

A relatividade do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a SÚMULA 593 DO STJ



Danndara Prundêncio Silva



Editora Conhecimento Livre

Danndara Prudêncio Silva

A relativização do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a súmula 593 do STJ

1ª ed.

Piracanjuba
Editora Conhecimento Livre
2020

Copyright© 2020 por Editora Conhecimento Livre

1ªed.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Silva, Danndara Prudêncio

S586a A relativização do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a súmula 593 do STJ. / Silva, Danndara Prudêncio. -- Piracanjuba: Editora Conhecimento Livre, 2019.

58 f.: il.

Formato PDF

ISBN: 978-65-80226-40-5

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

1. Crime. 2. Estupro. 3. STJ. Danndara Prudêncio Silva. I. Título.

CDU: 340

Sumário

1. INTRODUÇÃO	6
2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES SEXUAIS	8
2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO..	8
2.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, LEVISDADE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA INTERVENÇÃO MÍNIMA, OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL	14
3. TEORIA GERAL DO CRIME E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	19
3.1. TEORIA GERAL DO CRIME	20
3.1.1 CLASSIFICAÇÃO DE CRIME	20
3.1.2 <i>Tipicidade (erro do tipo)</i>	22
3.1.3 <i>Illicitude</i>	25
3.1.4 <i>Culpabilidade (erro de proibição)</i>	26
4. O CRIME DE ESTUPRO E O NOVO PARADIGMA DA VULNERABILIDADE A PARTIR DOS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS E A SÚMULA 593 DO STJ	28
4.1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE	30
4.1.1 <i>A VULNERABILIDADE E SUAS FORMAS</i>	30
4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO.....	32
4.3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTUPRO NA LEI BRASILEIRA.....	34
4.3.1 <i>DIGNIDADE, LIBERDADE SEXUAL E A PENALIZAÇÃO NO BRASIL</i>	36
4.4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA VISÃO PSICOSSOCIAL E LEGAL DO ADOLESCENTE.....	39
4.4.1 <i>O QUE É A ADOLESCÊNCIA?</i>	40
4.4.2 <i>SEXUALIDADE NA ADOLESCÊNCIA</i>	40
4.4.3 <i>ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL</i>	41
4.5 A JURISPRUDÊNCIA E O ENTENDIMENTO DA VULNERABILIDADE NAS SITUAÇÕES DE ESTUPRO.....	42
4.5.1 <i>A RELATIVIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS E A SÚMULA 593 DO STJ</i>	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Silva, Danndara Prudêncio

S586r

A relativização do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a Súmula 593 do STJ. / Danndara Prudêncio Silva. -- Itumbiara: ULBRA, 2018.

65 f.

Orientadora: Prof.^a Maria das Graças Machado do Amaral Garcia. Monografia (Conclusão do Curso de Direito) – Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, 2018.

Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Estupro de Vulnerável. 3. Direito Penal. 4. Dignidade. I. Garcia, Maria das Graças Machado do Amaral. II. Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara. III. Título.

CDU: 343.541

Bibliotecária Responsável: Janaína Cunha da Silva CRB/1 - 2902

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me guia e protege. Agradeço à minha família pelo apoio prestado nesta árdua empreitada, principalmente minha mãe, irmã e meus avós. Ao meu noivo, Eloir pela paciência e apoio. Aos meus amigos e colegas pela colaboração. Agradeço à orientadora, Dra. Maria das Graças, por ter prestado seus conhecimentos e seu auxílio na elaboração desse trabalho, por sua competência, amizade e paciência.

Danndara Prudêncio Silva

A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A SÚMULA 593 DO STJ

Danndara Prudêncio Silva (Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara)

Resumo: O tema em abordagem é: A relativização do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a Súmula 593 do STJ e possui a seguinte problema: Qual entendimento dos tribunais superiores sobre a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável? A fim de responder tal problema, foi traçado a seguinte hipótese: De acordo com o art. 218 da Lei 12.015/2009, ter conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de 14 anos, pode ter natureza relativizada, especialmente em casos nos quais se observa o erro de tipo, minimizando a incriminação sobre a conduta do agente e a vontade da vítima.

O trabalho justifica-se juridicamente em explanar que, mesmo sendo descrito em lei que sexo com menores de 14 anos seja crime de Estupro de Vulnerável, há muitos menores que praticam atos sexuais com consentimento, alguns já até se prostituem ou mantêm união estável. E justifica-se socialmente, em alertar a sociedade aos riscos que uma pessoa corre ao se relacionar com menores de 14 anos mesmo que com consentimento. Tem como objetivo geral, analisar a relativização do crime de estupro de vulnerável, a partir de um estudo da vulnerabilidade, considerando o entendimento jurisprudencial acerca do tema e a sumula 593 do STJ. Os objetivos específicos escolhidos para o trabalho são: Estudar o crime de estupro de vulnerável, a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana; apresentar a teoria geral do crime e os elementos que a compõem, verificando se é possível limitar a incriminalização neste tipo penal; analisar o conceito de vulnerabilidade e sua aplicação aos crimes de estupro de vulnerável, buscando relacionar com entendimento doutrinário e jurisprudencial, sobre a

possibilidade de sua relativização em tais crimes. O trabalho busca explicar a necessidade de adequação e interpretação do Direito frente às constantes mudanças e transformações sociais e culturais, buscando afastar a interpretação pura e rígida das normas penais, sem deixar de cumprir a lei, mas adaptando aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana. Assim, analisa-se o crime de estupro de vulnerável à luz da presunção de vulnerabilidade dos menores de catorze anos. Analisa-se a violência como fator crucial ao crime de estupro (art. 213, CP) e a desnecessidade da mesma quando a vítima é vulnerável, mas pratica o ato sexual de maneira consensual. Estuda o Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com diversos pensamentos doutrinários e julgados para verificar possibilidade de afastar a vulnerabilidade absoluta e aplicar a relativa. Contextualiza a atual sociedade e a necessidade de proteger ou não os jovens de práticas sexuais. Confronta os textos normativos, a produção doutrinária, jurisprudências e julgados, com ênfase ao indivíduo maior de doze e menor de quatorze anos, ensejando descobrir se há possibilidade de excluir a tipicidade da ação. Finaliza ensejando aplicar o real objetivo da Lei 12.015/2009 e da Súmula 593 do STJ, de modo que atenda a anseios sociais e que acompanhe o pensamento doutrinário majoritário, analisando a possibilidade de aplicar a relativização da vulnerabilidade.

Palavras chaves: Estupro de Vulnerável. Direito Penal. Dignidade. Relativização.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema: A relativização do conceito de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável e a Súmula 593 do STJ e possui a seguinte problemática: Qual entendimento dos tribunais superiores sobre a vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável?

Para se responder ao problema mencionado acima, foi traçado como hipótese: De acordo com o art. 218 da Lei 12.015/2009, ter conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de 14 anos, pode ter natureza relativizada, especialmente em casos nos quais observa-se o erro de tipo, minimizando a incriminação sobre a conduta do agente e a vontade da vítima.

O tema pode ter natureza relativa, pois envolve a liberdade sexual de uma pessoa, cuja capacidade na lei é incompleta, mas os costumes da sociedade na atualidade dificultam o enquadramento típico no caso concreto e devido o sexo ser um assunto muito abordado ultimamente, tanto em escolas, quanto nas famílias e em vários meios de comunicação.

A jurisprudência já vem trazendo em seu contexto, uma posição mais favorável quanto a relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de menores de 14 anos, classificando alguns casos em erro de tipo, que é a infração penal cometida por falsa representação da realidade, que também está sendo reconhecidas pelos tribunais em caso concretos.

Sendo assim, é necessário uma análise em cada caso para a classificação da vulnerabilidade em relativa ou absoluta.

Como objetivo geral, pretende-se analisar a relativização no crime de estupro de vulnerável, a partir de um estudo da vulnerabilidade, considerando o entendimento jurisprudencial acerca do tema e a Súmula 593 do STJ.

Este trabalho possui como objetivos específicos: Estudar o crime de estupro de vulnerável, a partir do princípio da dignidade humana; apresentar a teoria geral do crime e os elementos que a compõem, verificando, se é possível limitar a incriminação neste tipo penal; analisar o conceito de vulnerabilidade e sua aplicação aos crimes de estupro de vulnerável, buscando relacionar com entendimento doutrinário e jurisprudencial, sobre a possibilidade de sua relativização em tais crimes.

Essa pesquisa justifica-se socialmente, em alertar sobre os riscos e as sanções que uma pessoa corre ao se relacionar com menores de 14 anos, mesmo com o consentimento do menor ou mesmo até que o menor tenha mentido sobre sua idade e a genética dele o faça acreditar que ela já seja realmente

maior de idade. Ato libidinoso ou conjunção carnal com menores de 14 anos é crime de estupro de vulnerável.

A justificativa jurídica desse trabalho é que embora a lei condene totalmente qualquer tipo de ato sexual com menores de 14 anos, como crime de estupro de vulnerável, e atualmente crime de estupro seja considerado crime hediondo, muitas dessas relações são de comum acordo entre as partes, onde menores de 14 anos já praticam com frequência relações sexuais, prostituição e alguns até mantêm união estável com um parceiro(a).

A idade de 14 anos foi estipulada, pois os doutrinadores explicam que após os 14 anos, já se atingiu um maior entendimento sobre o assunto e é a fase da adolescência onde ocorrem mudanças psicológicas, podendo assim distinguir suas vontades e já despertar desejos sexuais.

O marco teórico escolhido para o presente trabalho é o autor Guilherme de Souza Nucci, pois defende que as leis têm de acompanhar a evolução da sociedade para que os julgamentos acerca do agente ocorra de maneira mais justa e correta para que não haja uma condenação injusta de agente sem dolo ou culpa ao manter um relacionamento acreditando ser normal como qualquer outro, sem intenção de lesar a outra parte, o que é exatamente o propósito do trabalho.

Assim, pode-se ver que a lei ainda possui muitas lacunas referentes a esse tipo de assunto, pois a vulnerabilidade pode ser tanto absoluta quanto relativa, fazendo assim com que a jurisprudência, juntamente com a doutrina, comece a se posicionar em favor da análise de cada caso concreto, considerando o erro de tipo, para a classificação da vulnerabilidade em relativa ou absoluta para que não haja incriminação de forma injusta e nem a impunibilidade de agentes que agem com dolo.

Este trabalho foi desenvolvido na modalidade exploratória, acerca de um levantamento bibliográfico, sobre a Relativização da vulnerabilidade no crime de Estupro de Vulnerável, com base em leituras, de livros de direito especialmente nos de direito Penal, Processo Penal e Jurisprudências com uma revisão bibliográfica fundamentada.

A pesquisa é bibliográfica com fontes primárias e secundárias como livros, revistas, monografias, teses e artigos de internet. Envolvendo também a validade da envolve a validade da Lei 12.015/2009, a súmula 593 do STJ, o posicionamento dos autores e jurisprudências acerca da vulnerabilidade absoluta e relativa que de certa forma, fere a dignidade da pessoa humana e sua liberdade sexual.

A análise dos dados se dá de forma qualitativa para uma melhor compreensão do tema escolhido, pois tal assunto requereu uma pesquisa específica com uma maior profundidade.

O método usado é o dedutivo, pois analisa-se a lei pura juntamente com os casos da atual situação da sociedade e seu desenvolvimento frente aos jovens, juntamente com os reflexos da mídia e das redes sociais que contribuem ativamente para um desenvolvimento sexual precoce.

Ponderando a atitude interdisciplinar deste trabalho, foram necessários os ensinamentos fornecidos nas aulas de Direito Penal e a Psicologia, devido se tratar da capacidade mental do adolescente, em especial seus desejos e vontades.

Este trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro capítulo trabalha com o crime de Estupro de vulnerável, relacionando as modificações previstas na lei penal como princípio da dignidade humana, que trouxe um novo olhar sobre o tema.

O segundo capítulo estuda a teoria geral do crime, verificando os seus elementos e o erro de tipo como possibilidade de limite a incriminação penal.

O terceiro capítulo estuda a vulnerabilidade e a sua aplicação ao crime de estupro de vulnerável apresentando quais são os tipos de vulnerabilidade, aceitos pela lei penal e como o entendimento da jurisprudência anterior e a partir da súmula 593 do STJ.

2. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES SEXUAIS

Desde que se tem ciência da existência dos homens, existem também informações sobre conflitos sociais entre os mesmos, o que foi aumentando consideravelmente ao longo dos anos, infelizmente, muitos desses conflitos devido ao aumento de crimes cometidos contra a dignidade da pessoa humana, juntamente contra a sua liberdade e dignidade sexual. Assim, os legisladores se viram na necessidade de criar na Constituição princípios que conectassem a Constituição Federal ao Direito Penal. Princípios com o intuito de não deixar a impunidade prevalecer e não punir severamente, como o da Dignidade da Pessoa Humana, Proporcionalidade, Individualização da Pena, Intervenção Mínima, Levisidade, e Ofensividade e Adequação Social, dos quais serão explanados adiante.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A Constituição Federal traz em seu artigo 1º, inciso III, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, um princípio fundamental, que tem por finalidade assegurar e preservar o mínimo de direito ao homem, como a proteção

a) saúde, a vida, a igualdade e a liberdade. Este princípio é o alicerce de todo o ordenamento jurídico, fundamental na relação entre o ser humano e a sociedade, segundo Flávia Piovesan:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”. (PIOVESAN, 2000, p.54)

Conforme explanado pela autora, a Dignidade da Pessoa Humana é um princípio tido como fundamental, pois oferece suporte para todo nosso ordenamento jurídico. Ainda neste mesmo sentido ela assegura que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2000, p. 92)

Para Piovesan, este é um super princípio, pois é no valor da dignidade da pessoa humana que se encontra o ponto de partida para as interpretações normativas, visto que o mesmo orienta o nosso Direito Interno e também o Internacional.

A Dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental no Brasil, e constitui um objetivo que o Estado deve cumprir, através da ação dos seus governos. Tem-se como um conjugado de princípios e valores que tem a finalidade de garantir que cada pessoa tenha seus direitos respeitados pelo Estado. Ingo Wolfgang Sarlet , traz uma definição deste princípio:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p.60)

Sendo que a dignidade, em sua condição de valor intrínseco de cada ser humano, gera para o indivíduo o direito de determinar de forma livre sobre seus planos e desejos existenciais e de felicidade, mesmo quando sua autonomia lhe carecer, deverá ser respeitado e pela sua condição de cidadão.

Tal princípio é ligado aos direitos e deveres, e o objetivo principal é assegurar e garantir o bem estar de todos os cidadãos, garantindo que esses, vivam suas vidas de maneiras dignas, respeitando suas questões morais e os valores pessoais.

