a alguma conduta, mude, podendo tornar uma conduta típica, atípica e vice-versa. Ou seja, condutas toleráveis no passado, podem se tornar intoleráveis pela sociedade, e conseqüentemente, ser preciso de uma lei para regular tal atipicidade, desde que não ofenda a Constituição.

Pelos dizeres acima, abstrai-se que o princípio da dignidade da pessoa humana somente se efetivará na sociedade quando em ressonância com o princípio da adequação social, sendo possíveis de suprir lacunas na legislação, com amparo dos outros princípios fundamentais.

1.2.6 Dignidade sexual como bem constitucionalmente relevante

Assim como todas as relações mudam com o passar do tempo, também ocorrem mudanças nos delitos sexuais, guiadas pelas adequações da sociedade em relação ao ordenamento jurídico vigente, ressaltando a importância da proteção do bem jurídico penal e do sentido de justiça.

Conforme a Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, extrai-se de seu artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. O que denota, de forma expressa, a proteção de tal direito fundamental.

Um nítido exemplo está na observância do indivíduo homem em relação ao crime de estupro, em que agora pode ser ativo ou passivo para sua tipificação, o que alterou substancialmente as nuances da prática do crime. Eis que, anteriormente,

somente a mulher poderia se configurar como sujeito passivo desse crime, e o homem somente sujeito ativo, conforme disposto no art. 213 da redação original do Código Penal de 1940: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”.

Dessa forma, visando a adequação social, surgiu a expressão “alguém”, não simplesmente no crime de estupro, mas em todo o título referente aos crimes sexuais, sendo possível a inserção dos homens como sujeitos passivos nestes crimes.

Ressalta-se ainda outra mudança considerável no tangente à dignidade sexual trazida no Código Penal, a expressão “mulher honesta” era comumente utilizada pela legislação penal de antigamente, além da expressão “mulher virgem”.

Alguns exemplos de tais dispositivos:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.

Art. 216. Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

Hoje em dia, é possível observar que, qualquer pessoa, independentemente de ser promiscua ou recatada, homem ou mulher, terão a proteção legislativa.

De acordo com Nucci (2014), a vida íntima e privada do ser humano não é palco cabível de controle estatal, pois diz respeito à auto-estima da pessoa, somente em casos de violências será cabível, pela observância ao princípio da dignidade.

O referido doutrinador ainda aduz que é de suma importância ressaltar a dignidade sexual como um direito constitucional, dada a devida proteção pela lei maior ao ser humano para dispor da maneira que preferir de sua liberdade de atuação no que tange a sexualidade, de acordo com os seus desejos, valendo resguardar os limites aceitáveis, ou seja, sem ofender a liberdade alheia, sem que necessite de intervenção do Estado.

Ao analisar o conjunto de fatos, ocorrências e aparências da vida sexual, a lei não permite invasão ao privativo das pessoas, deixando de lado qualquer constrangimento ilegal, pois a interferência do Estado não ultrapassa os limites da vida sexual, em observância a respeitabilidade da vida privada.

Em amparo geral, os direitos penais e constitucionais utilizados em consonância podem atingir os objetivos de punir, educar e prevenir, mantendo a mínima intervenção para com a sociedade, respeitando os princípios norteadores do direito, em especial o da dignidade da pessoa humana, sem a ocorrência de constrangimentos ilegais.

Com isso, ressaltando a importância da adaptação da legislação em relação à sociedade e o contexto histórico e social para qual é criada ou modificada, tem-se uma sociedade mais justa, que busca solucionar conflitos de forma cada vez mais igualitária.

2. A CARACTERIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE

O presente capítulo, de início, abordará o conceito, os elementos integrantes, e as causas histórico-sociais que influenciam a noção vulnerabilidade.

Ademais, tratará das modificações advindas pela criação do estupro de vulnerável, trazido pela edição da Lei 12.015/2009, em que, a partir desta Lei, a idade da vítima passa a constituir elemento normativo do tipo penal. E a extinção da presunção de violência, prevista no texto original do Código Penal de 1940.

Além disso, demonstrará os tipos penais que observam a violação da vulnerabilidade para a sua aplicação.

2.1 DESENVOLVIMENTO DA SEXUALIDADE

A análise da sexualidade humana tem um papel relevante na sociedade e está presente na sociedade desde muito tempo. Para se analisar este tema deve se levar em conta transformações histórico-sociais, ou seja, hábitos ou costumes que deixam ou começam a fazer parte do cotidiano dos indivíduos de acordo com o momento histórico, social ou cultural a que se encontram.

O elemento central do estudo da sexualidade é a construção social, em que, para estabelecer a relação entre o comportamento sexual e a proteção jurídica deve se analisar a sociedade que se planeja atribuir a norma penal.

Dessa forma, as leis devem seguir essas mudanças, de acordo com a sociedade em que forem ser aplicadas, para não se tornarem obsoletas ou injustas, se ajustando às necessidades que forem se apresentando para assim, tentar garantir maior proteção aos bens jurídicos tutelados.

Partindo desse pressuposto, vários fatores influenciam em sua construção conforme explica D'Elia (2014, p. 22-27):

A cultura, os hábitos, os valores de cada sociedade influenciam sobremaneira a definição do que é permitido e do que é proibido em matéria sexual. Nesse prisma, afirmaram alguns autores que muito se compreende da sexualidade humana ao analisar o histórico de sua repressão.

Isso porque se verifica que, em matéria sexual, o Direito Penal acaba por ser acionado de acordo com as oscilações valorativas de cada

sociedade. E essa percepção não demanda um exercício histórico regressivo, pois basta observar que no mundo oriental, por exemplo, a matéria sexual recebe repressão estatal diferente do que no mundo ocidental. No próprio mundo ocidental também se verificam diferentes tratamentos penais à sexualidade, de acordo com os valores tutelados em cada nação e, nesse sentido, depreende-se que a repressão sexual encontra sua justificativa nas raízes axiológicas da sociedade. E exatamente essa característica reclama a atuação de um Direito Penal de caráter teleológico, capaz de conjugar os preceitos da dogmática penal com a base empírica dos acontecimentos, a fim de que a repressão penal desempenhe determinada função na sociedade.

Dessa forma, nota-se que o direito penal se encontra em constante expansão, tendo em vista os valores modernos no âmbito sexual. Isto é, a sociedade vem se modificando drasticamente e o direito deve acompanhar tais alterações como forma de garantir a segurança dos indivíduos.

2.1.1 A sexualidade na menoridade

Como demonstrado, o momento histórico em que os indivíduos vivem é de suma importância, pois vão influenciar nas suas convicções e atitudes. Assim, é crucial que a criança adquira conhecimentos necessários para compor suas opiniões. Isso é passado pelas pessoas que circulam o ambiente junto a ela, portanto, seus pais ou responsáveis e sua família. As atitudes que os filhos tomam em relação à sexualidade vão refletir as atitudes de seus pais e assim sucessivamente.

2.2 CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Com o advento da Lei 12.015/2009, o legislador trouxe uma nova forma de análise e proteção às crianças e adolescentes, tipificando em seu artigo 217-Ao surgimento do vulnerável, ao passo que passa a ser categorizado de forma diferente do estupro já presente no artigo 213 do Código Penal.

