

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

MATHEUS DE PELEGRINI FREITAS

**PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITES DE
CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PREVISTO NO
ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL: UMA LEITURA JURISPRUDENCIAL.**

**CRICIÚMA
2018**

MATHEUS DE PELEGRINI FREITAS

**PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITES DE
CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PREVISTO NO
ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL: UMA LEITURA JURISPRUDENCIAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof.^a Mônica Ovinski Camargo de Cortina

CRICIÚMA

2018

MATHEUS DE PELEGRINI FREITAS

PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITES DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL: UMA LEITURA JURISPRUDENCIAL.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 22 de Junho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Mônica Ovinski Camargo de Cortina – Mestra- (Universidade do Extremo Sul Catarinense) – Orientadora.

Prof.^a Anamara de Souza – Mestra- (Universidade do Extremo Sul Catarinense).

Prof. Alfredo Engelmann Filho – Especialista- (Universidade do Extremo Sul Catarinense).

Dedico este trabalho de conclusão de curso á
memória de minha querida avó, a Sr.^a Maria de
De Lucca Pelegrini.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus e ao senhor Jesus Cristo por ter dado o dom da vida e a força necessária para enfrentar os obstáculos nessa caminhada.

Agradeço imensamente ao meu pai João Batista Freitas e minha mãe Marines de Pelegrini por sempre estarem ao meu lado nas dificuldades e jamais medirem esforços para que eu pudesse obter conhecimento.

Um agradecimento especial a minha avó Maria De Lucca Pelegrini que me criou como fosse seu filho. Foi uma grande incentivadora nos estudos e viu todos os meus passos. Desde o ensino fundamental, ensino médio e início na graduação em Direito, mas por acasos dessa vida não irá ver fisicamente o término da graduação.

Aos meus tios e primos, em especial aos meus padrinhos Aurélio de Pelegrini e Maria Rejane dos Santos Pelegrini que sempre estiveram ao meu lado e passaram bons conselhos para a vida e para os estudos.

Agradeço minha orientadora Mônica Ovinski Camargo de Cortina por sua disponibilidade nas reuniões de orientação. Como também a sua atenção e dedicação como orientadora, oferecendo tudo de melhor para a confecção deste trabalho.

A Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, por oferecer aos alunos um ótimo espaço físico, biblioteca qualificada e professores dedicados com as suas matérias. Sua atuação como instituição de ensino não deixou desejar em nada para que possamos ser os profissionais mais qualificados possíveis.

Um agradecimento aos chefes que tive durante essa vida acadêmica, Dilnei de Pelegrini, Rosevânia Silveira de Pelegrini e o Agente de Polícia Pedro Estevam Cristiano, pelos ensinamentos que todos me passaram e pela compreensão que tiveram comigo nesse período acadêmico.

Muito obrigado a todos.

“Não existe nada absoluto, tudo é relativo. Por isso devemos julgar de acordo com as circunstâncias”.

Dalai Lama.

RESUMO

A Lei 12.015/2009 fez significativas mudanças no Código Penal brasileiro criando novos tipos penais, dentre eles o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A. Nesse contexto, o objetivo dessa monografia foi estudar a flexibilização interpretativa dada pelos juristas à figura da adolescente vulnerável, sujeito de tutela do crime do estupro de vulnerável, diante dos princípios da ofensividade e da adequação social. Para cumprir com esse objetivo, a presente monografia apresentou inicialmente os princípios da ofensividade e da adequação social, como princípios de direito penal mínimo, examinado seus conceitos e suas principais funções no direito penal. Realizou-se também a discussão sobre o conceito de vulnerabilidade dos/as adolescentes, prevista no tipo penal do art. 217-A do Código Penal, visto que apesar de mudanças legislativas, sobretudo, a Lei 12.015/2009, ainda não se colocou um ponto final na discussão sobre a vulnerabilidade absoluta ou relativa sobre os menores de 14 (catorze) anos. Materializando isso é feita uma leitura jurisprudencial de decisões dos anos de 2014 a 2018, através de pesquisas nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para mostrar que os princípios da ofensividade e adequação social são utilizados na limitação punitiva do crime de estupro de vulnerável envolvendo vítimas menores de 14 (catorze) anos. Dessa maneira, contrariando a Lei Penal e a Súmula 593 de 2017, emitida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que chamou a atenção é não observação de critérios legais já sumulados para o julgamento dos casos.

Palavras-chave: Princípios de direito penal; Crime sexual; Estupro contra vulnerável; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

Law 12,015 / 2009 made significant changes in the Brazilian Penal Code creating new types of crime, among them the crime of rape of vulnerable, foreseen in art. 217-A. In this context, the objective of this monograph was to study the interpretive flexibility given by the jurists to the figure of the vulnerable adolescent, subject of guardianship of the crime of the rape of vulnerable, before the principles of offensiveness and social adequacy. To fulfill this objective, this monograph initially presented the principles of offensiveness and social adequacy, as principles of minimum criminal law, examined its concepts and its main functions in criminal justice. Also discussed was the concept of vulnerability of adolescents, provided for in the criminal type of art. 217-A of the Criminal Code, since despite legislative changes, especially Law 12.015 / 2009, there has not yet been an end point in the discussion of absolute or relative vulnerability of children under 14 (fourteen) years. Materializing this is made a jurisprudence reading of decisions from the years 2014 to 2018, through research in the judgments of the Santa Catarina Court of Justice to show that the principles of offensiveness and social adequacy are used in the punitive limitation of the crime of rape of vulnerable involving victims under 14 (fourteen) years. Thus, contrary to the Criminal Law and Precedent 593 of 2017, issued by the Superior Court of Justice, what drew attention is not observing legal criteria already summarized for the trial of the cases.

Keywords: Principles of criminal law; Sexual crime; Rape against vulnerable; Vulnerability.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO PENAL MÍNIMO, PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL	12
2.1. O DIREITO PENAL MÍNIMO E SUA LIMITAÇÃO NO PODER PUNITIVO ESTATAL.	13
2.2 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO FONTES DE AUXÍLIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO.	16
2.3 A OFENSIVIDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO PENAL.....	19
2.4. ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO NA LEI PENAL.	22
3. O CRIME SEXUAL DO ART.217-A DO CÓDIGO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A NÃO LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO: DIGNIDADE SEXUAL	26
3.1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A AUTONOMIA DA VONTADE: A TUTELA DA SEXUALIDADE DO ADOLESCENTE.....	27
3.2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: A TIPIFICAÇÃO DO CRIME ANTES DA LEI 12.015/2009 E SUA FLEXIBILIZAÇÃO.	33
3.3. O CRIME SEXUAL DO ART. 217-A E SUA PREVISÃO NO CÓDIGO PENAL A PARTIR DA LEI 12.015/2009.....	36
3.4. VULNERABILIDADES ABSOLUTA OU RELATIVA?	40
4. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E OFENSIVIDADE APLICADOS AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PELA IDADE	44
4.1. DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA QUE APLICAM OS PRINCÍPIOS PARA FLEXIBILIZAR A IDADE DEFINIDA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL.	47
4.2. JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA QUE NEGARAM OS PRINCÍPIOS E MANTIVERAM A IDADE DEFINIDA NO ART. 217-A.	58
4.3. BREVE ANÁLISE SOBRE A INSTABILIDADE DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO TIPO PENAL DO ART. 217-A.....	62
5. CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1. INTRODUÇÃO

No interior de uma sociedade se vislumbra inúmeras situações fáticas envolvendo as relações entre as pessoas que ali habitam, mostrando que convívio em sociedade é algo complexo, pelo de fato de que cada pessoa ter uma particularidade de pensamento e atitude. As leis penais são instrumentos que controlam o comportamento e as ações das pessoas, sendo que sua aplicação pode restringir a liberdade e direitos de alguns, para a proteção de bens jurídicos que a lei considera importantes.

A Lei 12.015/2009 fez significativas mudanças no Código Penal brasileiro criando novos tipos penais, sobretudo, o crime de estupro de vulnerável no art. 217-A, que é o principal alvo desse estudo. Com isso, o legislador tentou realizar uma mudança para que a discussão sobre a presunção de violência, notada na antiga redação do Código Penal, se encerrasse. Contudo, as diversas questões sociais que envolvem os casos concretos levados ao Poder Judiciário não encerraram as discussões sobre a vulnerabilidade sexual das pessoas menores de 14 (catorze) anos dentro dos tribunais, na doutrina e na sociedade.

Nesse sentido, o objetivo dessa monografia foi estudar a flexibilização interpretativa dada pelos juristas à figura da adolescente vulnerável, prevista no tipo penal do art. 217-A do Código Penal, sujeito de tutela do crime do estupro de vulnerável, diante dos princípios da ofensividade e da adequação social. O estudo proposto abrange a discussão dos menores de 14 (catorze) anos como absolutamente vulneráveis, considerando que eles não têm compressão para atos sexuais. Ainda reforça essa ideia o Superior Tribunal de Justiça quando julgou a Súmula nº 593, em 27 de outubro de 2017. Mesmo depois dessa decisão, a discussão sobre o tema continuou nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Para cumprir com o objetivo proposto o trabalho será dividido em 3 (três) capítulos. No primeiro capítulo será feita a análise do conceito e da função do direito penal mínimo. Estudar-se-ão os princípios de direito penal e sua instrumentalidade no ordenamento jurídico, a sua aplicação pode mudar a interpretação de normas ou preencher lacunas legislativas. Dentre os princípios de direito penal, dois são personagens importantes desse trabalho, sendo eles o princípio da ofensividade e

adequação social. Serão examinados os seus conceitos, funções e aplicações como princípios de direito penal e a importância que eles têm para a questão da vulnerabilidade do tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

No segundo capítulo será abordada a questão da seleção de bens jurídicos considerados relevantes pela norma penal, seu conceito e a mutação dos bens jurídicos com o tempo, em específico o da dignidade sexual, como um bem jurídico eleito para a tutela penal. Agregado a isso, será exposto à abordagem aos crimes sexuais no Código Penal antes da Lei 12.015/2009, evidenciando a presunção de violência que a lei expressava e todas as questões morais relacionadas aos tipos penais naquele antigo entendimento da norma, mostrando a razão da expressão legal “crimes contra os costumes”. Dessa forma, observar-se-ão as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 com a criação de novos tipos penais, sobretudo, o estupro de vulnerável no art. 217-A e a vulnerabilidade absoluta dos menores de 14 (catorze) anos.

No terceiro capítulo analisar-se-ão acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em que foi modificada a idade definida pelo tipo penal do art. 217-A, como também será feita a análise de acórdãos que mantiveram a idade definida no tipo penal. Logo, também será feita uma breve análise sobre a constante instabilidade sobre o conceito de vulnerabilidade no tipo penal do art. 217-A.

A importância da pesquisa desse tema é em razão da aplicabilidade dos princípios de direito penal da ofensividade e adequação social no tipo penal do art. 217-A. A aplicação desses princípios no crime sexual de estupro de vulnerável levará a uma imensa discussão sobre a vulnerabilidade absoluta desse tipo penal, frente às decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O método empregado para o trabalho é o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com emprego de material bibliográfico e documental legal. No terceiro capítulo será realizada pesquisa jurisprudencial de acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cuja metodologia de coleta e de análise serão explicitadas em momento oportuno do trabalho.

2. DIREITO PENAL MÍNIMO, PRINCÍPIOS DA OFESIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL.

A análise de um direito penal menos intervencionista, que observa a situação fática levada ao Poder Judiciário, vem colocar em discussão o poder punitivo estatal. Muitas vezes, dentro de ocasiões, pode-se analisar que o Estado ao aplicar a lei penal, com o cerceamento de liberdade ou restrição de direitos de um indivíduo, deixa de observar a real situação que determinado caso envolve. Praticamente está invadindo a vida privada daquele indivíduo ao invés de trazer benefícios à sociedade com a aplicação da lei penal. Diante disso surge a louvável discussão sobre o direito penal mínimo.

O princípio da ofensividade versa sobre a situação fática que não lesou o bem jurídico tutelado. No entendimento desse princípio o direito penal deve se preocupar com situações que tragam graves problemas para as pessoas, pois se a situação fática mostra com grande evidência que o bem jurídico tutelado não foi lesado, não há porque aplicação da lei penal na vida daquela pessoa.

No mesmo sentido o princípio da adequação social vem corroborar, porque se o meio em que os sujeitos estão inseridos e a sociedade não veem à necessidade da aplicação da lei penal. Tratam com normalidade a situação, mostra-se desnecessária e intervencionista a aplicação da lei penal.

Sendo assim, por meio de princípios de direito penal mínimo, importantes fontes do direito, se colocam de auxílio para algumas situações de fato, que apesar de nitidamente estar infringindo a lei penal tipificada, não merecem a punição do Estado. Uma vez que o direito penal é o ramo do direito que mais afeta a vida de um sujeito, podendo-lhe cercear sua liberdade e restringir direitos. Frente a um caso concreto que ao ser analisado com detalhes, pode mostrar que a aplicação da lei penal é algo mais interfere, do que de caráter sancionador e punitivo.

Com isso o objetivo desse capítulo é abordar, sobretudo, o conceito do direito penal mínimo mostrando sua importância para a esfera penal e seus objetivos como corrente de estudo. A importância dos princípios como fontes importantes para o direito penal. E também abordar os conceitos e objetivos dos princípios da adequação social e ofensividade.

2.1. O DIREITO PENAL MÍNIMO E SUA LIMITAÇÃO NO PODER PUNITIVO ESTATAL.

Primeiramente, é possível expressar que o direito penal mínimo compactua para a garantia de um Estado democrático de direito, porque seu modelo de aplicação da lei penal limita o poder punitivo, atendendo a tipos penais relevantes para o contexto social de determinada situação fática.

Historicamente, em torno do século XVIII, percebe-se uma corrente, mais humanitária e com olhar centrado frente às penas com excesso de rigor e que não observavam o mínimo de humanidade em sua aplicação. Nesse período vigorava um direito penal extremamente interventor e que tinha uma grande característica de vingança. Sem contar que naquela época a legislação penal era bastante seletiva, de modo que era aplicada com extremo rigor para alguns e nem era aplicada para outros. Foi nesse contexto que emergiu uma fase mais humanitária e crítica aos grandes absurdos cometidos pela legislação penal da época, fase essa que ficou conhecida como “período humanitário do direito penal”. (BITENCOURT, 2011, p.69).

Com essas características elaborou-se as primeiras aspirações para um minimalismo penal ou direito penal mínimo, aquele modelo de condutas e legislações penais que não sejam tão intervencionistas na vida do cidadão e que principalmente se preocupe com a dignidade da pessoa humana. Mostra ao legislador penal que a edição de leis extremamente rigorosas e com caráter de castigos não resolveria o problema do crime, aliás, pelo contrário só iria transformar o Estado em um ente violento e que não é capaz de resolver os problemas sociais que estão em sua volta. Porque apesar de a pena ser o meio pela qual o Estado pune os infratores da lei, ela deve conter parâmetros e limites que realmente sejam relevantes e oportunos para a punição ao indivíduo.

O direito penal mínimo promove aos cidadãos diversas garantias de que a lei penal não irá usurpar sua liberdade ou direitos sem que tenha cumprido todos os requisitos legais e formais de aplicação da lei. Um dos preceitos basilares do direito penal mínimo prega que o Estado deverá atuar em condutas penalmente relevantes, onde em determinada situação fática ocorreu lesão ao bem jurídico de terceiro e que isso afetou drasticamente a suas liberdades individuais, diferente disso, segundo o

direito penal mínimo, seria o estado usurpando da liberdade do cidadão. (FERRAJOLI, 2010, p.101).

Dentro desse mesmo contexto é possível observar que o direito penal mínimo está estritamente condicionando-a uma espécie de racionalidade e certeza perante a conduta com o resultado delitivo. Isso quer expressar, que frente ao poder punitivo do estado o direito penal mínimo se coloca como um grande limitador de arbítrios e exclusões de responsabilização penal. Porque toda vez que um fato houver incertezas e indeterminações sobre a ofensa grave a bem jurídico tutelado de um tipo penal, poderá ser aplicado o direito penal mínimo. Desse modo vindo como um grande garantidor de liberdades, impondo limites a atuações desastradas do Estado perante a conduta de um cidadão. (FERRAJOLI, 2010, p.102).

Dentro de uma sociedade, com uma diversificação de relações entre os indivíduos, o Estado por meio da lei penal tipificou algumas condutas como crimes e com consequentes penas que vão desde a privação de liberdade e direitos até a pena de multa. Contudo não se pode considerar razoável que a lei penal seja utilizada para abranger condutas que não causem graves lesões ao bem jurídico protegido por determinado tipo penal. Isso de fato seria um ato abusivo do Estado na contra o direito de liberdade do cidadão não trazendo nenhum benefício da sociedade, como se podem observar as palavras de André Lozano Andrade (2014, p.105-106):

Somente ataques a bens jurídicos realmente importantes devem ser coibidos, sendo que esses ataques devem representar, pelo menos, risco ao bem jurídico protegido. Não será lícita a criminalização de uma conduta na qual não seja possível vislumbrar, no mínimo, uma ameaça ao bem juridicamente protegido. [...] Tendo em vista que em um Estado Democrático de Direito o que se busca é, entre outros, garantir ao cidadão sua liberdade individual e que a pessoa possa atuar desde que não cause prejuízos a outros, deve o Estado evitar o uso de sua força, principalmente do Direito Penal, que é por demasiado violento e estigmatizante para o indivíduo.