Entre diversos princípios fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana possui certa singularidade, pois, de que adiantaria ao Estado garantir a vida se ela não fosse digna. A dignidade não é algo que podemos adquirir por meio econômico, ela é essencial e única de cada ser humano, sendo, assim, cabe ao Estado garantir sua proteção. O distinto jurista Alexandre de Moraes, em acordo, assim nos ensina:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2002, p.77)

Sobre a citação, se auto determinar é uma condição inerente de cada pessoa, significa que ela deve ter liberdade de conduzir-se diante dos demais membros de uma sociedade, sem necessariamente ter que pensar igual ou agir igual aos demais.

O Estado e os seres humanos devem trabalhar juntos a fim de alcançarem a dignidade plena, entende-se que é impossível coexistir uma relação saudável, Em uma sociedade na qual as pessoas aprendem e desenvolvem os valores de cada ser humano são individuais apesar de estarem interligados com toda a sociedade que garante uma coexistência de respeito e contradições que devem ser reelaboradas no convívio social. Isto pode gerar conflito, mas esses conflitos devem ser superados na medida em que cada cidadão, neste caso assume a responsabilidade perante os demais. O alcance dessa condição gera insegurança, falta de confiança, medo e estimula o rompimento da união dos princípios da ética e da moralidade.

No que concerne ao conceito da expressão direitos fundamentais vejamos o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

Assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos (...) Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (...) Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2011, p. 29).

Desta forma, conhecer a temática dos direitos fundamentais proporciona localizar a pessoa humana no universo jurídico de um Estado nacional. No Brasil, a pessoa humana foi colocada o centro de todas as decisões políticas, sociais e econômicas, devendo o Estado proporcionar á ela todas as condições de aprendizagem e de cognição para o crescimento intelectual e moral.

Por isso, a pessoa humana na constituição em seu direito fundamental, pois se insere em uma ordem constitucional interna, com todas as garantias que lhe são inerentes.

Em relação á uma ordem jurídica internacional, estar-se á a tratar de direitos humanos, pois a pessoa terá reconhecido todos os seus direitos, independente do Estado a que pertence.

De qualquer forma, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno de um Estado nacional, há que prevalecer os interesses do homem enquanto o parte integrante de uma sociedade sem que ofenda os direitos dos demais, já que se refere a uma dignidade humana.

Existe uma grande dificuldade para se ter um conceito único e acertado sobre a Dignidade da Pessoa Humana, pois há de fato várias concepções e inúmeras definições a serem observadas. Gustavo Tepedino defende que este princípio tem a finalidade de reduzir quaisquer que sejam as desigualdades sociais:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (TEPEDINO, 1999, p.48)

Significa dizer que o Estado deve incluir na sua ajuda política programas que visem a promoção do homem como sujeito de direitos, reconhecendo sua capacidade de agir e pensar; de constituir novos paradigmas para o reconhecimento de sua condição, pois não se pode negar a aquisição de seus direitos.

O princípio elucidado é um dos que possui maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro perante os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais e se apresenta como princípio estruturante e fundamental. Seus efeitos alcançam todo o ordenamento jurídico, visto que se encontra entre os princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio.

Na atual conjuntura, ponderando a aplicação do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e sua efetiva proteção Mauro Schiavi apresenta um conceito mais amplo:

(...) a proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, seja no seu aspecto exterior – papéis que representa na sociedade, como função profissional, imagem, etc., como na sua individualidade – privacidade, intimidade (art. 5º. V e X, da CF), assim como ao fato de pertencer ao gênero humano, seu aspecto físico, sua etnia, bem como a proteção ao meio ambiente. (SCHIAVI, 2009, p.114)

Conforme Schiavi, o princípio protege de maneira interna e externa a individualidade do ser, visto que garante juridicamente a proteção de sua imagem e de seu direito a privacidade.

O ser humano está em constantes mudanças e processo de relacionamento consigo mesmo e com os indivíduos de seu meio social e, para que haja uma melhor convivência possível, esse princípio foi elaborado com o intuito de manter a paz entre os indivíduos e cada um respeitar a sua maneira, respeitando o espaço e o direito do outro. Em concordância com tal ideal, Edilson Pereira Nobre Júnior, expõe:

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes conseqüências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições subhumanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.(NOBRE JÚNIOR, 2000,p.4)”

Para o autor, respeitar esse princípio traz importantes e boas conseqüências para a convivência em sociedade, como a igualdade entre todos, a garantia de autonomia e a não admissibilidade negativa, que passa a ser não só bem feitoria do Estado, mas de todos os particulares.

Sobre as dimensões do termo dignidade, existe a da pessoa e outra da ação. A autora ainda traça um importante paralelo entre a igualdade e a dignidade da pessoa, onde afirma que a dignidade gera a igualdade dos homens, assim expõe:

Quando o homem é tratado ou age indignamente, diremos que sua dignidade atuada foi atingida; no entanto, ele continua sendo uma pessoa plenamente dotada de dignidade fundamental, da mesma forma que toda a pessoa humana (...) O aspecto "actual", que passa pelos atos, da dignidade da pessoa humana, confere ao termo uma dinâmica que não lhe haviam dado os filósofos para os quais a dignidade era um a priori fundamental. Com efeito, a dignidade necessita não apenas, e principalmente, de uma realização pelos atos verdadeiramente humanos, mas também das condições externas que lhe permitirão essa atuação, circunstâncias afetivas, sociais, econômicas, estatais, etc. (MAUER, 2009, p. 138).

Assim, Mauer afirma que não é só a maneira como o ser humano em si é tratado, mas como a sociedade no geral, oferece condições econômicas, sociais e principalmente afetivas para perpetuar atos humanitários. Este princípio rege que nenhum ser humano pode ser objeto de discriminações, preconceitos e humilhações. Essa dignidade também diz respeito ao âmbito sexual, onde se tem o direito de usufruir de sua vida sexual como preferir, assim como o dever de respeitar as opções e desejos sexuais alheios. Neste sentido, Tauã Lima Verdán Rangel afirma:

A liberdade, a sexualidade, os Direitos e garantias fundamentais, a DUDH que são pontos que se entrelaçam e que trazem mais força e esteio jurídico para que os Direitos sexuais não sejam demonizados. Pelo contrario, e necessário que a própria sociedade, e o governo vejam que as diferenças sexuais expostas devem ser aceitas e tuteladas, para que não haja arbitrariedades e injustiças sociais. Os pensamentos retrógrados e conformistas não devem imperar afim de que não cerceiem a liberdade de outras pessoas. A força da lei determina que todos devem ser tratados com isonomia e com dignidade, porem, ainda vivemos em um cenário em que estes direitos ainda são desrespeitados. (RANGEL, 2017)

Portanto, este princípio se aplica a todos os âmbitos da vida, de todo os indivíduos, e para que seja eficaz e aplicado, o Estado deve garantir meios para todos buscarem a satisfação sexual de forma digna, livre de grave ameaça, violência ou qualquer tipo de exploração.

2.2 PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, LEVISIDADE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA INTERVENÇÃO MÍNIMA, OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu vários direitos fundamentais e essenciais à conservação do Estado Democrático de Direito, que baseiam todo o sistema jurídico, inclusive o Direito Penal. Esse dispositivo é o mais importante da Constituição Brasileira, pois nele se destacam todos os princípios basilares do Estado Democrático.

O Princípio da Proporcionalidade, tem por objetivo contrapesar os direitos individuais com os desejos da sociedade. Esse princípio tem origem alemã, e define que nenhuma garantia constitucional possui um valor absoluto e supremo, de maneira que extingue outra garantia de grau ou valor congruente. Em concordância, José Sérgio da Silva Cristovam afirma:

A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e, principalmente, a implementação dos direitos fundamentais sociais, exige uma atuação judicial responsável e comprometida, que, embora reconhecendo os inegáveis limites da reserva do possível, torne viável e efetiva a paulatina realização dos compromissos sociais constitucionalmente afirmados. Dentre os inúmeros espaços de aplicação dessa máxima, sem dúvida na defesa da justiciabilidade plena da Administração Pública e na concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser colhidos os frutos mais significativos à teoria constitucional e à efetiva justiça social. (CRISTOVAM, 2009,p.214)

Segundo o autor, há de se ter por parte do judiciário, uma maior responsabilidade e comprometimento referente aos princípios e direitos fundamentais expostos, reconhecendo os limites constitucionais, porém tendo em vista sempre a justiça ao cidadão. Neste sentido, vê-se que há de se analisar se a atitude foi realmente apropriada para tal momento, em devida quantidade, qualidade, se havia necessidade para a prática, ou se seria melhor que a mesma não tivesse ocorrido.

Este princípio de certo modo, tem finalidade de proibir os excessos e garantir um certo equilíbrio entre os poderes. Desde os tempos antigos, existe a lógica de que as penas devem ser proporcionais à gravidade dos crimes cometidos. De acordo, Greco expõe sobre:

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 a autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade). (GRECO, 2008, p. 77).

Conforme se observa o autor, o princípio da proporcionalidade adota a função de trazer maior segurança jurídica na aplicação dos valores que regem o ordenamento jurídico e a aplicação desse princípio está diretamente vinculada à proteção dos direitos fundamentais, sendo um instrumento de interpretação constitucional. Nessa linha, Marcos Antonio Koncikoski assevera que:

Resta claro que há um limite imposto, especialmente ao legislador, que deve obedecer certos critérios na elaboração das normas, para que as mesmas conformem-se com a estrutura constitucional do país. Um desses critérios, erigido como um dos mais relevantes, é o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, enfatiza-se que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. (KONCIKOSKI,2008)

Frente a tal pensamento, é preciso que para ele, o legislador siga alguns critérios perante a elaboração das normas em concordância com a Constituição, visto que não há de se preocupar somente com admissibilidade, mas também com a compatibilidade constitucional deste princípio.

Tal princípio deve ser usado para evitar restrições abusivas ou até desnecessárias em desfavor dos direitos fundamentais, ou seja, usado como justa medida para evitar possível colisão entre os interesses legalmente protegidos. Sua função é preservar e resguardar os direitos fundamentais de restrições desnecessárias. Assim, José Carlos Barbosa Moreira assevera:

Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se do dois males, se escolheu realmente o menor. (MOREIRA, 2005, p.12)

Aqui se vê uma conexão necessária entre os princípios do Direito, pois o princípio da individualização de pena, deriva do princípio da proporcionalidade, pois define que a pena seja proporcionalmente medida de acordo com o ato ilícito cometido, ou seja, de acordo com a conduta do autor do delito.

Assim Paolo Grossi define:

Esse desejado estado de equilíbrio ideal entre legalidade e individualização deve seguir o caminho da ponderação informada pelo bom senso, lançando mão daquele que tem sido chamado de “Princípio dos Princípios”, “Superprincípio” ou “Metaprincípio”, qual seja, o já tantas vezes referido neste texto, “Princípio da Proporcionalidade”, que permite sopesar e valorar princípios em aparente antinomia. Afinal, “o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. (GROSSI, 2006, p.52)

Desse mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que:

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. In casu, os argumentos judiciais tecidos ao fixar o quantum da reprimenda são insuficientes para amparar a exasperação na fixação da pena-base, acarretando, pois, flagrante desproporcionalidade entre a sua fixação e as circunstâncias apresentadas, ferindo, pois, o princípio da individualização da pena (VAZ,2007)

Conforme exposto, para a Rel. Min. Laurita Vaz, a pena deve ser aplicada com total cuidado, de maneira justa levando em consideração o princípio da Individualização da pena juntamente com o princípio da proporcionalidade para que o indivíduo responda por seus atos de forma justa e correta.

O Princípio da Individualização das penas também está presente na Constituição para garantir que a pena aplicada não deve ser generalizada aos infratores para os crimes idênticos, pois cada indivíduo deve ter seu histórico pessoal analisado para que a punição recebida pelo mesmo seja devida. De acordo com esse pensamento, Gianpaolo Smanio afirma:

A execução da pena não pode ser igual para todos os presos, justamente porque todos são diferentes. Assim, nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e, durante o programa de execução, exige-se um ajustamento do programa conforme a reação observada no condenado. Individualizar a execução da pena consiste em dar a cada preso a oportunidade e os elementos necessários para que possa ser reinserido na sociedade. (SMANIO, 2010, p.176)

No mesmo entendimento do STJ, o autor defende que a individualização garante que nem todo preso deve responder de maneira igual, pois todos são diferentes tendo uma aplicabilidade mais justa para cada preso, o que trás reflexos para a sociedade. Ainda sobre o assunto, Júlio Fabbrini Mirabete, fala que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um. (MIRABETE, 2012, p. 70-71).

Neste sentido, a execução penal não pode ser a mesma para todos os presos, assim em concordância com os autores acima mencionados. Neste caso o condenado tem na individualização, a oportunidade e os elementos necessários para se reiterar na sociedade quando a pena for cumprida de maneira justa e proporcional ao crime cometido.

Já em relação ao Princípio da Intervenção Mínima, conforme a própria descrição, este garante que o Estado utilize a lei penal somente em caso de extrema necessidade (*ultima ratio*) último recurso, ou seja, somente quando os bens jurídicos são comprometidos ou afetados. Dessa maneira tem-se a idéia de disciplina da conduta do indivíduo, já que o sistema jurídico Brasileiro não pune o indivíduo, mas sim a conduta do mesmo. Neste pensamento Luiz Luisi discorre:

Por meio do princípio da intervenção mínima, a criminalização de um fato somente se justifica quando constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Portanto, quando outras formas de sanção se mostram suficientes para a tutela desse bem, a criminalização torna-se inválida, injustificável. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima. Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária. (LUIZI, 2003, p.78)

Infere-se que a criminalização ocorre se o bem jurídico tutelado for lesado, caso contrário ela é inválida, pois torna-se injustificável. No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt acredita que há uma precisão de limitar ou suprimir o arbítrio do legislador e assim pondera:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2011, p.43)

Este princípio deve, obrigatoriamente, ser acatado pelo Poder Legislativo através de critérios adequados para a elaboração da lei penal, acatando e dando preferência somente para os bens jurídicos tutelados dignos de amparo pelo direito penal sempre em concordância com a Constituição Federal Brasileira. Sobre o assunto, Rogério Greco expõe:

(...) O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil e (...) sanções extrapenais. Por isso se denomina a pena como a „ultima ratio da política social“ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (GRECO,2007,p.52)

Com isso, o Estado somente deve intervir quando forem esgotados outros meios de solução, por ser o princípio ser considerado “ultima ratio”.

