



ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº593 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LOURENÇO, Danielli Cristine.¹
FÁVERO, Lucas Henrique.²

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade explicar acerca do delito de estupro de vulnerável após a edição da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, bem como, os motivos para os quais levaram a edição da referida Súmula. Para tanto, buscou-se discutir alguns princípios primaciais ao direito penal, enaltecendo se em algum momento tais princípios foram afrontados no momento em que se encerraram os debates acerca da vulnerabilidade da vítima com a edição da Súmula. Infelizmente, o Direito Penal não caminha junto com a evolução da sociedade, pois sua proteção, embora seja correta e perspicaz, em algumas peculiares situações a aplicação da punibilidade não se faz necessária, pois se considerarmos que o Direito Penal advém para proteger a dignidade sexual no crime de estupro de vulnerável, se não existir afronta a dignidade sexual da pessoa que em tese sofreu o estupro, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável. Porém, os requisitos para caracterizar o delito são objetivos e apenas nos resta aceitar a imposição da lei, mesmo que para isso, alguns princípios como o da intervenção mínima e da ofensividade sejam desrespeitados.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro. Vulnerável. Súmula nº 593. Superior Tribunal de Justiça.

ESTUPRO DE VULNERABLE: ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA SÚMULA N ° 593 DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por finalidad explicar sobre el delito de violación de vulnerabilidad después de la edición de la Súmula n ° 593 del Superior Tribunal de Justicia, así como los motivos para los cuales llevaron la edición de la referida Súmula. Para ello, busqué discutir algunos principios primarios al derecho penal, enaltecendo si en algún momento tales principios se afrontó en el momento en que se cerraron los debates acerca de la vulnerabilidad de la víctima con la edición de la Súmula. Por desgracia, el Derecho penal no camina junto con la evolución de la sociedad, pues su protección, aunque sea correcta y perspicaz, en algunas peculiares situaciones la aplicación de la punibilidad no se hace necesaria, pues si consideramos que el Derecho Penal viene para proteger la dignidad sexual en el el crimen de violación de vulnerabilidad, si no existe afrenta la dignidad sexual de la persona que en tesis ha sufrido la violación, no hay que hablar de crimen de violación de vulnerabilidad. Sin embargo, los requisitos para caracterizar el delito son objetivos y sólo nos resta aceptar la imposición de la ley, aunque para ello, algunos principios como el de la intervención mínima y la ofensiva sean incumplidos.

PARABLAS-CLAVE: Estupro. Vulnerable. Súmula nº593 del Superior Tribunal de Justicia.

¹Graduanda do Curso de Direito – Centro Universitário- FAG. E-mail: dani_loure@msn.com.

²Professor de Direito – Centro Universitário - FAG. E-mail: lhfavero@hotmail.com.



1. INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais são fontes primordiais para o direito penal, assim as normas penais devem estar condizentes com os princípios constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está exposto no Artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, que, por sua vez, garante os direitos e garantias individuais e coletivos.

Foi em conformidade com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que o legislador revogou o Art. 224 do Código Penal, o qual versava sobre a presunção da violência contra menores de 14(quatorze) anos, através da Lei 12.015/09, alterando o termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”. Nos “crimes contra a dignidade sexual” o bem jurídico tutelável é a dignidade sexual, sendo essa proteção fundamentada na dignidade da pessoa humana e na tutela à vida sexual.

Após a alteração, o crime de estupro de vulnerável está elencado no Art. 217-A do Código Penal e estabelece que incida no crime de estupro de vulnerável aquele que mantém conjunção carnal ou pratica qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, com pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, defendendo, assim, a responsabilidade objetiva em presunção absoluta da vulnerabilidade do menor.

Entretanto, não é esse o entendimento em muitos julgados, por vezes o magistrado interpretou o crime de estupro de vulnerável de forma divergente em relação ao aspecto etário da vítima, sob o fundamento de que a vulnerabilidade da vítima não pode ser entendida de forma absoluta apenas pelo critério etário, ou seja, responsabilidade objetiva, sendo necessária a vista de suas particularidades.

Ademais, ao fazer uma análise da sociedade, constata-se que com o passar dos tempos, a sociedade evoluiu, fazendo com que valores e comportamentos que anteriormente poderia possuir um alto grau de reprovabilidade moral, passam a ser aceito. É primordial, que o Direito acompanhe tais mudanças, de forma que se amolde conforme as necessidades do meio social.

A vulnerabilidade do menor, também evoluiu com a sociedade, hoje o amadurecimento acontece muito mais rápido que em tempos remotos, devido ao exorbitante contato com a tecnologia, a informação e a banalização do sexo contribui para que a fase adulta seja antecipada.