Em análise ao que foi expresso é oportuno destacar que o direito penal mínimo sobreveio de uma grande ingerência do Estado em administrar a situação penal em criminalizar condutas em excesso, com isso gera a incerteza. Muitas das vezes as atuações do Estado como uma instituição punitiva perante o cidadão, ao invés de resolver as situações que chegam até ele, acaba agravando o problema, por uma atuação estritamente punitiva em todas as ocasiões deixando muitas vezes de fazer análises técnicas das situações jurídico-penais. Dessa maneira o direito

penal mínimo ganhou campo e surge como algo a ser discutido na esfera penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.324).

O direito penal mínimo se constitui como uma política criminal para que os direitos e liberdades individuais sejam respeitados com primazia. Os direitos humanos são de suma importância para o convívio social e em muitos casos pode ele servir como uma espécie de limitador da intervenção estatal que se materializa através da lei penal. De outro modo também, prega que o direito penal não deixe de existir, mas quando usado deve ter sua aplicação adequada e condizente a situação de fato, não sendo externado como algo vingativo e invasor por parte do Estado. Porque acontecendo isso irá fazer um efeito reverso culminando em tratar os indivíduos como inimigos e conseqüentemente gerar mais violência e irá tratar com enorme desprezo os direitos humanos. (BARATTA, 1987, p.623-624).

O minimalismo penal em sua função existencial não tem como finalidade a extinção do direito penal, porém mostra outros caminhos para que o indivíduo em conflito com a lei seja penalizado, ou seja, a lei penal deverá ser aplicada apenas em situações realmente relevantes no ferimento do bem jurídico tutelado. O legislador exercendo sua função típica de criar as leis tem um papel importante, mas encontra nos princípios de direito penal mínimo firme barreira de limitação. No entanto, observa-se que determinadas situações há uma criação de leis exacerbada, muitas vezes sem coerência e deixando lacunas importantes em aberto, como a reparação da vítima e conseqüentemente a isso há uma grande ineficácia das leis penais. (PALADINO, 2010, p.407-409)

Cabe por fim destacar que o direito penal e sua abrangência vêm de um contexto histórico-social muito forte, onde em séculos atrás recebeu grandes influências distintas e outro olhar sobre a punição, muitas vezes com um grande aspecto vingativo. Para contrapor essas influências surgiram correntes mais humanistas e sensíveis às atrocidades praticadas pelo Estado. Uma das correntes, sem dúvida, é o minimalismo penal ou direito penal mínimo, conceito esse que veio trazer a esfera penal um olhar mais minucioso na aplicação das leis.

O minimalismo não pretende a extinção do direito penal, uma vez que crimes graves acontecem e o Estado como ente responsável pelo controle social tem que apurar e aplicar a lei penal conveniente ao caso. Todavia o direito penal mínimo busca fazer um contraponto interessante pregando certa razoabilidade e

atenção maior a alguns devaneios cometidos pela lei penal. Isso porque muitas vezes, nas situações de fato, condutas são praticadas e não ocorre lesão o bem jurídico que a lei penal propôs a proteger, mostrando com grande evidência que a aplicação do direito penal tem caráter mais intervencionista, do que a repressão a um crime que o próprio Estado escolheu tipificar e punir os indivíduos que praticarem aquele crime.

2.2 A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS COMO FONTES DE AUXÍLIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O direito penal é orientado por meio de fontes para delimitar sua atuação, embasar suas regras e trazer maneiras diversas de interpretação. Por meio de suas fontes a aplicação da lei penal pode ser interpretada de maneira a se adequar a determinada situação fática e também “força” o legislador a modificar e aperfeiçoar as leis penais, para que se ocorra uma adequação da lei penal frente o tempo e ao momento em que ela está sendo aplicada. (BITENCOURT, 2011, p.160-161).

As fontes são empregadas como meios e formas que o operador do direito tem para preencher lacunas legislativas, criar, modificar e extinguir entendimentos no ordenamento jurídico. De fato, as fontes do direito têm uma importância muito relevante, pois podem de certo modo modificar entendimentos em uma situação fática divergindo com o texto da norma já criada, pode incorporar um novo entendimento do texto legal. (PRADO, 2014, p.133).

Dentre as fontes do direito que são utilizadas habitualmente, não somente na esfera penal, mas sim dentro de todo o direito pode-se citar a doutrina, a jurisprudência e os costumes, sendo que tais fontes são de suma importância para a produção da argumentação jurídica e auxiliam na criação ou modificação de normas. (GRECO, 2011, p. 13-15)

Existem diversos significados para a o termo princípio, em termos gerais, como algo que é uma fonte, originadora de uma ação e preceito para algo. No mundo jurídico a expressão princípio não foge muito dessa regra, pois o princípio tem como um de seus deveres a formação de um alicerce para a aplicação e interpretação extensiva das leis positivadas. Podem eles estar implícitos em normas

ou expressamente explícitos, como na Constituição Federal de 1988, que possui um emaranhado de princípios fundamentais para os cidadãos. (NUCCI, 2014b, p.19)

Os princípios gerais de direito podem auxiliar na esfera judicial de modo que, quando alguma fonte do direito não supre a necessidade do operador do direito, causando certo “vazio” no ordenamento jurídico, eles podem ser utilizados para preencher uma lacuna na legislação. Os princípios devem ser utilizados em situações de fato, segundo o entendimento do operador do direito se aquele princípio utilizado pode adequar-se a essa situação, de modo a suprir aquela imprecisão da lei no caso concreto. (DINIZ, 2009, p.471-472).

Os princípios, para ser aproveitados com maestria, devem ser encaixados em um contexto lógico dentro da situação de fato, uma vez que não podem querer apagar a lei ali expressa. O princípio não pode ter o intuito de mudar a essência real da norma, pois poderá abrir margem para que seja levantadas dúvidas sobre certo uso arbitrário e conspirador dos princípios por aqueles que irão utilizá-los. (DINIZ, 2009, p.472).

As normas inseridas no ordenamento jurídico pelo legislador, em alguns momentos carecem de clareza ou em determinados casos acabam sendo omissas, desse modo os princípios gerais do direito, enquanto fontes formais podem suprimir essa omissão ou falta de clareza. Portanto de algum modo podem preencher essa lacuna na legislação e, por vezes obrigar o legislador á repensar algum ponto na lei para uma futura mudança que não tenha pontos omissos. (JESUS, 2014, p.71-72).

Outro fato de extrema relevância acerca de princípios é o fato de os mesmos servirem como uma espécie de limitadores da aplicação da legislação, de modo que serve para a garantia de liberdades e direitos fundamentais de todos os cidadãos. Isso porque a aplicação pura e simples da lei em determinada situação fática pode vir a fazer um contraponto com garantias do cidadão e vir a colidir com princípios gerais do direito causando uma grande incógnita para aplicação da lei. Dessa maneira, os princípios podem vir como meios tanto de limitação da aplicação “seca” da lei, mas também como orientadores em determinada situação fática e dentro de todas essas causas pode vir a despertar o olhar do legislador para determina lei que mereça alguma mudança, complementação ou a extinção da mesma. (PRADO, 2014, p.105).

Diante de diversas explicações sobre os princípios e como sua atuação pode interferir na aplicação da legislação, percebe-se que não se tratam de apenas fontes formais que podem a ser utilizadas em determinados casos, mas se tornaram de suma importância para o esclarecimento, complemento e interpretação na aplicação de normas. Dentro de uma situação fática podem mudar o rumo de tais fatos como também pode ser uma grande forma de chamar a atenção dos legisladores acerca da importância do aprimoramento e modernização das normas, de modo que não gere tantas incertezas e conflitos entre as normas vigentes.

Os princípios penais constitucionais se constituem como meios de controle e limitação do poder punitivo do Estado, desse modo o cidadão que infringir a lei deve responder as consequências de sua infração. Observa-se que os princípios têm o dever de garantir ao indivíduo respeito a sua integridade e seus direitos. Com os princípios penais constitucionais, de certo modo, o Direito Penal perde aquele status de ser cruel e desleal aos que infringem a lei, porque existem princípios que regulam e dão garantias aos cidadãos. (BITENCOURT, 2011, p.40).

A aplicação lei penal pelo Estado é uma das medidas mais drásticas que podem atingir os cidadãos, é onde o Estado mostra a sua “força” para aplicar as penas da lei aos que infringem, podendo inclusive a cercear a sua liberdade e restringir direitos. Devido a esses fatos existem meios que podem resguardar alguns limites e impor parâmetros para a aplicação da lei penal, que são os princípios constitucionais penais, eles asseguram os mínimos requisitos para que as pessoas que venham a sofrer as penas da lei tenham seus direitos garantidos e não sofram nenhum excesso ou violação dos direitos humanos fundamentais. (NUCCI, 2014b, p.19-20).

Como expressado acima os princípios penais constitucionais têm grande relevância na garantia de direitos. Uma vez que o direito penal no papel de meio legal para punir os indivíduos deve se atentar com as garantias e direitos que todas as pessoas têm, apesar de infringir a lei, para que não cometa excessos e se torne um meio de “vingança” do Estado.

2.3 A OFENSIVIDADE COMO PRINCÍPIO DE DIREITO PENAL.

A sociedade atual está modificada, tornou-se um emparelhado de complexidade, que abrangem questões sociais e maneiras de se pensar difusas. O direito penal está imerso nessa complexidade, pois com o passar dos séculos, com a crescente globalização e mudanças de se interpretar as leis penais, levaram a um grande questionamento sobre a afetação de bens jurídicos criados há anos atrás. Porque o direito penal como um instrumento estatal, preconiza a proteção do indivíduo para manter certo controle social, assim cria bens jurídicos a serem protegidos e tipifica crimes. Porém por toda uma modificação social, novas formas de aplicação da lei penal e uma lei completamente “esquecida” no tempo, hoje podem levantar dúvidas sobre a ofensa de bens jurídicos. (SAAVEDRA; VASCONCELLOS, 2012, p.14-15).

A constatação de uma conduta tipificada como criminosa e sua posterior aplicação no mundo jurídico-penal, percorre primeiramente um grande contexto histórico, pois diversas condutas e bens jurídicos protegidos pela lei, que tinham grande evidência, atualmente podem ser passíveis de questionamentos perante a justiça criminal. Porque as coisas progredem, a sociedade se modifica e as relações interpessoais ficam diversificadas e atualmente compreender o que é um bem jurídico relevante para aplicação da lei penal não é tarefa das mais simples. Dentro disso é onde surge a ofensividade como um meio garantidor de liberdades e direitos, dentro de um emaranhado de complexidade. (D'AVILA, 2009, 57-58).

O princípio da ofensividade é um meio de limitar o poder do legislador e do próprio direito penal em determinadas condutas, onde ficam concretizadas dentro de situações fáticas. Desse modo não sofreram as medidas impostas pela lei penal, por não trazerem grandes malefícios a um terceiro. Funcionando dessa maneira o princípio da ofensividade busca em sua essência coibir situações que não são lesivas a bem jurídico relevante de terceiro. Com isso pode abrir uma possibilidade do operador do direito agir com alguma tolerância na situação fática, uma vez que se a situação mostra com grande evidência que não lesou bem relevante, deve-se ter certo zelo pela liberdade individual. (GRECO, 2011, p.51-53).

Funcionando muitas vezes como um grande caminho para a busca de um Estado Democrático de Direito, respeitando garantias e preservando a liberdade dos

indivíduos o princípio da ofensividade, na sua função de princípio de direito penal, vem traçando caminhos a um Estado não intervencionista e que se preocupe, dentro de uma situação de fato, se houve ou não uma lesão grave a certo bem jurídico tutelado. Com isso almeja cuidar para que não haja invasão a vida de um cidadão, onde em alguns casos o mesmo terá sua liberdade cerceada por situações em que poderia ser evitado o cerceamento de sua liberdade. (NUCCI, 2014b, p.30-31).

Agregam fundamentos a construção de ideia sobre a ofensividade, como princípio de direito penal as palavras de Rogério Greco (2011, p.53):

[...] com a adoção do princípio da ofensividade busca-se, também, afastar dada incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que, embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros. [...]

A ofensividade pode trabalhar também em dois caminhos dentro do direito penal, fornecendo em um primeiro momento ao elaborador da lei penal uma espécie de orientação e alerta em relação à lei que está sendo positivada. Isso porque segundo a essência da ofensividade, somente condutas penalmente relevantes merecem a proteção da lei penal. Desse modo o legislador não pode desde logo criar tipo penal que não ofenda à bem jurídico relevante. Em segundo momento pode servir de meio interpretativo, fazendo o operador da lei, ou seja, um juiz de direito, promotor de justiça entre outros, colocar a ofensividade no caso concreto. Tais são aquelas situações fáticas em que lhe são apresentadas pela sociedade, muitas vezes em caso que pode levar a uma série dúvidas e incertezas sobre a ofensa ao bem jurídico protegido pela lei penal. A ofensividade pode desvendar muitas dessas dúvidas e incertezas, colocando um olhar mais centrado na situação, porque no cometimento de determinado crime, em situações distintas, pode-se aplicar em um caso a lei penal de maneira estrita e outra situação no mesmo crime, a ofensividade pode surgir como um meio absolutório. (BITENCOURT, 2011, p.52).

Em termos gerais o princípio da ofensividade tem abarcado a ideia de o Estado não “inchar” o direito penal, prevalecendo as liberdades individuais separando muitas vezes as condutas penalmente relevantes, essas que merecem o amparo da lei penal, daquelas condutas que para alguns são apenas imorais, porém

não interferem em nada na vida de terneiros. Praticamente obriga ao Estado a uma percepção maior dos direitos fundamentais, como as garantias individuais do cidadão e uma absolvição de pena por parte do Poder Judiciário naquelas condutas que expressamente não merecem o respaldo do direito penal. (FERRAJOLI, 2010, p.426).

Esse importante princípio para o campo jurídico-penal, como vem sendo mostrado até então, vêm mostrar que sua aplicabilidade é essencial. Reflete o quanto as relações interpessoais estão cada vez mais complexas e fazem os operadores do direito a terem reflexões sobre as definições, interpretações de leis e regras aplicadas no campo penal durante ao longo dos anos.

Corroborando com a importância do princípio da ofensividade para o âmbito penal, é possível aduzir os dizeres de Luiz Regis Prado (2014, p.115):

[...] estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazes protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais. Nesses termos, a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescritível. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Não tem respaldo jurídico a intenção do direito penal querer moldar e adequar a personalidade de algum indivíduo, por meio de leis penais em que ele considere, sem a mínima razão, uma conduta lesiva. Porque isso afeta de todas as formas as finalidades do direito, não deve ter incriminações por situações existenciais ou simplesmente expressam uma vontade ou desejo de uma pessoa, dentro de seus direitos cívicos. (JUNQUEIRA, 2014, p. 44-45).

Tirando de entendimento sobre esse princípio de direito penal, a ofensividade tem mostrado que está estritamente inserida na complexidade que são as relações interpessoais, trazendo ao mundo jurídico verdadeiros dilemas sobre a aplicabilidade da lei penal, uma vez que as situações de fato esboçam incertezas. Há no princípio da ofensividade uma relação com o minimalismo penal, porque o Estado deve preocupar-se com as situações evidentes e relevantes de ofensa ao bem jurídico, diferente disso estará atuando de forma interventiva e desnecessária, e até poderá causar uma desordem e repulsa social.

2.4. ADEQUAÇÃO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO NA LEI PENAL.

O convívio social de certa maneira traz riscos a todos os indivíduos que estão inseridos neste meio, uma vez que as relações humanas em determinadas situações são complexas, sendo assim algumas condutas trazidas por esse convívio social não podem ter a abrangência da lei penal, porque a sociedade como um todo precisa conviver de maneira mais pacífica possível e tem direito a um Estado menos interventor. O princípio da adequação social tem grande função de reduzir a abrangência da lei penal, frente às condutas socialmente aceitas e adequadas segundo o meio social, permite também delimitar a interpretação da norma penal, adequando-a a determinadas situações de fato. Por outro lado, também tenta direcionar o legislador para a criação de normas penais, mostrando que em determinadas condutas não possuem tanta relevância e não merecem a abrangência da lei, funcionando com uma espécie de filtro de bens jurídicos, trazendo para o campo das leis somente bens com determinada relevância. (GRECO, 2011, p.55-56).