No que tange ao princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine iniuria*), este determina que da conduta praticada ocorra perigo de lesão ou até lesão ao bem jurídico tutelado, não ligado a valores morais, éticos ou religiosos, mas ao que foi entendido como ofensivo para os legisladores. Assim Cezar Roberto Bitencourt expõe:

O princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce função dupla no direito penal em um Estado Democrático de direito: a) função político-criminal – esta função tem caráter preventivo informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativos-criminais; b) função interpretativa ou dogmática – esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada. (BITENCOURT, 2008, p. 22)

Este princípio está unido à reserva legal a proteção do bem jurídico tutelado na sua esfera constitucional, a proteção do bem de valor resguardado, exercendo duas funções que devem ser aplicadas na norma penal. Na mesma linha de pensamento Rogério Greco assevera:

Por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. Por intermédio, do princípio da lesividade, proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou de formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros. (GRECO, 2014, p.57)

Segundo o autor, o que deve ser punido é sua conduta quando atingindo bens de terceiros e não a vontade ou desejo de fazê-lo em pensamentos. Este princípio rege que só há crime se houver dano. Assim, não há infração penal quando a conduta não oferecer risco ou perigo de lesão a bem jurídico. Deste modo, o professor Vitor Gonçalves Machado expõe:

A ofensividade/lesividade, pois, atua como princípio garantista e deve ser interpretada conjuntamente com outros relevantes princípios, tais como o da intervenção mínima, da fragmentariedade, da subsidiariedade e da insignificância, todos tendo como sustentáculo máximo o princípio máximo da dignidade humana. Sua importância para o Direito Penal moderno, assim, é no sentido de impor limites ao jus puniendi do Estado, dando-lhe um sentido político, humano e limitador, ainda mais neste atual momento com que passa a sociedade, de embrutecimento do aparelho penal e crescimento de discursos puramente retribucionistas. (MACHADO, 2016, p.12)

Este princípio deve ser observado juntamente com os anteriormente citados, visto que todos buscam garantir a dignidade da pessoa humana, e tem função de impor limites ao direito de punir do Estado.

Outro princípio importante é o da Adequação Social foi idealizado por Hans Welzel, garante que o Direito Penal somente irá punir uma conduta que tenha relevância social e não configure um ilícito penal, ou seja, não irá punir uma conduta que se tornou aceitável e costumeira pela sociedade, conforme expõe Bitencourt:

O Princípio Penal Constitucional da Adequação Social (*Sozialadäquanz*) foi criado pelo alemão Welzel, o admitindo inicialmente como excludente da tipicidade, depois como causa de justificação, depois outra vez, como excludente da tipicidade e, por fim, como regra geral de hermenêutica (princípio geral de interpretação), entendimento que até hoje vem sendo seguido por respeitáveis penalistas do mundo (BITENCOURT, 2010, p. 46).

Se o bem jurídico não for realmente atingido o Estado se abstém de intervir, ou seja, se um ato é aceito como normal pela sociedade, ele não lesa qualquer bem jurídico tutelado. Conclui-se que a adequação social é o que desfaz o tipo penal, ou seja o que a sociedade se acostuma e aceita sem que fira a constituição, não é considerado punível. Ainda sobre o assunto, Bitencourt pondera:

O tipo penal implica uma „seleção de comportamentos“ e, ao mesmo tempo, „uma valoração“ (o típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. (BITENCOURT, 2010, p. 47)

Um exemplo de adequação social, seria os pais furarem as orelhas de seus filhos logo após o nascimento. De certa maneira é uma agressão ao corpo, mas esse ato se tornou costume da sociedade e o Princípio da Adequação Social tem como fator norteador os costumes.

3. TEORIA GERAL DO CRIME E O BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Tem-se no Direito, um conjunto de normas que visam regulamentar as relações sociais, resguardando os bens juridicamente relevantes da vida, que devem sempre estar em consonância com a progressão do tempo, de modo que possa sempre acompanhar e se adequar às realidades sobrevindas e aos costumes que, como a vida, está em constante mudança.

A Teoria Geral do Crime encontra respaldo legal no Código Penal, nos artigos 13 a 31 e aborda todos os elementos que compõe o fato delituoso, como o tipo penal, sujeito, conduta, nexa causal, resultado e tipicidade.

De acordo com essa teoria, o crime seria combinado pela Tipicidade, Ilicitude e Culpabilidade.

Lembrando que a teoria do crime é a base do Direito Penal, daí a necessidade de se fazer uma breve explicação sobre as teorias da ação e suas diferenciadas concepções.

3.1. TEORIA GERAL DO CRIME

3.1.1 CLASSIFICAÇÃO DE CRIME

Há três formas para conceituar o crime, a formal, a material e a analítica. Tem-se as três, devido os legisladores não fornecerem um conceito só, assim, adota-se esses três. O conceito analítico que nada mais que a junção do fato típico, com o ilícito e a culpabilidade. Neste sentido, o autor Guilherme de Souza Nucci afirma:

Crime, no conceito analítico é fato típico, antijurídico e culpável. Não importando a corrente (causalista, finalista ou funcionalista), o delito tem três elementos indispensáveis à sua configuração, dando margem à condenação. Sem qualquer um deles, o juiz é obrigado a absolver. Fato típico: amolda-se o fato real ao modelo de conduta proibida previsto no tipo penal (ex.: matar alguém art. 121, CP).

Antijurídico: contraria o ordenamento jurídico, causando efetiva lesão a bem jurídico tutelado
Culpável: merecedor de censura, pois cometido por imputável (maior de 18 e mentalmente são), com conhecimento do ilícito e possibilidade plena de atuação conforme o Direito exige. A tese de ser o crime apenas um fato típico e antijurídico nasceu no Brasil na década de 70 e já se encontra com os dias contados, salientando-se que jamais foi adotada fora do território nacional. Extirpar a culpabilidade do conceito de crime é um equívoco científico, pois é ela o elemento ético do injusto penal, que se concretiza crime.(NUCCI, 2013, p.117)

O conceito formal, onde a infração penal é o que está qualificado em uma norma penal incriminadora, que tem a pena como consequência. E por último o prisma material, que a violação de bens juridicamente protegidos, como a vida, a saúde, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o patrimônio, a família, os costumes, a incolumidade pública, a paz, a economia popular, e a própria soberania nacional entre outras. O crime decorre de um fato humano, que lesa ou expõe a perigo bens juridicamente protegidos.

Rogério Greco defende que os conceitos formais e materiais não traduzem o crime com precisão assim, trás em sua obra sobre o conceito de crime no Direito brasileiro:

Na verdade, os conceitos formal e material não traduzem com precisão o que seja o crime. Se há uma lei penal ditada pelo Estado, proibindo determinada conduta, e o agente a viola, se ausente qualquer causa de exclusão de ilicitude ou dirimente d'aculpabilidade, haverá crime. Já o conceito material sobreleva importância do princípio da intervenção mínima, quando aduz que somente haverá crime quando a conduta do agente atentar contra bens mais importantes. (GRECO, 1999, p. 30)

Enquanto o direito e formal defende a lei penal a risca, sem que seja admitida qualquer exclusão de ilicitude, o direito material garante a intervenção mínima do Estado, onde só se deve intervir quando o bem jurídico for realmente lesionado.

O crime pode ser comissivo, onde o sujeito pratica uma ação qualquer; omissivos quando o sujeito deixa de praticar uma ação; omissivos impróprios, quando o sujeito tinha a possibilidade ou até o dever de evitar o resultado, mesmo assim, não o faz, conforme exposto por Luiz Flávio Gomes:

Crime comissivo exige uma atividade concreta do agente, uma ação, isto é, o agente faz o que a norma proíbe (ex: matar alguém mediante disparos). O crime omissivo distingue-se em próprio e impróprio (ou impuro). Crime omissivo próprio é o que descreve a simples omissão de quem tinha o dever de agir (o agente não faz o que a norma manda. Exemplo: omissão de socorro – CP, art. 135). Crime omissivo impróprio (ou comissivo por omissão) é o que exige do sujeito uma concreta atuação para impedir o resultado que ele devia (e podia) evitar. Exemplo: guia de cego que no exercício de sua profissão se descuida e não evita a morte da vítima que está diante de uma situação de perigo. O agente responde pelo crime omissivo impróprio porque não evitou o resultado que devia e podia ter evitado. (GOMES, 2007, p.525.)

O crime comissivo se dá por uma conduta única e exclusiva do agente. O omissivo próprio quando ocorre devido à omissão de alguém, o omissivo impróprio quando alguém deveria fazer algo, mas não o faz.

O tipo de crime formal é o fato típico e antijurídico e o tipo analítico é o que define que o delito é uma conduta típica, ilícita e culpável, neste sentido Fernando Capez:

O aspecto material e todo aquele que busca estabelecer a essência do conceito isto é, o porque de determinado fato ser considerado criminoso e outro não. Sob esse enfoque, crime pode ser definido como todo fato humano que propositada ou descuidadosamente lesa ou expõem a perigo bens jurídicos considerados fundamentais para a existência da coletividade e da paz social. (CAPEZ, 2003, p.105)

Outro conceito de crime para o Direito penal, é o conceito analítico. Este facilita o estudo do crime, analisando também os elementos distintos.

Alguns autores como, Francisco Assis de Toledo, adota a concepção tripartida, conforme a sua posição:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bem jurídico (jurídico-penal) protegido. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável. (TOLEDO, 1999, p.80)

No Brasil hoje se predomina a corrente tripartida, que considera o crime fato típico, antijurídico e culpável.

3.1.2 TIPICIDADE (ERRO DO TIPO)

A tipicidade é a função do fato cometido a descrição dele na lei, ou seja, relação entre o fato concreto e a norma penal. A palavra tipicidade vem de tipo, e tem a finalidade de descrição do comportamento humano nos crimes cometidos. Marília Almeida Rodrigues Lima discorre sobre o assunto:

Para uma ação humana ser um crime, é necessária a presença de todos os elementos constitutivos deste. Em primeiro lugar, a existência de seu ajuste perfeito a uma descrição delituosa contida na lei penal, a tipicidade. Deve haver previsão legal do delito. Não obstante, para ocorrer efetiva tipicidade, a conduta humana deve, também, ser materialmente ofensiva ou perigosa ao bem jurídico tutelado, ou ética e socialmente reprovável. Não basta a subsunção do comportamento a uma norma incriminadora. Ações toleradas pela coletividade ou causadoras de danos desprezíveis ao bem protegido não se abrangem pelo tipo legal do crime. (LIMA, 2005)

Dentro da Tipicidade tem-se o tipo formal e material, o formal adota idéias modernas, analisando a vida social para adequação do fato e da insignificância, ou seja, adéqua o fato a realidade social.

O material adéqua também o fato a realidade da sociedade, mas entende que tal ato pode trazer danos inaceitáveis a jurisdição.

Não há no Direito penal um artigo único que se refira a excludente de tipicidade, mas caso haja excludente, no caso o tipo penal pode ser desconstruída se houver também a adequação social e insignificância. Temos também dentro deste mesmo seguimento, o Erro de tipo, muito conhecido juridicamente, pois se trata de uma falsa percepção da realidade que muitas vezes é reconhecido pelos juristas como fato essencial em vários casos que pode inclusive excluir o dolo do agente quando comprovado que este agiu sem conhecimento do fato criminoso.

Assim, permite que o agente seja responsabilizado na forma culposa do crime, lembrando que a culpabilidade permanece intacta. O erro de tipo é trago em nosso Código Penal no artigo 20:

Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.

1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queira praticar o crime.

Os doutrinadores classificam o dolo como essencial e acidental conforme Rogério Greco:

Ocorre o erro de tipo essencial quando o erro do agente recai sobre elementares circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue a figura típica. O erro de tipo essencial, se inevitável, permite seja o agente punido por um crime culposos, se previsto em lei. O erro acidental, ao contrário do essencial, não tem o condão de afastar o dolo (ou dolo e a culpa) do agente, e, na lição de Aníbal Bruno, “não faz o agente julgar lícita ação criminosa. (GRECO, 2011, p. 63)

O erro de tipo essencial incide sobre o fato típico, excluindo o dolo, em algumas circunstâncias, se recair sobre a qualificadora excluía a qualificadora e assim por diante.

Um exemplo, seria um sujeito disparar um revólver no que acredita ser um animal feroz, vindo lhe atacar, quando na verdade é uma pessoa. A falsa percepção da realidade acabou resultando em um crime de homicídio. Perante o erro, não se encontra presente o elemento subjetivo do tipo do crime de homicídio, ou seja, o dolo. Não houve a consciência da conduta, a consciência do nexo de causalidade, contra a vítima e muito menos a vontade de tal resultado, que no caso exposto foi a morte. Há desconformidade entre a realidade e a representação do sujeito que, se soubesse ou conhecesse que era realmente ma pessoa e não um animal, não realizaria a conduta.

Quando um caso como este ocorre, vê-se claramente que o agente, ao praticar o ato, não sabe o que faz.

O erro de tipo exclui sempre o dolo, seja ele evitável, ou inevitável. Como o dolo elemento do tipo, a sua presença exclui a tipicidade do fato doloso e o acusado responde por crime culposos.

O erro acidental recai sobre as circunstâncias secundárias, e não exclui o dolo, uma vez que o agente atua com vontade e consciência. Um exemplo, deste tipo de erro, seria um sujeito sair armado em busca de outro sujeito por raiva com intuito de tirar a vida desta pessoa, mas ao encontrar e atirar nessa pessoa fere e mata também mãe da vitima. Neste tipo de erro, cabe ainda sob a análise do crime, distinguir se o erro também cai sobre objeto ou pessoa.

O erro de tipo é muito usado em caso de crime de estupro de vulnerável. Há vários casos de agentes que são absolvidos da condenação, mesmo tendo provas que o mesmo mantinha relações sexuais com menores de idade. Isso ocorre quando o agente acredita estar em um relacionamento com uma pessoa com mais de 18 anos de idade levando em conta somente a forma física da pessoa e os lugares que a mesma frequenta, pois não há vigilância e controle totais por parte dos vigilantes de casas noturnas e

boates do país muitos menores entram com toda facilidade nesses estabelecimentos consomem bebidas alcoólicas como se realmente fossem pessoas adultas e as vezes até fazem uso de entorpecentes. Segue abaixo jurisprudência sobre o assunto:

APELAÇÕES CRIMINAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS EM RELAÇÃO VÍTIMA (D.M.V.S.). ERRO DE TIPO. PROVIDO. 1 - Evidenciando que o acusado, de fato, não tinha convicção de que mantinha relação sexual com menor de 14 anos, exclui-se o dolo, relativo a elementar do crime de estupro de vulnerável, referente à menoridade, especialmente quando o acusado também é menor de 21 aos à época dos fatos. Benefício da dúvida. A demonstração de que, não obstante o processado tenha praticado a conduta típica atos libidinosos diversos da conjunção carnal, possa ter incorrido em erro escusável sobre circunstância elementar, relativa ao desconhecimento da idade da vítima, presente no artigo 217-A, do CP, afeta o dolo do tipo e afasta a adequação típica, impondo - se a solução absolutória da imputação. RECURSO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO EM RELAÇÃO A VÍTIMA (I.M.V.S.). ABSOLVIÇÃO MANTIDA. DESPROVIDO. 2 - Considerando que das provas colhidas nos autos não é possível extrair a certeza necessária para condenação do recorrido pelo crime de estupro de vulnerável, uma vez que os depoimentos são contraditórios e insuficientes para formar uma convicção, impõe - se a manutenção da absolvição do apelado em atenção ao princípio do in dubio pro reo. APELOS CONHECIDOS. PROVIDO O PRIMEIRO APELO PARA ABSOLVER O APELANTE DA CONDUTA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E ERRO DE TIPO EM RELAÇÃO AO DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA (D.M.V.S.) E, DESPROVIDO O SEGUNDO APELO, PARA MANTER A ABSOLVIÇÃO DO APELADO EM RELAÇÃO AO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO CONTRA A VÍTIMA PELO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.(TJ-GO - APR: 04699611620148090011, Relator: DR(A). LILIA MONICA DE CASTRO BORGES ESCHER, Data de Julgamento: 19/12/2017, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2484 de 12/04/2018)

O Agente se ilude acreditando que a mesma seja maior de idade e entra em um relacionamento, mantendo conjunção carnal, ou seja, pratica de ato sexual, praticando assim o crime de estupro de vulnerável sem estar ciente.