A conduta típica do crime consiste em “*Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos*”, nos termos da lei 12.015/2009.

Esse dispositivo foi criado pelo legislador ao perceber a fragilidade em que esses indivíduos estão submetidos, em observância ao princípio da isonomia,

que consiste em tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades (NERY JUNIOR, 1999).

Dessa forma, ao tratar de vulnerabilidade, é preciso caracterizar os elementos do tipo, que se tratam da ação nuclear, sujeito ativo e sujeito passivo.

Assim conceitua Jesus (2014, p.163), sobre as ações nucleares conjunção carnal e ato libidinoso:

A conjunção carnal constitui o ingresso do órgão sexual masculino na cavidade vaginal. É de todo irrelevante verificar se a introdução foi completa ou parcial, até porque a lei inclui na disposição a prática de outros atos libidinosos como suficientes para a caracterização da conduta penalmente relevante. Calha recordar o que se entende por ato libidinoso. Trata-se de todo aquele que visa ao prazer sexual, que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual.

Em relação ao sujeito ativo do delito e as modificações advindas da nova lei, o tipo penal passou a incorporar, não só a conjunção carnal, mas também qualquer outro ato libidinoso, possibilitando que a mulher também seja sujeito ativo desse crime.

Mirabete (2013) ressalta que para o estupro ser configurado, quando ocorrer especificamente a conjunção carnal, deve se ter a oposição de gêneros. Já os outros atos libidinosos não necessitam dessa particularidade.

O sujeito passivo é a parte crucial que deverá ser analisada para se chegar ao conceito de vulnerabilidade. Trata-se do indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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.

Assim, pela circunstância legal prevista no art. 217-A do CP, se depreende que para se caracterizar a vulnerabilidade da vítima ela deve: ter idade inferior a 14 anos, em que o menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais; por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, devendo ser comprovada por laudo pericial, e o agente do crime deve saber da condição da vítima para tirar proveito da situação; e por fim, a vítima que por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência, nesse caso, se trata de causa que tenha similitude ao paradigma por “enfermidade ou deficiência mental”, devendo ser provada a

incapacidade de discernimento da vítima, a impossibilitando de oferecer resistência. (Bitencourt, 2014, p. 100).

Isto é, a vítima que se encontra em situação de fragilidade, por uma imersão de hipossuficiência econômica, social ou psicológica, acarretará em vício de consentimento, pois dessa forma, se demonstrará presente a vulnerabilidade.

2.2.1 Distinção entre vulnerabilidade e presunção de violência

O art. 224 do Código Penal de 1940 previa hipóteses que traziam a presunção de violência relativa aos crimes contra a dignidade sexual, cabível se a vítima: “a) não maior de quatorze anos; b) for alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”.

Conforme Nucci (2014, p. 114):“Considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos ou contando com outra espécie de deficiência de consentimento.”

Eram conhecidas por violência ficta, em que com base nessas circunstâncias, foi criado o conceito da presunção legal do emprego de violência, pois, se o sujeito passivo não tem capacidade ou condições de consentir ou resistir, a violência era presumida. Difere-se da violência real, pois nesta haveria efetiva coação física ou moral, e naquela, simplesmente a presunção.

Assim explica Capez (2010, p 79):

O Código Penal, considerando as peculiares condições da vítima, por ficção legal, reputava, por exemplo, que a conjunção carnal havia sido realizada com emprego de violência, ainda que com o seu consentimento para a prática do ato sexual. Em resumo: mesmo que inexistisse a violência e que houvesse o consentimento da vítima, presumia-se a prática do crime de estupro se o ato sexual fosse realizado estando presente qualquer das condições acima citadas. O estupro com violência real ou presumida integrava. Portanto, o mesmo tipo incriminador, com penas idênticas.

Ademais, com o advento da Lei 12.015/09, o delito praticado nos termos acima expostos passa a constituir crime autônomo, pois fora criada previsão específica para o mesmo, nomeado de “estupro de vulnerável”, consoante ao art. 217-A, e deixa de integrar o art. 213 do CP.

Vale ressaltar que esse implemento acarretou na revogação total do art. 224 do CP, e assim surgiram mudanças significativas.

Dentre elas, o referente à idade da vítima, que antes trazia “vítima não maior de 14 anos” e agora deve ser inferior a 14 anos, maior severidade da pena, que antes era de 6 a 10 anos, e passa a ser de 8 a 15 anos. Além da inserção do crime de estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos.

Todavia, a mudança que gera maior debate doutrinário e jurisprudencial se refere à retirada do requisito de presunção de violência, que passam a serem analisadas as condições de vulnerabilidade da vítima.

Primeiramente, imaginou o legislador que acabaria com a discussão acerca da “constitucionalidade da presunção de violência, bem como definiria se a presunção seria absoluta ou relativa” (D’Elia, 2014, p. 154).

Entretanto, tal mudança gera divergências, pois, segundo Nucci (2014, p.112), “nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa”, e complementa dizendo que “trata-se de uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que se consagrou no STF sobre a relatividade da presunção de violência contida no dispositivo revogado (art. 224).” Ou seja, a discussão sobre a relatividade da presunção de violência não acabaria, pois ela ainda está presente na atual redação do artigo 217-A, de forma implícita, ao passo que o “rótulo não altera a substância”.

Portanto, a discussão acerca da relativização da presunção de violência, simplesmente teria sido substituída pela vulnerabilidade. Em que, antigamente, tratava da possibilidade ou não de relativização da presunção de violência e atualmente, da possibilidade ou não de relativização da vulnerabilidade.

Por outro lado, há também o entendimento que o legislador fez essa alteração com o intuito de excluir quaisquer dúvidas acerca da relativização, deixando o mais objetivo possível, ao passo que, havendo ato sexual e estando na faixa etária correspondente, haverá a vulnerabilidade, independente do discernimento e/ou experiência da vítima. (Mirabete, 2013).

Dessa forma, é visível a divergência de entendimentos doutrinários sobre o dispositivo, isso também é realidade presente no judiciário, em que os juízes analisam e julgam, seguindo suas convicções e, apesar de em alguns períodos

haver um posicionamento predominante, a constante contrariedade das decisões sempre foi e ainda é presente.

2.3 OS CRIMES QUE ANALISAM A VULNERABILIDADE

Com o advento da lei 12.015/2009, ocorreram significativas alterações no Código Penal, mais especificamente nos crimes elencados no Título VI, que tratam dos crimes sexuais contra vulneráveis.

O presente tópico pretende facilitar a percepção da vulnerabilidade existente e da proteção dada pelo legislador para resguardar a dignidade sexual dos menores.

2.3.1 O estupro de vulnerável

Trata-se do crime objeto do presente estudo, disposto no artigo 217-A do Código Penal, e tem como finalidade a proteção daqueles com menor discernimento sexual. De forma que seu objeto jurídico tutela a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos, ou daquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

A conduta tipificada no artigo consiste em ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, em que se têm dispostas duas infrações, possibilitando o concurso material ou a continuidade delitiva dependendo do caso concreto.