A adequação social na sua concepção de princípio de direito penal, foi desenvolvida por Hans Welzel trazendo ao campo dos estudos penais um instrumento que vem por em debate a norma penal tipificada, frente a casos concretos e que merecem a devida discussão pelo seu contexto e situação de relevância social. (NUCCI, 2014b, p. 175-176).

Dessa maneira, para uma limitação no poder punitivo estatal ou organizar as medidas impostas pelo Estado para que o indivíduo seja punido com certa razoabilidade/proporcionalidade pelas leis penais, a adequação social vem colocar em discussão o fato de que somente as condutas socialmente relevantes é que devem ser abrangidas pela lei penal.

Nesse contexto, o princípio da adequação social implica que as condutas relevantes para o direito penal devem atender as práticas aceitas socialmente, pelo fato de que não se pode punir ao extremo uma conduta totalmente inserida no contexto daquele meio social. As ditas condutas socialmente aceitas, de certo modo não constituem delitos, porque às vezes por meio de análises específicas de casos

concretos não estão revestidas de caráter ilícito e por conclusão chegam a afastar todo o laço de tipicidade¹ da conduta. (BITENCOURT, 2011, p.49).

Os tipos² penais expressam uma espécie de escolha do legislador de coibir determinadas condutas como criminosas. No entanto, isso gera certa inquietação, uma vez que é possível observar também que condutas definidas como crime, carecem de determinada relevância social, levando os indivíduos que estão sob a jurisdição dessas normas a pôr em questionamento a relevância e a utilização de tal fato considerado como criminoso. Torna-se muito complicado estabelecer uma linha tênue entre a conduta criminalizada e o que a grande maioria dos indivíduos entende como algo criminoso. O princípio da adequação social é um grande instrumento para interpretação da lei penal, porém torna-se um princípio a ser utilizado em ocasiões muito específicas e estritamente ligado ao fato concreto, porque essa variação do que é socialmente aceito ou tido como relevante chega a ponto muito subjetivo. (BITENCOURT, 2011, p.50).

Todavia, essa análise de comportamentos humanos, para posterior definição do que é ou não uma conduta socialmente aceita/relevante, torna-se algo extremamente complexo, uma vez que os indivíduos dentro de uma sociedade raramente externam os mesmos pensamentos e opiniões sobre o assunto.

E a questão penal acirra ainda mais essa discussão, por trata-se de que alguns enxergam determinada conduta como criminosa, já outros não coadunam com a mesma opinião. Todo esse emaranhado de complexidade chega ao legislador e ele no fim das contas é quem exterioriza determinada opinião, transformando em lei, para que posteriormente toda a sociedade cumpra rigorosamente a sua determinação legal.

O princípio da adequação social utilizado em sua forma estrita acredita que as condutas socialmente aceitas, não devem constituir delitos, logo, a conduta praticada deve ser suprimida do campo da tipicidade, pois afasta o caso concreto do que está positivado nas normas penais. Esse princípio acaba elevando a discussão

¹ “Entende-se por tipicidade a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal previsto abstratamente na lei e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado. É o adjetivo que pode ou não ser dado a um fato, conforme ele se enquadre ou não na lei penal.” (ESTEFAM, 2010, p.194).

² “[...] tem a função de delimitar o que é penalmente ilícito do que é penalmente irrelevante, tem o objetivo de dar garantia aos destinatários da norma, pois ninguém será punido senão pelo que o legislador considerou delito. [...] o tipo não cria a conduta, mas apenas a valora, transformando-a em crime”. (NUCCI, 2014b, p.144).

para um campo um pouco audacioso, pois o caso concreto vai enunciar muito sobre a colocação do princípio da adequação social no plano material, nesse sentido é que se pode dizer que a tipicidade dos fatos fica estremeçada. Com isso leva o caso concreto a bater de frente com a lei positivada. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.485).

O conceito do tipo penal expõe as infrações penais, mostrando o que é ilícito penal, então de maneira geral se tem a noção de que tudo o que o tipo penal descreve como crime é algo socialmente relevante a ponto de ser considerado algo criminoso e ter uma sanção para a sua infração. Nessa aferição do tipo penal é que pode surgir à aplicação princípio da adequação social, porque apesar de o fato estar descrito no tipo penal, situações em casos concretos, externando uma conduta socialmente aceita naquela ocasião, pode levar a um contexto de atipicidade, uma vez que somente condutas socialmente relevantes devem ter o manto da lei penal. Contudo resta expressar que a adequação social exclui a tipicidade da conduta levando a uma situação de fato atípico, pois o princípio da adequação social revela-se um grande instrumento de interpretação e orientação frente a norma penal. (SANTOS, 2000, p.37-38).

É possível tirar como lição que o princípio da adequação social se mostra com um grande aparelho de discussão e reflexão da lei penal, pois traz ao campo penal discussões relevantes e que podem dividir opiniões e pensamentos sobre os casos. Nesta visão, pode-se perceber que o caso concreto que está sendo levado para a aplicação da lei penal, vai revelar muito sobre a utilização do princípio da adequação social, porque no conceito desse princípio expressa a chamada “conduta socialmente relevante”, mostrando que somente elas devem ser tipificadas, com isso coloca frente a frente a lei penal tipificada pelo legislador com uma situação concreta.

Por fim, concluiu-se que o direito penal mínimo é um instrumento dentro da esfera penal para garantia de um Estado democrático de direito e que sua aplicação resulta em uma limitação do poder sancionador do Estado. É uma ferramenta importantíssima para adequar a lei penal em determinado caso concreto. Também se ressalta o valor dos princípios para o mundo jurídico, eles são um meio que auxiliam o operador do direito na aplicação da norma. Com os princípios podem-

se preencher lacunas legislativas ou moldar algumas situações confusas das normas penais, desse modo tirando a dúvida em relação a aplicação daquela norma.

A ofensividade como princípio de direito penal é um grande para a aplicação das normas penais, porque se preocupa com a ofensa aos bens jurídicos tutelados pelas normas penais para que a pessoa responda por seu ato. Podendo limitar a abrangência da lei penal, uma vez que se a conduta praticada não tem como resultado uma ameaça de lesão ou lesão ao bem jurídico da norma, tem-se como consequência a atipicidade daquela conduta.

3. O CRIME SEXUAL DO ART.217-A DO CÓDIGO PENAL E SUA RELAÇÃO COM A NÃO LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO: DIGNIDADE SEXUAL.

Dentro de uma sociedade constata-se diversas situações fáticas envolvendo relacionamentos entre os indivíduos que fazem parte daquele meio social. Sendo assim o direito penal foi criado para realizar o controle social, como um instrumento regulador de algumas condutas, que através das leis restringe os comportamentos e atitudes dos indivíduos que infringem o texto legal.

Nessa tarefa de ser regulador de condutas o direito penal foi elaborado para proteger os chamados bens jurídicos, que no entendimento do legislador são de valor fundamental e podem estar vulneráveis a ação de outros indivíduos. Por isso merecem proteção, por meio da devida sanção penal a aqueles que infringirem a lei.

Um desses bens jurídicos tutelados pelo direito penal é a dignidade sexual, que no entendimento do Estado merece a proteção das leis penais. Dentro da dignidade sexual tem-se a tipificação de várias condutas criminosas, entre elas encontra-se o crime de estupro de vulnerável, contido no art. 217-A do Código Penal, trazida com o advento da Lei 12.015/09. Objeto de estudo dessa monografia, o crime de estupro de vulnerável tem suas particularidades, frente aos outros crimes sexuais expressos no Código Penal, uma delas é relação de vulnerabilidade e autonomia da vontade do adolescente, frente à conduta praticada.

Nesse momento também se pretende revelar a tipificação da lei, antes do advento da Lei 12.015/09, que trazia os seus bens jurídicos e tipos penais específicos. Contudo, busca relevar que a tentativa de flexibilização da norma, para determinados casos concretos, não é algo recente e gera discussões desde antes mudança da lei no Código Penal.

Por fim analisar-se-á a nova redação da lei dada ao art.217-A do Código Penal e sua interpretação dogmática, desde o advento da referida lei, juntamente com a questão da vulnerabilidade, levantando questões e discorrendo sobre a vulnerabilidade absoluta ou relativa, segundo a lei vigente sobre o crime de estupro de vulnerável.

3.1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A AUTONOMIA DA VONTADE: A TUTELA DA SEXUALIDADE DO ADOLESCENTE.

O bem jurídico, em termos gerais, são os valores fundamentais que segundo as leis merecem a tutela do Direito/Estado, na condição de proteger alguém ou alguma coisa. A escolha do bem jurídico a ser protegidos pela lei pode levar a uma longa discussão e conflitos de ideias, porque se devem escolher os bens mais relevantes para a tutela do Estado, aqueles capazes de violar de alguma maneira o estado de tranquilidade do cidadão ou da sociedade. Todo esse cuidado na escolha de bens jurídicos relevantes se deve ao fato de o direito penal, em essência, ser o meio legal do Estado de punir alguém por uma infração cometida, podendo cercear liberdades e direitos de uma pessoa. Portanto, o bem jurídico se mostra estritamente relevante para a esfera penal, do contrário, pode transformar o direito penal em um meio de punição arbitrário e inconsequente. (NUCCI, 2014a, p.29-30).

Na ótica de que a lei penal só pode haver punições para os casos de danos significativos a um bem jurídico, embasado no princípio da ofensividade, a discussão sobre a importância e relevância dos bens jurídicos torna-se ainda maior, porque são eles é quem vão determinar a aplicação da lei penal em razão de um fato criminoso. Diferente disso poderia abrir margem para questionamentos sobre a própria aplicação da lei ou tornar o fato atípico, tudo isso por não lesar o bem jurídico determinado. O bem jurídico também deve encontrar um devido valor social para ser encaixado em determinadas situações fáticas, pois a função dele se revela na relação entre o valor defendido pela lei penal e a ação do indivíduo no caso concreto. Podem os bens jurídicos conter formas materiais ou imateriais, individuais ou interesses coletivos, todas essas formas servem para que ele abarque diversas situações que possam ser objeto da tutela da lei penal. (PRADO, 2014, p.218-219).

Os bens jurídicos penais devem ser muito bem estudados, debatidos e avaliados antes de motivar a criação das leis penais, uma vez que o legislador muitas vezes é movido com impulso próprio ou pressionado, embasando-se muitas vezes em conceitos pessoais do que é moral ou imoral ou também interesses de determinados grupos (religiosos, sociais e econômicos). Com isso acaba

transformando a produção das leis em um grande jogo de interesses, que perde totalmente a sua real finalidade.

A interpretação e aplicação dos bens jurídicos nas normas penais jamais devem ficar engessadas no tempo, pois a sociedade se transforma, muda sua maneira de agir e pensar sobre determinada causa, inclusive sobre a tutela penal. Sendo assim, determinados bens jurídicos podem sofrer mudanças interpretativas com o tempo, porque muitas vezes que um bem jurídico é selecionado como relevante é de acordo com o costume difundido naquela época. Acontece que o conceito de costume na prática torna-se algo extremamente relativo e de grande subjetividade, podendo ser modificado com o passar de gerações. Com isso, os bens jurídicos são extremamente afetados, pois a elaboração de uma norma penal em determinada época, para ser aplicada em outro contexto de geração, anos depois, torna-se um grande desafio, visto que os conceitos de bens jurídicos anteriormente relevantes podem perder essa relevância com a ação do tempo, muitos até sendo inutilizados e esquecidos no texto legal. (NUCCI, 2014a, p.30).

Nesse âmbito pode-se voltar a discorrer sobre o papel do legislador na elaboração e modificação de normas penais, porque são eles os grandes responsáveis por qualquer alteração no texto legal e tem como competência constitucional o poder de legislar. Eles é que podem rever as normas e contribuir para que não fiquem inutilizáveis ou esquecidas, em razão do grande lapso temporal entre a elaboração da norma e sua aplicação atual.

Muitos legisladores não agem para a mudança, como citado anteriormente, unicamente por caráter pessoal ou por pressão de quem os colocou nas casas legislativas. Desse modo, dificulta a aplicação de normas penais, pois se podem ver casos de extrema inutilização do texto legal, como exemplo o art. 62 da Lei de Contravenções Penais no capítulo que trata das contravenções relativas à polícia de costumes diz que:

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (BRASIL, 1941).

Analisando esse artigo pode-se ver que se as instituições de segurança pública fossem aplicar a norma em casos concretos atualmente, teriam que

enquadrar diversas pessoas quase todos os dias em festas e eventos públicos. Podem-se notar alguns pontos em que geraram incertezas e dúvidas, porque o que pode ser considerado estado de embriaguez na perspectiva de 1941 e na perspectiva atual. E o termo “cause escândalo” pode ser muito relativizado e interpretado de diversas formas, dada à subjetividade dessa interpretação e o olhar do tempo histórico que tal interpretação foi feita, movida por questões culturais e de costumes. Toda essa analogia reforça a ideia de que os conceitos de bens jurídicos tutelados e a interpretação das normas não ficam paralisados no tempo, sempre acabam em discussões sobre a sua atual utilização. Toda essa analogia reforça a ideia de que os conceitos de bens jurídicos tutelados e a interpretação das normas não ficam paralisados no tempo, sempre acabam em discussões sobre a sua atual utilização. (NUCCI, 2014b, p 5-7).

Na esfera do direito penal a tutela da integridade física e a vida tem o devido encargo de nortear os bens jurídicos que, segundo a legislação vigente, merecem a devida atenção e proteção por se tratar de algo relevante, entre estas tutelas também está à dignidade sexual. A dignidade sexual acabou sofrendo mudanças com a legislação durante os anos, porque a sexualidade sempre foi um tema que gerou grandes discussões e sempre foi abordada com opiniões divergentes, pois se trata de algo muito subjetivo e estrito a vida privada dos indivíduos. Muitas vezes misturados com a moral, religião e outros aspectos que acabam formando uma ideia pessoal sobre o tema e que por diversas vezes acabou refletindo nas legislações vigentes. (D’ELIA, 2014, p. 55-56).

A dignidade sexual está estritamente atrelada a situações da vida sexual de cada indivíduo, de maneira geral esse campo está muito ligado a vida privada dos indivíduos. Ao discorrer sobre esse tema entra-se em uma esfera de muita subjetividade, porque os indivíduos têm o direito, em regra, de exercer sua sexualidade da maneira que acharem mais conveniente, sem que ocorra alguma intervenção do Estado ou da sociedade. Todavia as satisfações de desejos sexuais devem obedecer ao que lei tipificada impõe, uma vez que a legislação não tolera a satisfação sexual com o emprego de violência ou grave ameaça, de maneira em que traga graves constrangimentos e de modo que invada a vida íntima do outro indivíduo. (NUCCI, 2014a, p. 31-32).

No âmbito do tema observa-se que com o passar dos tempos a dignidade sexual passa por uma modificação de conceitos e entendimentos, muitos atos que antes eram considerados “tabus” dentro da sociedade hoje são vistos de forma mais aberta e são abordados com mais tranquilidade para debates sobre a sexualidade.

Esse bem jurídico tutelado pela norma penal que é dignidade sexual, também é decorrente da dignidade da pessoa humana, princípio contido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. A dignidade humana é um valor que orienta a elaboração da norma penal, inclusive no âmbito da dignidade sexual, no exercício da sexualidade. A dignidade da pessoa humana traz muito disso, uma busca incessante para que todos os indivíduos tenham seus direitos respeitados e com mínimas condições de ter uma vida digna e possa viver em absoluta tranquilidade em sociedade. A dignidade sexual engloba diretamente esse princípio constitucional, visto que a proteção a esse bem jurídico tem com finalidade os mesmos cuidados a dignidade da pessoa humana. Contudo, no caso da dignidade sexual, visa cuidar com maior especificidade a sexualidade das pessoas, para que estejam protegidas dos atos não aceitos, praticados de forma violenta ou sem o devido consentimento, o que resulta em um crime contra a dignidade sexual. (GRECO, 2015, p.455-456).

Como citam os autores Luana Pelegrini de Oliveira e Rafael de Oliveira Costa (2015, p.129-131), em um trecho da Revista de Estudos Criminais:

[...] Outrora denominado *Dos crimes contra os costumes*, passou a designá-lo como *Dos crimes contra a dignidade sexual*. A antiga expressão “justificava-se sob o aspecto cultural em que vivia a sociedade brasileira na década de 1940. Para a sociedade da época, apenas as mulheres da família, de bons costumes, virgens até a data do casamento mereciam a proteção da lei”. A alteração legislativa procurou o Título VI de uma concepção constitucionalista do Direito Penal, uma vez que a dignidade sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana: trata-se de um macro bem jurídico, que abrange a liberdade sexual, a liberdade sexual dos vulneráveis, a exploração sexual e o pudor público.