Os Tribunais de Justiça levando em conta esses fatores e as mudanças ocorridas na sociedade ao longo de alguns anos, já estão se posicionando sobre o assunto. Já existem várias jurisprudências sobre casos em que acabam por absolver o réu, pois o mesmo não tinha dolo na pratica do ato nem ciência da sua ilicitude, assim ele é absolvido, pois o erro de tipo exclui o dolo, excluindo assim também a tipicidade, conforme Fernando Capez:

O agente não sabe que está cometendo um crime porque desconhece uma situação de fato ou de direito descrita no tipo incriminador (é aquele que descreve crimes) como seu elemento. Trata-se do erro de tipo essencial, disciplinado no art.20, caput, do Código Penal. Exclui sempre o dolo. Se o erro podia ser evitado, o agente responderá por crime culposos, caso houver previsão dessa modalidade. Se o erro não podia ser evitado nem com o emprego de uma cautela normal, além do dolo, estará excluída a culpa e o fato será atípico. (CAPEZ, 2011, p.254)

Importa ressaltar, que os enganos sendo penalmente relevantes, devem ser considerados afim, de se evitar injustiças no ordenamento jurídico. Estes exemplos, retratam exatamente tais situações: De um

lado, uma percepção de que estar-se á agindo conforme a lei, pois acredita que uma adolescente é de fato uma adulta, pelas circunstancias, condições, maneiras de se comportar, vestir e fazem com que as pessoas se enganem verdadeiramente sobre a idade dessas jovens.

Assim, cabe ao Tribunal de Justiça uma análise sucinta em cada caso para que sejam apurados todos os dados suficientes, para a possível absolvição do suspeito ou agente, pois a vítima, tanto pode ser uma pessoa acostumada com a prática de atos sexuais, até mesmo já se prostituir. Feito análise da tipicidade e do erro de tipo, importa analisar um outro elemento que é integrante da estrutura do crime.

3.1.3 ILICITUDE

A ilicitude é uma contrariedade do direito a norma, ou seja, é fazer algo que não seja obrigatório por lei ou deixar de fazer algo que seja obrigatório por lei, ser omissivo. O Código Penal fala sobre a ilicitude em seu artigo 21:

CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

A ilicitude pertence a esfera dos atos ilícitos, comissivos ou omissivos, contrariando as normas jurídicas. Ela é a relação de incompatibilidade entre a conduta do ser humano e as normas jurídicas estabelecidas, conforme Greco: “É relação de antagonismo, de contrariedade entre conduta do agente e o ordenamento jurídico (ilicitude formal) que cause lesão ou exponha a perigo de lesão, um bem juridicamente protegido (ilicitude material)”. (GRECO, 2011, p. 69) Se dá pelo fato de o agente agir contrario a lei e resultando em lesão ou risco de perigo eminente.

As lesões ocorridas em face aos bens jurídicos penalmente relevantes, ocasionaram uma situação de ilicitude, como por exemplo, um crime de homicídio ou lesão são, igualmente, ilícitos. Um é tão ilícito quanto o outro. O homicídio não é mais nem menos proibido que a lesão corporal, nem que o aborto, nem que o estupro. São do mesmo modo proibidos, pois todos constituem lesões a bens jurídicos. A qualidade de ser ilícito é a mesma para todos os crimes. São todos na mesma intensidade, ilícitos, proibidos e também lesivos aos bens jurídicos tutelados.

A doutrina também considera uma situação de ilicitude, os crimes contra dignidade sexual, especialmente contra vulnerável, em que o jovem não dispõe de liberdade para manusear e viver experiências que são de seu interesse, como por exemplo é uma pessoa maior de 18 anos manter relação sexual com menor de 14 anos acreditando pelo corpo que a pessoa seja também maior de idade, este exemplo implica em estupro de vulnerável, mesmo que o agente não saiba, ele está cometendo um crime, conforme exposto no erro de tipo.

Poder-se-ia considerar ilicitude se houvesse de fato, uma consciência da condição de menoridade, mas quando há uma situação que é vivida ou experimentada em virtude de erro, não há que se considerar que a conduta do agente seja ilícita.

3.1.4 CULPABILIDADE (ERRO DE PROIBIÇÃO)

Embora os doutrinadores não encontrassem um conceito certo para a culpabilidade, entende-se que a culpabilidade decorre de um erro de uma pessoa, causada por imperícia ou omissão que resulta em ato ilícito, porém sem dolo. A culpabilidade é formada por três elementos, sendo eles a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. No decorrer dos séculos tiveram algumas mudanças referente a estruturação dos crimes e também sobre a culpabilidade conforme Renata Jardim da Cunha Rieger:

Tais alterações na estrutura do delito significaram mais que meras mudanças na localização dos elementos do crime, pois apenas a partir de então, a culpabilidade pôde ocupar-se verdadeiramente da evitabilidade do ato praticado. Isso se dá porque, quando da aceitação das teorias anteriores, os julgadores preocupavam-se apenas com a ocorrência do dolo e da culpa. Havendo qualquer destes elementos, não perquiriam quanto a evitabilidade do ato, aplicando, de pronto, a sanção criminal. (RIEGER, 2009, p.66)

Feitas essas considerações, é importante analisar os elementos que compõem a teoria da culpabilidade.

A imputabilidade se define por ser a capacidade psíquica de um indivíduo separar o que é correto e o que é incorreto, de se comportar segundo o direito, de entender a conduta que está tomando. Dessa forma, o sujeito será considerado imputável quando puder recair sobre ele a aplicação da norma, a sanção, ou seja, a punição por parte do direito.

Quanto a potencial consciência da ilicitude, esta é o conhecimento do indivíduo em relação à ilicitude da conduta praticada. Ou seja, além da pessoa ser considerada punível, também terá de possuir a

mínima consciência sobre a ilicitude da prática para que seja considerada culpável, assim dispõe Rieger:

O Direito Penal Moderno é, basicamente, um Direito penal de ato. Os tipos penais devem descrever unicamente condutas, e não tipos criminológicos de autor. Isso se dá pelo fato de não caber ao Leviatã indagar a respeito da personalidade do cidadão e nem tentar modificá-lo moralmente, pois este tem o direito de ser e permanecer o que é, não deve o Estado ordenar ou proibir uma forma de ser ou não ser. (RIEGER, 2009, p. 68)

Não cabe ao Estado decidir sobre a moral dos indivíduos, cabendo somente a eles decidirem por si.

Para a exigibilidade de conduta diversa é necessário além dos elementos anteriores, que seja exigível, durante a prática do crime, que a pessoa tenha a opção de se comportar de maneira distinta. Ou seja, quando alguém for praticar conduta ilícita, para ser considerada culpável, deverá ter a faculdade de agir conforme o direito. Rieger, que discorre em sua obra sobre todos os pontos falhos e funcionais da culpabilidade, discorre sobre:

Não há dúvida de que esta falta de rigor (legal e doutrinário) na caracterização jurídica abre um amplo espaço para valoração, impressões e opções discricionárias. Isso torna este elemento da culpabilidade passível de muitas críticas e de difícil comprovação. Apesar desses aspectos, é imprescindível sua análise sob pena do cometimento de graves injustiças na punição de homens que não poderiam ter agido de forma distinta-punir-se-ia, em verdade conscientemente, pessoas inocentes. Imprescindível, pois analisar-se minuciosamente o homem e suas circunstâncias para constatar a real possibilidade de agir diversamente. Caso não seja verificada tal possibilidade, impõe-se a declaração de inculpação do indivíduo. (RIEGER, 2009, p. 78)

Caso a conduta tomada pelo indivíduo seja a única possível para a situação, ele não será tido como culpado, por conseguinte, não recairá sobre ele aplicação de sanção penal. Erro de proibição se dá quando o agente por erro acredita que o ato praticado por ele é lícito, o agente não tem noção da ilicitude ou não lhe é possível o conhecimento do fato ilícito e Rogério Greco trás suas consequências: “As consequências do erro de proibição estão descritas no art. 21 do Código Penal, que diz na sua segunda parte, que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. (GRECO, 2011, p.67).

Dentro do erro de proibição temos o direto, indireto e mandamental, o erro de proibição direto, se dá quando o agente erra quanto ao conteúdo da norma proibitiva, seja porque desconhece a existência do tipo penal incriminador ou porque não compreende seu âmbito de incidência. O indireto ocorre quando o agente atua conhecendo a tipicidade de sua conduta, porém supõe estar ela acobertada por alguma excludente da ilicitude, um exemplo claro desse tipo é a jurisprudência abaixo:

TJ-GO - EMBARGOS INFRINGENTES EI 03468404720158090000 (TJ-GO)

Data de publicação: 11/04/2016

Emenda: EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO FR VULNERÁVEL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. ABSOLVIÇÃO. Havendo efetiva dúvida quanto ao dolo do agente, não restando suficientemente claro nos autos se ele sabia a idade da vítima, tendo ela própria afirmado que aparentava ter mais idade do que realmente tinha, é de reconhecer o erro de tipo, que afasta o dolo, impondo a absolvição do acusado. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS, E ACOLHIDOS.

Encontrado em: ACORDA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS, POR SUA SEÇÃO CRIMINAL, NA CONFORMIDADE DA ATA DE JULGAMENTOS, POR UNANIMIDADE, ACOLHENDO O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA, EM CONHECER E PROVER OS EMBARGOS INFRINGENTES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. SECAO CRIMINAL DJ 2005 de 11/04/2016 - 11/4/2016 EMBARGANTE: WELLINGTON DE ALEXANDRIA. EMBARGADO: MINISTERIO PUBLICO EMBARGOS INFRINGENTES EI 03468404720158090000 (TJ-GO) DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA

O agente sabe que a conduta é ilegal, criminosa, mas ainda assim, tenta usar de desconhecimento legal para ser inocentado. Infelizes condutas deste modo, são diariamente vistas em nossos meios de comunicações, cada dia se torna mais comum, uma prática desumana de usufruir do corpo de outra pessoa, lesando sua dignidade moral e muitas vezes, lesando o psicológico dessas vítimas.

O Erro de proibição em sua forma mandamental recai sob uma norma que determina que o agente realize uma conduta positiva e este, por desconhecer o dever de agir, acaba ficando inerte e infringindo o tipo penal. Um exemplo seria um pai que mata o homem que estuprou a sua filha depois de três dias do acontecimento dos fatos imaginando agir em legítima defesa da menina, quando na verdade, tal justificativa só é cabível no momento da injusta agressão.

4. O CRIME DE ESTUPRO E O NOVO PARADIGMA DA VULNERABILIDADE A PARTIR DOS ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS E A SÚMULA 593 DO STJ

Embora o crime de estupro seja um crime muito noticiado nos dias de hoje, infelizmente é um dos crimes mais antigos da humanidade, já relatados inclusive na pré-história, conforme exposto pelo psicólogo Breno Rosostolato:

O estupro é o crime sexual mais praticado na História em todas as épocas. Era muito comum, após as grandes batalhas, quando um vilarejo era invadido, que os conquistadores estupassem as mulheres e matassem as crianças. Na Grécia, Roma e Egito, o estupro era a premiação dos vencedores. Mas o ato violento do estupro era usado também como estratégia de guerra, com o fim de desmoralizar o oponente, causando terror, medo e intimidando quem ousasse desafiar. A prática do sexo forçado foi disseminada também como tradição e cultura. Em tribos na pré-História, os líderes eram os únicos que mantinham sexo com as mulheres. Acreditava-se que um jovem só podia procriar quando “conquistassem” jovens da tribo rival depois da batalha. No Quênia, por exemplo, na tribo Samburu, meninas recebem colares a partir dos 12 anos, sinal de permissão para que membros da tribo façam sexo com ela depois. (ROSOSTOLATO,2014)

O fato de novas conquistas, instigavam os jovens a participar das guerras, ganharem as batalhas, a fim de tomar novas tribos e pegar a força as mulheres das tribos vencidas, causando um estupro coletivo.

O Brasil, por exemplo, é um país que foi descoberto para atender a uma expansão colonial a fins lucrativos de Portugal e que fez prática do estupro com a população nativa.

O crime de estupro passou a ser crime hediondo com a mudança da Lei nº 12.015 de 2009, onde não a mais distinção de sexo para as vítimas, nem necessidade de haver conjunção carnal para configuração do ato. O fato de demonstrar a vontade com atos obscenos e toques, por si só, já configura o crime.

Isto se deu por que a sociedade está cada dia mais moderna e avançando para o amadurecimento sexual dos jovens cada vez mais cedo, o que fez com que os juristas passassem a aderir entendimentos mais adequados a sociedade e a respeitar a dignidade, e a liberdade sexual desses jovens que, embora sejam vulneráveis para a lei, já mantém vida sexual ativa e exprimem suas vontades perante o seu meio social.

Este comportamento sexual precoce dos jovens tem gerado discussão no meio jurídico. Há varias divergências sobre o assunto, devido à doutrina defender a liberdade desses jovens, e os juristas defenderem a vulnerabilidade psicossocial. Está divergência se dá, pois muitos estão sendo “usados” por pessoas mais velhas, que já possuem total entendimento e sabem que o ato é ilícito, mas usam de má fé para se aproveitar dessas situações do meio social desses jovens ou usam o fato de que não sabiam dá menor idade da vítima, ao praticar relação sexual, para ser não ser enquadrado no crime de estupro.

O problema é que a vulnerabilidade tem uma abrangência maior. Incluem neste conceito os menores de idade, os deficientes, os que estão incapazes no momento de manifestar sua vontade, como alguém sob uso de entorpecentes, álcool ou medicação, que a impeçam de agir conforme sua vontade.

Assim, o fato é que há não somente os vulneráveis pela idade, mas também os com problemas psicológicos que, muitas vezes não possuem também capacidade física, para pratica de tal ato, mas são forçadas a praticá-las. Assim como, há também as pessoas que são maiores, capacitadas fisicamente, porém, estão sob uso de entorpecentes e outras drogas que não a deixam em controle das próprias atitudes, e são abusadas justamente por este motivo.

