

A MITIGAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL A LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA PROPORCIONALIDADE

*Andresa Santos de Oliveira¹
Stefan Hanatzki Siglinski²
Nader Thome Neto³*

RESUMO: A luz dos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade o presente estudo teve por objetivo fazer uma análise crítica a respeito do critério etário previsto no artigo 217-A do Código Penal, em especial nos casos em que não houve violência ou grave ameaça, somado a anuência da vítima adolescente, maior de 12 e menor de 14 anos. Primeiramente apresentou-se as principais alterações promovidas pelo advento da Lei n. 12.015/2009. Logo, apresentou-se a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima e suas vertentes - princípio da fragmentariedade, da subsidiariedade e da adequação social – ao delito de estupro de vulnerável, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade, evidenciando-se quais os principais aspectos que são analisados e quais deveriam ser analisados quando da aplicação da lei ao caso concreto. Por fim, sugere-se como solução a aplicação dos princípios apresentados como fundamento para relativização do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento da vítima. Crimes Sexuais. Estupro de Vulnerável. Lei n.º 12.015/2009. Presunção de violência. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: In light of the principles of minimum intervention and proportionality, the purpose of this study was to provide a critical analysis of the age criterion set out in article 217-A of the Criminal Code, especially in cases where there was no violence or serious threat, in addition to consent of the adolescent victim, over 12 and under 14 years. Firstly, it presented the main changes promoted by the advent of Law n. 12,015 / 2009. Therefore,

¹OLIVEIRA, Andresa Santos de: Acadêmica do 10º semestre de Direito, na Faculdade do Vale do Juruena – Ajes. E-mail: andresa.dto@gmail.com.

²SIGLINSKI, Stefan Hanatzki. Professor Mestre da Faculdade do Vale do Juruena – Ajes. E-mail: stefan_siglinski@hotmail.com.

³Professor, Advogado, Graduação em Direito pela UNIPAR, Especialista em Direito Tributário pela CES-CAGE. E-mail: naderthomeneto@uol.com.br

the applicability of the principle of minimum intervention and its aspects - the principle of fragmentation, subsidiarity and social adequacy - to the crime of rape of vulnerable, as well as the application of the principle of proportionality, was presented, highlighting the main aspects which are analyzed and which should be analyzed when applying the law to the specific case. Finally, it is suggested as a solution the application of the principles presented as grounds for relativization of the crime foreseen in article 217-A of the Criminal Code.

KEY WORDS: Consent of the victim. Sexual Crimes. Rape of Vulnerable. Law n. 12,015/2009. Presumption of violence. Vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os crimes sexuais após a lei n. 12.015 de 2009; 3. Princípio da intervenção mínima; 4. Princípio da proporcionalidade; 5. Considerações finais; bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que desde os tempos mais remotos, busca-se repreender os atos que não são aceitos pela sociedade, nesse sentido entende-se que os tipos penais são baseados a partir dos costumes de um determinado povo.

A escolha pelo tema ora apresentado é justificada pelo crescente número de casos de violência sexual, principalmente o crescente número de casos de pedofilia, os quais geralmente ocorrem no ceio familiar.

Nesse sentido, vale dizer que tais crimes são os que mais necessitam de tutela e rigor do Estado, vez que atingem não só a integridade física da vítima, mas também trazem impactos psicológicos sobre a vida do ofendido.

No Brasil, os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país³.

Ocorre que após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país e deu origem ao Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da Lei n.

³Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

12.015/2009⁴.

A referida lei, inovou e criou o artigo 217-A, o qual criminaliza os atos sexuais praticados contra menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais, ou qualquer pessoa que não possa oferecer resistência, atribuindo-lhes a condição de vulnerável.

Todavia, a substituição do termo “presunção de violência” por “vulnerabilidade” não pôs fim as discussões doutrinárias e jurisprudências quanto ao critério absoluto ou relativo da proteção conferida aos adolescentes.

Em verdade há que se destacar que a legislação brasileira ainda não firmou um entendimento quanto a capacidade ou incapacidade dos adolescentes, vez que o Código Civil considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, enquanto que o Código Penal considera o menor de 14 anos absolutamente vulnerável para consentir atos de cunho sexual e o Estatuto da Criança e do Adolescente por sua vez confere maturidade suficiente aos adolescentes maiores de 12 anos, inclusive para responder judicialmente por atos infracionais que venham a praticar.