Para o crime restar configurado é preciso da prática de qualquer ato libidinoso em que se tenha contato corporal. Entretanto, é essencial a existência da intenção lasciva, libidinosa.

Em se tratando das sanções penais oriundas do crime, a pena será de 8 a 15 anos de reclusão, podendo ser majorada, se restar em lesão corporal grave, para 10 a 20 anos, e se resultar em morte, para 12 a 30 anos, sendo ação penal pública incondicionada, conforme art. 225, parágrafo único do CP.

No que diz respeito ao regime de pena e sua progressão, mesmo se tratando de crimes hediondos poderão, inicialmente, ser cumpridos no regime semiaberto ou no regime fechado, pela declaração do STF de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei Federal 11.464/2007 que previa:

“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (...) §1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.”

Dessa forma, seguindo-se os ditames do artigo 33, §2º, alínea “b”, do Código Penal, que diz que “o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto”.

Entretanto, por se tratar de crime hediondo, devem seguir a regra especial da progressão de regime prevista na LCH, art. 2º, §2º, que dispõe: "A progressão de regime, no caso de condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente".

2.3.2 O induzimento de menores a satisfazer a lascívia de outrem

Dispõe o art. 218 do Código Penal: “Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem”.

Na realidade, esse dispositivo tratava da corrupção de menores, em que, com a mudança legislativa, passou a tratar da mediação de menor de 14 anos para satisfação da lascívia de outrem, antes previsto genericamente no artigo 227 do Código Penal (Capez, 2010).

Com efeito, explana Jesus, 2013, p. 171:

Cuida-se de tipo penal introduzido por força da Lei 12.015/2009. O legislador buscou suprir lacuna existente na legislação, dado que o ato de induzir menor a presenciar a realização de atos de libidinagem somente era punido, como forma de corrupção de menores (texto revogado do art. 218), quando se tratasse de pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos. Se o ofendido possuísse idade inferior às mencionadas, o fato era penalmente atípico. Entendia-se, ao tempo da elaboração do Código Penal, que pessoas em tal faixa etária não teriam a capacidade de compreender o ato sexual presenciado, motivo pelo qual não seria necessário protegê-las criminalmente. Essa visão mostrava-se, de há muito, defasada, mas somente com o advento da lei acima mencionada é que passou a integrar o rol dos ilícitos penais.

Vale ressaltar que o §1º do artigo 227, ainda foi alterado, substituindo a expressão “marido” por “cônjuge ou companheiro”.

O crime autônomo do art. 218 do CP foi criado pela Lei 12.015/09, e pode ser visto como uma espécie de lenocínio, porém abrangendo somente os menores de 14 anos. Já no art. 227, §1º, tem-se a proteção dos maiores de quatorze e menores de dezoito anos.

Com efeito, a crítica que diversos doutrinadores fazem neste ponto da lei é em relação ao adolescente que sofre o induzimento para satisfazer a lascívia alheia no dia de seu 14º aniversário, fato em que a conduta do agente seria atípica, por não estar disposta na lei penal.

2.3.3 Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Preceitua o artigo 218-A do Código Penal, acrescentado pela Lei 12.015/09: “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena - reclusão, de 2 a 4 anos”.

O antigo art. 218, revogado pela Lei 2.015/09, tratava da corrupção de menores, e visava a proteção sexual de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos.

Segundo Capez apud Hungria (2010, p. 96) sobre o antigo dispositivo:

A lei penal, com a incriminação de que ore se trata, propõe-se à tutela dos adolescentes contra a depravação ou perda moral, sob o prisma sexual. Entre os mais relevantes interesses da sociedade está a disciplina ético-sexual, segundo as normas de cultura, e como a juventude, em razão mesma da sua fragilidade ou maleabilidade psíquica, está mais exposta à influência maligna da libidinagem e do vício, é natural que a pudicícia ou dignidade sexual seja especial objeto da reforçada proteção penal.

Com a revogação do supracitado dispositivo, o atual protege a dignidade e moral sexual do menor de 14 anos.

Dessa forma, as atuais condutas que tangem vítimas maiores de 14 e menores de 18, não são alcançadas pela lei penal, podendo ser visto como uma falha legislativa, conforme explica Nucci (2014): “sendo a vítima menor de 14 anos (elementar do tipo), não se subsumirá à letra do art. 218-A do CP a realização da conduta nele descrita quando em relação à vítima de outra faixa etária”.

Em relação ao meio em que o crime pode ser consumido, alguns autores como Capez (2010), explicam que o menor deve ser levado pelo agente a presenciar o ato sexual. Já outros autores, como Nucci (2014, p. 151) defendem que o crime pode ser configurado por meios virtuais:

São novos tempos; a eles devemos nos adaptar. De igual modo, criminosos também se amoldam à tecnologia, cometendo infrações de toda ordem por meio de computadores. Diante disso, não há nenhuma diferença entre praticar um ato libidinoso na frente de um menor de 14 anos, em tempo real, por meio tecnológico ou na presença física. O bem jurídico – a dignidade sexual do menor – é afetada de igual maneira.

Vale ressaltar que, para que o crime seja configurado, o agente deve ter ciência da idade da vítima, pois, se não tiver, é possível ser caso de erro de tipo previsto no artigo 23 do Código Penal. E ainda, a vítima deve ter idade suficiente para compreender o que está presenciando, para que dessa forma possa ser corrompido.

2.3.4 O favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Contemplado no artigo 218-B do Código Penal, acrescentado pela lei 12.015/09, dispõe:

Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Primeiramente, à respeito dos conceitos de prostituição e exploração sexual, conforme Jesus (2014, p. 189):

A prostituição é um modo de viver da pessoa, consistindo em entregar-se sexualmente a quem a solicita, mediante o recebimento do preço. São seus requisitos: 1) habitualidade 2) número indeterminado de pessoas a quem se entrega.

Exploração sexual, se sua parte, constitui elemento normativo do tipo inserido no tipo penal por intermédio da Lei 12.015/09. Considerando os que o legislador equiparou essa idéia à de prostituição, utilizando-se da interpretação analógica, deve-se vincular os dois conceitos,

que portanto se autolimitam (embora não se confundam); isto é, o espaço de incidência da exploração sexual há de ser paralelo ao da prostituição, incluindo-se no tipo penal situações em que o agente tire proveito da sexualidade alheia, tratando a vítima como mercadoria.

Assim, é percebido que o legislador se utiliza do termo exploração sexual para dar mais abrangência ao artigo, não o restringindo apenas em casos de prostituição.

E ainda, Mirabete e Fabrini (2014, p. 439), as ações nucleares do tipo, se consubstanciam:

Submeter é dominar, subjugar, tirar a liberdade, sujeitar alguém a algo, ou reduzi-lo a um estado de obediência ou dependência. Submeter alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual é sujeitar a pessoa a esse estado contra a sua vontade ou sem que tenha ela liberdade de escolha.