Fazendo esse comparativo entre a dignidade sexual, como bem jurídico tutelado pela norma penal e dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, percebe-se que um está diretamente atrelado ao outro, pois um decorre do outro. É o resultado de uma preocupação da lei em atender a essa demanda, já que quando se menciona a palavra dignidade, ela remete a valores dos indivíduos. Desse modo, a dignidade sexual não deve ser tratada com um simples

objeto legal, pois os seres humanos são dotados de dignidade, merecendo um respaldo legal rígido, porém quando se trata de sexualidade observa-se um grande emaranhado de complexidade, porque envolvem relações sociais e diversas situações fáticas apartadas.

Quando se tenta discorrer sobre a tutela da sexualidade do adolescente, relacionando com sua autonomia da vontade, é algo que sempre gera incertezas e dúvidas, apesar de a lei penal atual colocar um marco na faixa etária para os menores de 14 (catorze) anos, considerando-os absolutamente vulneráveis. Tal configuração legal não é um assunto fechado no campo da doutrina, poder judiciário e na sociedade com um todo. O termo adolescente refere-se a uma fase da vida de um ser humano de certo desenvolvimento e aprendizado, preparando-se para uma vida adulta. Contudo, essas afirmações sempre causam discussões acerca do termo “adolescente” e principalmente em relação ao fator idade. Não há um consenso firmado sobre a concepção de adolescência em termos mundiais, apesar de a Organização Mundial da Saúde colocar entre a faixa etária de 10 (dez) a 19 (dezenove) anos aos adolescentes, período esse que o Ministério da Saúde do Brasil e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE também utilizam. (FARIA; VIANNA, 2016, p. 17-18).

Todavia, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece critérios próprios e faz o seu marco temporal para considerar as figuras das crianças e adolescentes, como expressa:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. (BRASIL, 1990).

Fazendo a devida análise do Estatuto da Criança e do Adolescente, constata-se que o marco estabelecido para considerar criança é de até 12 (doze) anos e adolescente entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Ocorre também uma excepcionalidade ao considerar adolescente os indivíduos entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos, nos casos em que a Lei permitir. A diferenciação entre adolescente e criança torna-se complexa ao se comparar os marcos legais até agora utilizados, pois até no próprio Brasil não se tem uma idade considerada “padrão”

para utilizar em todos os meios da sociedade. Abre-se então um grande questionamento se a adolescência é marcada pela um faixa etária ou por um conjunto de fatores de experiências e vivências em seu meio social.

A procura por respostas e por um período correto demarcatório de uma idade fixa em relação aos adolescentes, principalmente para se considerar o exercício livre da sexualidade, é visto sempre com diversos lados e visões. Na literatura sobre o tema define-se o período da adolescência permeado por vários fatores, entre eles biológicos, psicológicos, sociais e entre outros, dessa maneira pode-se afirmar que esses fatores podem influenciar na formação de um indivíduo e permitir que de certa forma seja estabelecida sua autonomia da vontade, na condição de ser humano. (FARIA; VIANNA, 2016, p 27).

A lei brasileira, no Código Penal, estabeleceu uma faixa etária de 14 (catorze) anos de idade para tratar dos vulneráveis em relação ao estupro, considerando-os absolutamente vulneráveis. Como já exposto, é de alta complexidade discorrer sobre o tema, porque a lei é obrigada a estabelecer um marco temporal para que ela mesma possa ser aplicada. Mas, é inegável que é uma escolha difícil para o legislador, pois esse marco etário de 14 (catorze) anos está em desacordo com o definido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O desenvolvimento individual de cada ser humano acaba sempre sendo diferente, desse modo há influências por diversos fatores já mencionados, como psicológicos, biológicos e sociais, ou seja, nem todas as pessoas alcançarão a fase da adolescência aos 12 (doze) anos, alguns talvez a alcancem antes e outros depois. Também com o passar das décadas, a sexualidade ficou um pouco mais maleável de ser tratada na sociedade, inclusive gerando alterações pela Lei 12.015/2009, inserida no Código Penal, que substituiu a expressão “crimes contra os costumes” para abordar os “crimes contra a dignidade sexual” e também estabeleceu a redação do art. 217-A. Apesar do Código Penal ter colocado o seu próprio período demarcatório da maturidade do adolescente para o consentimento do exercício da sexualidade de forma livre aos 14 anos, no caso do estupro de vulnerável, como uma vulnerabilidade absoluta, fechando no Código Penal essa discussão. Não há de negar-se que as situações fáticas levadas ao poder judiciário sempre acabam levantando-se os prós e os contras no estabelecimento da vulnerabilidade absoluta pela lei penal, entretanto não se podem fechar os olhos

para as situações de fato trazidas pela sociedade em relação a esses casos que acabam afrontando o tipo penal. (FARIA; VIANNA, 2016, p 27-29).

Diante ao exposto, tira-se como conclusão que os bens jurídicos são grande aliados da lei penal, pelo fato de serem eles que irão tutelar os tipos penais descritos na lei. Os bens jurídicos sofreram algumas mudanças em relação ao tempo, pois alguns perderam o sentido de serem tutelados e outros surgiram para suprir necessidades de proteção da lei penal.

A dignidade sexual, um bem jurídico tutelado no Código Penal, remete muito a sexualidade do ser humano e coloca um parâmetro para situações extremamente individuais e íntimas. Entretanto, ela também pode sofrer ataques por outros indivíduos com violência e grave ameaça, desse modo deve ser resguardada pela lei penal. A dignidade sexual, assim como outros bens jurídicos, passa por modificações de entendimento e concepção.

Por fim, relatar sobre a sexualidade e autonomia da vontade de adolescentes se torna algo bastante complexo, visto que o próprio conceito e faixa etária do que é um adolescente não é concreto. Pode-se perceber que o próprio ser humano sofre com influências de diversos fatores em sua vida, de modo que molda a sua percepção das coisas, porém torna-se algo de análise muito individual e de difícil constatação. A lei penal para ser aplicada tem que obrigatoriamente, em sua visão, estabelecer um marco temporal de idade. Mas apesar de ter um marco de idade regimentado pela lei penal, jamais se podem descartar as situações fáticas apresentadas pela sociedade ao poder judiciário, porque se julga vidas de seres humanos e determinadas decisões afetam suas vidas e seu meio social.

3.2. O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA: A TIPIIFICAÇÃO DO CRIME ANTES DA LEI 12.015/2009 E SUA FLEXIBILIZAÇÃO.

O cenário do Código Penal brasileiro anterior à inserção da Lei 12.015/2009 em seu Título VI da parte especial relatava os “crimes contra os costumes”. Descrevia os crimes embasados em uma moral vigente à época, em que não havia critérios muito específicos que revelassem os costumes ideais daquela sociedade, conseqüentemente gerando diversas dúvidas e incertezas sobre a aplicação da Lei Penal. Para o olhar atual, a legislação de 1940 previa critérios

extremamente subjetivos e muitas vezes preconceituosos, os referidos costumes não tinham um “manual” de condutas específicas. Aliado a tudo isso, a legislação sobre os crimes sexuais elaborada em 1940 não acompanhava os avanços dos moldes comportamentais no campo sexual dos adultos e da juventude da sociedade brasileira, mesmo após a Constituição Federal de 1988 começar a vigorar, onde trouxe direitos fundamentais como as liberdades de agir e pensar, demorou-se muito para uma alteração específica na norma penal sobre a liberdade sexual. (NUCCI, 2014a, p.17-18).

A descrição de crimes contra os costumes na legislação penal de 1940 gerava também uma grande incerteza na proteção de bens jurídicos dos crimes contidos no Código Penal brasileiro, porque cada crime em sua redação expressava diferentes terminologias extremantes subjetivas. Antes da inserção da Lei 12.015/2009, o crime de estupro (art. 213) expressava somente a palavra “mulher” em sua redação, porém no artigo posterior, artigo 214, expressava somente “constranger alguém”, já atribuindo ao sexo masculino e feminino a possibilidade de serem vítimas. Também é possível observar nos extintos artigos 215 e 219 a expressão “mulher honesta”, esses exemplos trazem à tona a imensidão de subjetividade que a lei expressava. Tudo isso evidencia as grandes obscuridades da lei penal da época, mostrando que o legislador tinha conceitos e entendimentos completamente diferentes do que é visto hoje, não mostrava com precisão a quem a lei deveria proteger, porque esses conceitos anteriormente citados poderiam ser muito voláteis. (BITENCOURT, 2012, p.39-40).

Analisando as circunstâncias da lei contida no Código Penal brasileiro antes da Lei 12.015/2009, percebe-se fortes traços de uma sociedade que impunha um padrão de conduta para os indivíduos e que não tinha uma devida segurança jurídica no momento em que a norma penal fosse aplicada, não que hoje a segurança jurídica é mais expressiva, porém nos dias atuais os conceitos e a discussão a respeito de sexualidade ficaram mais abertos.

Os fundamentos utilizados para dar respaldo a configuração da lei anterior eram baseados em demasia em cima de uma espécie de “moral pública”, algo que era na época quase intocável, mas com o avanço do tempo foi ficando um pouco maleável. Até porque com o lapso temporal que a lei anterior adquiriu, começou-se a mudar as discussões sobre a sexualidade, a ver bens jurídicos

diferentes a serem tutelados pela norma penal. Aliado a toda essa discussão, e o mais importante para a ampla repercussão, diversos casos chegaram ao Poder Judiciário e colocaram em “xeque” a edição da norma penal vigente a época, trazendo para o entorno da esfera penal a discussão de flexibilização da norma para se adequar as situações fáticas trazidas pela sociedade. Com isso surgiu a necessidade quase inegável de uma nova legislação que versava sobre os crimes sexuais como um todo, não somente em relação aos vulneráveis, mas também para abranger outras situações fáticas levadas ao judiciário. (JESUS, 2013, p.121-122).

Como se pode observar a lei penal anterior à Lei 12.015/2009, no artigo 224 trazia em sua redação a chamada presunção de violência e na alínea “a”, considerava presumida a violência contra o indivíduo que não é maior de 14 (catorze) anos, como podemos ver no Código Penal: “Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos”. (BRASIL, 1940).

Essa redação revela com grande evidência que a presunção de violência naquele momento era presumida, atrelada estritamente ao Título dos crimes contra os costumes, que na visão da antiga lei expressa que a tutela penal abarcava uma espécie de moral constituída naquele momento social.

Com as diversas situações fáticas apresentadas pela sociedade ao poder judiciário, houve interesse e motivação para as mudanças na legislação, uma vez que as discussões em torno da antiga lei expuseram que a verdadeira vítima do crime não eram os costumes, até então expostos ali como tal, mas sim a condição de ser humano que teve sua privacidade e liberdade sexual invadida e violada. Com esse cenário posto, percebeu-se que já era hora na mudança de entendimento da norma e buscar novas percepções da lei penal sobre os crimes sexuais. Porque quando se começa a dar a devida importância no indivíduo como vítima do crime sexual, consegue-se adequar a lei penal a cada situação fática apresentada. De modo que, se necessário, nem a lei penal será aplicada ao caso concreto, trazendo ao caso a discussão sobre a vulnerabilidade. Diante disso mostra a grande complexidade que é lidar com conjunto: situação fática e lei penal. (CUNHA, 2010, p. 249).

Diante do exposto percebe-se que os antigos crimes contra os costumes eram embasados estritamente na visão geral da época sobre a sexualidade e conseqüentemente a isso impõe padrões de comportamento determinados no texto

penal. Descrevem muitas vezes as vítimas dos crimes somente com um sexo, no caso a mulher, e coloca diversas situações de subjetividade na lei, no uso do termo “mulher honesta”, que permitiam a qualquer intérprete da lei penal colocar uma linha de padrão comportamental da mulher e considerá-la “honestas”, nos dias de hoje a utilização de termos como esses ecoam como algo absurdo e abusivo perante as mulheres.

Com o passar dos anos a sociedade se permitiu a falar mais sobre sexualidade e a mentalidade dos indivíduos começou a mudar perante a essa lei penal retrógada. Consubstanciado a isso as situações fáticas levam ao poder judiciário a ter entendimentos diversos da lei para adequar, segundo a opinião do intérprete da lei, a melhor maneira de se fazer justiça. Tratava a violência contra a pessoa com menos de 14 (catorze) anos como presumida, pautando-se muitas vezes em hipóteses e suposições de violência, abrindo grande margem para a arbitrariedade e subjetividade da lei penal.

Processando essas ideias eleva-se a um ponto de grande importância, porque quando se fala em lei penal, logo, remete-se a situações atreladas a seres humanos, seja como vítimas, seja como autor dos crimes, mostrando a grande importância e relevância do tema e a flexibilização do entendimento para julgar os casos concretos.

3.3. O CRIME SEXUAL DO ART. 217-A E SUA PREVISÃO NO CÓDIGO PENAL A PARTIR DA LEI 12.015/2009.

O Código Penal tem entre as suas funções dentro de um Estado Democrático de Direito tutelar bens jurídicos, como a propriedade, a vida, a honra e entre outros. É através do Código Penal que o Estado demonstra aos indivíduos que convivem em sociedade que eles devem seguir as normas ali descritas, se não, estão sujeitos as penas da lei. Entretanto, fazer justiça na esfera do direito penal é algo altamente complexo, porque o Estado está lidando com uma sociedade e seres humanos, todos passíveis de mudar de opiniões e ter outras concepções sobre determinados assuntos na esfera penal com o passar das décadas. Desse modo se torna imprescindível à mudança na legislação e ter um olhar para contemporâneo a

respeito de determinados assuntos envolvendo o direito penal. (ROCHA, 2010, p. 5-6).

A Lei 12.015/2009 alterou e extinguiu de forma significativa alguns artigos do Código Penal brasileiro, o Título VI passou a ser denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual” e o Capítulo II passou a ser denominado “Dos crimes sexuais contra vulnerável”, uma preocupação dada a mais pela lei penal na figura dos vulneráveis. Dessa forma surgiu uma nova figura dentro do texto penal, o estupro de vulnerável, contido no artigo 217-A, esse tipo penal vem para atender um anseio de alguns anos da sociedade e dos intérpretes da lei penal no sentido de efetuar a devida mudança no texto legal. A redação desse artigo promoveu na lei que os tipos penais fossem delimitados com o objetivo de excluir a presunção de violência e buscar a definição coesa dos sujeitos que passam a ser protegidos pela lei penal, nesse caso são os menores de 14 (catorze) anos, aqueles com enfermidade ou deficiência mental, que não têm o discernimento necessário da prática do ato e, por último, aquele indivíduo que no momento do ato não pode oferecer resistência. (PRADO, 2013, p.845-846).

Dessa forma a lei penal brasileira ganhou um novo artigo, o 217-A, com redação diversa dos anteriores, um tipo penal específico para a proteção dos vulneráveis e com penas mais severas para os indivíduos que praticam o crime, como se observa *ipsis litteris* do Código Penal:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL, 2009).

Com um objetivo mais definido a Lei 12.015/2009 procurou dar uma nova redação ao Código Penal, onde se tonou mais claro de quem são os sujeitos ativos

e passivos da lei penal e passou a dar proteção legal voltada à condição do ser humano, independente de sexo, que está sendo vítima do crime. Tal alteração mostrou que os crimes contra os costumes estavam praticamente apagados, pois naquela ocasião a norma penal buscava uma proteção maior, uma dita “moral pública”, preservando os costumes da sociedade.

A importância da inserção da nova lei encontra respaldo nas palavras de Guilherme Souza Nucci (2014a, p. 17-18):

Há muito vínhamos sustentando a inadequação da anterior nomenclatura do Título VI da Parte Especial do Código Penal (“dos crimes contra os costumes”), lastreada em antiquados modelos de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral. Afinal, os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e denominadores abrangentes para nortear o foco dos costumes na sociedade brasileira. [...] os tais costumes não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude brasileira e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade.

Afinal, com o advento também da Constituição Federal de 1988, tem-se um grande destaque na dignidade da pessoa humana, porque ela é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Com isso volta-se a uma preocupação com ataques aos indivíduos, dessa maneira a lei penal, meio de punição do estado, busca proteger os indivíduos considerados vulneráveis sob um novo aspecto da Lei 12.015/2009. Porque um Código Penal redigido em 1940 com características daquela época e valores estabelecidos completamente diferentes dos atuais, que colocava os costumes como algo relevante no tocante penal, com o passar dos tempos não fez mais sentido continuar com aquela redação da lei no Código Penal, pois diferia de fundamentos da Constituição federal e dessa maneira foi devidamente modificado. (FAVORETTO, 2011, p. 38-39).

O objetivo principal deste trabalho consiste na abordagem, sobre a nova ótica da Lei 12.015/2009, para tratar do artigo 217-A “caput” do Código Penal, ou seja, a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Portanto, a seguir será dado mais destaque a análise desse artigo.