Não obstante a proteção penal fornecida a tais sujeitos de direitos, verifica-se que as primeiras experiências sexuais dos adolescentes ocorrem cada vez mais cedo, bem como, que o acesso facilitado a informações relativas a essa questão, faz com que eles sejam capazes de compreender, ponderar e consentir com o ato sexual.

Nesse sentido, o presente estudo apresenta as principais mudanças ocorridas após o advento da Lei n. 12.015/2009, e a relativização do delito de estupro de vulnerável a partir da aplicação dos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

2 OS CRIMES SEXUAIS APÓS A LEI N. 12.015 DE 2009

A nova redação dada pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou a nomenclatura do Título VI, do Código Penal, que antes chamado de Crimes Contra Costumes, passou a chamar Crimes Contra a Dignidade Sexual. A antiga redação, não mais se adequava à realidade social e ao invés de proteger a virgindade das mulheres, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças⁵.

Os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e ado-

⁴Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=1>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 14ª Edição. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, p. 64.

lescentes no Brasil eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, elaborada através do Requerimento n.º 02/2003, tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país⁶.

Após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou no mês de julho de 2004, seu Relatório Final, que, além de trazer resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país, deu origem ao Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da lei ora analisada (Lei n. 12.015/2009)⁷.

Como se percebe, inclusive pela nova redação dado ao título dos crimes sexuais, estes passaram a ter como bem jurídico tutelado a dignidade sexual das vítimas, que segundo Guilherme de Souza Nucci:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e a vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade⁸.

Nesse sentido cumpre ressaltar que a partir do novo diploma legal, os crimes sexuais passaram a ser revestidos de caráter valorativo e principiológico, pois passaram a integrar a essência humana quanto sua autonomia de ações e pensamentos⁹.

Na lição de Nucci, a palavra Estupro, vem do latim *stuprum*, que abarca todas as relações sexuais, praticadas com o emprego de violência¹⁰. Significado que nos remete, à origem histórica do referido crime, que, de acordo com Nelson Hungria, desde os mais antigos tempos e entre quase

⁶Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁷Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

⁹FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício, sofrendo diversas modificações do decorrer do tempo, espaço e principalmente no decorrer das mudanças sociais.

Os tipos penais vigentes que tratam sobre o crime de estupro e estupro de vulnerável, atualmente dadas as modificações feitas pela Lei n. 12.015/2015, estão previstos, no Título VI, Capítulo I, da seguinte forma:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Destaca-se que as condutas que caracterizam o atual delito de estupro, antes eram previstas em dois tipos penais distintos e com penas diferentes, quais sejam, artigo 213 (que tratava sobre o delito de estupro) e o revogado artigo 214 (que tratava sobre o crime de atentado violento ao pudor), sendo que a nova redação incluiu no mesmo tipo penal, as condutas de ato libidinoso e conjunção carnal.

Os atos libidinosos até hoje englobavam outros atos de cunho sexual, como por exemplo: sexo oral, anal e outros atos lascivos, enquanto que a conjunção carnal, nas palavras de Cleber Masson é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na vagina¹¹.

Além disso, ao retirar a palavra mulher das condutas descritas no

¹¹MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 890.

art. 213 do Código Penal, a nova redação passou a tratar de forma igualitária, homens e mulheres, incluindo assim a possibilidade de pessoas do sexo masculino também terem sua dignidade sexual protegida pelo tipo, quando na condição de polo passivo¹².

Outra modificação importante feita pela lei em análise (Lei n. 12.015/2009), foi a criação do art. 217-A e seu § 1º, que ampliou a tutela penal em relação aos menores de 14 anos e as pessoas a eles equiparadas – pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o devido discernimento¹³.

O crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, possui como elemento objetivo do tipo o constrangimento de outra pessoa, seja do sexo masculino ou feminino à prática de relações sexuais. Desse modo, o constrangimento ilegal está relacionado à dignidade e à liberdade sexual do ofendido, bem como está relacionado ao ato de forçar ou compelir o ofendido a praticar condutas de conotações sexuais que o autor do crime deseja¹⁴.

Nesse toar, o crime de estupro somente estará caracterizado, quando praticado contra a vontade da vítima, ou seja, desde que ela exteriorize a sua repulsa aos atos sexuais, resistindo a conduta do ofensor.

A violência ou ameaça, condições elementares do tipo, o caracterizam como crime material ou causal, sendo que a violência exigida para sua configuração refere-se à violência física, enquanto que a ameaça refere-se a violência moral¹⁵. Para Nucci:

O exercício de violência física pode dar-se diretamente em relação a vítima, como pode voltar-se contra terceiros (familiar ou amigo da pessoa ofendida), com o fito de obriga-la a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O mesmo se diga da grave ameaça voltada a entes queridos da vítima¹⁶.