Assim, por percurso longitudinal, o STJ julgou vários casos nos quais se debatia sobre a necessidade de analisar no caso concreto a capacidade de vulnerabilidade da vítima. Então, no dia



25 de outubro de 2017, a Terceira Seção do Tribunal aprovou e firmou o entendimento de que se pune como crime de estupro de vulnerável, a prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, sendo para tanto insignificante o consentimento da vítima, bem como experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente.

Diante dos dados citados, pretende-se verificar se a literalidade da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece expressamente que o consentimento, a experiência sexual anterior e relacionamento amoroso com o agente da vítima menor de 14(quatorze) anos são quesitos irrelevantes para a consumação do delito de estupro de vulnerável, possui consonância com a evolução da sociedade, costumes, assim como com dois dos princípios norteadores do Código Penal, quais sejam, Princípio da Intervenção Mínima do Estado e Princípio da Ofensividade.

Para tanto, será apresentado à literalidade da Súmula nº 593 do STJ com análise minuciosa comparativa no que diz respeito aos Princípios Da Intervenção Mínima e da Ofensividade, bem como a análise da evolução histórica e definição do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal, conceituação de vulnerabilidade e a demonstração das decisões de tribunais em casos concretos.

2. EVOLUÇÃO DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

A história do Direito Penal Brasileiro tem início no período colonial, com as Ordenações Afonsinas, com vigência em Portugal à época do descobrimento, seguidas Manuelinas e, por último, pelas Filipinas. No Brasil, as Ordenações Filipinas, passaram a vigorar em 1603, com o crime de estupro previsto no livro V, no Título XXIII. Aqui, incorreria no tipo penal quando a violência ocorresse contra mulher virgem ou mulher honesta, tendo como pena a obrigação de se casar com a vítima, caso não houvesse a possibilidade do casamento, o autor do delito deveria constituir um dote para a vítima, e, se, ainda assim não houvesse a possibilidade, se o autor fosse de uma posição privilegiada seria banido para a África (CRUZ, 2017, *apud* TOLEDO, 2008).

No Direito Romano, assim como na atualidade, o crime de estupro era coibido pela sociedade, sendo que qualquer lascívia cometida por alguém já poderia ser considerado crime de estupro.



Para Luiz Regis Prado (2013, p. 813) “o termo estupro, no Direito Romano, representava, em sentido lato, qualquer ato impudico praticado com homem ou mulher, englobando até mesmo o adultério e a pederastia”.

Desde a antiguidade o delito de estupro carrega um caráter repressivo, o autor do referido delito é considerado um vilão social, sendo que, geralmente possui uma maior represália, até mesmo, que o homicida. A represália não é pra menos, pois esse tipo penal acarreta sequelas físicas e psíquicas que acompanham a vítima por toda sua vida (RAMOS, 2017).

O Código Penal de 1940 trouxe a alteração da expressão, “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra e da Honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” para “Dos crimes contra os costumes”. O delito de estupro tinha sua previsão legal no artigo 213, e tabulava como crime aquele que constrangesse uma mulher a ter consigo conjunção carnal, ou seja, a intromissão do órgão viril masculino na genitália feminina, mediante violência, grave ameaça ou praticar ato libidinoso divergente da conjunção carnal (CRUZ, 2017).

Antes da redação da Lei nº12.015/09, a intitulação de “Dos crimes contra os costumes”, protegia os bons costumes e o que era moralmente aceito pela sociedade. Com a constante evolução da sociedade, e com a nova redação intitulou-se como “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, agora almejando a proteção de um novo bem jurídico, sem ter como relevância os padrões éticos buscados pela antiga sociedade defasada, mas a dignidade da pessoa humana que sofre riscos dos atos sexuais (CAPEZ, 2012).

O vocábulo “costumes” é aí empregado para significar (sentido restrito) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, equivale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe, in subjecta matéria, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. Consoante, ainda, o mencionado doutrinador: o direito penal presta sua adesão à ética sexual, mas tão somente para, dentre os fatos reprovados por esta, incriminar aqueles que, por sua maior gravidade, afetam a disciplina, utilidade e conveniência sociais. (CAPEZ, 2012, p. 21 *apud* Hungria, 1983).

Para Capez (2012), a proteção dos bons costumes é um reflexo de uma sociedade patriarcal, que dava mais importância a outros interesses penais, como a liberdade sexual, pautada por valores ético-sociais e que prevalecia a moralidade sexual e organização familiar, sendo a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo menos importante. Levando em consideração a época da edição do Código Penal em 1940, o legislador previa uma proteção especial aos direitos individuais, não permitindo uma versatilidade dos padrões da moral sexual.



Com a evolução da sociedade, a nomenclatura utilizada passou a ser inapropriado, o que, caracterizaria um retrocesso, se levar em consideração que a dignidade da pessoa humana, a liberdade sexual, deve se resguardada, independentemente de padrões morais, em que pese, tenha relevância social, é apenas de cunho pessoal (MORAES, 2017).