Induzir é persuadir, aconselhar, instigar etc. Por essa forma de conduta o agente não retira a liberdade de escolha do sujeito passivo, mas o influencia para que voluntariamente se sujeite ao estado de exploração sexual. É o que também ocorre na terceira modalidade, a de atrair, que significa seduzir, envolver, instigar e que sugere a ação de quem já se encontra no ambiente de prostituição ou exploração sexual, ainda que não a exerça. Facilitar é favorecer, tornar mais fácil, prestar auxílio, propiciar condições para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

As últimas modalidades são as de impedir (tornar impraticável, obstar, opor-se) ou dificultar (tornar difícil ou trabalhoso, complicar, estorvar) o abandono da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Ambas as condutas pressupõem que o sujeito passivo já se encontre no estado de exploração sexual, praticando o agente, assim, ações que tornam impossível ou mais dificultosa a sua saída dessa condição.

Vale ressaltar que na atração a influência é menor, se comparada com a indução, pois, nessa há a persistência no sentido de fazer a vítima se prostituir, e naquela, não há essa forma continuada.

Além disso, caso o responsável tolere ou aceite a prostituição de quem deve cuidar, pode responder pelo crime, por sua omissão ao dever de impedir o resultado.

Por estar previsto no rol dos crimes hediondos, também deve seguir a regra especial da progressão de regime prevista na LCH, art. 2º, §2º.

2.3.5 Tráfico externo e interno de pessoas menores de 18 anos para fins de exploração sexual

Trata-se de crimes recentemente revogados do Código Penal, previsto nos arts. 231 e 231-A em que dispunham do tráfico internacional e interno de pessoas, de forma que promover ou facilitar a entrada ou saída de alguém que venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Em que se tratava da vulnerabilidade em seus §2º, incisos I e II, de ambos os artigos. Dispondo I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Com o advento da Lei 13.344/2016, os artigos supracitados foram revogados, pois, esta lei revoluciona o tratamento que o Brasil dá ao tráfico de pessoas, sendo reformado conforme os ditames dos tratados internacionais. Antes dessa lei, o tráfico de pessoas estava relacionado à relação sexual apenas, mas os documentos internacionais não restringiam o tráfico de pessoas apenas a questões de exploração. Portanto, a necessidade desse ajuste feito em 2016.

Dessa forma, é adicionado o artigo 149-A, inserido nos crimes contra a liberdade individual que passa a tratar do tráfico de pessoas de forma mais ampla, tratando do tráfico de pessoas, conforme disposto: “I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual.”

Ainda, traz o tráfico internacional como uma causa de aumento de pena, em seu §1º, IV, podendo a pena ser aumentada de 1/3 até ½ se a vítima for retirada do território nacional, entretanto ainda possui a previsão

No que se refere aos vulneráveis, continuam tendo previsões em tutela à sua dignidade sexual, podendo a pena ser aumentada nos termos acima expostos, se: “o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência”.

2.3.6 Crimes sexuais previstos no Estatuto da Criança e Adolescente

A lei 11.829/08 alterou o ECA de forma que o art. 240, art. 241, do “A” ao “E” e art. 244-B, sofreram alterações importantes de destacar pois o legislador pretendeu criminalizar condutas relacionadas à pedofilia na internet.

Conforme Capez (2010, p. 99), teve como finalidade o “combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

E, para efeitos dos crimes previstos na lei, o próprio legislador define, no art. 241-E, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica”: “compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

3. A POSSIBILIDADE OU NÃO DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO MENOR DE 14 ANOS

Com o advento da Lei 12.015/2009, em se tratando do artigo 217-A, o legislador buscou um critério objetivo para tratar da questão, simplesmente analisando a idade da vítima, de forma que incorrerá em crime quem ofender menor de 14 anos no momento dos fatos.

Entretanto, transformações advindas da Lei 12.015/2009 não encerraram os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Segundo Nucci (2014), a discussão se permeia por ter ocorrido simplesmente uma substituição de denominações, em que antes se teria a presunção de violência, e agora, tem-se a vulnerabilidade.

3.1 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Mesmo após a alteração legislativa, a discussão referente a relativização do conceito de vulnerável, especialmente em relação ao menor de 14 anos, não se encerra no âmbito doutrinário por se tratar de matéria subjetiva, no caso, o psicológico da vítima, ou seja, a capacidade de compreensão e discernimento da pessoa perante as experiências sexuais.

Vale ressaltar que a vulnerabilidade trazida pelo legislador, de acordo com a doutrina majoritária, possui concepções distintas para o menor de 18 anos e para o menor de 14 anos, dessa forma, foram designadas duas espécies para se tratar dessas distintas modalidades, a vulnerabilidade relativa e a vulnerabilidade absoluta, respectivamente.

Bitencourt (2014, p.95) explica:

Na realidade, o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, ora refere-se a menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A), ora a menor de dezoito (218-B, 230, §1º, 231, §2º, I, 231-A, §2º, I). A partir daí pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresse, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito).

3.1.1 Doutrinadores adeptos ao caráter absoluto da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual

Certamente, o legislador buscou sanar o problema acerca da relativização da presunção de violência no tangente ao contexto etário, criando então, o tipo penal disposto no artigo 217-A, intitulado de “estupro de vulnerável”. Em que pese, a discussão da relativização continuou a existir, de forma a qualificar a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos.

Dessa forma, o debate doutrinário se estende ao analisar a lei de maneira que autores divergem em relação a interpretação às delimitações estabelecidas pelo legislador. Ou seja, se os crimes sexuais praticados contra vulneráveis menores de 14 anos são tidos, objetivamente, como absolutos, ou se é possível a relativização da vulnerabilidade de acordo com o caso concreto.

Inicialmente, dentre os doutrinadores contrários à relativização da vulnerabilidade, destacam-se Mirabete e Fabrini (2013, p. 427), os quais entendem haver uma objetividade jurídica da matéria sexual tutelada no art. 217-A, de forma que, “no caput do artigo, o objeto central de tutela é o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos, presumindo a lei, de forma absoluta, que não tem ele a maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual”. E complementa:

Diante da redação do art. 217-A, não há mais que se cogitar de presunção relativa de violência, configurando-se o crime na conjunção carnal ou ato libidinoso praticados com menor de 14 anos, ainda quando constatado, no caso concreto, ter ele discernimento e experiência nas questões sexuais. É irrelevante também se o menor já foi corrompido ou exerce a prostituição, porque se tutela a dignidade sexual da pessoa independentemente de qualquer juízo moral.

Esse ponto de vista é defendido por tais autores, pois consideram que a personalidade do indivíduo menor de 14 anos ainda está em formação, ao passo que “sofre, em maior intensidade, os efeitos danosos causados por delitos de natureza sexual” (Mirabete e Fabrini, 2013, p. 425).

Em concordância com os autores supracitados, Greco (2013, p. 533) defende a posição de que a presunção é de natureza absoluta, pois, “não existe dado mais objetivo que a idade” e assegura que os Tribunais não poderão

entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém com idade inferior à 14 anos. Alega que a determinação da idade foi uma “eleição político-criminal feita pelo legislador” de forma que não há que se falar em presunção do tipo, ou seja, está “somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos.”