Outra característica não menos importante, para a adequação de determinada conduta ao crime de estupro é que o ofensor, além de utilizar violência ou ameaça, deve objetivar manter relações sexuais com a vítima, de modo que a resistência apresentada pela vítima, não consiga o impedir.

¹²BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹³BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁴FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/52371/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁵MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 889.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

Contudo, se presente a anuência da vítima, logo a conduta se tornaria atípica, não podendo assim, em face do princípio da legalidade, ser penalmente punível, pois se houver a vontade consciente da vítima não estará presente a condição elementar (violência ou grave ameaça) do tipo¹⁷.

Novamente, fazendo uma análise simultânea, mas agora entre os crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, estupro e estupro de vulnerável, tem-se que para a caracterização do segundo, é prescindível o emprego de ameaça ou violência, vez que a única condição para a configuração do delito é o verbo “ter”, somado a qualquer relação sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com menor de 14 anos, ou com aqueles a eles equiparados¹⁸.

Salienta-se, ainda, que a Lei n. 12.015/2009, revogou o art. 224 do Código Penal, que referia-se a presunção de violência, justificadamente, porque passou a tratar os elementos que determinavam a presunção de violência, como critérios para a vulnerabilidade, que a partir das alterações trazidas pela lei passaram a fazer parte do art. 217-A.

3 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Previsto, implicitamente, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁹, o princípio da intervenção mínima estabelece que a lei somente deve prever as penas estritamente e evidentemente necessárias.

Desse modo, o princípio da intervenção mínima, também denominado princípio da *ultima ratio*, restringe o poder incriminador estatal, preconizando que a criminalização de uma conduta só poderá ocorrer, quando for o meio necessário para a proteção de bens jurídicos²⁰.

Para alguns doutrinadores o princípio da intervenção mínima subdivide-se em três desdobramentos, quais sejam, princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da adequação social, para outros esses desdobramentos são apenas características do princípio *ultima ratio*. Aqui, considerando sua importância para o problema abordado, passa-se ao estudo das três vertentes de forma individualizada.

¹⁷FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min

¹⁸BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁹FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 25.

Para Nucci a subsidiariedade é sinônimo de princípio da intervenção mínima, sendo que o Estado só deve intervir quando os outros ramos do direito não forem suficientes para atingir fins preventivos e retributivos²¹.

Ainda nas palavras de Nucci:

[...] a harmonia do sistema normativo penal pressupõe correlação e equilíbrio entre o grau de ofensa ao bem jurídico, provocado pela prática do crime, e a medida da pena aplicável ao caso. O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois, na prática, o autor da infração penal termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal²².

Assim, o autor defende que o Direito Penal, por sua natureza subsidiária, não pode ser utilizado para solucionar qualquer conflito, pois isso resultaria simultaneamente em sua vulgarização, descrédito e ineficácia das condutas descritas como crimes²³.

Ao tratar sobre a vulgarização do Direito Penal na atualidade Bitencourt escreve que:

[...] Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “infração legislativa” reinante nos ordenamentos positivos²⁴.

Contudo, de acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve restringir-se apenas aos problemas sociais indissolúveis aos outros ramos do Direito, e não para proteger concepções ideológicas ou morais, pois caso fosse a primeira opção para o legislador privilegiaria o império da brutalidade, haja vista que a todos os erros da humanidade seriam impostas reprimendas máximas²⁵.

Em conclusão, basta dizer que se existirem outras formas de tutelar determinados bens, sua criminalização será descabida e prescindível. A exemplo, é a utilização do Direito Civil e do Direito Administrativo como

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

²²NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 453.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 p. 44.

²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

outras formas de reestabelecer a ordem jurídica, sendo que quando estas se fizerem suficientes elas que deverão ser utilizadas ao invés de sanções penais²⁶.

Assim, ao analisar a aplicação do princípio da subsidiariedade ao crime de estupro de vulnerável, tem-se que o legislador não pode utilizar-se do poder punitivo estatal para tutelar a moral, a fim de impedir que adolescentes menores de 14 anos se relacionem amorosamente com outros adolescentes, que por praticar atos sexuais entre eles responderiam processo de apuração de ato infracional ou impedir que aqueles se relacionem com maiores de idade, pois tais condutas estão mais relacionadas a cultura, desenvolvimento social e desenvolvimento da própria sexualidade do adolescente, do que com a violação do bem jurídico tutelado, já descrito como dignidade sexual.