Justamente por esses motivos que cabe aos tribunais e juristas responsáveis, por meio de jurisprudências e afins, as análises de cada caso concreto em si, para distinguir até que ponto, a vítima pode ser vulnerável ou até que ponto, o agente pode ter usado ou ignorado a vulnerabilidade da vítima.

4.1 O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

Vulnerável é um termo atribuído á uma pessoa frágil, delicada, ou incapaz. Geralmente mulheres, idosos, crianças, pessoas que possuam algum tipo de deficiência, ou alguém que esteja impossibilitado de apresentar resistência a algum ato ou situação, como uma pessoa com alguma enfermidade, ou até bêbada ou sob uso de substancias tóxicas.

vulnerável também, o menor de 14 anos, que mesmo possuindo discernimento de suas condutas e atos foi considerado legalmente vulnerável pelo Código Penal, que entende que mesmo com tal idade, não possui condições para manter um relacionamento. Conforme conceito firmado por Cezar Roberto Bitencourt:

O legislador atribui, num primeiro momento, a condição de *vulnerável ao menor de quatorze anos* ou a quem, 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. (BITENCOURT,2012.P.170)

A vulnerabilidade em questão trata de praticas sexuais, que, quando praticada com algum desses citados, é considerado crime, punível com pena detenção de 08 á 12 anos, conforme art 213, da Lei 12.015/09 . Assim, mesmo que por expressa vontade de manter conjunção carnal, estaria seu parceiro agindo de maneira criminoso, mesmo que com consentimento.

4.1.1 A VULNERABILIDADE E SUAS FORMAS

A vulnerabilidade possui duas formas, sendo elas a relativa e a absoluta. A presunção absoluta seria que, a idade independente do consentimento do adolescente, deveria ser respeitada e que qualquer

ato sexual praticado com um menor de 14 anos, seria legalmente punível como estupro de vulnerável e a palavra desse menor, em nada seria relevante. Conforme decisão do STF:

PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE MENOR DE 14 ANOS (CP, ART. 213, C/C ART. 224, "A"), PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLENCIA. ERRO DE TIPO TEMA INSUSCIENTIVEL DE EXAME CORPUS DEMANDAR APROFUNDA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS.

1. O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). 2. A alegação de erro de tipo, fundada em que a vítima dissera ao paciente ter 18 anos de idade e que era experiente na atividade sexual, é insuscetível de exame em habeas corpus, por demandar aprofundada análise dos fatos e das provas que o levaram a acreditar em tais afirmações. 3. In casu, o paciente manteve relação sexual, mediante paga, com menina de 12 (doze) anos de idade, que lhe dissera ter 18 (dezoito) anos, foi absolvido em primeira e segunda instâncias e, ante o provimento de recurso especial do Ministério Público, afastando a atipicidade da conduta e determinando ao TJ/RS que retomasse o julgamento da apelação, com o exame dos demais argumentos nela suscitados, restou condenado a 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto. 4. A premissa de que a vítima dissera ao paciente ter 18 (dezoito) anos de idade, em acentuada desproporcionalidade com a idade real (12 anos), e que serviu de fundamento para indeferir a liminar nestes autos, foi extraída da própria inicial, não cabendo falar em contradição e obscuridade nos embargos de declaração opostos contra a referida decisão, com o escopo de esclarecer que o apurado na ação penal conduzia a que a menor aparentava ter 14 anos, o que favoreceria a tese do erro de tipo. De qualquer sorte, e em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a violência no crime de estupro contra menor de quatorze é absoluta, não tem relevância para o deslinde do caso se a vítima aparentava ter idade um pouco acima dos quatorze anos ou dos dezoito anos que afirmara ter. 6. Ordem denegada, restando prejudicados os embargos de declaração opostos da decisão que indeferiu a liminar. (STF, Segunda Turma, HC 109.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011, p. DJe 16/11/2011).

Mesmo que comprovado que esse menor já se relacionava sexualmente com outra pessoa ou que fazia uso de seu corpo para prostituição, mentiu sobre a idade, nada em absoluto mudaria o fato de o ato sexual ter sido criminoso.

Já a vulnerabilidade relativa se dá de maneira distinta, visto que a conduta anterior do menor é levada em consideração, assim como sua palavra. Ou seja, quando o menor já pratica qualquer ato sexual em seu meio social, como algo costumeiro, ou possui um relacionamento com o acusado, se prostituía, ou até mesmo mentiu para o acusado sobre sua verdadeira idade. Acerca da vulnerabilidade em sua forma relativa, Marco Aurélio de Mello assim pondera:

A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público. (MELLO, 2015,p.212)

Mesmo que a lei defina que qualquer relação sexual com menores de 14 anos de idade seja considerado crime de estupro de vulnerável, são muitos os casos de adolescentes desta idade que já mantêm união estável, tem vida sexual ativa com parceiro, e até se prostituem, levando em consideração o modo vida de alguns menores, de acordo com sua realidade social.

4.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO CRIME DE ESTUPRO

Diariamente, os noticiários divulgam casos de estupro no Brasil e no mundo, dentre os denunciados, apenas uma porcentagem chega ao conhecimento das autoridades policiais.

Mas, infelizmente o crime de estupro não é crime novo, é um dos mais antigos do mundo, visto que no início dos tempos, já se falava desses atos. “No Código de Hammurabi, no artigo 130, estabelece que: „, se alguém violar a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre.”

Há várias evidências na história que indicam que nas primeiras tribos da pré-história eram os líderes que mantinham relações sexuais com as mulheres dos grupos. Estes grupos pregavam que os jovens só poderiam se relacionar com as novas tribos conquistadas, o que motivava esses jovens ir as guerras, conforme relatado pelo site da revista Veja:

Todas as evidências da arqueologia e da antropologia indicam que o estupro tenha começado junto com a guerra. O estupro era, inclusive, um dos principais motivadores das primeiras guerras. Nas estruturas sociais rígidas das primeiras “tribos” da Pré-História, eram os líderes quem mantinham relações sexuais com a maioria das mulheres do grupo. E os jovens de pequenas tribos só podiam procriar quando “conquistavam” fêmeas de outras tribos em batalhas. Então, as primeiras guerras foram, na verdade, estupros coletivos. (VEJA,2016)

Os crimes sexuais já existiam desde os tempos bíblicos, onde há relatos inclusive no velho testamento, que a mulher já era caracterizada como propriedade masculina, previsto por lei, em Êxodos 20:17: 17” Não cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo.”(ÊXODO, 20:17)

A mulher aparece listada como um bem material do homem e para punir o estuprador, eles realizavam o casamento do mesmo com a vítima, que só assim teria sua honra restaurada.

Assim seguia a vítima, sem nenhum respaldo jurídico ou ajuda familiar, passando a partir dali, sofrer abusos diários, com o autor dentro de casa, que passa agora para a sociedade, ser um homem de família, digno, de bem que salvou a honra de uma mulher dada como “perdida”.

Em Israel, assim também como em todo Oriente Médio, o ato de realizar o estupro não era entendido na sociedade como um abuso, mas sim como um adultério. Visto que a mulher era propriedade do homem, que tinha sua vida, “danificada”. Da mesma maneira segue Roma, conforme Allie Conti:

Estupro como conceito não existia na Grécia nem na Roma Antigas – não havia uma palavra para isso, mesmo com quase toda história da mitologia envolvendo o que chamaríamos de abuso sexual. "Se você fosse rica ou poderosa o suficiente, vingança pessoal era uma possibilidade", diz Michael Peachin, professor de estudos clássicos da Universidade de Nova York. "No entanto, abuso sexual de qualquer tipo simplesmente não era entendido como uma questão com que o estado deveria se envolver." (CONTI,2017, P. 230)

Assim, em Roma, se acreditava que existiam assuntos que o Estado não deveria interferir e o estupro infelizmente, era um deles.

Mais adiante no tempo, já no descobrimento do Brasil, os portugueses assim que pisaram nas terras indígenas, começaram a estuprar as índias dando início desumano à nossa miscigenação. Pouco adiante, chegaram os negros para escravidão, trazidos para os senhores das casas grandes, o que deu continuidade a esse crime bárbaro com as mulheres, conforme Cynara Menezes:

A primeira miscigenação foi com a mulher indígena (...), também abusada sexualmente e escravizada. O primeiro ventre em que se gerou um brasileiro. As negras, escravas, sofreram abuso sexual generalizado. O estupro ocorria em nome do prazer sexual e da „reprodução do cativoiro“: o elemento mais rico da escravidão era o ventre gerador, como constatou Joaquim Nabuco em documentos da época. A estabilidade da família patriarcal chegava a depender do abuso desenfreado das negras. Eram relações sexuais entre vencedores com vencidos, num sadismo persistente do conquistador sobre o conquistado, de branco por negro, do homem sobre a mulher. (MENEZES,2018.P.2)

Dessa vez, não só os senhores das casas que a levavam para ser escravizadas dentro de casas, mas também os filhos desses senhores, os funcionários brancos desses senhores e também os escravos tratados como reprodutores, com livre acesso nas fazendas e casas, saudáveis e fortes, com objetivo de estuprar as escravas que quisessem o maior número de vezes que pudesse, a fim de gerar mais negros para mão de obra escrava ou para que pudessem futuramente ser vendidos ou trocados como uma mercadoria por seus senhores. O mesmo acontecia com os filhos gerados pelo estupro efetuado por outros homens. Sobe este prisma, a escritora Vera Kollontai afirma:

A maioria dos nossos antepassados foram gerados por estupros. Mulheres negras e índias, que sem opção da escolha de parceiros afetivos, eram obrigadas a gestar numerosas proles resultantes destes estupros, estão no centro da história da miscigenação do povo brasileiro. E tudo isso, era visto com grande naturalidade. (KOLLONTAI, 2013.p.3)

O que parecia ser comum e cultural na época, nunca deixou de ser um ato desumano e degradante à imagem, à honra, à vida e à saúde dessas mulheres. Mas de nada importava, pois todas eram tidas como mercadoria, ou mero objeto de desejo e cobiça dos homens.

4.3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ESTUPRO NA LEI BRASILEIRA

O crime de estupro foi previsto no Código Penal Brasileiro de 1940, em seus artigos 213 e 214, no Título VI, Dos Crimes Contra os Costumes e descrevia que:

Estupro Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos. Parágrafo único. Se a ofendida menor de catorze anos: Pena - reclusão, de seis a dez anos. Atentado violento ao pudor Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Parágrafo único. Se o ofendido é menor de catorze anos: Pena - reclusão de dois a sete anos. (CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, 1940)

Os artigos expressam claramente que, para a configuração do ato, seria necessário que houvesse conjunção carnal ou prática de ato libidinoso, assim como a vítima somente poderia ser mulher.

Com o passar dos tempos e mudanças sociais, viu-se a necessidade de fazer mudanças, pois o Código Penal vigente havia sido sancionado em 1940, ficando defasado na atualidade e deixando lacunas para crimes sexuais cometidos, criando assim a Lei 12.015/2009, que em seu art 213 expressa:

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.” (NR) (Código Penal Brasileiro)

Nota-se então que, a vítima passou a ser qualquer pessoa, tirando o foco do sexo feminino e também aumentando a pena de 06 a 10 para de 08 a 12 anos de reclusão. Esta lei trouxe várias mudanças para o ordenamento jurídico brasileiro, excepcionalmente no que concerne aos crimes sexuais. Anteriormente, o Título VI, chamava-se “Dos Crimes Contra os Costumes”. Com a mudança,

denominou-se “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. O autor Rogério Grecco, assevera que essa mudança foi muito oportuna pois:

A expressão *crimes contra os costumes* já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual. O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. (Grecco, 2009,P.213)

Com a criação desta lei, os legisladores não mais consideraram que os costumes deveriam ser protegidos, mas sim, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Neste mesmo sentindo, Luiz Régis Prado afirma:

O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente á idéia de moral e bons costumes presentes na versão original do Código Penal, por influência da lei italiana, afastando assim conceitos em desuso ou em contradição com o atual momento histórico-social e cultural, como, aliás, tem feito outras legislações." (PRADO,2013, P.648)

Trazendo uma visão jurídica mais atual e humana, a nova lei abandona o ideal de resguardar os costumes, já abandonados pela sociedade moderna e abarca um ideal jurídico já utilizado em outros países, se adequando às necessidades sociais contemporâneas.

Ainda sobre as mudanças ocasionadas pela Lei 12.015/2009 em relação aos crimes sexuais, antes previstos no Código Penal de 1940, em seus artigos 213 e 214 que mantinham o estupro e o atentado violento ao pudor como tipos legais autônomos, segundo Rafael Theodor Teodoro:

No âmbito da legislação incriminadora, mais importância prática tinham os tipos dos arts. 213 e 214 do Código, que previam – respectivamente – os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. São condutas gravíssimas, que, na sistemática original do Código, eram complementadas pelas disposições gerais inscritas nos arts. 223 e

Este último dispositivo trazia as hipóteses legais violência presumida na conduta do agressor sexual. Assim, presumir-se-ia a violência sempre que a vítima

(a) não fosse maior de catorze anos; (b) fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecesse esta circunstância; e (c) não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência.(TEODORO,2015,p.237)

Uma dessas mudanças é que a vítima pode ser de ambos os sexos e não somente as mulheres como descrito antes nos artigos acima mencionados. Deste modo há uma equiparação entre homens e mulheres tanto como sujeito ativo, como passivo. Segundo Luiz Regis Prado:

Pratica o delito de estupro tanto quem constringe alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, como também quem constringe alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele seja praticado outro ato libidinoso. O tipo penal protege de modo amplo todas as pessoas, sem nenhuma distinção (cônjuges - art.1511,CC-;relação pessoal de companheirismo -art.1723,CC-;de parentesco -art.1521,CC; de noivado ou namoro, de prostituição, homossexualismo, hermafroditismo etc.) , que devem ter tutelado o seu direito á liberdade sexual, e que, portanto, não podem ser compelidos a satisfazerem os prazeres sexuais ou lúbricos de outrem. (PRADO, 2013 P.650)

Os artigos anteriores, pregavam que os autores fossem só homens, assim como as vítimas fossem apenas mulheres, o que foi extinguido. Agora são agentes e vítimas de ambos os sexos. Abrangendo também outros atos como exposto STJ:

Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima. Precedentes: STJ, REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012; REsp 1.313.369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 05/06/2013; STJ, HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 20/09/2010. (STJ. AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013)

Infere-se que a mudança foi salientar, abrangendo o art.213 do Código Penal para outras condutas de modo a possibilitar uma maior punição. E esta se adere as exigências da sociedade, pois a sociedade está sempre em constante evolução e para que as suas necessidades sejam atendidas sempre, da melhor maneira possível para os cidadãos que dela fazem parte, os legisladores estão sempre trabalhando em novas maneiras, para adequar as leis no Direito, para que este, não se torne defasado e esteja sempre acompanhando os avanços temporais e culturais, para oferecer e proporcionar uma maior segurança jurídica, como foi, por exemplo, sobre os crimes sexuais.