Em um primeiro momento, com a inserção da nova lei que modificou a redação do Código Penal e criou o artigo 217-A, houve a pretensão de proteger a

dignidade sexual, desse modo refere-se ao bem jurídico tutelado por essa nova redação da norma. A redação do artigo citado também tem como propósito a proteção para que a pessoa considerada vulnerável, as que possuem menos de 14 (catorze) anos devem ter preservados o seu desenvolvimento como seres humanos. Segundo a própria norma, merecem ter essa proteção pelo fato de não ter a devida capacidade de assimilar ou de se defender de uma investida contra a sua dignidade sexual. A Lei 12.015/2009 direciona sua proteção à maturidade mental da pessoa, no que tange a sexualidade, porque não admite em hipótese alguma a prática de conjunção carnal e de atos libidinosos com pessoa menor de 14 (catorze) anos, logo, a lei as considera completamente incapazes de consentir com a prática dos atos sexuais. (ESTEFAM, 2013, p. 171-172).

Com a modificação no Código Penal, através da Lei 12.015/2009 criou-se também novas figuras como sujeitos ativos e passivos do crime de estupro de vulnerável. O sujeito ativo do crime pode ser qualquer indivíduo, tendo o adeto ainda do artigo 226, inciso II, onde (BRASIL, 2009) diz que: terá um aumento de pena: “de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”. O sujeito passivo do crime é o vulnerável, menor de 14 (catorze) anos, seja homem ou mulher. O tipo objetivo do crime é a conjunção carnal ou a prática de qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, tendo ainda aumentos de pena se a violência resultar em lesão corporal de natureza grave (art. 217-A, §3º) e se resultar em morte (art. 217-A, §4º). O tipo subjetivo do crime tem-se a punição quando praticado com dolo, sendo que o indivíduo deve ter o conhecimento da vulnerabilidade da vítima. (CUNHA, 2010, p.257-258).

Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, na categoria “constranger a conjunção carnal”, deve haver a prática do ato sexual com a introdução do pênis na vítima. Já a expressão “praticar ato libidinoso”, consuma-se o crime com a prática de ato libidinoso contra a vítima, seja ele qual for, como exemplo o beijo lascivo, a prática de sexo oral e masturbação, levam a configuração de um ato libidinoso e a consumação do crime. Apesar da dificuldade de averiguação, admite-se a tentativa no crime de estupro de vulnerável. A Lei 12.2015/2009 também alterou a Lei 8.072/90, no seu artigo 1º, inciso VI, considerando o estupro de

vulnerável um crime hediondo, porém não há aumento de pena. Haverá aumento de pena, de quarta parte, ao sujeito ativo que praticar o crime de estupro de vulnerável em concurso entre 2 (dois) ou mais sujeitos ativos (art. 226, inciso I). A ação penal no caso da ocorrência do crime de estupro de vulnerável é considerada ação penal pública incondicionada, uma vez que o artigo 225, parágrafo único, revela tal procedimento, desse modo em tese o aplicador da lei penal não precisa de representação da vítima para processar criminalmente o sujeito ativo do crime. (BITENCOURT, 2012, p.103-104).

Dessa maneira, pode-se concluir que o direito penal nunca pode ser algo imutável, pelo fato de envolver seres humanos e a sociedade com um todo. A Lei 12.015/2009 tentou em sua nova redação no Código Penal mudar drasticamente alguns aspectos da Lei Penal, no caso deixar de abordar os costumes e passar a proteger a dignidade sexual. Criando desse modo uma nova figura no Código Penal que é o art. 217-A, colocando uma proteção especial em volta dos vulneráveis, no caso os menores de 14 (catorze) anos, onde trouxe inovações a respeito de sujeitos ativos e passivos do crime e penas específicas na ocorrência do mesmo.

Em síntese, com o advento da Lei 12.015/2009, que trouxe consideráveis mudanças na lei penal, em específico o tipo penal do estupro de vulneráveis, para tutelar pessoas menores de 14 (catorze) anos, emergiram novas discussões sobre o tema, porque retirou a expressão "presunção de violência", que era prevista para configurar o crime de estupro quando a vítima tinha menos de 14 anos, mesmo que tivesse expressado sua anuência com a prática da conjunção carnal.

3.4. VULNERABILIDADES ABSOLUTA OU RELATIVA?

Com as consideráveis modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, no Código Penal, afloram para o debate outros tipos de discussões, como a vulnerabilidade absoluta prevista no Código Penal, com a criação do tipo penal do artigo 217-A. Nele contata-se uma consideração de vulnerabilidade absoluta em relação os ditos vulneráveis pela norma penal. Para fins desse trabalho será dado maior enfoque a situação das pessoas menores de 14 (catorze) anos.

A ideia de sanar o problema da antiga descrição do Código Penal, no extinto artigo 224, alínea "a", onde descrevia a situação dos menores de 14 (catorze)

anos com presunção de violência, acabou não tomando o efeito desejado pelo legislador. Observa-se ainda significativo debate na jurisprudência e na doutrina sobre o tema, uma vez que os julgados de diversos tribunais e as situações fáticas mostram isso. A solução encontrada pelo legislador, com a criação do tipo penal, artigo 217-A, fomentou um debate muito complexo acerca da vulnerabilidade. A lei penal considera expressamente a vulnerabilidade absoluta, estabelecendo uma faixa etária de menores 14 (catorze) anos para tanto, porém ela acaba descrevendo uma situação arbitrária do legislador em relação a isso, visto que os conceitos do que é um indivíduo adolescente e o estabelecimento de faixas etárias sempre se mostraram difusos em algumas situações, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente. (NUCCI, 2014a, p.112-113).

O debate sobre o tema se torna mais complexo por se referir a sexualidade de seres humanos e incluir outros fatores aglutinados. Todavia, o crime estupro com (violência ou grave ameaça) causa grande repulsa na sociedade e evoca a tutela da norma penal para a repressão dessa prática.

No caso do artigo 217-A do Código Penal, apesar de a palavra estupro estar presente na descrição do tipo penal, não necessita da violência ou grave ameaça para a caracterização do crime. Isso porque o tipo penal está ligado a uma vulnerabilidade absoluta e considera totalmente vulnerável a pessoa menor de 14 (catorze) anos. Diante disso é que surgem as discussões sobre o tema, visto que a mudança dada pela Lei 12.015/2009 afasta de plano a aceitação da situação fática de uma pessoa menor de 14 (catorze) anos estar convivendo em conjugalidade com outra pessoa, mantendo relações sexuais. O Código Penal coloca essa situação como crime, pois define o marco de faixa etária para fazer a aplicação da lei penal e a seleção do bem jurídico tutelado. Entretanto, quando se trata de situações de fato envolvendo seres humanos há maior complexidade, porque os indivíduos têm desenvolvimentos humanos diferentes, atrelados a diversos fatores. E acabam ocorrendo situações como a descrita acima e a norma penal fecha os olhos para essa circunstância, preferindo aplicar a lei e não discutir o fato ocorrido. (JESUS, 2013, p.156).

Por outro lado, é extremamente compreensível o estabelecimento por parte do Estado de rígida proteção aos indivíduos que são considerados legalmente como vulneráveis, pelo fato de a própria Constituição de Federal de 1988 estabelecer tais

diretrizes. Nesse sentido, há uma proteção firme expressa no artigo 227, §4º, onde diz que: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (BRASIL, 1988). Partindo dessa ideia o Estado, por meio da legislação penal, cria os meios punitivos para a proteção de quem ele considera vulnerável e conseqüentemente define legalmente em tipo penal a chamada vulnerabilidade absoluta. Embasado nessa diretriz e outras presentes no ordenamento jurídico o Estado cria esse protecionismo ao individuo que considera vulnerável, e no caso do artigo 217-A, estabelece um marco para uma faixa etária e aborda todas as pessoas menores de 14 (catorze) anos como vulneráveis. Ao estipular a vulnerabilidade absoluta no tipo penal incriminador, o legislador impediu a possibilidade de alteração de entendimento da lei e para obter uma firme punição ao infrator da lei penal imposta por ele. (D’ELIA, 2014, p.100-101)

Trazendo para o debate sobre o tema e externando a grande complexidade de lidar com a questão da vulnerabilidade do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, pode-se trazer a opinião divergente, ao colocado acima, de Guilherme Souza Nucci (2014a, p.114) o qual diz que:

A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato o princípio da ofensividade. [...] o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de um novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro 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. [...] permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção a criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerado absoluta no cenário sexual.

Todos esses argumentos colocados sobre a vulnerabilidade absoluta ou relativa, mostra que há grandes divergências na maneira de pensar e observar a lei penal. Porque de um lado se tem o legislador, no Código Penal, estabelecendo seus critérios e condições na norma penal considerando a vulnerabilidade absoluta do tipo penal para as pessoas menores de 14 (catorze) anos. Entretanto, há a ocorrência de situações fáticas trazidas pela sociedade e divergências dentro do próprio ordenamento jurídico que levam a questionamentos na imutabilidade do tipo

penal, colocando em alguns casos a vulnerabilidade relativa como melhor saída naquela situação de fato.

Como conclusão neste capítulo pode-se destacar a importância dos bens jurídicos na proteção de tipos penais considerados relevantes pela lei penal, pois são eles que dão a valoração jurídica da norma e, conseqüentemente, levam ao sujeito que lesou um bem jurídico as penas da lei. Destaca-se também a mutação dos bens jurídicos conforme o passar dos anos e a definição da dignidade sexual, como bem jurídico tutelado, que é inserida no capítulo II do Título VI do Código Penal pela Lei 12.015/2009. A alteração trouxe uma nova visão de proteção pela norma normal, deixando de observar a violência como uma ofensa aos costumes, passando a considerá-la como uma violação da dignidade sexual das vítimas, a partir do bem jurídico tutelado.

Tratando com maior especificidade o crime sexual do artigo 217-A do Código Penal, coloca-se a visão da Lei Penal antes da inserção da Lei 12.015/2009, onde não existia a figura do artigo 217-A e se observava tipos penais repletos de subjetividade e com tentativa de preservação de uma “moral pública” baseada nos costumes. O advento da Lei 12.015/2009 eliminou da norma penal os costumes, alterando o Título VI do Código Penal, para que a norma penal passasse a voltar sua atenção à vítima como um ser humano constituído de dignidade. Criou-se um capítulo específico para os crimes contra os vulneráveis, com particularidades e penas próprias.

Com as devidas mudanças na norma penal, abre-se também o debate sobre uma vulnerabilidade descrita na norma penal. O artigo 217-A é claro, sua visão é absoluta, porém o legislador não conseguiu por fim às discussões interpretativas da doutrina, pelo fato de que em determinados casos concretos, com a convivência marital que envolve pessoa com menos de 14 anos que são por vezes levadas ao judiciário, tem-se como resultado a relativização da vulnerabilidade.

4. AS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E OFENSIVIDADE APLICADOS AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PELA IDADE.

Na medida em que se exploraram os princípios da ofensividade e adequação social na condição de fazer um questionamento ao crime de estupro de vulnerável por idade, analisou-se que surgem diversas questões complexas para se explorar. Uma dessas questões que são levantadas diz respeito a vulnerabilidade, de um lado sob a ótica da lei penal que trata como algo absoluto não admitindo, em tese, outra interpretação do tipo penal.

Todavia, as práticas sociais, a jurisprudência e as discussões na doutrina mostram que esse assunto não está superado. De fato, ainda se discute uma possibilidade de relativização da vulnerabilidade no caso de vítimas menores de 14 (catorze) anos, o que leva a uma conseqüente discordância da lei penal tipificada.

Desse modo, o objetivo desse capítulo é contextualizar os princípios de direito penal da adequação social e ofensividade com o crime sexual do art. 217-A do CP, por meio do estudo dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Observa-se que, apesar da Lei Penal deixar evidente a situação de não se admitir a relativização da vulnerabilidade, as práticas e costumes sociais, materializadas no conteúdo dos acórdãos, evidenciam que os referidos princípios podem servir como limitadores de responsabilidade penal na ocorrência do crime do art. 217-A do Código Penal.

As situações fáticas, aliás, são de suma importância para os julgados do egrégio tribunal, porque é em razão delas e dos princípios da ofensividade e adequação social que são fundamentados os acórdãos. E, conseqüentemente, levam o Tribunal a uma visão contrária a lei penal, colocando os fatos e os princípios como bases de sustentação de seus julgados.

Ressalta-se também a excepcionalidade das situações fáticas desses julgados, visto que a lei penal é clara em relação ao artigo 217-A, em não admitir-se a relativização da vulnerabilidade. As situações que são levadas ao Tribunal de Justiça não envolvem violência e grave ameaça, e na grande maioria dos casos tem o consentimento da menor de 14 (catorze) anos. Um fato relevante dos acórdãos envolve uma questão de gênero, visto que em todos os acórdãos expostos têm-se

como vítimas meninas com idade entre 12 (doze) e 13 (treze) anos. Desse modo esses episódios controvertidos movem os julgadores a destoar da lei penal e julgar com bastante ênfase na situação fática, nos costumes sociais, empregando os princípios de direito penal como grandes sustentadores de seus acórdãos.

No presente capítulo serão examinados, por meio do estudo de acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, situações em que se aplicam os princípios da ofensividade e adequação social para flexibilizar a idade definida no tipo penal e, também, situações em que os julgadores entenderam por não aplicar os princípios e, conseqüentemente, condenaram os réus pelo crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal. Não há uma jurisprudência clara nesse tribunal a respeito da interpretação do artigo 217-A do Código Penal, variando as decisões conforme os casos apresentados, como será visto a seguir.

A metodologia aplicada para a pesquisa jurisprudencial foi a coleta manual de acórdãos em banco de dados eletrônicos, disponíveis na *Internet*. O período de coleta dos acórdãos foi entre os dias 03 e 04 de maio de 2018 no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sítio eletrônico: <https://www.tjsc.jus.br>. Para a realização da pesquisa dos acórdãos no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina utilizou-se das seguintes palavras chaves para a obtenção dos resultados: estupro de vulnerável provido; estupro de vulnerável consentimento; estupro de vulnerável relacionamento.

A título de relevância para a pesquisa foram coletados o total de 08 (oito) acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desse total, houve 2 (duas) decisões em que o julgadores aplicaram os princípios da ofensividade e adequação social para a flexibilização do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, antes da edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, julgada em 25 de outubro de 2017. Em outros 3 (três) acórdãos analisados, os desembargadores aplicaram os princípios citados para flexibilizar a vulnerabilidade legal das vítimas, absolvendo os acusados pelo estupro, em casos que foram julgados pelo tribunal após a edição da referida Súmula, contrariando seu conteúdo. Em sentido oposto, houve também 03 (três) acórdãos julgados após a edição da Súmula, que apesar de similaridades de situações fáticas nos casos concretos com os acórdãos que aplicam os princípios, houve decisões em sentido contrário e acabaram por condenar os acusados pelo crime de estupro de vulnerável.

Aliás, é de extrema relevância explicar sobre o conteúdo da Súmula, porque ela vem diretamente ao encontro do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal e com o estudo desse trabalho. Ademais mostra o quão controverso é ainda esse assunto dentro dos tribunais brasileiros, onde se observa pelo conteúdo da Súmula do nº 593 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017):

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Pode-se notar que foi preciso que o Superior Tribunal de Justiça reafirmasse o exato conteúdo do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal. Apesar de o Código Penal ser claro em relação ao objetivo de considerar a vulnerabilidade absoluta em relação aos menores de 14 (catorze) anos, as demandas que chegaram aos tribunais forçaram a edição de Súmula na tentativa de colocar um marco final na discussão.

Fazendo uma breve análise do conteúdo da Súmula observa-se que ela não traz muitos fatores de inovação para a discussão, apenas ratifica o que o artigo 217-A sempre expressou. A Súmula, no geral, soa mais como um esclarecimento aos julgadores dos tribunais em relação a esse assunto. Coloca em sua redação que é totalmente irrelevante a experiência sexual ou relacionamento amoroso dos indivíduos menores de 14 anos para que se relativizasse a norma, motivo que vinha sendo empregado para a flexibilização da vulnerabilidade prevista na norma e consequente absolvição dos agentes.

Com efeito, as situações de fato levadas ao Poder Judiciário que acabaram por relativizar a vulnerabilidade em relação aos menores de 14 (catorze) anos, basearam-se muito na relação conjugal em que as vítimas adolescentes estavam convivendo. E também no meio social em que essas vítimas estavam inseridas pelo fato de familiares, inclusive os pais, naquele meio social observar tal situação com normalidade, como irá se constatar nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O fato de o tipo penal do artigo 217-A ser bem explícito em relação a sua vulnerabilidade absoluta não foi o suficiente para encerrar toda a discussão, apesar

de serem situações excepcionais, mostra que a discussão sobre esse tema não está totalmente encerrada. Os princípios do direito penal como a ofensividade e adequação social e as situações de fato são grandes trunfos para aqueles que julgam pela relativização da norma, desse modo conseguem ir em desacordo com o tipo penal do artigo 217-A e a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça.

4.1. DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA QUE APLICAM OS PRINCÍPIOS PARA FLEXIBILIZAR A IDADE DEFINIDA NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL.