Para a autora, em tais casos não haveria a aplicação de outras áreas do Direito e sim uma maior conscientização e a realização de políticas públicas para impedir que adolescentes não se relacionem no início da puberdade²⁷, que geralmente ocorre no início da adolescência, ou seja, aos 12 anos de idade²⁸.

Já o princípio da fragmentariedade determina que nem todas as violações a bens jurídicos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal, que por sua natureza é apenas uma parte de um todo, que deve ocupar-se apenas das condutas mais lesivas ao convívio social, os quais se persistirem causariam danos a liberdade individual e à segurança pública²⁹.

Consoante Rogério Greco:

[...] o caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária³⁰.

Quanto a aplicabilidade de tal princípio no crime de estupro de vulnerável o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já entendeu que deve

²⁶SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 194.

²⁷A puberdade é caracterizada pelas mudanças biológicas que se manifestam na adolescência, e representam, para o ser humano, o início da capacidade reprodutiva. Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 70-75. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²⁸Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 74. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²⁹GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

³⁰GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

haver a flexibilização do conceito de vulnerabilidade, quando da análise do caso concreto, senão vejamos:

ART.217-A, CAPUT, C/C ART. 71 DO CP – ABSOLVIÇÃO – PRETENSÃO CONDENAÇÃO EM RAZÃO DO PREENCHIMENTO DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL – IMPROCEDÊNCIA – ATO SEXUAL OCORRIDO DURANTE RELACIONAMENTO AMOROSO, COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE, EM DECORRÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE– ABSOLVIÇÃO MANTIDA [...] Apesar de o legislador ter adotado o critério etário para determinar a vulnerabilidade da vítima nos delitos sexuais, deve-se sopesar a conduta do agente com os princípios da fragmentariedade e intervenção mínima ainda mais quando, no caso concreto, a vítima demonstra consentimento em praticar a relação sexual no âmbito de um convívio estável, em que a mulher insistiu nesse relacionamento³¹.

O princípio da adequação social, por sua vez, determina que o Direito Penal apenas deve tipificar condutas contrárias ou nocivas ao interesse público, ou seja, que tenham relevância negativa perante a sociedade³².

Nesse ponto, Fernando Capez destaca que as condutas aceitas e tidas como normais pela sociedade, não poderiam ser punidas pela lei penal, pois padeceriam de vício de inconstitucionalidade³³.

Além disso, ao tratar do princípio da adequação social como causa excludente de tipicidade, Luiz Flávio Gomes escreve que não há necessidade de pena para condutas que aparecem como algo comum, normal, conforme determinado lugar e período histórico-cultural ou que sejam ao menos toleradas pela sociedade, vez que não haveria ataque ao bem jurídico tutelado. Para o autor condutas toleráveis não reverterem de tipicidade material³⁴.

Consoante Rogério Greco, o princípio da adequação social possui três perspectivas, uma delas dirigida ao aplicador das normas, enquanto que as outras ao legislador, veja-se:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas [...], é a de se restringir o âmbito de abrangência do tipo

³¹TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

³²CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

³³CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

³⁴GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª Edição. Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais³⁵.

Assim, entende-se que o legislador deveria retirar do ordenamento jurídico condutas que ao passar do tempo, tornaram-se aceitas pela sociedade. A exemplo disso, destaca-se a exposição dos motivos que levaram a redução da idade de presunção de violência que a partir do Código Penal de 1940, diminuiu de 16 anos para 14 anos, ou seja, se a setenta e oito anos atrás viu-se a necessidade de adequação social da norma, imagina-se atualmente.

Não obstante, ainda que parte da doutrina entenda ser impossível a revogação de uma lei por sua inadequação social, é impossível não reconhecer sua importância para aplicação da legislação penal ao caso concreto³⁶.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8^o³⁷, prevê a observância da proporcionalidade ao estabelecer que a lei somente deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias.

Para alguns doutrinadores tal princípio ainda está previsto implicitamente no art. 5^o, *caput*, da Constituição Federal, vedando penas excessivas e desproporcionais, tendo como limite o desvalor da conduta e do resultado injusto ao Direito Penal.

³⁵GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 35.

³⁶GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 36.

³⁷FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

Para outros, esse princípio, também, possui fundamento constitucional estabelecido no inciso LIV, do artigo 5º, na medida em que representa o aspecto fundamental para o princípio do devido processo legal³⁸.

Além disso, há outros doutrinadores que defendem que esse princípio deve ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a desproporcionalidade da lei penal poderia resultar em penas desumanas ou mais gravosas do que o injusto penal³⁹.