Visto isso, é imprescindível que se faça referência ao bem jurídico protegido por essa nova modificação no âmbito penal.

4.3.1 DIGNIDADE, LIBERDADE SEXUAL E A PENALIZAÇÃO NO BRASIL

Ao elaborar a lei de estupro, os legisladores tiveram uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana e a liberdade sexual, que passam a ser também o bem jurídico tutelado, juntamente

com a integridade e a autonomia sexual, em sentido amplo que diz respeito à vontade livre do indivíduo e sua faculdade de usar seu corpo e se comportar segundo as suas vontades e se opor aos constrangimentos de ser usado como simples objeto de prazer pelo agente do crime. Assim, Franco expõe seu pensamento da seguinte forma:

A nova Lei 12.015/2009 trouxe inúmeras modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal, que tratava dos “ crimes contra os costumes”, passando a denominá-los “crimes contra a dignidade sexual” . Referida alteração de nomenclatura indica, desde logo, que a preocupação do legislador não se limita ao sentimento de repulsa social a esse tipo de conduta, como acontecia nas décadas anteriores, mas sim á efetiva lesão ao bem jurídico em questão, ou seja, a dignidade sexual de quem é vítima desse tipo de infração. A novel legislação se preocupou, principalmente com a dignidade da pessoa humana, pilar do Estado Democrático de Direito, pois não há dúvidas sobre a intensidade da violação que as vítimas dessa espécie de infração sofrem, observando-se a tentativa de combate ás diversas espécies de violência sexual, não reguladas de formas eficaz pela legislação anterior. “ (FRANCO,2010, p.60)

A principal preocupação dos legisladores ao elaborar a Lei 12.015/2009, foi à proteção ao principio base da Constituição, a dignidade da pessoa humana. Pois, o crime de estupro fere e viola a dignidade sexual das vítimas. Nesta mesma linha de pensamento, Nucci, também expõe a preocupação dos legisladores com a dignidade das vítimas na seguinte observação:

A Lei 12.015/2009 provocou alteração da nomenclatura do Título VI, substituindo a expressão Dos crimes contra os costumes pela atual, dando relevo á dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado nos termos do art.1º,III,da Constituição Federal. Houve patente evolução na legislação na legislação penal, em consonância com a modernização dos costumes na sociedade.” (NUCCI,2010 , p.901)

Deste modo, o Direito Penal protege os bens jurídicos eleitos pelo legislador como principais para o ser humano, sendo à dignidade, á vida, à liberdade e à saúde. Não podendo esquecer-se de acompanhar sempre, as mudanças e os costumes da sociedade.

A escritora Karina Romualdo Conegundes, expõe o que é protegido pelo Estado, referente a Dignidade da Pessoa Humana:

O núcleo essencial da dignidade humana é composto dos seguintes elementos⁴⁸: a) valor intrínseco, isto é, o conjunto de características inerentes e comuns a todos os seres humanos, conferindo-lhes um *status* especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies, sendo, assim, a origem de uma série de direitos fundamentais; b) autonomia, o elemento ético da dignidade, fundamento de livre arbítrio dos indivíduos, permitindo-lhes a busca do ideal de viver bem e de uma vida boa, tendo como principal noção a autodeterminação; c) valor comunitário, que constitui o elemento social da dignidade, no sentido de que os contornos da dignidade são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, protegendo as pessoas de tornarem-se mais uma engrenagem na máquina social. (CONEGUNDES, 2015.P.175)

A função principal do Princípio da Exclusiva Proteção Dos Bens Jurídicos, conforme o próprio nome é justamente proteger esses bens jurídicos fundamentais da pessoa humana, o que dá base para o desenvolvimento e criação da sua personalidade, ajudando e possibilitando um melhor convívio na sociedade. Dentro desses bens, está incluso um dos bens mais sagrados, a Liberdade. Assim, nos termos do magistério de Luiz Augusto Sanzo Brodt:

[...] devemos reconhecer que o bem jurídico a reclamar a intervenção penal é a liberdade sexual, ou seja, a autodeterminação em matéria sexual. Pois somente o emprego da coação física, grave ameaça ou abuso da imaturidade ou déficit de desenvolvimento psicológico dos menores ou dos incapazes conduz a prática sexual ao campo dos comportamentos que estão a exigir repressão penal. Ademais, a própria expressão “dignidade da pessoa humana”, que estaria a dar suporte à “dignidade sexual”, apresenta conteúdo bastante controverso, o que pode acarretar sérios inconvenientes em matéria de segurança jurídica. (BRODT,2011,p.170)

A sociedade muitas vezes dita as formas e maneiras de agir do indivíduo e torna moral o que para muitos é considerado anormal ou imoral. O que faz a intervenção desse princípio não ser ilimitada, cabendo ao Estado se ater aos limites. Assim, a intervenção do Estado somente se dá em caso de necessidade, se algum bem tiver sido lesionado. Conforme Claus Roxin:

[...] há muitos argumentos a favor para que o legislador moderno, mesmo que esteja legitimado democraticamente, não penalize algo simplesmente porque não gosta. A crítica veemente a um governo, a prática de convicções religiosas forâneas ou um comportamento privado que se afaste da norma civil serão circunstâncias incômodas para uma autoridade que põe especial interesse em cidadãos obedientes, conformistas e facilmente dirigíveis. A história – também, inclusive, a atual – conhece muitos exemplos de uma justiça penal que busca a repressão de um comportamento semelhante. Entretanto, de acordo com o estandar alcançado por nossa civilização ocidental – e minhas apreciações se moverão somente neste marco, a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador. (ROXIN,2006, p. 11)

Os legisladores não podem punir algo que para a pessoa é considerado normal ou cultural. A liberdade de a pessoa dispor de suas vontades e desejos, não pode ser punida pela lei, pelo fato dos legisladores acharem que está fora das convicções religiosas ou amorais, usufruindo de sua liberdade, sem que afete o bem jurídico protegido de outra pessoa, logicamente. Conforme Luis Flávio Gomes:

[...] a missão de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, de cariz social e democrático, fundado tanto em valores-chaves (assim, por exemplo, a dignidade humana, a liberdade, a justiça) como na concepção de que o Estado não deve estar a serviço dos que governam ou detêm o poder, senão em função da pessoa humana [...] (GOMES,2002p.49-50)

Assim, tanto para a doutrina, quanto para os legisladores, em sua maioria, entendem que o principal objetivo e finalidade do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, tais como a liberdade, a dignidade da pessoa humana e a justiça.

Todo e qualquer indivíduo, tem direito e livre arbítrio para utilizar do seu corpo e satisfazer suas vontades íntimas e desejos sexuais, podendo livremente escolher o parceiro. A legislação pátria ampara esse direito, dito Liberdade Sexual. Conforme exposto por Fernando Capez:

Tutela-se aqui a liberdade sexual de qualquer pessoa, homem ou mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de consentir na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, sem que essa anuência seja obtida mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.(CAPEZ, 2012 P.65)

Assim, se alguém, por meio de ofensa, fraude, violência ou grave ameaça, usa o corpo de outra pessoa, sem permissão ou consentimento para lascívia e satisfação sexual, esse direito a liberdade sexual, é violado e faz merecimento de punição legal.

A dificuldade maior está em analisar a conduta quando se está diante de um estupro de vulnerável, considerando as condições específicas de cada caso.

4.4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA VISÃO PSICOSSOCIAL E LEGAL DO ADOLESCENTE

O Direito busca estar sempre evoluindo junto a sociedade, que se modifica diariamente, principalmente no que concerne aos valores, costumes e comportamentos. Devido ao grande aumento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, criou-se a Lei 12.015/09 que, em seu artigo 217-A, trata sobre o 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.

Resta claro que, qualquer ato sexual envolvendo um vulnerável, é considerado crime na legislação brasileira, e computa pena reclusão de 8 á 15 anos. A Lei afirma que são vulneráveis: o menor de 14 anos, alguém que possua algum retardo, deficiência ou que esteja impossibilitado de impedir que o ato sexual ocorra.

4.4.1 O QUE É A ADOLESCÊNCIA?

Adolescência é considerada um dos períodos de maior desenvolvimento, transformações físicas e psíquicas, onde se sai da puberdade e começa o amadurecimento para a vida adulta. Conforme Benito Lourenço:

A adolescência compreende a faixa etária situada entre os dez e vinte anos incompletos, segundo a Organização Mundial de Saúde, e se constitui como uma fase crítica do processo de crescimento e desenvolvimento humano, marcada por numerosas transformações relacionadas aos aspectos físicos, psíquicos e sociais do indivíduo. A puberdade é caracterizada pelas mudanças biológicas que se manifestam na adolescência, e representam, para o ser humano, o início da capacidade reprodutiva. A puberdade não é, portanto, sinônimo de adolescência, mas uma parte dela. Constitui-se por um período relativamente curto, de cerca de dois a quatro anos de duração, no qual ocorrem todas as modificações físicas desse momento de transição da infância para a idade adulta. Essas transformações somáticas que ocorrem na adolescência têm caráter universal, ou seja, representam um fenômeno comum a todos os indivíduos nessa fase da vida. (LOURENÇO, 2010. P.89)

Para a OMS, a adolescência tem seu início aos 10 anos e termina aos 20 anos incompletos. Este período seria um período de transição, onde se deixa de ser criança e passa-se a ser um adulto, onde se aprendem a formar opiniões, tomar decisões, assumir riscos e se tornar mais conscientes.

Começa nessa fase da vida, a criação de identidade, onde já começam a realizar trabalhos, avançam na educação, participando da sociedade e observando mais atentamente o mundo ao seu redor.

Para as meninas, o desenvolvimento é mais adiantado, tanto o psicológico quanto o físico. Já os meninos, têm um desenvolvimento mais lento e também mais extenso, passando a agir por impulso.

4.4.2 SEXUALIDADE NA ADOLESCÊNCIA

Nessa fase, o corpo está em extremo desenvolvimento, os hormônios e a curiosidade fazem com que esses adolescentes busquem e descubram seu próprio corpo e maneiras de satisfazer o desejo que aflora, também com toque de outra pessoa. Conforme Násio:

a idade que se produzem as primeiras ereções seguidas por ejaculação, durante uma masturbação, as poluções noturnas, a mudança da voz e o aumento da massa e da tonicidade musculares, tudo isso constituindo germens de uma virilidade nascente. Na menina desencadeiam-se as primeiras regras e as primeiras sensações ovarianas os seios ganham volumes, a bacia se alarga conferindo à silhueta um aspecto tipicamente feminino e, sobretudo despertando nela essa tensão indefinível que emana do corpo de toda mulher e que denominamos charme. (Násio, 2011, p.14)

A sexualidade é algo que não pode e não deve ser reprimido nos adolescentes, devido ao fato de que a falta de conhecimento nesses assuntos podem gerar várias conseqüências, como uma gravidez indesejada, aquisição de doenças sexualmente transmissíveis e até abusos.

Cada vez mais cedo, as crianças e os adolescentes estão praticando atividades sexuais, seja por vontade e curiosidade própria ou infelizmente, por proveito de pessoas mais velhas, que usam da falta de informação dessas crianças, para com elas, praticarem atos de lascívia que satisfaçam seus desejos sexuais.

O ideal é que esse assunto seja sempre discutido nas escolas, nas famílias, entre os amigos, para que de fato todos saibam que mesmo que prazeroso, o sexo traz conseqüências. Sabe-se que o que não é ensinado da maneira devida, é aprendido de maneira errônea e muitas vezes podem gerar conseqüências que afetam toda a vida. Ainda sobre o assunto, Nasio expõe:

Essa guerra intestina entre um corpo tomado pelas pulsões de uma cabeça assaltada por uma moral exacerbada transforma o adolescente em uma criatura intimamente desarticulada, desunida, experimentando sentimentos contraditórios a respeito de si mesmo e daqueles dos quais dependem efetivamente, em primeiro lugar os pais. (Nasio,2011,P.16)

Nesta fase, o adolescente fica perdido entre suas vontades, sente até vergonha do seu corpo e de sentir os desejos repentinos com sentimentos inexplicáveis. É super importante o conhecimento sobre o assunto, para que ele passe por esse período se transtornos e com uma maior segurança.

Na falta de leis eficazes e devidamente voltadas às crianças e adolescentes, os legisladores se viram na necessidade de elaborar um estatuto que pudesse garantir e proteger de maneira integral os direitos e deveres desses jovens brasileiros. Assim, criou-se na década de 90 o ECA, Estatuto da Criança e do Adolescente.

4.4.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A PROTEÇÃO DO VULNERÁVEL

O Estatuto da Criança e do Adolescente, foi criado em 1990 com a finalidade de proteger e garantir os Direitos das crianças e adolescentes, incorporando o artigo 227 da Constituição Federal. O ECA trouxe inovação para a legislação dirigida aos adolescentes e crianças do país, trazendo proteção de maneira integral e garantindo um melhor desenvolvimento dessas crianças para a vida social e familiar.

A criança e adolescente passaram a partir daí, ser prioridade do Estado. Não eximindo também da responsabilidade a família e a sociedade, que devem contribuir de maneira conjunta para proteger de qualquer tipo de violência ou exploração.

Todo o conjugado de leis que compõem o ECA proporcionou uma base para a construir leis efetivas e devidamente voltadas para a criança e o adolescente, que contribuindo de maneira gradativa para avanços na educação e desenvolvimento social desses jovens. O ECA não só garante a proteção, como garante também apoio às vítimas de violência, abusos ou vítimas de trabalhos infantis.

O objetivo da criação desse estatuto visa garantir que toda e qualquer criança e adolescente brasileiro, independente da cor, raça, gênero e lugar onde habita no país, tenham seus direitos respeitados e protegidos pela lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente discorda da OMS e afirma que, a adolescência se inicia um pouco mais tarde, aos 12 anos findando aos 18 anos de idade completos e garante através de programas sociais, os direitos das crianças e dos adolescentes, garantindo um bem estar social e protegendo, por meios legais, a vida e saúde dessas pessoas.

Ocorre que para o Direito Penal um adolescente menor de 14 anos é considerado vulnerável e não possui discernimento suficiente para praticar ou consentir que seja praticado consigo, qualquer ato sexual ou libidinoso.

4.5 A JURISPRUDÊNCIA E O ENTENDIMENTO DA VULNERABILIDADE NAS SITUAÇÕES DE ESTUPRO

O art.217-A, substituiu o antigo artigo 224 do Código Penal de 1940, que tratava a relação como relativa ou absoluta, pois a violência era presumida como estupro de acordo com os atos sexuais praticados contra menores. O novo artigo deixa claro a presunção absoluta, visto que a idade deve ser respeitada.