A flexibilização da vulnerabilidade em relação à idade definida no artigo 217-A, ou seja, menor de 14 (catorze) anos, foi tomando conta em algumas situações em julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pode-se mencionar que são situações excepcionais, mas que colocaram em discussão a vulnerabilidade absoluta pregada pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal.

Ressalta-se que em todos os acórdãos as vítimas tinham idade entre 12 e 13 anos e eram meninas. Não há discussão quando a vítima tem menos de 12 anos na data do fato, aplicando-se o disposto em lei na íntegra.

A prolação de acórdãos no sentido de admitir, em alguns casos, a flexibilização da vulnerabilidade com relação em menores de 14 (catorze) anos foi evidenciada antes da edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça e também após a publicação da referida Súmula, como se pode observar:

O **caso 01**, julgado antes da edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de Apelação Criminal n. 2015.042352-7, do município de Correia Pinto, julgado pela Primeira Câmara Criminal, no dia de 25 de Agosto de 2015.

Em síntese do caso, o indivíduo J de B.L de 20 (vinte) anos começou a conviver maritalmente com A. C. I. C de 13 (treze) anos, morando inclusive em um imóvel cedido pela mãe da vítima. Durante a convivência de ambos, consentida por A. C. I. C (13 anos) e seus familiares, acabaram a vítima e o acusado tendo relações sexuais, das quais foi gerada um filho.

O Ministério Público de Santa Catarina apresentou denúncia sobre o caso por estupro de vulnerável, mas em sentença do juiz de primeiro grau restou o

acusado J de B.L absolvido. Desse modo, o Ministério Público, inconformado com a sentença em primeiro grau, que julgou improcedente a sua denúncia e absolveu J. de B.L, interpôs apelação criminal.

Em acórdão o Tribunal de Justiça de Santa Catarina fez análise do caso e proferiu o seu acórdão com a seguinte ementa:

[..] ACUSADO QUE PRATICOU ATOS SEXUAIS COM PESSOA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS DURANTE CONVÍVIO CONJUGAL ESTÁVEL E DURADOURO, COM CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E DE SUA FAMÍLIA. GERAÇÃO DE UM FILHO NO DECORRER DA UNIÃO. CONTORNOS ÍMPARES DO CASO QUE REVELAM A INOCORRÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE (*NULLUM CRIMEN SINE INIURIA*). ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA [...] (SANTA CATARINA, 2015)

Os desembargadores em seus argumentos para absolvição do acusado se ativeram de maneira enfática na situação fática apresentada, o relacionamento em que J de B.L de 20 (vinte) anos e A. C. I. C de 13 (treze) anos mantinham, inclusive com a geração de um filho. Destacaram que havia um amplo consentimento de A. C. I. C e de familiares de ambos sobre o relacionamento. (SANTA CATARINA, 2015).

Para a sua fundamentação jurídica, colocaram o princípio de direito penal da ofensividade como grande fundamento, de modo que a conduta de J de B.L não lesou o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 217-A do Código Penal. Porque as relações sexuais foram consentidas e durante um convívio de relacionamento amoroso e assim não atentou contra a dignidade sexual de A. C. I. C. (SANTA CATARINA, 2015).

Como foi expresso no item 2.3 deste trabalho a ofensividade tem como grande fundamento uma espécie de limitação à própria lei penal em relação às situações em que o bem jurídico tutelado pela norma não foi lesado. No caso 01 os desembargadores levaram em consideração a não lesão ao bem jurídico, frente ao caso concreto apresentado e reconhecem que o fato era atípico.

O **caso 02**, também foi julgado antes da edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, de Apelação Criminal n. 2014.029844-0, do município de Abelardo Luz, julgado pela Quarta Câmara Criminal, no dia 23 de Outubro de 2014.

Em síntese do caso o acusado C. F (22 anos) na época do caso, começou a ter um relacionamento amoroso com A. G. M. (13 anos). Ambos se conheceram e na constância desse relacionamento que durou dez meses, até a descoberta do caso, mantiveram relações sexuais de 2 a 3 vezes por semana. Os pais de A. G. M. não sabiam do relacionamento e após a descoberta pediram para que C. F não namorasse sua filha, porém A. G. M começou a “matar” aulas para se encontrar com o C. F e ali mantinham relações sexuais consentidas por ela.

O Ministério Público apresentou denúncia contra C. F e o juiz de primeiro grau, frente à situação fática apresentada, absolveu o acusado do crime de estupro de vulnerável. Desse modo, o Ministério Público interpôs apelação criminal querendo a condenação do acusado, pelo fato de considerar absoluta a vulnerabilidade de A. G. M.

No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, destaca-se o seguinte trecho:

Havendo provas da existência de relação afetiva duradoura entre a vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre eles, a tipicidade da conduta deve ceder espaço ao princípio da adequação social. Isso porque, embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, encerrar uma conduta tolerável no meio social em que ocorre, não necessitando da intervenção punitiva do Estado. (SANTA CATARINA, 2014).

O que se observa no caso 02 é que os desembargadores em acórdão reconhece a tipicidade formal da conduta praticada, porém destacam que a situação era diferenciada e não merecia a reprimenda penal. Uma vez que ambos queriam manter aquele relacionamento, apesar das investidas dos pais de A. G. M. de não querer o namoro, ambos continuaram a se encontrar e manter relações sexuais. Na visão dos desembargadores, apesar de a situação se adequar no tipo penal do art. 217-A as situações fáticas expostas no acórdão permitiram a absolvição do acusado. (SANTA CATARINA, 2014).

O princípio da adequação social, trabalhado no item 2.4, é levado como grande argumento jurídico para a absolvição do acusado. Na visão dos desembargadores, o contexto social em que ambos estavam inseridos não demonstra a configuração de um crime. E que A. G. M. tinha total e livre

consentimento de suas atitudes no caso em questão. O que fica evidente no seguinte trecho:

Desse modo, não se demonstra razoável e proporcional a intervenção do Estado no caso concreto visto que, a não ser pela discordância dos genitores de A. G. M., o namoro entre dois jovens (e, as consequentes relações sexuais) é socialmente aceitável, razão pela qual a tipicidade formal cede espaço ao princípio da adequação social, de forma a afastar a tipicidade material da conduta. (SANTA CATARINA, 2014)

O caso 02 traz elemento diferente do caso 01, pois trata do princípio da adequação social na conduta praticada no caso em questão. Promove que a conduta de C. F em manter um relacionamento amoroso com A. G. M, e consequentes, relações sexuais faziam parte do meio social em que ambos estavam inseridos. Manter uma relação amorosa, com a prática de relações sexuais não trazia nada de anormal para a vida de A. G. M, tratada como vulnerável pela lei, esses fatos (namoro e relações sexuais) na visão dos desembargadores, faziam parte do cotidiano de A. G. M que tratava tudo isso como situação de normalidade em decorrência de seu relacionamento com C. F. (SANTA CATARINA, 2014).

Conforme ponto de vista dos desembargadores a condenação do acusado nesse caso seria uma clara intervenção punitiva do Estado, porque para os sujeitos inseridos o caso (C. F e A. G. M) a conduta praticada era socialmente aceita em seu meio, afinal mantinham um relacionamento amoroso há dez meses.

Como externado inicialmente o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula nº 593 em 25 de outubro de 2017, na tentativa de colocar um ponto final em relação à relativização da vulnerabilidade de menores de 14 (catorze) anos no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal. Contudo os **casos 03, 04 e 05** irão mostrar que apesar de publicação da Súmula, em algumas situações fáticas continuou-se a relativizar a vulnerabilidade de menores de 14 (catorze) anos.

O **caso 03** é um julgamento de embargos infringentes e de nulidade n. 0000068-14.2017.8.24.0000 da cidade de Laguna, julgado pelo Primeiro Grupo de Direito Criminal, no dia 28 de março de 2018.

O caso descreve que o acusado J.B (26 anos) e V.C.H (12 anos) começaram a ter um relacionamento amoroso e passaram a ter encontros constantes. A grande maioria desses encontros era dentro do veículo de J.B. Não houve no caso concreto a conjunção carnal, mas interações sexuais (beijos e

carícias) entre ambos. Ambos se falavam constantemente por mensagens de celular e tinham diversos encontros pessoais consentidos por V.C.H. Na descrição do acordão, relata que V.C.H procurava J.B para ter os encontros, às escondidas, porque J.B na ocasião era casado.

No julgamento de primeira instância na comarca de Laguna/SC o juiz de primeiro grau rejeitou a denúncia do Ministério Público e absolveu o acusado. No entanto o Ministério Público interpôs apelação criminal em relação à sentença absolutória. A quarta câmara criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por maioria, acolheu o recuso de apelação do Ministério Público para condenar o acusado. Desse modo, o acusado interpôs embargos infringentes e de nulidade pelo fato de o acordão da quarta câmara criminal não ser unânime. Por fim foram acolhidos os embargos infringentes e de nulidade e o acusado absolvido no caso.

No mérito do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade pode-se destacar a ementa com os seguintes dizeres:

[...] EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO QUE PERMITE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. RELACIONAMENTO DESEJADO E CONSENTIDO PELA MENOR, CUJO COMPORTAMENTO, INCLUSIVE SEXUAL, ERA RECONHECIDO COMO MADURO POR SEU NÚCLEO SOCIAL. INTERAÇÃO RESTRITA A ATOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. CONDENAÇÃO QUE IRIA DE ENCONTRO A TODOS OS FINS DO DIREITO E DA SANÇÃO PENAL.[...] (SANTA CATARINA, 2018a)

Na análise do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade do referido caso os desembargadores fazem uma espécie de junção, no que tange aos argumentos jurídicos, com os casos 01 e 02 deste trabalho. Porque no interior do acordão fica evidente que os julgadores se atêm muito a situação fática apresentada, onde V.C.H não foi coagida ou forçada a ter as interações sexuais (beijos e carícias) com J.B. Sendo que os fatos aconteceram na constância do relacionamento em que eles estavam tendo. Segundo os desembargadores, V.C.H tinha o consentimento dos atos praticados e apresentava grande maturidade sexual e uma personalidade que levava a total compreensão das interações sexuais (beijos e carícias). (SANTA CATARINA, 2018a).

A formação da personalidade dos indivíduos é algo de extrema complexidade para se detalhar ou expressar algo como absoluto, porque o ambiente social em que ele está inserido irá contribuir muito com a construção dessa

personalidade. Todos os indivíduos têm por garantia a sua livre formação da personalidade, independente da sua idade, alguns com o processo de desenvolvimento de personalidade mais rápido pelo ambiente em que convivem diariamente. No que tange a prática sexual, vem muito ao encontro com a construção da personalidade, pois é muito complicado colocar um marco temporal (idade) nessa situação, visto que é algo extremamente íntimo. Pode-se notar que a interação entre o ambiente social e a construção da personalidade pode influenciar muito no que rege ao campo sexual. (NUCCI, 2014a, p.26-27).

A discussão sobre a vulnerabilidade relativa de V.C.H, vem ao encontro com os princípios discutidos nesse trabalho, uma vez que os julgadores consideraram que é válido nesse caso concreto a discussão sobre a sua relativização. Pelo fato de verem que V.C.H não foi forçada ou coagida e consentiu/procurou os encontros com J.B. Diante dos fatos não há tipicidade material, levando a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal, no mesmo sentido do caso 01, aplicando-se a o princípio da ofensividade. (SANTA CATARINA, 2018a).

Há também uma grande semelhança com o caso 02 no que tange ao núcleo social de V.C.H no caso concreto, porque testemunhas no acordão relatam que suas atitudes nas esferas públicas e privadas de sua vida não expressavam a sua idade. E era vista por pessoas da comunidade como alguém de maturidade, no que se refere a relacionamentos, pois já tinha alguns anteriores ao com J.B. Levantando a questão de que para V.C.H era absolutamente normal ela manter essas interações sexuais (beijos e carícias) com J.B, coadunado com a adequação social nesse caso concreto. (SANTA CATARINA, 2018a).

Ficando evidente no seguinte trecho do acordão:

As particularidades do feito impedem a configuração da figura típica prevista no art. 217-A do CP, haja vista inexistir vulnerabilidade ou violência presumida. Ao contrário disso, o Apelante não pretendia satisfazer sua lascívia aproveitando-se da idade da infante, porquanto se deflui dos autos que mantinha relacionamento com a vítima. A própria vítima relatou ter "ficado" com o embargante outras vezes. Apesar da recente manifestação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o estupro não admite relativização (Terceira Seção do STJ sob o rito dos recursos repetitivos), não vejo, no caso presente, qualquer fundamento plausível para que um jovem de 27 anos receba punição de oito anos de reclusão. (SANTA CATARINA, 2018a).

Da leitura do julgado é possível extrair que mesmo com a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, a situação expressada nesse caso concreto coloca uma ocasião de não lesão ao bem jurídico tutelado pela norma e observa que o meio social relacionado à maturidade de V.C.H levaram ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina absolver J.B. Com isso os julgadores contrariando o tipo penal e recente Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com a intenção de não restringir a liberdade de um indivíduo, em face da relativização da vulnerabilidade do tipo penal do art. 217-A.

O **caso 04** mostra a Apelação Criminal n. 0000329-45.2014.8.24.0012, da cidade de Caçador, julgada pela Segunda Câmara Criminal no dia 07 de Novembro de 2017.

Em síntese do caso, o acusado A. M. R (22 anos) teve um relacionamento amoroso com C. A. dos S (13 anos) durante três meses. Relacionamento esse que somente foi interrompido pelo Conselho Tutelar da cidade ao saber da ocorrência do fato. Durante a constância desse relacionamento amoroso A. M. R e C. A. dos S mantiveram diversas vezes relações sexuais, que segundo apurou-se no acórdão eram consentidas por C. A. dos S.

Ambos se conheceram na rua onde moravam pelo fato de A. M. R ser vizinho da avó de C. A. dos S e na residência de A. M. R mantiveram diversas relações sexuais, pelo menos sete vezes, como se refere o acórdão. A adolescente C. A. dos S, ia até casa de A. M. R para manter relações sexuais. Sendo que também era de conhecimento de sua avó e de sua irmã que C. A. dos S já teve relações anteriores a com A. M. R.

O Juiz de primeira instância acolheu denúncia do Ministério Público e condenou A. M. R pela prática de estupro de vulnerável a uma pena de 12 anos de reclusão. Inconformado A. M. R interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Como foi observado nos acórdãos dos casos 01, 02 e 03, o caso 04 também não se discute a autoria e materialidade formal dos fatos, uma vez que todos se enquadram no tipo penal do art. 217-A e na recente Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça.

Se atendo ao caso 04, percebe-se que os desembargadores em acórdão logo se concentram em expressar que os fatos contidos no caso concreto são

excepcionais. Todavia, segundo entendimento dos desembargadores que julgaram o caso, ele se difere do conteúdo da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça.

No entendimento do relator do caso Desembargador Getúlio Corrêa a dignidade sexual da menor não foi afetada, embasada na existência de fatos concretos que comprovam tal fato. Como o relato de C. A. dos S que expressa o seu consentimento com as diversas relações sexuais e também estava na época em um relacionamento amoroso com A. M. R. Inclusive ocasiões em que C. A. dos S fugiu de casa para se encontrar com A. M. R, demonstrando, segundo o desembargador, elevada para compreensão dos fatos ocorridos em questão. (SANTA CATARINA, 2017).

Como se observa no trecho do acordão:

A vulnerabilidade do adolescente com idade entre 12 (doze) e 14 (quatorze) anos deve ser tratada como questão de fato, passível, portanto, de afastamento se as circunstâncias do caso concreto permitirem atestar, com a devida segurança, que a dignidade sexual do menor não foi comprometida, dada a inexistência de fragilidade para os assuntos concernentes a sua intimidade. Na hipótese, não há violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal, portanto foge ao Estado a prerrogativa de punir. O caso concreto não tem as mesmas similitudes fáticas do recurso especial representativo de controvérsia que, posteriormente, ensejou a edição do enunciado nº 593 da súmula do STJ. (SANTA CATARINA, 2017).

Com os argumentos jurídicos de que não ocorreu à violação do bem jurídico tutelado, a dignidade sexual, desse modo configura a aplicação do princípio da ofensividade ao caso concreto. Assim demonstrando muita similaridade com os casos 01 e 03 que levaram a atipicidade da conduta dos acusados.

Em outro trecho do acordão o desembargador Getúlio Corrêa fundamenta a sua tese de aplicação do princípio da ofensividade a situação fática. Dessa maneira acaba levando a atipicidade da conduta de A. M. R, frente ao caso concreto:

No caso, as provas mostram que os atos de intimidade deram-se mediante consentimento da adolescente, a qual, salvo melhor juízo, possuía maturidade sexual suficiente para praticá-los, tanto é que fugiu de casa para encontrar-se com o acusado. [...] o bem juridicamente tutelado pela normal penal, a dignidade sexual, não foi lesado, já que a adolescente possuía plena consciência e conhecimento dos atos praticados e com eles consentiu, por livre e espontânea vontade, e, ao que tudo indicada, por um amor adolescente (SANTA CATARINA, 2017).