Como se vislumbra, o delito em comento visa à proteção de um princípio constitucional, que é definido por Greco (*apud* Sarlet, 2013, p. 453):

A qualidade intrínseca e distributiva de cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O crime de estupro de vulnerável, descrito no art. 217-A está previsto no Título VI do CP, diverso do estupro comum, art. 213 do CP, previsto no Capítulo II, pois diferente desse que busca tutelar a liberdade sexual, aquele visa proteção à dignidade sexual. O título serve como elemento de interpretação, logo se remete a dignidade amparada pela Constituição Federal, sendo esse o bem jurídico penal, passando a ser inexistente se não houver lesão formal e material (JESUS, 2013).

Com a referida lei nº 12.015/09, o crime de estupro passou a ser admitido como vítima tanto o homem como a mulher, assim como, o delito foi incluído na lista de crimes hediondos, passando então a ser considerado um crime de maior reprovação Estatal, mesmo diante da inexistência da grave ameaça ou violência (MORAES, 2017).

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2018).

Desse modo, constata-se que o artigo 217-A fora inserido no Código Penal visando uma maior tutela da dignidade sexual, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, descrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a fim de proteger a dignidade sexual daqueles considerados vulneráveis, quais sejam, menor de 14 (catorze) anos e possuidor de enfermidade ou deficiência mental.



2.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DA SÚMULA Nº 593 DO STJ

O delito de estupro de vulnerável está disposto no art. 217-A do Código Penal como tipo penal autônomo, e foi criado com a Lei nº 12.015/2009, abolindo a presunção de violência elencada no antigo dispositivo 224 do mesmo código.

Embora o conceito de vulnerabilidade seja amplo, no crime de estupro de vulnerável, a vulnerabilidade está consoante no que diz respeito às pessoas sem proteção, sem capacidade para expressar seu consentimento de forma responsável e válida. Para Damásio:

Para o Código Penal, vulneráveis são os menores de 14 anos (art.217-A, *caput*), os enfermos ou deficientes mentais e os que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência (§1º). De observar-se que, quando se trata de enfermos e deficientes mentais, o tipo requer que não possuam “o necessário discernimento para a prática do ato” (referido §1º.). Por razão de coerência, o mesmo requisito deve estar presente quando se cuida de vítima menor de 14 anos de idade (2013, p.156).

Indubitavelmente, a vontade do legislador ao editar o crime de estupro de vulnerável, sem tipificar o constrangimento carnal, apenas o ato sexual com menor de quatorze anos ou enfermo mental ou deficiente, declarou como sujeito passível alguém extremamente vulnerável, se contrastada com a pena cominada – oito a quinze anos de reclusão – a violência sexual deve ocorrer contra a vítima eminentemente vulnerável (BITENCOURT, 2013).

Pela leitura literal do dispositivo, nota-se que a vontade do legislador ao redigir a norma, foi de tornar a vítima vulnerável pelo simples critério etário, ou seja, presunção absoluta. Acontece que, se instaurou grande discussão doutrinária, acerca da interpretação do art. 217-A, sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade na ação típica, qual seja relativa ou absoluta.

Para Damásio (2013), se considerar que a vítima vulnerável é aquela que possui uma diminuição física, psíquica ou sensorial reduzida, diante da carência do elemento qualificador do tipo, qual seja a ofensa à dignidade sexual, não há crime. Inexiste lesão ao bem jurídico quando uma adolescente de 13 anos de idade, espontaneamente, reside com o autor e mantém com o mesmo relações sexuais.

Com efeito, considerando que a gravidade ou *intensidade da vulnerabilidade* não se confunde com a sua presunção – absoluta ou relativa -, precisamos desdobrar essa interpretação para constatar que o *afastamento da presunção absoluta* nem sempre deve afastar a responsabilização penal do autor do fato. Por isso, há necessidade desse *segundo juízo de valoração*, qual seja, se existe realmente alguma vulnerabilidade; admitindo-a, deve-se verificar o *grau dessa dita vulnerabilidade*. Vamos admitir, exemplificativamente, que, *in concreto*, pelas circunstâncias do caso – menor corrompida,



com experiência sexual nas ruas, prostituída etc. – chegue-se à conclusão de que a referida menor não se enquadra na concepção de alguém *absolutamente vulnerável*, isto é, não apresenta aquele *grau de vulnerabilidade* (absoluta) capaz de justificar punição tão grave como a prevista no art. 217-A – estupro de vulnerável -, que, sabidamente, se trata de pena mais grave do que a prevista para o *crime de homicídio* (mínima de seis anos) (BITENCOURT, 2013, p. 103).