Ocorre que, se discute ainda entre os legisladores que a Lei 12.015/09, não tenha realmente acompanhado as mudanças sociais da atualidade, visto que, muitos menores de 14 anos que é a base descrita no artigo, já possuem vida sexual ativa de maneira consensual e são capazes de exprimir seus desejos perante a sociedade moderna, o que criou duas correntes de pensamentos.

Há os legisladores que defendem a presunção absoluta como Rogério Grecco que afirma que a relativização é impossível visto que, mesmo tendo uma vida sexual ativa, esse menor não possui discernimento suficiente para tal prática e o agente do ato deve ser punido. Já Guilherme Souza Nucci e César Bitencourt, defendem a corrente relativa, pois para eles a vontade e a permissão desses menores tem de ser analisadas e levadas em consideração ao caso, pois não há o que punir quando há

consentimento expresso. Assim como os juristas também tem se posicionado a respeito, inclusive com decisões que variam entre essas duas correntes.

4.5.1 A RELATIVIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS E A SÚMULA 593 DO STJ

Os jovens estão desenvolvendo atividades sexuais cada vez mais cedo e infelizmente a legislação não tem acompanhado esse desenvolvimento com a mesma presteza. Deste modo, os legisladores e juristas se dividem em duas correntes acerca deste assunto, devido se tratar da sexualidade, da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Sendo a vulnerabilidade possível em duas formas, a legislação tem se miscigenado a respeito, onde alguns juristas conforme Luiz Flávio Gomes, defendem a vulnerabilidade relativa:

Conjugando-se os artigos 217-A com o 217-B pode-se extrair a seguinte conclusão: sempre que houver exploração sexual (compra e venda do corpo humano, turismo sexual, abuso etc.), estará o agente incurso num dos dispositivos citados. Não havendo exploração sexual, tendo havido consentimento, desde que se trate de adolescente (a partir dos 12 anos), é possível sustentar a inexistência de crime. Exemplo: um menor de 15 anos namora com menina de 13 anos, na casa dos seus pais, que orientam o casal a não namorar na rua, sim, no quarto dela. Havendo sexo, nesse caso, não há que se falar em crime, porque inexistente a noção de exploração sexual. (GOMES, 2015p.312)

Quando se trata de abuso ou exploração de cunho sexual, sem que haja desejo do ato por parte da vítima, deve o autor ser condenado pelo crime de estupro. Mas, caso haja relacionamento e vontade por parte do menor, não há que se falar em crime, visto que era de sua própria vontade e conhecimento dos pais. Neste mesmo sentido, Nucci assevera:

A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, 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. O legislador encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida.” (NUCCI, 2014.P.213)

Não se pode negar que houve muitas mudanças sociais e temporais, causando um amadurecimento sexual precoce nos jovens atuais. Onde tudo é absorvido e praticado mais cedo e mais rapidamente, passando a ser moral e aceito o que há anos atrás não era permitido.

Neste sentido, Nucci afirma:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes. Cremos que o legislador, ao editar o dispositivo em análise, afastou-se novamente da realidade social, vez que ignorou não só a precocidade das crianças e adolescentes, como persistiu em utilizar um critério etário para definir naqueles que em hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade. (NUCCI, 2012 p.170)

A lei precisa acompanhar essas mudanças e os avanços intelectuais, para assim, poder amparar juridicamente de maneira que não fira a liberdade e dignidade dos jovens e adolescentes.

O autor José Henrique Pierangeli, defende que, quando um menor já está acostumado a praticar tal ato, não se deve punir o agente, pois a prática do ato já faz parte de seu cotidiano, eliminando o dolo do agente na prática libidinosa com o menor. Mas, se a vítima for completamente desconhecida de tais praticas, o agente deve ser punido rigidamente e responsabilizado por sua conduta, pois houve a corrupção do menor. Assim discorre:

Surge aqui um serio problema. Evidente que, tratando-se de vitima totalmente corrompida, acostumada a atitudes totalmente dissolutas, não existe bem jurídico a tutelar, e, por conseguinte, não pode haver o delito. Não se pode corromper o que já está corrompido . Toda via é obrigatória a consideração sobre o grau de corrupçãõ em que se encontra a vítima, posto que a corrupçãõ admite graus, o que obriga o juiz a uma valoraçãõ. Um menor pode se encontrar totalmente corrompido e viciado na pratica de crimes contra o patrimônio, e nunca ter tido qualquer experiência sexual. (Pierangeri, p.810. 2005)

Quando o menor já se faz ativo nas práticas sexuais, vendendo seu corpo ou se relacionando com um ou diversos parceiros não há que se falar em crime, visto que não há o que ser protegido, desde que seja de sua expressa vontade a prática do ato. Caso contrario, o crime se configura, devendo ser devidamente condenado por tal prática.

Para alguns atores como Nucci, a norma penal não está em consonância com o ECA, que é o Estatuto responsável por garantir os direitos das crianças e adolescentes. Assim aponta seu posicionamento, citando inclusive o de outra doutrinadora a respeito desde mesmo assunto:

Não se pode olvidar, ademais, que a atual Lei, tal como a anterior, mostra-se em total dissonância do que prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo equivocadamente a idade de 14 anos para a iniciação sexual. Discorrendo sobre o tema, Klelia Canabrava Aleixo acentua que, embora a Lei 12.015/2009 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição. A autora alude aos estudos de Matta e Correia, que, partindo do cotidiano da 12.ª Promotoria Criminal de Fortaleza, verificaram que parte dos inquéritos lá existentes tinha como objetivo restringir a liberdade sexual de menores por escaparem ao modelo culturalmente aceito, por envolverem homossexualidade ou diferenças atinentes à classe, raça ou religião do parceiro. E conclui a autora: "pensar a Proteção Integral afirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente implica no reconhecimento de que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de desenvolvimento, o que não as reduz à condição de objeto de intervenção. Assinalar a questão da responsabilidade no seio do direito à sexualidade não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada em juízos de natureza moral ou na sua negação, contrario sensu, implica em disponibilizar o acompanhamento e a orientação. (NUCCI, 2010 P.903)

O que está em pauta é a sexualidade humana, mesmo que menor de 14 anos, esta pessoa possui liberdade, e direito de dispor de suas vontades e de realizar seus desejos se tratando de seu próprio corpo.

Não se pode levar em consideração somente a moralidade; a realidade precisa ser abordada e verificada. Neste prisma, Santiago Fernando do Nascimento expõe:

Ressalte-se que, em matéria de sexualidade, a intervenção do Estado deve cingir-se à exclusiva criminalização das relações obtidas mediante o constrangimento real e efetivo, não podendo haver lugar para a presunção, pois presunções não passam de ficções, com as quais é, no mínimo, difícil de trabalhar, notadamente em matéria penal, onde sempre estão em jogo a liberdade e a dignidade da pessoa. Veja-se que estes últimos elementos são alçados como princípios de ordem constitucional, não podendo, por óbvio, o legislador infraconstitucional afrontar estes princípios com uma ficção puramente legal. Para Karam, "uma norma que presuma uma violência, ainda quando o ato é absolutamente consentido pela dita " ofendida", acaba por servir como um instrumento estatal para tolher a liberdade de escolha deste menor no que concerne a sua própria vida, inibindo a sexualidade daqueles que supostamente se diz querer proteger". Há de se tomar o cuidado de não tornar os mecanismos penais de tutela de determinados grupos de pessoas consideradas mais frágeis, como instrumentos de inferiorização destes grupos, por supostas reduções de capacidade física, psíquica ou cultural de seus integrantes. (NASCIMENTO, 2009. p. 394)

Assim, para os legisladores que partilham desta corrente de vulnerabilidade relativa, defendem que o correto, seria a intervenção mínima do Estado, onde, este somente interviria quando algum bem jurídico fosse realmente lesado e não quando se referisse somente á moral e aos costumes.

Acerca deste posicionamento, onde á relativização nos casos práticos, segue decisão do TJ do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. Em que pese a vítima possuísse, ao tempo do fato, menos de 14 anos de idade, é perceptível na declaração judicial sua plena capacidade de entendimento sobre seus atos, bem como que a conjunção carnal deu-se com o seu consentimento, o que relativiza sua vulnerabilidade. Consta-se que o réu é um jovem, sem antecedentes, que estava abalado psicologicamente em razão do aborto sofrido por sua esposa, quando se envolveu com sua cunhada. Deste envolvimento clandestino, foi gerada uma suposta filha, registrada e criada pelo agente com muito amor, já que se percebe na instrução não haver certeza absoluta sobre a paternidade da criança, uma vez que a ofendida não confirma veemente ser o réu o pai e não foi realizado exame de DNA. O caso dos autos não retrata, exatamente, uma situação de abuso sexual, mas de precocidade e, como tal, seria uma hipocrisia impor pesada pena ao denunciado, quando há na mídia e, principalmente nas novelas, filmes, seriados e programas de televisão, todo um estímulo à sexualidade, fazendo que, cada vez mais cedo as meninas despertem para essa realidade. RÉU ABSOLVIDO. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70073021917, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator:... Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 27/09/2017).(TJ -RS - ACR: 70073021917 RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Data de Julgamento: 27/09/2017, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/10/2017)

Resta claro que a mídia, assim como a sociedade no geral, contribuíram para que os jovens e adolescentes passassem a se relacionar sexualmente cada vez mais cedo, atiçando a curiosidade e causando um amadurecimento sexual precoce. Neste mesmo pensamento, segue caso julgado no estado de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ARTIGO 217-A, DO CÓDIGO PENAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA - RECONHECIMENTO - RECURSO PROVIDO. -A vulnerabilidade contida no artigo 217-A, não pode ser tida como de natureza absoluta, mas relativa. -Tal premissa, aliada à comprovação de ausência de grave ameaça exercida contra a ofendida, implica na absolvição do recorrente. -Recurso provido. V.V.: APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - VÍTIMA MENOR

DE 14 ANOS DE IDADE - PRESUNÇÃO ABSOLUTA - DESCONHECIMENTO DA IDADE DA OFENDIDA, QUE SE ENCONTRAVA PRÓXIMA À IDADE LIMÍTROFE DE 14 (QUATORZE) ANOS - ERROR AETATIS COMPROVADO - ERRO DE TIPO CONFIGURADO - DÚVIDA QUANTO À EFETIVA VIOLÊNCIA - ABSOLVIÇÃO IMPOSTA - RECURSO PROVIDO. 1. Se a vítima não é maior de 14 anos, a presunção de violência caracterizadora do estupro tem caráter absoluto, que, na esteira do entendimento do STF, não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual. 2. Todavia, tal orientação jurisprudencial não elide a exigência da comprovação inequívoca do dolo do sujeito ativo, que pode ser excluído por erro justificado quanto à idade da vítima (error aetatis), ou mesmo abalado pela dúvida quanto a tal ciência, afastando-se a certeza quanto à adequação típica e ensejando, assim, a absolvição (art. 20, caput, do CP, c/c o art. 386, VI, do CPP). 3. Recurso provido.(TJ-MG - APR: 10080100036104001 MG, Relator: Corrêa Camargo, Data de Julgamento: 04/04/2018, Data de Publicação: 11/04/2018)

Conforme jurisprudência de julgado do estado de Minas Gerais, nota-se que os tribunais, estão analisando os casos concretos e não somente julgando de acordo com a lei seca. O fato de ser o ato consensual, neste caso afastou o dolo. Estão levando em

consideração a vida social das partes, os relacionamentos, a vontade do menor, juntamente com as mudanças sociais que ocorreram até os tempos atuais.

Alguns autores, como Celso Delmanto, afirmam que é inconstitucional afirmar que se trata de presunção absoluta de violência, pois feri o princípio da presunção de inocência, conforme declara:

Nesse contexto, presumir de maneira absoluta a existência da violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontra-se em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: 1ª) pune-se com a pena igual aquele que realmente se utiliza da violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que, por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito; 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando –se como uma mulher feita, pode ter mentido a respeito. (DELMANTO,2002, p. 480)

Neste sentido, não poderiam ser condenadas duas pessoas com a mesma pena sendo que, um forçou de maneira cruel e violenta um menor praticar consigo um ato sexual, e outra pessoa que acreditou estar se envolvendo com um maior de 14 anos, realizando de maneira consentida, um ato sexual consciente. Neste enfoque tem-se uma decisão de Moacyr de Moraes, relator do estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. VÍTIMA, NAMORADA DO RÉU, MENOR DE CATORZE ANOS. RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA.

EXCEPCIONALIDADE COMPROVADA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Na hipótese, excepcionalmente, entende-se aplicável a relativização da presunção de violência, porquanto acusado e vítima mantinham relacionamento amoroso com autorização de seus genitores, o qual perdurou por, no mínimo, 2 (dois) anos - data da última audiência de instrução e julgamento.(TJ-SC - APR: 00002864120148240002 Anchieta 0000286-41.2014.8.24.0002, Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho, Data de Julgamento:

30/05/2017, Terceira Câmara Criminal)

Neste caso vê-se claramente que não há crime, pois não há bem lesionado. Há muitos relacionamentos que envolvem menores de 14 anos de idade que além de consentidos pelos próprios menores, tem a total permissão e conhecimento dos pais. O que muitas vezes é analisado e aceito pelos juristas.

Portanto, é necessário que a liberdade sexual seja lesionada, para que configure o crime, se houver consentimento, não há que se falar em agressão sexual, pois a liberdade sexual do menor estaria resguardada. Conforme Luiz Flávio Gomes:

Na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico liberdade sexual, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa em outra, quando esse dano não emerge de sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. (GOMES,201.p.117)

Contudo, não há que se falar em crime quando o bem jurídico devidamente tutelado pelo Estado, não for lesionado, sendo assim, para entendimento de muitos legisladores e autores, o consentimento exclui o crime.

Há ainda a possibilidade do erro de tipo, onde o agente desconhece ou não tinha como saber a idade da vítima, tendo a mesma mentindo sobre, ou somente pelo fato de estar freqüentando livremente uma casa noturna, show ou bares da cidade com livre acesso de entrada.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. ERRO DE TIPO. PROVIDO. Pelo impulso dos autos, percebe-se que o acusado, de fato, não tinha convicção de que manteve relação sexual com alguém menor de 14 anos, e este desconhecimento acerca da elementar do tipo previsto no artigo 217-A, do Código Penal, configura erro de tipo, afastando o dolo da conduta e, por consequência, a própria tipicidade, impondo-se a absolvição do apelante. APELO CONHECIDO E PROVIDO.(TJ-GO - APR: 04768839720118090134, Relator: DR(A). EUDELICIO MACHADO FAGUNDES, Data de Julgamento: 01/08/2017, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2331 de 18/08/2017)

O fato de o agente praticar conjunção carnal sendo que desconhece a idade da vítima, configura o erro de tipo. Se o jurista entender e considerar que realmente a idade era desconhecida, exclui-se o dolo fazendo com que o réu seja absolvido.