O princípio da ofensividade serve como uma ferramenta no direito penal para mostrar que a conduta de indivíduo só pode ser considerada criminosa quando há uma violação ou uma ameaça concreta e eminente a um bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Esse princípio de certa maneira, levanta uma discussão sobre os casos em que o legislador na criação da norma coloca um risco ou perigo presumido no tipo penal. Com isso acabam levando indivíduos as penas da lei, sem que se observe a situação fática apresentada no caso concreto. (FAVORETTO, 2011, p.76).

Por fim pode-se destacar que o caso em questão também traz similaridades com os casos 02 e 03 no que tange argumentos jurídicos do princípio da adequação social. Ao final do acordão o desembargador Getúlio Corrêa coloca que A. M. R não deveria sofrer as pena da lei, pelo fato de na época do julgamento do caso (2017), ele estar casado com a irmã de C. A. dos S e ter um filho com ela. Segundo ele a aplicação da lei penal irá trazer uma grave desordem social e familiar naquele núcleo, desse modo se torna desnecessário e invasivo o Estado encarcerar A. M. R.

Como se observa no seguinte trecho do acordão:

[...] condenar o acusado pela prática do crime descrito na denúncia acarretaria em um grave descompasso familiar, notadamente porque hoje em dia o réu convive com a irmã da vítima (V. S. C.) e com ela tem um filho. [...] considerando a realidade vivenciada pela juventude, cujo contato com a sexualidade tem se dado cada vez mais precocemente, ainda mais dentro do contexto de uma relação amorosa, e verificada a inexistência de lesividade ao bem jurídico tutelado, entende-se insignificante a conduta do ponto de vista penal, impondo-se, pois, a absolvição do réu [...]. (SANTA CATARINA, 2017).

Com todos os argumentos jurídicos colocados acima, percebeu-se que na visão dos julgadores a absolvição do acusado se fez necessária pelos fatos apresentados no caso concreto. E justificando tudo isso com grande fundamento jurídico nos princípios da adequação social e ofensividade.

Fazendo ainda correlação com os casos citados, o **caso 05** é relativo a Apelação Criminal n. 0001474-72.2012.8.24.0056, de cidade de Santa Cecília, tendo como relatora a Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, julgado pela Quinta Câmara Criminal no dia 26 de Abril de 2018.

Em breve resumo do caso, R. S. A. (20 anos) começou a ter um relacionamento amoroso com J. de F. D (13 anos) no ano de 2011. Que logo

começaram a namorar, com a ciência dos pais de J. de F. D. Com o passar do tempo de namoro R. S. A começou a morar junto com J. de F. D na casa de seus pais. Durante o namoro mantiveram diversas relações sexuais. Da relação acabou que J. de F. D ficou grávida. Somente interromperam o relacionamento por um pequeno período a pedido do promotor de justiça do caso. Mas, reataram a relação quando J. de F. D fez 14 (catorze) anos e atualmente convivem juntos.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o acusado, porém o magistrado rejeitou a denúncia absolveu-o baseado nas provas do caso concreto. O Ministério Público interpôs apelação criminal requerendo a condenação do acusado.

Neste caso 05 os julgadores tiveram que observar com muita atenção o caso concreto, porque havia um relacionamento amoroso entre os dois e com o consentimento da família de J. de F. D. Após um período de relacionamento começaram ainda a conviver juntos na casa da adolescente criando vínculos familiares. No depoimento da adolescente, no acordão, ela se mostra consciente do namoro e das relações sexuais diz que nunca foi coagida ou forçada. Expressou já ter sido casada anteriormente no período de oito meses e já tinha conhecimento de situações de ordem sexual. (SANTA CATARINA, 2018b).

Observando o seguinte caso concreto os julgadores se expressaram da seguinte maneira:

[...] as provas dos autos demonstram que não se tratou de pura e simples relação sexual ou satisfação da lascívia, mas sim que existia evidente relação de afetividade entre a vítima e o acusado. A ofendida não só consentiu com os supostos atos sexuais, mas também narrou com naturalidade, na audiência de instrução, que residiu com o réu na própria casa dos pais, e não ficou demonstrado que ele tenha ludibriado a mesma ou a envolvido em uma trama para concretizar as relações sexuais. [...] Os genitores da vítima tinham conhecimento do relacionamento e não se opuseram a ele [...] (SANTA CATARINA, 2018b)

Também foi levado muito em consideração que o acusado sempre frequentou a casa da adolescente sem oposição dos pais. Com isso adveio gravidez da adolescente e uma continuidade do relacionamento que perdura até os dias de hoje. Para os julgadores mostra que se criou um grande vínculo familiar nesse caso. (SANTA CATARINA, 2018b).

No que tange argumentos jurídicos, nesse caso fica evidente na descrição do acordão que o princípio da ofensividade é aplicado, de modo que os atos

praticados pelo acusado não tinham a intenção de lesionar ou a tentativa de lesionar o bem jurídico da dignidade sexual da adolescente. Levando a uma ausência de ofensa ao bem juridicamente tutelado pela norma.

Havia nessa ocasião uma construção de vínculos familiares, porque para o meio em que a adolescente e sua família estavam inseridos era algo absolutamente normal àquela situação. Uma vez que somente interromperam, por um curto período, o relacionamento a pedido do promotor do caso, mas logo reataram o vínculo. Colocando com evidência a aplicação da adequação social ao caso concreto.

Desse modo esse caso quadra grandes semelhanças jurídicas com os casos 03 e 04 em fundamentação.

A realidade fática nos casos concretos apresentados é o grande fator que une os 05 (cinco) casos, pois todos guardam uma particularidade de relacionamentos amorosos e relações sexuais com meninas de idade entre 12 (doze) e 13 (treze) anos. E por fim os acusados envolvidos nos casos não acabaram condenados. A fundamentação jurídica presente em todos os casos versam de maneira explícita ou implícita sobre os princípios da ofensividade e adequação social e eles são, juntamente com as situações fáticas, os grandes fatores para a flexibilização da vulnerabilidade do tipo penal do artigo 217-A.

Nem o Código Penal determinando de maneira explícita que a vulnerabilidade é absoluta em relação aos menores de 14 (catorze) anos e a recente edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça foram capazes de desabonar os casos concretos que levaram a flexibilização da vulnerabilidade no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Porque no entendimento do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina se faz necessário à flexibilização da vulnerabilidade do tipo penal do artigo 217-A, em casos excepcionais, para que a lei penal se adeque aos casos concretos. Uma vez que se observam situações que o encarceramento do acusado é uma medida radical e abusiva do Estado.

4.2. JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA QUE NEGARAM OS PRINCÍPIOS E MANTIVERAM A IDADE DEFINIDA NO ART. 217-A.

Como se percebe acima o Tribunal de Justiça de Santa Catarina fazendo análise dos casos concretos entendeu em algumas situações por flexibilizar a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos do tipo penal do artigo 217-A. Utilizando-se muitas das vezes como fundamento jurídico os princípios ofensividade e adequação social.

Todavia, também é relevante colocar os casos em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não flexibilizou a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos. Mostrando que é uma discussão ainda latente dentro dos tribunais. Desse modo, não levaram em consideração os princípios da ofensividade e adequação social nos casos concretos e fizeram aplicação do tipo penal do artigo 217-A e a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, como se podem observar os casos a seguir:

O **caso 06** mostra a Apelação Criminal n. 0002209-70.2010.8.24.0058, da cidade de São Bento do Sul, tendo como relator o Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, julgado pela Quinta Câmara Criminal no dia 12 de Abril de 2018.

Em síntese do caso mostra que P. C. V. N (idade não informada) e A. P. A. (12 anos) mantiveram duas relações sexuais no ano de 2010. Sendo que ambos se conheceram e P. C. V. N sabendo da idade de A. P. A começou a manter relações sexuais com ela. Em uma das oportunidades relatadas a relação sexual aconteceu no interior um motel da cidade. Em suma A. P. A. consentiu com as relações sexuais nas oportunidades.

O Ministério Público apresentou denúncia e o juiz de primeiro grau que acolheu a mesma e condenou P. C. V. N a pena de nove anos e quatro meses de reclusão. Inconformado P. C. V. N interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em acórdão os desembargadores expulsaram a situação fática do caso em que P. C. V. N alega que A. P. A. consentiu com as relações sexuais e que ela tinha uma formação corporal e mental acima de sua idade (12 anos) e não mostrava ingenuidade. Mostrou-se de começo incerto a questão de que P. C. V. N sabia que A. P. A tinha 12 anos, porém após depoimentos ele confirma que sabia de tal

informação e ele também sabia que sua conduta era criminosa. (SANTA CATARINA, 2018c).

O caso 06 mostra que apesar de A. P. A ter consentido com as relações sexuais e já ter tido experiências sexuais anteriores, como se refere o acórdão, esses argumentos não foram capazes de absolver P. C. V. N. Ainda que o acusado ter requerido na apelação criminal a atipicidade de sua conduta a aplicação do tipo penal do artigo 217-A e da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça acabaram por condenar o acusado, como mostra um trecho do acórdão:

[...] considerando que o apelante sabia da idade da vítima, bem como tinha ciência da ilicitude dos fatos. Até porque, na etapa policial, sem titubear afirmou ter conhecimento de que manter relação sexual com menor é crime, justificando que apenas se envolveu com a vítima, de doze anos, porque ela insistia muito. [...] Portanto, o fato de haver consentimento da vítima na práticas sexuais, não exime a responsabilidade penal do apelante, sendo também irrelevante hipóteses que revelem a precocidade corporal da vítima e/ou suas anteriores experiências sexuais. (SANTA CATARINA, 2018c)

A alegação de atipicidade da conduta levantada por P. C. V. N, ou seja, de que não lesou o bem jurídico tutela pela norma, desse modo, não teria ferido a dignidade sexual de A. P. A não foram levadas em consideração pelos íncritos julgadores. Assim não coube a aplicação como fundamentação jurídica os princípios da ofensividade e adequação social.

O **caso 07** mostra a Apelação Criminal n. 0005324-04.2015.8.24.0033 da cidade de Itajaí e tem como relator o Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza, julgada pela Quinta Câmara Criminal no dia 12 de Abril de 2018.

Em resumo do caso a menor J. C. de S. M (12 anos) fugiu de casa no dia 25 de fevereiro de 2003, após discutir com sua mãe. R. F. F (28 anos) encontrou com J. C. de S. M em uma praça e ali começaram a conversar. Após esse fato eles foram para casa de R. F. F e ali mantiveram diversas relações sexuais. Percebe-se no interior acórdão que as relações foram consentidas por J. C. de S. M e ela permaneceu, por espontaneidade, na casa de R. F. F durante três dias. Porém J. C. de S. M antes do caso era virgem.

R. F. F restou condenado com pena privativa de liberdade de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, após denúncia do Ministério Público e sentença do magistrado de primeira instância. Com isso R. F. F interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No decorrer do acordão pode-se notar que guarda grandes semelhanças com o caso 06, pelo fato de R. F. F ter alegado consentimento de J. C. de S. M nas relações sexuais e que ela não foi coagida ou forçada na ocasião, visto que ficou três dias com R. F. F em sua casa. E também o seu desenvolvimento físico, que suspostamente “mascarava” a sua real idade. Contudo, foi comprovado no acordão que R. F. F tinha conhecimento da idade de J. C. de S. M (12 anos) e sabia da ilicitude do fato, como comprovou a ementa do acórdão em questão:

[...] ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE ERRO DE TIPO QUE NÃO SE AMOLDA AO CASO CONCRETO. RÉU QUE LEVA MENINA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE PARA SUA CASA E LÁ MANTÉM RELAÇÃO SEXUAL COM A INFANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E DE SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. EXEGESE DA SÚMULA 593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. [...] (SANTA CATARINA, 2018d).

No caso 07 nota-se que a tese atipicidade da conduta também não convence os julgadores, apesar de J. C. de S. M não ter sido coagida ou forçada a manter as relações sexuais. Na visão dos desembargadores J. C. de S. M não deixa de ser pessoa considerada vulnerável pelo tipo penal do artigo 217-A do Código Penal. Leva-se em consideração a vulnerabilidade absoluta da menor e desse modo afastar qualquer tentativa de aplicação dos princípios da ofensividade e adequação social no caso em questão.

O **caso 08** de Apelação Criminal n. 0010192-96.2012.8.24.0011 da cidade de Brusque, tendo como relator o desembargador Sidney Eloy Dalabrida, julgado pela Quarta Câmara Criminal no dia 05 de Abril de 2018.

Em resumo do caso, expressa que A. B. S (13 anos) cuidava do filho de D. A. G.M. (22 anos) durante a semana em pequenos períodos, de 15 minutos, onde D. A. G.M. ia buscar sua esposa no trabalho. Que A. B. S prestava esse serviço ao casal acerca de dois anos. Com o passar do tempo e o período de convivência A. B. S e D. A. G.M começaram a manter relações sexuais, às escondidas, no interior da casa de D. A. G.M. No relato de A. B. S ela dizia que as relações sexuais eram consentidas por ela e que estava, naquela época, apaixonada por D. A. G.M. No acordão relata que o acusado dizia que também estava apaixonado por A. B. S e só não deixava sua esposa por causa de seu filho. Relação amorosa essa que durou

de 2 (dois) a 3 (três) meses e tiveram de 5 (cinco) a 10 (dez) relações sexuais com conjunção carnal.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o acusado e o magistrado de primeira instância rejeitou a denúncia, absolvendo o acusado do crime de estupro de vulneral, fazendo flexibilizar a vulnerabilidade de A. B. S (13 anos). O Ministério Público interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça de Justiça de Santa Catarina.

No acordão a situação fática do caso concreto, mostra que as relações sexuais ocorreram no decorrer de um relacionamento amoroso, as escondidas, e com espontâneo consentimento da adolescente. O que não é levado em consideração pelos julgadores de segundo grau como se observa:

Não se olvida que as relações ocorreram no âmbito de um relacionamento amoroso entre a vítima e o recorrido, que se encerrou somente quando seu pai teve conhecimento. Entretanto, o consentimento da vítima especialmente neste caso – em que fora iludida por homem mais velho, casado, que se aproveitou da situação para manipulá-la e obter dela benefícios de cunho sexual –, não exime o apelado da responsabilidade penal [...] Deste modo, resta claro que o bem juridicamente tutelado pela norma penal imputada ao apelado, a saber, dignidade sexual, foi lesado, uma vez que a adolescente não detinha pleno discernimento acerca dos atos praticados, porquanto iludida com declarações de amor [...] (SANTA CATARINA, 2018e).

No caso em questão os julgadores colocam a vulnerabilidade de A. B. S como absoluta, em consonância com o tipo penal do artigo 217-A e de acordo com o item 3.3 desse trabalho. O acordão mostra que na opinião dos julgadores A. B. S não tinha a discernimento para compreender as relações sexuais e foi ludibriada por D. A. G.M. Desse modo afastando por completo a aplicação do princípio da ofensividade, uma vez que consideraram que o bem jurídico tutelado pela norma (dignidade sexual) foi violado. (SANTA CATARINA, 2018e).

Apresenta semelhança em termos de argumentos jurídicos com os casos 06 e 07, porque apesar do consentimento das menores de 14 (catorze) anos nas relações sexuais e outros contextos presentes em cada caso. Acabam afastando por completo a aplicação dos princípios da ofensividade e adequação social e condenando os acusados no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal.

Por fim, nota-se que as situações fáticas são de extrema importância na análise de cada caso concreto, porque apesar de todos apresentarem algumas

semelhanças ou particularidades únicas eles acabam sendo julgados de maneira igual. Desse modo, colocam a vulnerabilidade das menores de 14 (catorze) anos como absoluta e aplicam o tipo penal do artigo 217-A e a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça. Com isso finaliza por não admitir a utilização dos princípios da ofensividade e adequação social para relativizar a vulnerabilidade da norma penal.

4.3. BREVE ANÁLISE SOBRE A INSTABILIDADE DO CONCEITO DE VULNERABILIDADE NO TIPO PENAL DO ART. 217-A.

O que se percebe sobre a vulnerabilidade legal estabelecida no “caput” artigo 217-A do Código Penal em um primeiro momento, é que a redação ali expressa é muito clara a respeito da vulnerabilidade absoluta. Muito pelo fato de que houve uma alteração na legislação no ano de 2009, onde trouxe uma proteção aos vulneráveis e criou tipos penais próprios para a tutela deles. O objeto de estudo nesse trabalho é a questão do “caput” do artigo 217-A do Código Penal, ou seja, a interpretação judicial dada à Lei Penal em relação a vulnerabilidade absoluta das vítimas menores de 14 (catorze) anos.