Segundo Greco (2013, p. 532), as decisões dos Tribunais que forem contrárias a esse entendimento não se justificam, pois, deixariam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, para criar suas próprias políticas, ou seja:

A lei penal havia determinado de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficientemente desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Dessa forma, não deve se considerar dados e situações, do caso concreto, não exigidos pela lei penal a fim de ser reconhecer a vulnerabilidade, tais como a vida social da vítima, seu relacionamento familiar e seu comportamento sexual.

Nesse sentido, vale ainda depreender trecho da Justificação da Lei nº 12.015, publicada em 14/09/2004 pelo Diário do Senado Federal:

O art. 217 proposto, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPML advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade ente o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da

ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos.

(BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: (<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicao-demotivos-149280-pl.html>>))

Conforme exposto, a própria Justificação admite liberdade sexual somente para adolescentes entre 14 e 18 anos, alegando a objetividade fática com que deve ser tratado o artigo.

No mesmo sentido, Prado (2010, p. 674) alega a taxatividade do artigo 217-A em relação às pessoas que são consideradas vulneráveis, os menores de 14 anos:

O dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

Fica evidente o posicionamento contrário à relativização da vulnerabilidade do doutrinador por inadmitir qualquer relevância jurídica decorrente do consentimento da vítima.

3.1.2 Doutrinadores adeptos ao caráter relativo da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual

Em que pese os citados autores não permitirem a relativização da vulnerabilidade nos crimes sexuais envolvendo menores de 14 anos, outra parcela da doutrina compreende a possibilidade de analisar subjetivamente o caso concreto, ou seja, a possibilidade da relativização da vulnerabilidade de acordo com o caso.

Dentre os autores adeptos à relativização da vulnerabilidade, destaca-se Bitencourt (2014, p. 102), que alega ter ocorrido uma tentativa dissimulada de estancar a orientação jurisprudencial que estava se firmando no Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de relativização da presunção de violência

do antigo dispositivo. Segundo o autor, se utilizaram de uma técnica legislativa ao suprir a previsão expressa da presunção de violência, entretanto “a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso.”

Destarte, não há como ignorar as transformações ocorridas na sociedade, devendo a previsão do Código Penal ceder à realidade, de forma a se analisar, “in concreto, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea”. (Bitencourt 2014, p. 102). Com isso, o autor conclui que a presunção de vulnerabilidade é relativa, devendo haver avaliação casuística.

De igual modo, Nucci (2014, p.114), observa que o debate doutrinário acerca da possibilidade ou não da relativização da presunção de violência percorreu no Brasil durante anos sem consenso, “a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real”. Ainda aduz que o legislador brasileiro “é incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade.”

Dessa forma, entendimento do Código Penal deveria se aliar com o do Estatuto da Criança e Adolescente, de forma que naquele se tem mais rigidez da lei aos menores de 14 anos, ao passo que nesse, proclama ser adolescente o maior de 12 anos. Segundo Nucci (2014, p.114), “já devesse ser tempo de unificar o entendimento e estender ao maior de 14 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais”. Sendo assim, a proteção à criança menor de 14 anos ainda absoluta no cenário sexual.

Ainda, autor supracitado faz um comparativo entre a Lei 12.594/2012 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. De forma que, primeiramente, o ECA considera adolescente pessoa com 12 anos ou mais, e em segundo, a Lei 12.594/12, que em seu artigo 68, permite a visita íntima para os adolescentes casados ou em união estável em cumprimento de medida de internação, de fato, para se casar deve ter ao menor 16 anos de idade, mas no caso de união estável, não há essa restrição, sabendo-se da existência de casais constituídos entre 12 e 14 anos de idade. Portanto, diante desse conflito de normas, Nucci (2014, p.115) conclui que:

Parece razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12.

Por fim, o renomeado autor (Nucci, 2014) critica a vulnerabilidade absoluta, exemplificando alguns casos em que se pode ocorrer injustiças por a tratar de tal maneira. Nesse cenário, uma adolescente de 13 anos que tem um companheiro de 20 anos, mantém relação sexual e amorosa, consistente em namoro, possuindo um filho juntos, se tornaria ilógico desagregar a família, mas, considerando a vulnerabilidade absoluta, deverá processar e prender, por pelo menos 8 anos de reclusão o indivíduo que constituía família com a adolescente.

No mesmo sentido, Jesus (2014, p.156), alega ser insuficiente a conduta que somente se “amolde às elementares do dispositivo incriminador, sendo necessário que haja, além disso, a efetiva lesão ao bem jurídico protegido”.

Com efeito, ao observar o §1º do artigo 217-A, em que se tratando dos enfermos e deficientes mentais, o tipo requer que não possuam o necessário discernimento para a prática do ato, de forma que “por razão de coerência, o mesmo requisito deve estar presente quando se cuida de vítima menor de 14 anos de idade. Por isso, ausente o elemento qualificador do tipo (ofensa à dignidade sexual), penso que inexistente o crime” (Jesus, 2014, p. 156).

3.2 POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA VULNERABILIDADE NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Em se tratando da antiga presunção de violência, decorrente do revogado artigo 224 do Código Penal, o entendimento estava se firmando no Supremo Tribunal Federal e Tribunais no sentido de permitir a relativização desta presunção. Entretanto, após a edição da Lei 12.015/09, em seu artigo 217-A, tal relativização se tornou ainda menos aceita.

3.2.1 Jurisprudência contra a relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual

Ainda a respeito do debate acerca do caráter absoluto ou relativo a ser tomado sobre a questão, após o advento da Lei 12.015/09, o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou a respeito da matéria, entretanto, vale ressaltar que o entendimento adotado pela Suprema Corte antes da nova Lei era no sentido de impossibilitar a relativização da antiga presunção de violência:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C.C. ART. 224, AL. 'A', DO CÓDIGO PENAL ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 12.015/2009. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. NATUREZA DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes. 2. Concluir pela absolvição do Paciente quanto ao crime de estupro demandaria o revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus. 3. Ordem denegada.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal HC n. 119091, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 10/12/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059656>>)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, antes da nova lei, era de caráter absoluto da vulnerabilidade, de forma a ser irrelevante o consentimento do menor de 14 anos e as circunstâncias do caso. Com a edição do Código Penal e inserção do artigo 217-A, vem sendo adotado da mesma maneira o entendimento já prevalecente, de forma a preservar o caráter absoluto da vulnerabilidade para os menores de 14 anos.

Nesse sentido, cumpre destacar julgado, a título exemplificativo, que elucida tal matéria:

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO. VITIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO NÃO PROCEDENTE.

1. Sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/2009 (que introduziu o art. 217-A no CPB), era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual. 2. Na linha da orientação consolidada por esta Corte, a presunção de violência após a edição da referida lei, na essência, não sofreu modificação. Vale dizer, em qualquer hipótese (anterior ou posterior à Lei n. 12.015/2009), o consentimento da vítima menor impúbere não tinha e ainda não tem relevância para infirmar a prática do crime de estupro, deixando a questão de ser tratada como presunção legal e passando a integrar o próprio tipo penal (estupro contra vulnerável). 3. Pedido em revisão criminal não procedente. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RvCr/MG: 3.121 MG 2015/0168322-5, Rel^a Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61021908&num_registro=201501683225&data=20160520&tipo=5&formato=PDF)

Ante o exposto, é notório que entendimento do Superior Tribunal de Justiça é absoluto ao tratar da questão, tanto antes, ao se presumir a violência, como agora, ao integrar o próprio tipo penal, não havendo relevância o consentimento da vítima e as circunstâncias.