Esse tipo de erro ocorre freqüentemente, pois muitas casas de shows não passam sempre por vistorias que inibam, ou proíbam a entrada de menores nesses ambientes. O que descumpra o art 258 do ECA, que descreve:

Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo: Pena - multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias. (Lei 9.069/1990)

Assim, muitos podem estar se envolvendo por acreditar na maioria penal desses jovens, quando na verdade estão cometendo atos ilegais e criminais.

Infelizmente, não são todos os casos em que o sexo com menores seja consensual, há que se falar também do estupro de vulnerável, sendo ele configurado com ato de violência e crueldade envolvendo menores de 14 anos e até crianças.

Este fato faz vários legisladores, autores e juristas, defenderem a vulnerabilidade absoluta, visto que muitos criminosos usam dos meios da vulnerabilidade relativa, para tentar se sobressair sobre os seus erros.

Por isso, muitas das decisões de vulnerabilidade relativa foram bastante criticadas por diversos órgãos governamentais, que afirmam que ao defender a modalidade relativa da vulnerabilidade, estariam então, incentivando a exploração e prostituição infantil, passando também a discriminar as vítimas por ter essa base. Afirmando que os tribunais estariam responsabilizando as vítimas pela vulnerabilidade que se encontravam.

Se antes a posição era relativizar, com a Súmula 593, os Tribunais passaram a adotar a relação sexual consentida com menor como absoluta, considerando a existência de estupro.

A Terceira Seção do STJ, aprovou a súmula 593 que firma de maneira expressa que o consentimento, assim como a experiência sexual anterior ao caso, terão de ser desconsideradas, conforme: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”

Portanto, mesmo que a vítima afirme ter sido o fato, devidamente aceitável e consensual, o agente responde como fato ilícito. Neste mesmo entendimento, os tribunais vem demonstrando a não admissão da relativização da vulnerabilidade, segue jurisprudência:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.

VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. RECONHECIMENTO DE ATENUANTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo -se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Entende esta Corte que o consentimento da vítima não capaz de afastar a tipicidade do crime de estupro de vulnerável, pois a presunção de violência é absoluta na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos. 3. Até mesmo os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticados antes de vigente a Lei 12.015/2009, ainda que cometidos mediante violência presumida, consideram-se hediondos. 4. Não tendo o Tribunal analisado o pleito de aplicação da atenuante prevista no inciso I, do art. 65, do Código Penal, não pode esta Corte conhecer originariamente da matéria, sob pena de supressão de instância. 5. No tocante ao pleito de atenuação da reprimenda, com base no desconhecimento da lei, não bastassem os fundamentos exarados pelo Tribunal para o respectivo afastamento, não comprovaram os impetrantes que o paciente desconhecia o caráter ilícito do fato, não havendo motivos para a aplicação do benefício. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 256402 PR 2012/0211761-1, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento:

05/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2016)

As jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acentuam o entendimento de que é absoluta a vulnerabilidade:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO PELO TIO EM DESFAVOR DA SOBRINHA. VÍTIMA COM 13 (TREZE) ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DOS FATOS E ALEGADO CONSENTIMENTO POR PARTE DA ADOLESCENTE. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA VÍTIMA, EM AMBAS AS FASES DO PROCESSO, DE QUE HOUVE A CONSUMAÇÃO DO ATO SEXUAL, CORROBORADO PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES NOS AUTOS. EVENTUAL CONSENTIMENTO QUE NÃO ALTERA OS FATOS. IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA NORMA. IDADE DA VÍTIMA QUE CONSTITUI ELEMENTO DO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA EM ATO LIBIDINOSO OCORRIDO EM ADOLESCENTE COM IDADE INFERIOR A 14 (QUATORZE) ANOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Privilegia-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, 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 (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010). (REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015).(TJ-SC - APR: 00014803520148240242 Ipumirim 0001480-35.2014.8.24.0242, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 20/09/2018, Primeira Câmara Criminal)

Mesmo que consensual, foi tipificado como estupro, a conduta do agente pois além da configuração pela idade, o agente era tio da vítima e tinha por obrigação, juntamente aos familiares, proteger e não se aproveitar para satisfazer sua lascívia.

Como se tratando de vulnerabilidade absoluta, considerado a idade de menores de 14 anos, a palavra de vítima não é ouvida. Como estupro é um crime hediondo, os juristas tem se posicionado afastando a relativização e afirmando o que a lei descreve, juntamente com a Súmula 593 onde passa toda e qualquer responsabilidade para o agente que, não deve satisfazer seus desejos com menor, mesmo que afirme desconhecer a idade da vítima, baseando no erro de tipo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes sexuais são relacionados com a liberdade sexual, que é um direito devidamente garantido pela Constituição vigente no país. Com a criação da Lei 12.015/09, a Dignidade da Pessoa Humana, também passou a ser tutelada legalmente, o que foi considerado entre os legisladores um grande avanço.

A dignidade da pessoa humana tem um valor pessoal que precisa ser respeitado. Pois, é um princípio de grande abrangência, que foi destacado na Constituição Federal e integra os direitos fundamentais do ser humano.

Porém, ocorre que, a idade sugerida e firmada por esses legisladores, não condizem totalmente com o praticado pela sociedade. Ou seja, causou-se um dilema social, visto que em muitas regiões brasileiras, há menores de 14 anos que já possuem vida sexual ativa, se prostituem, freqüentam casas noturnas e bares com total consentimento dos pais.

Daí a importância de se analisar estas condutas praticadas por menores e adultos em cada caso, pois uma relação pode não apresentar as mesmas características de outras, configurando estupro.

Os tribunais superiores, tem adotado as duas correntes: a vulnerabilidade absoluta e a relativa. Analisando os casos concretos e muitas vezes dando relevância jurídica à palavra da vítima, que em muitos casos, é essencial para a decisão do caso.

Com a Súmula 593 o STJ tem apresentado um posicionamento diverso, afirmando que não há relevância jurídica sobre o consentimento da vítima, pois o menor não possui discernimento suficiente para prática sexual. O que afasta o Direito da real situação da sociedade, pois são vários os casos em que esses menores fazem uso da prática sexual com consentimento da vítima e conhecimento dos pais, tornou-se uma prática comum e aceitável socialmente. Entretanto, como a súmula não é vinculante, o entendimento dos tribunais tem sido diferente quanto aos casos, relativizando em relação a uns e mantendo decisões de estupro sobre a perspectiva absoluta, em relação á outros casos. Há ainda, uma divergência na jurisprudência.

O sexo com menores de 14 anos É crime previsto do art. 217 do Código Penal. Entretanto, os tribunais estão optando por relativizar o conceito da vulnerabilidade. Neste sentido, conforme a doutrina, não seria justo, punir uma pessoa por praticar ato sexual com um menor que já tem em seu cotidiano essa prática, visto que não há bem jurídico lesionado se houve o ato de maneira consensual e de comprovada livre e espontânea vontade.

Hoje, pela evolução da comunicação, das redes sociais, das novelas e outros programas televisivos, o que se assiste é uma evolução nos valores sociais. O que antes era proibido, inaceitável, hoje já há certa permissividade. De outra forma, o relacionamento de jovens com adultos passou a ser visto de uma nova perspectiva. É possível desde que não haja violência e que pelas condições psicológicas e ambientais dos jovens, eles tenham condições de decidir pela prática do ato sexual ou não. Então, é inegável a influência dos meios televisivos sobre a formação sexual e psicológica dos jovens que, a cada dia, inicia a sua vida sexual mais cedo.

Sendo assim, não é justo que algum adulto, levado por suas características, materialidade a se envolver com menores de 18 anos, se veja em uma situação criminosa, já que desconhece a essa condição do menor. A aplicação de uma teoria absoluta em nada contribuiria como solução de justiça; mas, a aplicação de uma relativização poderia apresentar uma maior justiça social.

Ocorre que nenhuma das duas correntes se mantém distantes das verdadeiras perspectivas sobre o tema, pois há menores de 14 anos que já fazem prática da vida sexual cotidianamente, assim como há menores da mesma idade que não possuíam nenhum contato com a vida sexual, porém, foram induzidos por pessoas mais velhas a iniciar a prática. Essa aferição se dá nas situações trazidas ao judiciário.

Sabe-se que a mídia, as redes sociais causaram um amadurecimento precoce nos jovens atuais, onde assuntos relacionados a sexualidade que antes eram considerados tabu, hoje são abertamente tratados, inclusive em horário comum. Revistas são vendidas sem critério de idade, assim como muitas casas noturnas não possuem vigilância adequada para proibir o acesso desses menores.

Portanto, o justo seria punir veemente o estupro, quando este apresentasse todos as suas características. Entretanto, ao reconhecer que o ato sexual é consentido e consciente, que seja adequado o direito a sua realidade, aderindo ao Princípio da Adequação Social, apresentando-se mutável, aceitando novas dimensões da sexualidade, afastando os legisladores e juristas da moral conservadora e aceitando a realidade social na qual os adolescentes estão se tornando maduros para as praticas sexuais mais cedo. E, para quem pratica o ato sexual consensual e consciente, não seja punido como, um estuprador que age de maneira fria , cruel e egoísta contra vítima que não permitiu ou desejou tal ato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Daiane Acosta. Princípio da tipicidade e o princípio da insignificância. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1109. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2793/principio-tipicidade-principio-insignificancia>> Acesso em: 4 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – Habeas Corpus- HC: 256402 PR 2012/0211761-1. Impetrante: José Smarczewski Filho e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Paciente: L. P. da S. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Curitiba,

2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340007082/habeas-corpus-hc-256402-pr-2012-0211761-1/certidao-de-julgamento-340007106> Acesso: 22/09/2018 17 h :35min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. TJ-GO – Apelação APR: 04768839720118090134. Apelante: João Paulo de Oliveira Apelado: Ministério Público. Relator: Eudelcio Machado Fagundes. Goiânia, 2017. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490365695/apelacao-criminal-apr-4768839720118090134> Acesso: 25/09/2018 às 22 h: 38 min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. TJ-GO Apelação- APR: 04699611620148090011 Apelante: Acassio dos Santos de Jesus. Apelado: Ministério Público. Relatora: Lilia Monica de Castro Borges Escher. Goiânia, 2017. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566520265/apelacao-criminal-apr-4699611620148090011> Acesso em: 25/09/18 às 22h: 50min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJ-MG – Apelação APR 10080100036104001. Apelante: Isaias Avelar de Carvalho. Apelado: Ministério Público.

Relator: Corrêa Camargo. Bom Sucesso, 2018. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/565485193/apelacao-criminal-apr-10080100036104001-mg> Acesso em: 01/10/2018 às 23h:50 min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Do Rio Grande do Sul. TJ-RS – Apelação APL 70073021917 (TJ-RS). Apelante: J. Apelado: Ministério Público. Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. Santa Vitória do Palmar, 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506956533/apelacao-crime-acr-70073021917-rs> Acesso em: 12/10/18 às 16h:22 min.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJ-SC- Apelação APR 00002864120148240002. Apelante: V.G.O Apelado: Ministério Público. Relator: Moacyr de Moraes Lima Filho. Anchieta, 2017. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471917890/apelacao-criminal-apr-2864120148240002-anchieta-0000286-4120148240002> Acesso em: 17/10/2018 22h :59min.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJ-SC Apelação APR: 00014803520148240242. Apelante: C.P Apelado: Ministério Público. Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Alpumirim,2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631870559/apelacao-criminal-apr-14803520148240242-ipumirim-0001480-3520148240242/inteiro-teor-631870648>
Acesso em: 17/10/18 23h:22 min.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora. Revista de Ciências Penais, São Paulo, vol. 13, p. 170, jul/2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. Curso de DIREITO PENAL. Legislação especial. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. p. 214.

GOMES, Flávio Luiz. O que se entende por vulnerabilidade nos crimes contra a dignidade sexual? São Paulo: JusBrasil, 2011.

FABRETTI, Humberto B; SMANIO, Gianpaolo P. Introdução ao direito penal. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRAÇA, Camilla, Barroso; REIS, Clauden Serra. Estupro de vulnerável e a presunção de vulnerabilidade em menores de 14 anos. São Paulo: Jurisway, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral: volume 2. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 525.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal: normas penais primárias e secundárias, normas valorativas e imperativas, introdução ao princípio da ofensividade, lineamentos da teoria constitucional do fato punível, teoria do bem jurídico-penal, o bem jurídico protegido nas falsidades documentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2002p.49-50 (Série as ciências criminais no século XXI: v. 5).

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 4º ed. Impetus. Rio de Janeiro, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. P. 52.

GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre Direito. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOURENÇO. B, Queiroz LB. Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência. Rev Med (São Paulo). 2010 abr.-jun.;89(2):70-5.

LIMA , Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdán. Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 162, jul 2017.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. Manual de Direito Penal. Parte especial. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa: A constituição e as provas lícitamente adquiridas. Rio de Janeiro: Ajuris. 2005.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais. Revista dos Tribunais, vol. 880, p. 394, fev / 2009.

NASIO, Juan-David. Como agir com um adolescente difícil?: Um livro para pais e profissionais. Rio de Janeiro; Editora Zahar, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Juris Síntese, 2000. p. 4

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8.ed. São Paulo: RT, 2008. Fernando Capez, CURSO DE DIREITO PENAL, PARTE 3, P. 65)

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRINS, A. Ciência Penal e Direito Positivo. Trad. Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.

QUEIROZ, Paulo. Estupro de vulnerável. Porto Alegre: Paulo Querioz net, 2012. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/>>. Acessado em 20 de março de 2015 às 14h30min.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18ª ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2011.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. e Trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 11.

SCHIAVI, Mauro. Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador. São Paulo: Mauro Schiavi, 2007. Disponível em <http://mauroschiavi.com.br/wp-content/uploads/2015/08/protecao_juridica.pdf>. Acesso em 29 out. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<<http://pauloqueiroz.net/estupro-de-vulneravel/> Acessado em 20/09/2016 às 14:30h.

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902 Acessado em 21/09/2016 às 15:00h

<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4902> Acessado em 21/03/2018 às 15h00min.

<<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927254/o-que-se-entende-por-vulnerabilidade-nos-crimes-contr-a-dignidade-sexual>>. Acesso em: 09/09/2018 às 20h03min.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050, ACESSO EM: 09/09/2018 20:51STJ, HC 46.395/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-9- 2007.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19196&revista_caderno=6>. Acesso em 15/09/2018 22h:30min.

<<https://veja.abril.com.br/mundo/a-intima-historia-do-estupro-e-da-guerra/>
<https://feminismosemdemagogia.wordpress.com/2016/06/23/a-cultura-do-estupro-da-sua-origem-ate-a-atualidade/>. Acesso em 12/10/2018 23h: 02min.

<<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>, Acesso em 10/11/2018 18h:30min.<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/610024500/recurso-especial-resp-1474857-sc-2014-0198626-2/decisao-monocratica-610024510> Acesso 17/11/2018 17h35min.