Mas essa questão sobre os/as adolescentes considerados vulneráveis e sua abrangência dentro da lei penal tem muita proximidade com o a Constituição Federal de 1988, visto que ela mesma impõe proteção a quem ela considera vulnerável (art. 227 §4º). Dessa maneira, com uma obrigação em suas mãos, o Estado, por meio do Código Penal, busca legislar sobre a matéria. O legislador criou tipos penais próprios para os considerados vulneráveis e procura aplicar rígidas penas para o infrator da norma penal. Nessa esfera surgem os crimes contra os vulneráveis, colocando bens jurídicos para a tutela dos mesmos, como é caso da dignidade sexual. A dignidade sexual acaba decorrendo também do próprio texto constitucional, onde tem muita semelhança com a dignidade da pessoa humana, dentro de um Estado que se compromete a aplicar e respeitar os direitos humanos. (D’ELIA, 2014, p.105)

Observa-se que o conceito de vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos, no tipo penal do artigo 217-A, é objeto de extrema instabilidade. Evidenciado isso com o estudo dos oito julgados acima, onde o próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina não estabelece parâmetros em seus julgados. No ano de

2018 julgou situações concretas condenando e absolvendo acusados pelo crime de estupro de vulnerável, sendo que as situações fáticas dos julgados não destoam muito uma das outras. Em um momento tratam as meninas entre 12 (doze) e 13 (treze) anos como “maduras sexualmente” em outra oportunidade tratam como “inocentes iludidas”. Cria-se uma completa “bipolaridade” de decisões dentro do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O que se observa é que a criação do tipo penal próprio, o artigo 217-A, pela Lei 12.015/2009, não conseguiu cessar a discussão da vulnerabilidade, se é absoluta ou relativa, em relação às adolescentes entre 12 (doze) e 13 (treze) anos. Não há discussão quando as meninas possuem menos de 12 anos, nesses casos a vulnerabilidade das vítimas não é questionada. Esse estabelecimento de marco temporal (idade) é muito complexo de se lidar, uma vez que várias legislações dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro e situações apresentadas dentro dos casos concretos aqui examinados destoam da idade do tipo penal do artigo 217-A (14 anos). Exemplo disso é o Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera a pessoa adolescente a partir dos 12 (doze) até os 18 (dezoito) anos. Dessa maneira, abre certa margem para questionamentos da vulnerabilidade com o atual marco temporal (idade) estabelecido pelo Código Penal. Essa dubiedade de marcos legais tem propiciado que os Tribunais passem “por cima” da Lei Penal e da Súmula e se utilizem de artifícios, como os princípios da ofensividade e adequação social, para relativizar a vulnerabilidade estabelecida pela norma penal vigente. (NUCCI, 2014a, p.115-117).

O próprio bem jurídico da dignidade sexual, decorrente da dignidade da pessoa humana, também contribui para a relativização da vulnerabilidade da idade. Porque a dignidade da pessoa humana engloba diversos fatores, um deles é uma liberdade de autodeterminação da pessoa. Esse argumento tem levado à discussão da vulnerabilidade do tipo penal do art. 217-A e oferece possibilidades de relativizar a norma penal, ou não, dependendo da situação fática que for apresentada, como mostra o trecho do artigo de Karina Romualdo Conegundes (2015, p.184):

[...] essa tutela da dignidade sexual, embasando sua posição no direito à vida privada, à intimidade e à honra, bem como argumentando que a atividade sexual é para muitas pessoas mais do que um prazer material, mas verdadeira necessidade fisiológica, devendo, assim, ser tutelada a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, com a garantia da

liberdade de escolha, já que a dignidade da pessoa humana abarca a dignidade sexual.

Com esses argumentos acima, torna-se possível que resultem em interpretações judiciais de casos de meninas de 12 (doze) ou 13 (anos) que mantiveram relações sexuais ou outros atos libidinosos, mas que judicialmente foi considerado que não tiveram sua dignidade sexual ferida, visto que alguns julgadores consideram que elas consentiram com as relações sexuais ou já tinham conhecida experiência sexual anterior ao fato, como foi observado nos julgados do item 4.1. Contudo, em outros casos pode-se observar que esses argumentos não são levados em consideração, aplicam a lei penal sem tais interpretações e condenam os acusados, como visto no item 4.2. A lei penal diz que não se deve relativizar a vulnerabilidade, mas julgados do Tribunal dizem que sim. Resultado disso é uma ampla instabilidade em relação ao conceito de vulnerabilidade no tipo penal do artigo 217-A do Código Penal.

Esse encontro impetuoso entre a Lei Penal vigente e a relativização da vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos está ainda muito acesa nos tribunais e na doutrina. Como se viu, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, apesar de considerar situações excepcionais, abre a permissão para que se admita uma prova em contrário em relação a lesão do bem jurídico da dignidade sexual, quando a vítima for uma menina com idade superior a 12 (doze) e inferior a 14 (catorze) anos, por levarem muito em consideração as situações concretas apresentadas. Dessa maneira, se posiciona que, em determinadas situações, as meninas da faixa etária acima descrita já têm o discernimento necessário para compreender sobre a escolha de realizar algum ato sexual. Consequente a isso, o acusado não teria lesionado no caso concreto o bem jurídico da dignidade sexual, desse modo não se aplica nenhuma pena por seu comportamento. Diante dessas situações relativizam a vulnerabilidade absoluta da lei penal e expressam que naquele caso as adolescentes podiam consentir as relações sexuais. (FARIA; VIANNA, 2016, p. 13).

Por fim, pode-se notar que apesar de a criação do tipo penal próprio, dada pela Lei 12.015/2009 e a edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça ainda não se encerraram as discussões sobre a vulnerabilidade no tipo penal do artigo 217-A. Percebeu-se que há decisões que relativizam a vulnerabilidade em relação às meninas entre 12 (doze) e 14 (catorze) anos, no entanto, há também

decisões que primam pela aplicação estrita da lei penal, desse modo não relativizam a vulnerabilidade. Conclui-se que não existe um parâmetro jurídico muito preciso para essa tomada de decisões do Tribunal, visto que em situações análogas têm-se decisões diferentes. O que causa uma grande “bipolaridade” de decisões e não se tem uma segurança jurídica em relação ao tipo penal do artigo 217-A do Código Penal.

5. CONCLUSÃO

O legislador pátrio, na tentativa de sanar o problema da presunção de violência, promoveu a extinção do art. 224, alínea “a” do Código Penal, que trazia uma incerteza jurídica para a aplicação da norma penal, modificação inserida na Lei 12.015/2009, de 07 de agosto de 2009. Com a criação do crime de estupro de vulnerável, o art. 217-A, em seu “caput” claramente considerou as pessoas menores de 14 (catorze) anos absolutamente vulneráveis, não tendo em nenhuma hipótese capacidade para compreender os atos sexuais.

Contudo, o que se percebe na análise dos acórdãos e na discussão doutrinária é que não há a aplicabilidade completa da Lei 12.015/2009 para lidar com os casos concretos. Porque ainda constatou-se que, em algumas situações, foi relativizada a vulnerabilidade de adolescentes entre 12 (doze) e 13 (treze) anos em decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Superior Tribunal de Justiça teve que ratificar o propósito do art. 217-A do Código Penal, por meio da Súmula nº 593, de 27 de outubro de 2018. Mesmo assim, após a publicação da referida Súmula, não se colocou fim nas relativizações da idade definida pelo art. 217-A do Código Penal, conforme foi visto nos acórdãos catarinenses.

Nesse contexto, o objetivo dessa monografia foi cumprido e os resultados das pesquisas apontam para a instabilidade da vulnerabilidade prevista na redação do art. 217-A do Código Penal, haja vista a flexibilização dada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a interpretação das meninas que podem ou não ser consideradas vítimas desse crime, pois nem todas são consideradas vulneráveis, especialmente as que possuem entre 12 (doze) e 13 (treze) anos de idade.

Observou-se no primeiro capítulo dessa monografia que a figura do direito penal mínimo, no Estado Democrático de Direito, é um instrumento de grande importância. De modo que sua utilização mostra que punição desregulada e sem uma finalidade relevante não atende nem as intenções da lei penal. Transforma o Estado em um ente punitivo por natureza e que não consegue lidar com as questões sociais importantes da sociedade.

Com a análise dos princípios como fontes de auxílio ao ordenamento jurídico, mostrou-se a importância que eles têm para a aplicação da norma penal.

Porque eles podem preencher lacunas legislativas e servem com primazia de auxiliares na interpretação das leis, podendo adequar a norma a uma determinada situação.

Expondo a importância dos princípios, se passou a analisar os princípios da ofensividade e da adequação social em seus conceitos e finalidades. O princípio da ofensividade se mostrou um meio tanto para o legislador, para que produza leis penais relevantes, como para o intérprete da lei penal, porque sua utilização se preocupa com a ofensa ao bem jurídico da norma e com condutas penalmente relevantes. O princípio da adequação social, por sua vez, mostrou-se com um importante instrumento na determinação de diminuir a amplitude da norma penal, no tocante das condutas socialmente aceitas e adequadas segundo determinado meio social, permitindo que se aplique o princípio para adequar uma situação de fato.

Referente ao segundo capítulo pode-se concluir que a seleção dos bens jurídicos relevantes para a tutela penal se mostra de grande importância, uma vez que a ofensa a um bem jurídico é que vai permitir a atuação da lei penal. A dignidade sexual, como um bem jurídico escolhido para a tutela penal, merece a sua devida atenção. Mas, como bem jurídico do tipo penal do art.217-A levantou questionamentos sobre a vulnerabilidade adotada pela norma e sua idade definida para a caracterização do crime de estupro de vulnerável.

Ainda no segundo capítulo foi possível examinar as lições sobre a atuação do Código Penal antes da Lei 12.2015/2009, no tocante a sua finalidade como lei, pois versava sobre os “crimes contra os costumes”. Com isso se viu uma atuação atrasada da lei penal e que implorava por mudanças devido aos termos subjetivos nos tipos penais, que não caracterizam a realidade da sociedade atual.

Com a inserção da Lei 12.015/2009 criou-se novos tipos penais, como o estupro de vulnerável do art. 217-A com a finalidade encerrar a presunção de violência. Desse modo, o estupro de vulnerável considerou absolutamente vulnerável os menores de 14 (catorze) anos, porém a discussão se viu longe de terminada, visto que as demandas trazidas pela sociedade e decisões do Poder Judiciário alteraram o entendimento levado pela Lei 12.015/2009.

No terceiro capítulo foram analisadas as decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que acabaram por relativizar a idade definida no art. 217-A do Código Penal. Em muitas de suas decisões o Tribunal de Justiça de Santa Catarina

utilizou como argumento jurídico os princípios da ofensividade e da adequação social para considerar relativa a vulnerabilidade nos casos concretos. Também foram vistas as decisões em que o mesmo Tribunal não aplicou os princípios e considerou como absoluta a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos.

Por fim, conclui-se com as análises das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que não existe um parâmetro legal para julgar os casos concretos. Porque se viu casos análogos sendo julgados de maneira diferente, ou seja, aplicam-se os princípios da ofensividade e da adequação social em alguns casos, mas em outros casos similares não se utilizam do mesmo argumento jurídico.

Com isso, criou-se uma grande instabilidade no conceito de vulnerabilidade no tipo penal do art. 217-A, uma vez que decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina relativizaram a vulnerabilidade dos menores de 14 (catorze) anos. Dessa maneira, contrariado a Lei Penal e a Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o que chamou a atenção é não observação de critérios jurídicos para o julgamento dos casos. Percebe-se que em alguns casos as adolescentes (com idade entre doze e treze anos) são “madura sexualmente” e tiveram relativizada sua vulnerabilidade e em outro momento, em casos muito parecidos, as adolescentes foram representadas em termos como “ingênua” e “apaixonada” e considerou-se como absolutamente incapaz de compreender os atos sexuais do caso.

Não há um horizonte claro a respeito de uma possível resolução da divergência, é necessário esperar novas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bem como o posicionamento dos tribunais superiores a respeito da disputa interpretativa.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Lozano. Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e lesividade. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 17, n. 4, p.99-117, set. 2014. Quadrimestral. Publicação: IBCCrIm. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo06.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- _____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Brasília, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Altera O Título Vi da Parte Especial do Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal, e O Art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de Julho de 1990, Que Dispõe Sobre Os Crimes Hediondos, nos Termos do Inciso Xliii do Art. 5º da Constituição Federal e Revoga A Lei no 2.252, de 1º de Julho de 1954, Que Trata de Corrupção de Menores. Brasília, DF, 07 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593, de 25 de outubro de 2017. Legislação Federal. Brasília, DF, 06 nov. 2017. Órgão Julgador: Terceira seção do STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='593>>. Acesso em: 18 maio 2018.
- BARATTA, Alessandro. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Rev. Doutrina Penal**: teoria e prática das ciências penais, Buenos Aires, Argentina, v. 87, p.623-650, 1987. Disponível em: <<http://danielaferli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>> Acesso em: 13 Mar. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

_____. **Tratado de direito penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. ed. São Paulo: Savaira, 2012.

CONEGUNDES, Karina Romualdo. A dignidade sexual á luz da teoria do bem jurídico. **Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p.171-189, jan. 2015. Bimestral. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/54575/34746>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'ELIA, Fábio Suardi. **Tutela penal da dignidade sexual e vulnerabilidade**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte Geral**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Direito penal: Parte Especial: arts. 184 a 285**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**: RBCCRIM, São Paulo, v. 118, p.15-54, 2016. Bimestral. Edição Janeiro-Fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n._118.pdf>. Acesso em: 26 Abr. 2018.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Estupro de vulnerável - uma análise á luz dos princípios constitucionais e do sistema penal**. 2011. 156 f. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2011. Cap. 02. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5619/1/AffonsoCelsoFavoretto.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011.

_____. Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial: Volume III**. 12. ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1, parte geral**. 35. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

_____. **Direito Penal, 3 volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 21. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de direito penal: parte geral**. 2 ed . São Paulo: Savaira, 2014.

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

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014b.

OLIVEIRA, Luana Pelegrini de; COSTA, Rafael de Oliveira. Da superação da incapacidade e vulnerabilidade absolutas como requisitos para a configuração do crime previsto no artigo 217-A, §1º, do Código Penal, nas hipóteses de enfermidade ou deficiência mental. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 59, p.129-131, 2015. Trimestral. Editora Síntese.

PALADINO, Carolina de Freitas. **Minimalismo, abolicionismo ou garantismo: qual a solução para os problemas no âmbito penal?** Caderno da Escola de Direito, v.2, n. 13, 2010. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/537>>. Acesso em: 13 Mar. 2018.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: volume 2: parte especial, arts. 121 a 249**. 11. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Carmelita Azevedo Bueno. **O princípio da proporcionalidade e os Novos crimes sexuais**. 2010. 30 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso da Escola da Magistratura, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Cap. 1. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/carmelitarocha.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Ofensividade em Direito Penal: revisando o conceito de bem jurídico a partir da teoria do reconhecimento. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p.14-21, jan. 2012. Semestral. Revista de Direito da PUCRS. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/11648/8118>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 2014.029844-0. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelado: C. F. Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco. Florianópolis, SC, 23 de outubro de 2014. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Quarta Câmara Criminal. Florianópolis, 2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2015.042352-7. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelado: J. de B.L. Relator: Des. Paulo Roberto Sartonato. Florianópolis, SC, 25 de agosto de 2015. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Primeira Câmara Criminal. Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0000329-45.2014.8.24.0012. Apelante: A. M. R. Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Desembargador Getúlio Corrêa. Florianópolis, SC, 07 de novembro de 2017. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Segunda Câmara Criminal. Florianópolis, 2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000068-14.2017.8.24.0000. Apelante: J.B. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo. Florianópolis, SC, 28 de março de 2018. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Primeiro Grupo de Direito Criminal. Florianópolis, 2018a. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0001474-72.2012.8.24.0056. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelado: R. S. de A. Relator: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer. Florianópolis, SC, 26 de abril de 2018. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Quinta Câmara Criminal. Florianópolis, 2018b. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 03 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0002209-70.2010.8.24.0058. Apelante: P. C. V. N. Apelado: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza. Florianópolis, SC, 12 de abril de 2018. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Quinta Câmara Criminal. Florianópolis, 2018c. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0005324-04.2015.8.24.0033. Apelante: R. F. F. Apelado: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza. Florianópolis, SC, 12 de abril de 2018. Diário de Justiça Eletrônico - Tjsc.: Quinta Câmara Criminal. Florianópolis, 2018d. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0010192-96.2012.8.24.0011. Apelante: Ministério Público de Santa Catarina. Apelado: D. A. G. M. Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida. Florianópolis, SC, 05 de abril de 2018. Diário de Justiça Eletrônico – Tjsc :Quarta Câmara Criminal. Florianópolis, 2018e. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora>. Acesso em: 03 maio 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.