Vale ressaltar ainda um julgado do que exemplifica bem a divergência de posições entre tribunais, em que o Tribunal *a quo* acatou com a relativização da vulnerabilidade, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça teve que cassar a decisão:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DEVULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CONTINUIDADE DELITIVA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. VIDA DISSOLUTA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. 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. 2. Para a configuração do delito de estupro de vulnerável, são irrelevantes a experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 anos. Precedentes. 3. 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. 4. Recurso especial provido para condenar o recorrido em relação à prática do tipo penal previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, e determinar a cassação do acórdão a quo, com o restabelecimento do decisum condenatório de primeiro grau, nos termos do voto.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Rel^a Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248165&num_registro=201300796774&data=20130801&formato=PDF>)

Entretanto, apesar do entendimento estar harmonizado no Superior Tribunal de Justiça, nos outros Tribunais, a questão mostrou ser controversa, de forma a valer-se da análise do caso concreto dependendo do Tribunal em que se encontra.

3.2.2 Jurisprudência à favor da relativização da vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual

Destarte, o julgado transcrito acima demonstra que ainda há discussão acerca do tema, de forma que a sentença do Tribunal *a quo* teve de ser reformada, conforme acórdão do Tribunal Distrital transcrito pelo Min. Relator do Superior Tribunal de Justiça em seu relatório:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CP). RECURSO DO RÉU. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE DA VÍTIMA. FATO CONJUNTO PROBATÓRIO. ATOS. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE QUE DEMONSTROU TER CONSENTIDO NA CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL NUM CONTEXTO DE RELACIONAMENTO AFETIVO. CONSENTIMENTO VÁLIDO. FATO QUE NÃO CONSTITUI INFRAÇÃO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. Não se mostra essencial a juntada da certidão de nascimento da suposta vítima menor de 14 (catorze) anos para configuração do tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, quando todos os elementos probatórios atestam tal fato. 2. Não se pode admitir a ocorrência do delito de estupro de vulnerável, quando, a vítima menor de 14 anos, de maneira válida e consciente, consente na prática de atos sexuais com outra pessoa maior, dentro de um contexto de relacionamento afetivo. 3. Recurso provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Rel^a Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248165&num_registro=201300796774&data=20130801&formato=PDF>)

O Tribunal apreciou a matéria fática de forma a absolver o recorrido, de forma a possibilitar a relativização da vulnerabilidade nos casos de consentimento válido, dentro de um contexto de relacionamento afetivo.

Apesar da dificuldade em se relativizar a vulnerabilidade nos crimes envolvendo menores de 14 anos, alguns tribunais, assim como alguns doutrinadores, denotam ser imprescindível tal relativização, pois consideram a análise do caso concreto uma forma de chegar a um julgamento mais justo.

Vale ressaltar que, no ano de 2011, no Superior Tribunal de Justiça, a discussão pairava sobre os Ministros, havendo inclusive dissídios jurisprudenciais entre as turmas do Sodalício, conforme ementa e acórdão colacionados:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça: Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Gilson Dipp, acolhendo os embargos de divergência para considerar absoluta a presunção de violência, e o voto do Sr. Ministro Março Aurélio Bellizze, declarando-se apto a votar, acompanhando a Relatora, e os votos dos Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) no mesmo sentido, a Seção, por maioria, acolheu os embargos de divergência para considerar relativa a presunção de violência, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Março Aurélio Bellizze, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Gilson Dipp e Laurita Vaz. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi. Brasília, 23 de novembro de 2011

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS. REVOGADO ART. 224, A, DO CP. PRESUNÇÃO RELATIVA. DIVERGÊNCIA CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. A violência presumida prevista no revogado artigo 224, a, do Código Penal, deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, cedendo espaço, portanto, a situações da vida das pessoas que demonstram a inexistência de violação ao bem jurídico tutelado. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/inteiro-teor-21608487?ref=juris-tabs#>

Ante o exposto, o acolhimento dos embargos de divergência em relação à possibilidade de relativizar a presunção de violência, deixa claro que a matéria não se encontrava em harmonia no Superior Tribunal de Justiça.

3.3 ANÁLISE PARA BUSCAR SOLUÇÃO PERTINENTE À DISCUSSÃO

Ante a discussão apresentada, tendo em vista as mudanças legislativas decorrentes da Lei 12.015/09, em que pese legislador tentar proteger a dignidade sexual dos vulneráveis pelo caráter absoluto imposto pela lei, a ausência de hipótese, por mais que excepcional, de relativização da vulnerabilidade, gera dissídio jurisprudencial e doutrinário pela falta de razoabilidade da aplicação do direito penal como ultima *ratio*. Dessa forma, busca-se, neste momento da pesquisa, uma solução para a matéria apresentada.

3.3.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena é adotado pela Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso XLVI, norteadas pelos princípios do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade. Primeiramente vale conceituar brevemente estes princípios para assim delinear um comparativo em relação aos crimes contra a dignidade sexual julgados nos tribunais.

O princípio da individualização da pena, conforme Nucci (2014), trata de uma medida para resguardar o indivíduo, devendo o Juiz, o intérprete e aplicador da lei penal, analisar o caso concreto, não sendo cabível abstrações e generalizações que ignoram o que a pessoa tem de particular.

Dessa forma, para não haver afronta a tal princípio, devem ser analisadas as circunstâncias de cada caso, sob a égide da proporcionalidade, em que os fins devem ser proporcionais aos meios, conforme ampara a Constituição Federal, de forma ter-se o Direito Penal como ultima medida a se tomar. E ainda, a sob a égide da razoabilidade, de forma que exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade (Bitencourt, 2014). Por fim, Nucci (2014) aduz que os

princípios constitucionais e penais devem ser interpretados à luz do princípio maior da dignidade humana, além do amparo do devido processo legal.