Nesse norte, Alberto Silva Franco escreveu que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)⁴⁰.

Assim, pelo princípio da proporcionalidade as penas devem ser harmônicas a gravidade do delito praticado, não sendo admitido o exagero, pois caso haja desproporção entre o injusto penal e a pena haveria violação do princípio em tela.

Ademais, vale mencionar que o Direito Penal não pode atuar de forma desproporcional ferindo direitos fundamentais, estabelecendo normas desnecessárias, bem como não pode ser insuficiente, a ponto de permanecer inerte à proteção de bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade⁴¹.

Contudo, condenar o agente que praticou ato sexual consentido, levando-se em consideração apenas o critério etário como previsto na redação atual do art. 217-A do Código Penal, viola o princípio da proporcionalidade, haja vista o desvalor da conduta, sua aceitação pela sociedade e principalmente a desproporcionalidade da pena, vez que o delito descrito possui uma das penas mais graves da legislação penal, sendo, ainda, agravado no cumprimento da pena por ser também previsto como crime hediondo.

³⁸SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

³⁹SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

⁴⁰FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4º Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁴¹SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 126.

Já a corrente contrária à aplicabilidade desse princípio ao delito de estupro de vulnerável, se fundamenta no argumento de que o legislador criou esse tipo penal para proteger aqueles considerados presumidamente vulneráveis, isto é aqueles que não podem oferecer resistência, fato que torna inviável a aplicação do princípio da insignificância para tornar a conduta atípica⁴².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama histórico apresentado, verifica-se que o crime de estupro sofreu relevantes alterações ao longo do tempo, sobretudo no que se refere ao bem jurídico tutelado em sua tipificação.

Nesse contexto de mudanças, destaca-se as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009, a qual buscava por meio da criação do delito de estupro de vulnerável, encerrar os debates travados acerca da interpretação, relativa ou absoluta, da presunção de violência, antes prevista no artigo 224, do Código Penal.

Todavia, em que pese a pretensão do legislador em conferir maior tutela a dignidade sexual dos adolescentes menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais e daqueles que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência, a alteração da lei não sanou a discussão sobre a possibilidade de relativização da presunção de violência, agora, denominada vulnerabilidade.

Sendo assim, observa-se que a embate apresentado é válido e relevante, visto que o aplicador da lei, deve interpretá-la de acordo com as mudanças sociais, sempre considerando os princípios basilares do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Diante disso, desconsiderar as peculiaridades do caso concreto em razão do critério absoluto externado pela legislação, viola os princípios apresentados, além de ser demasiadamente prejudicial para a justiça, vez que a diversidade social, cultural e religiosa, é capaz de conceber, em alguns casos, que a prática sexual com adolescentes, de 12 a 14 anos, não atinge ao bem jurídico tutelado.

Outrossim, a própria inconsistência de padrões etários na presente legislação brasileira justifica a discussão sobre o caráter relativo da vulnerabilidade, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que os adolescentes são sujeitos de direitos e confere autonomia aos adolescentes, desde os

⁴²OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

12 anos de idade para consentir com a colocação em família substituta, viajar pelo território nacional desacompanhado, bem como, por admitir que sejam capazes de compreender a ilicitude dos seus atos, aplicam-lhes medidas socioeducativas quando da apuração de ato infracional.

Por outro lado, o Código Penal permanece travado na idade de 14 anos, sem qualquer fundamento que justifique tal critério etário, senão a moralidade da época da criação do referido Código, a qual não mais se molda a sociedade atual.

Com efeito, é inadmissível acreditar o adolescente contemporâneo possua o mesmo nível de vulnerabilidade que aqueles de 1940, ano em que entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, ou seja, a mais de 78 anos, pois hoje tanto as crianças como adolescentes possuem facilidade de acesso a informações, até sobre à sexualidade.

Assim, considerando que em casos concretos é possível observar adolescentes com discernimento sobre questões sexuais, adquiridas de experiências anteriores ou das informações que contribuíram para a sua formação e desenvolvimento, existindo consentimento para a prática sexual, não se justifica a aplicação de sanção penal decorrente do ato.

Sobretudo, existindo outras peculiaridades no caso concreto que comprovem a não violação do bem juridicamente tutelado pelo artigo 217-A, do Código Penal, tais como a ausência de violência ou grave ameaça, somada a anuência da vítima, o conceito de vulnerabilidade deve ser considerado relativo, excluindo-se a tipicidade do crime.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <[FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=)

-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª Edição, Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 14ª Edição. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 70-75. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Po-divm, 2012.

TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.