Isto posto, vale ressaltar trecho do julgamento do habeas corpus nº 88.664/GO, resultante na jurisprudência acima apresentada, em que o Ministro Celso Limongi fez a seguinte análise da matéria:

A Constituição Federal importou do direito anglo-americano o princípio do devido processo legal na sua face substantiva, de modo que ela autoriza a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a permitir que o juiz hoje se inquiete com a injustiça da lei, a proporcionalidade dos encargos, a razoabilidade da lei, quando antes não era senão a voz da lei, o cego cumpridor da lei, o escravo da lei, um ser como que inanimado, como preconizava Montesquieu, preocupado, naquele contexto histórico em que viveu, com poder o magistrado interpretar a lei. Aliás, Manoel Gonçalves Ferreira Filho deixou assentado: Contudo, a Carta lre (ao Judiciário) deu, mesmo nessa função típica, em certo distanciamento em relação a lei que não admitia a doutrina clássica. Com efeito, o texto importou o due process of law substantivo do direito anglo-americano. Assim pode hoje o magistrado inquietar-se sobre a razoabilidade da lei, a proporcionalidade dos encargos que acarreta, etc., quando antes não lre cabia senão ser a voz da lei'. E, efetivamente, não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940... (BRASIL, STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/inteiro-teor-21608487?ref=juris-tabs#>)

Desta forma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, complementa:

Com efeito, sobram críticas a respeito da fixação da idade de 14 anos, por tratar-se de critério subjetivo, "baseado no que se presume ser o desenvolvimento mental das pessoas nessa faixa etária. Como nem todos os indivíduos se desenvolvem da mesma maneira e como os fatores pessoais e culturais, dos costumes e do tempo, étnicos e mesológicos, determinam variações relevantes, nem sempre o limite legal estará adequado. (BRASIL, STJ - EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, disponível em: [em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-)

divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/inteiro-teor-21608487?ref=juris-tabs#>)

3.3.2 Exceção de Romeu e Julieta

Em se tratando da vulnerabilidade do adolescente vítima de crime contra a dignidade sexual. Merece destaque a medida que vem sendo acolhida por parte dos estados Norte-Americanos, a *Romeo and Juliet Law*. Essa medida é uma forma que o legislador estadunidense encontrou de relativizar a vulnerabilidade de maneira que considerou mais justa.

Trata de proteger os indivíduos, etiquetados de ofensores à dignidade sexual, que possuem idade relativamente próxima às suas vítimas e são envolvidos em relações amorosas consensuais com menores tidos como absolutamente incapazes.

A “Exceção de Romeu e Julieta” trazida pelo estado da Flórida não torna legal a prática de ato sexual com adolescente, entretanto, ela providencia um mecanismo para o ofensor peticionar para o tribunal de forma a remover o requerimento de ofensor sexual se atingidos certos requisitos. (ESTADOS UNIDOS. The Florida Senate. Examine Florida’s “Romeo and Juliet” Law, setembro de 2011. Disponível em: <https://www.flsenate.gov/PublishedContent/Session/2012/InterimReports/2012-214cj.pdf>)

O parâmetro utilizado por parte dos estados Norte-Americanos começa a ser percebido em alguns tribunais brasileiros:

APELACAO CRIMINAL - RECURSO MINISTERIAL – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ESTUPRO DE VULNERAVEL – EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA - ABSOLVICAÇÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. Poderíamos traduzir, com vista a utilização de seus conceitos por aqui, como Exceção de Romeu e Julieta, inspirada nos célebres amantes juvenis imortalizados pelo gênio de William Shakespeare. Consiste em não reconhecer a presunção de violência quando a diferença de idade entre os protagonistas seja igual ou menor de 05 anos, considerando que ambos estariam no mesmo momento de descobertas da sexualidade. E, conseqüentemente, em uma relação consentida, não haveria crime. (SARAIVA, João Batista Costa. O “Depoimento em dano” e a *romeo and juliet law*. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. In. Juizado da Infância e Juventude / [publicado por] Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Corregedoria-Geral da Justiça. - n. 1 (nov. 2003)-. - Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003) ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, não prover o recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator. (BRASIL, TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>).

Diante o exposto, em se tratando de matéria de ofensa à dignidade sexual, dependendo da interpretação dada à regra do artigo 217-A do Código Penal, é possível o julgador incorrer em injustiças dada a impessoalidade, no momento de decisão, atribuída aos casos. Sobretudo nos casos em que os envolvidos consintam mutuamente e que não tenham uma grande diferença de idade.

Como reforço argumentativo, a Juíza Placidina Pires do TJGO, também busca no direito Norte-Americano a exceção “Romeo and Juliet Law” como forma de afastar a presunção de violência nos casos em que os amantes juvenis se encontrem no mesmo momento de descoberta da sexualidade. Aduz ser possível a aplicação de tal argumento mesmo que o fato tenha decorrido posteriormente à Lei 12.015/09, em que pese a extinção do termo “presunção de violência”, por entender que a sociedade muda, e o direito não pode ser estático, deve se adequar junto à ela. Dessa forma, tampouco importa a mudança do termo para o “estado de vulnerabilidade”, pois a tentativa de estancar a orientação jurisprudencial não se sustentaria apenas por um termo, tendo em vista que a evolução na sociedade urge pelo direito adequado à realidade, “examinar caso a caso, para se constatar, in concreto, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea”. E fundamenta a favor da avaliação casuística:

O direito brasileiro poderia ter adotado orientação semelhante para as hipóteses em que não for constatada a exploração sexual dos adolescentes, ou seja, para as hipóteses em que o ato sexual consentido resultou de relação de afeto. Feitos esses apontamentos, entendo que, mesmo após o advento da Lei 12.015/2009, continua viável ao intérprete da lei penal realizar uma avaliação casuística do grau de vulnerabilidade dos menores de catorze anos, para aferir a sua capacidade de consentimento com o ato sexual. Partindo desse norte, entendo que é possível ao magistrado, em se tratando de ofendido(a) maior de 12 anos e menor de 14 anos, analisar outros aspectos, que não somente os elementos normativos do tipo penal, para aquilatar a possível ofensa à dignidade sexual da vítima, mormente nos casos de relacionamentos entre jovens, devendo

sopesar por exemplo o nível de maturidade do(a) ofendido(a) e eventual experiência sexual vivenciada anteriormente. Poderá, ainda, perquirir se o contato sexual aconteceu de forma consentida; se se trata de casal de namorados; se a idade entre eles é compatível; e, ainda, se o relacionamento foi permitido pelos pais ou responsáveis legais, ou se se trata de hipótese de exploração sexual do adolescente. (BRASIL, TJ/GO. AUTOS Nº 201401359021 – PLACIDINA PIRES. Data de Julgamento: 03/12/2015, Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal)

A vulnerabilidade da vítima, à vista das particularidades do caso concreto não pode ser entendida de forma absoluta simplesmente pelo critério etário, desta forma, seria razoável a relativização nos episódios envolvendo adolescentes, nos casos em que as relações ocorram de forma voluntária e consentida, fruto de aliança afetiva.

Por fim, em análise ao caso concreto, a Juíza absolve o acusado pelos seguintes fundamentos:

Nessa linha de entendimento, analisando as peculiaridades do caso concreto, vejo que a vulnerabilidade, na espécie, é relativa, porquanto a vítima tinha doze anos de idade ao tempo do fato, e mantinha relacionamento afetiva com o agente, além de que possuía discernimento mínimo para a relação sexual, vez que já não era mais virgem e admitiu ter mantido outros relacionamentos amorosos anteriormente. Vejo, ainda, que o ato sexual foi consentido e que a ofendida convive em "união estável" com o acusado desde então, possuindo um filho proveniente desse relacionamento. Ademais, o réu está disposto a constituir família com a menor a fim de criarem juntos o menino que tiveram, contando a relação com a anuência dos familiares da referida jovem. Não se trata evidentemente de hipótese de pedofilia ou de exploração sexual da adolescente. Desse modo, não estando configurada a vulnerabilidade necessária para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, nem mesmo lesão ou ameaça de lesão à formação moral do(a) menor de 14 anos, objeto tutelado pela norma penal em estudo, ressoante de tipicidade material a conduta perpetrada. (BRASIL, TJ/GO. AUTOS Nº 201401359021 – PLACIDINA PIRES. Data de Julgamento: 03/12/2015, Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal)

Segue o fundamento de que não seria razoável, em caráter absoluto, a aplicação da pena pelo critério etário, de forma a desconstituir uma família, deixar um filho sem pai, diminuir a renda familiar, dentre outros possíveis danos oriundos de tal ato. Dessa forma, pelas circunstâncias do caso, por acreditar não haver lesão à formação moral da menor de 14 anos, julga por atípica a conduta de estupro de vulnerável.

CONCLUSÃO

Primeiramente, esta pesquisa buscou estabelecer um panorama das modificações da legislação brasileira ocasionadas pelo tempo, seus motivos e suas consequências no âmbito jurídico e fático. Portanto, analisar as mudanças sociais histórico-culturais a fim de atender e proteger os bens jurídicos do povo. Foram estudadas as legislações penais dos anos de 1890, 1932, 1940, 2009.

No Decreto nº 847 de 1890, foram evidenciadas idéias patriarcais que, apesar de hoje serem consideradas ilógicas, eram, de fato, coerentes com a cultura da época, de forma a utilizar termos como “mulher honesta” e “mulher virgem”. A Consolidação das Leis Penais de 1932 foi criada para organizar a lei anterior, a qual foi criada as pressas, para assim facilitar o manuseio e entendimento de tal instrumento normativo. Fora observado que, nesta lei, o legislador se preocupou em proteger o menor contra atos de libidinagem. Já com Decreto-Lei nº 2.848 de 1940, diversos dispositivos foram adicionados aos crimes sexuais, enquadrados no Título VI, “Dos Crimes Contra os Costumes”, aumentando o resguardo à proteção de menores. Ademais, o advento da Lei 12.015 de 2009 foi responsável por significativas alterações que, feitas de acordo com a Constituição Federal de 1988, trouxeram uma nova percepção para a sociedade, buscando ajustar a legislação à evolução social, dessa forma, tem-se a criação dos “crimes contra a dignidade sexual” e buscam ter os valores que a sociedade moderna possui, removendo-se, a título exemplificativo, as expressões supracitadas “mulher honesta” e “mulher virgem”. Conclui-se então que o estudo da transformação do pensamento da sociedade é fundamental para a criação de leis que possam gerar eficácia em determinada sociedade.

Em seguida, foram analisados alguns princípios constitucionais norteadores do direito penal, de forma que a base do ordenamento jurídico se daria pelo princípio da dignidade da pessoa humana, se ramificando pelos outros princípios, tais como o princípio da intervenção mínima, princípio da culpabilidade, princípio da adequação social.

O respeito e a consideração passam a ser reconhecidas em cada indivíduo pelo Estado, de forma a serem qualidades relevantes na constituição da personalidade, por isso devem ser tuteladas e resguardadas como critério

fundamental e principal para assegurar a forma de proceder em sociedade, conclui-se então que o princípio da dignidade da pessoa humana é o norteador do Direito Penal no âmbito dos crimes sexuais.

Ademais, a pesquisa se restringiu ao estudo da caracterização da vulnerabilidade, abordando seu conceito, seus elementos integrantes, os crimes em que a analisam, as causas históricas, culturais e sociais que influenciam no conceito de vulnerabilidade. Ainda, analisou as modificações advindas da criação da lei 12.015/09, dentre elas, a criação do artigo 217-A e seu instituto denominado “estupro de vulnerável”, e as conseqüentes diferenças entre vulnerabilidade e presunção de violência.

De mais a mais, fora levantado um panorama acerca do caráter absoluto e caráter relativo da vulnerabilidade possíveis de serem adotados. Nesse sentido, conclui-se, primeiramente, a discussão doutrinária, em que renomados autores divergem entre si em relação a interpretação da lei e as delimitações estabelecidas pelo legislador. E posteriormente, a jurisprudência aceita, tanto ao se tratar da antiga presunção de violência, decorrente do revogado artigo 224 do Código Penal, quanto também do entendimento após a edição da Lei 12.015/09 e seu artigo 217-A, expondo precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de Justiça, de forma que, analisando tais precedentes, o caminho que vem sendo trilhado pelo Judiciário é de adotar o caráter absoluto.

Ainda neste capítulo, faz-se análise para buscar uma solução pertinente ante a discussão exposta, dessa maneira, incorpora-se à pesquisa o princípio constitucional da individualização da pena, norteado pelos princípios do devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade. Ainda, refere-se a uma medida Norte-Americana criada para relativizar a vulnerabilidade. A “Exceção de Romeu e Julieta” analisa as particularidades do caso concreto, em que considerando as intenções dos envolvidos, o momento de descobertas da sexualidade, a inoportunidade de danos, a capacidade de consentimento, ou não, da vítima, dentre outros aspectos da avaliação casuística que pode ser feito em decorrência desta lei.

REFERÊNCIAS

- BEGALLI, Ana Silvia Marcatto. Dignidade da pessoa humana e Direito Penal. 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 8. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Acesso em: 10 nov. 2016.
- BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp: 1021634 SP 2011/0099313-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 23/11/2011, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21608486/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1021634-sp-2011-0099313-2-stj/inteiro-teor-21608487?ref=juris-tabs#>>>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RvCr/MG: 3.121 MG 2015/0168322-5, Relª Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61021908&num_registro=201501683225&data=20160520&tipo=5&formato=PDF>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1371163/DF, Relª Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 25/06/2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1248165&num_registro=201300796774&data=20130801&formato=PDF>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC n. 119091, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado em 10/12/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5059656>>
- BRASIL, TJ/GO. AUTOS Nº 201401359021 – PLACIDINA PIRES. Data de Julgamento: 03/12/2015, Juíza de Direito da 10ª Vara Criminal
- BRASIL. TJ/MS. Apelação - 0022701-25.2012.8.12.0001 - Campo Grande. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Diário da Justiça nº 3047. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/65485388/djms-31-01-2014-pg-45>>.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública. São Paulo: Saraiva, 2010.

D'ELIA, Fábio Suardi. Tutela Penal da Dignidade Sexual e Vulnerabilidade. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2014

ESTADOS UNIDOS. The Florida Senate. Examine Florida's "Romeo and Juliet" Law, setembro de 2011. Disponível em: <<https://www.flsenate.gov/PublishedContent/Session/2012/InterimReports/2012-214cj.pdf>>

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Especial. Vol. II. 10 Ed. rev. atual. E ampl. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio de. Direito Penal, parte especial. 3. 22 Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Teoria constitucional do direito penal. São Paulo, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. ver. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes Contra a Dignidade Sexual. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO. Curso de Direito Penal brasileiro. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, Claus. Cupabilidad y prevencion em derecho penal. Madrid: Reus, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.