Em que pese o legislador editou o delito de estupro de vulnerável em presunção absoluta, ele não pode fechar os olhos ao vislumbrar que ocorreu uma evolução sexual, determinando grandes modificações culturais e sociais nos últimos tempos. Em razão disso, acontece o amadurecimento precoce da criança/adolescente. A sexualidade pré-marital, têm sido considerada social e moralmente aceitável, devido o amadurecimento sexual mais precoce dos jovens, o enfraquecimento do controle parental, escolar e do grupo de pares sobre a sexualidade na adolescência (SHECAIRA, 2010).

Mas a realidade prática pode não se apresentar com essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora da proteção penal. É possível em outros termos, que tenhamos, *in concreto*, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idade ou deficiências previstas nesse dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares não é de todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado vulnerável (BITENCOURT, 2013, p. 103).

Visualizado sob uma concepção ampla, o caso de uma vítima menor de quatorze anos, desamparada social, material e culturalmente, sem estrutura familiar, abandonado, não existe questionamento quanto a sua vulnerabilidade, e consequentemente digno de proteção penal. Assim, quando da ocorrência da prática sexual com esse tipo de menor, com certeza constitui uma forma de violência, diante da realidade social perversa.

Embora muitos doutrinadores tivessem tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça por incansáveis vezes ao receber casos em que se discutia a necessidade de verificar, em concreto a capacidade do consentimento da vítima, o mesmo julgava improcedente sob o fundamento de que seria irrelevante o consentimento da vítima. Como demonstrado no Acórdão da Colenda Câmara de Minas Gerais:

Ementa

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. É assente nesta Corte Superior o reconhecimento da natureza absoluta da presunção de violência prevista no art. 217-A do Código de Processo Penal, de forma que o consentimento do adolescente não tem relevância jurídico-penal.
2. Dessa forma, estando o acórdão recorrido em consonância ao entendimento proferido por este Tribunal Superior, incide o enunciado n. 83/STJ.



3. Agravo regimental improvido. Superior Tribunal de Justiça STJ- AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgRg no AResp 684063 MG 2015/0073047-6 (JUSBRASIL, 2015).

Porém, também houve entendimentos divergentes pelo Superior Tribunal de Justiça, como o do Rio Grande Do Sul, que decretou a necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade diante da demonstração de ausência de fragilidade e incapacidade mental para o consentimento na relação sexual:

Ementa

APELAÇÃO CIVEL. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE DO ADOLESCENTE ENTRE 12 E 14 ANOS. RELATIVIZAÇÃO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Os elementos de convicção existentes no caderno processual evidenciam a ocorrência de relação sexual consentida entre o acusado, de 17 anos, e a ofendida, de 13 anos. 2. Ausência de indicativos de que a adolescente tenha sido coagida à prática do referido ato. Indemonstradas, ademais, a fragilidade ou incapacidade mental da jovem para consentir. 3. Necessidade de relativização da presunção de vulnerabilidade que recai sobre a mesma. RECURSO DESPROVIDO. Apelação Cível Nº 70060949922, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 22/08/2014 (JUSBRASIL, 2014).

Então, a fim de unificar os entendimentos, e dirimir qualquer controvérsia, no dia 25 de outubro de 2017, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento através da Súmula nº 593, para afastar o desejo dessa apuração concreta.

Súmula 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (JUSBRASIL, 2017).

Portanto, para o crime de estupro de vulnerável se tornar perfeito, consolidou-se o critério objetivo, com isso o Superior Tribunal de Justiça desencorajou a análise ao caso concreto para se verificar se, em determinado contexto social, a conduta tipificada como crime de estupro de vulnerável é aceita e considerada “normal” (AZEVEDO, 2017).

Assim, desde a data da publicação da Súmula, as sentenças vêm aplicando-a e considerando o critério objetivo, conforme se vislumbra nesse julgado:

Ementa

APELAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. A palavra firme e segura da vítima, corroborada pelo depoimento de seu pai, é suficiente para comprovar que o réu praticou conjunção carnal com menina menor de 14 anos, sendo irrelevante se isso ocorreu dentro de uma relação de afeto (Súmula 593 do STJ). TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. A conduta do réu não se



limitou a atos de menor gravidade, pois o conjunto probatório demonstra a prática de ato sexual com penetração. PENA E REGIME INICIAL.

1. Afastada a pena de multa, por ausência de previsão legal.
2. Incabível a substituição por restritivas de direitos ou a concessão de sursis, em razão do quantum de pena aplicado.
3. Regime inicial alterado para o semiaberto. Recurso parcialmente provido. Apelação Crime Nº 70074668617, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, Julgado em 23/11/2017 (JUSBRASIL, 2017)

Logo, a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, antes da edição da Súmula, tinha o entendimento de que para se incidir no delito de estupro de vulnerável, deveria levar em consideração a relativização da presunção de vulnerabilidade no caso em questão, ainda, afastou o crime sob o argumento de que, os fatos demonstravam a ocorrência de relação sexual consentida, sem coação a prática do ato, restando indemonstradas a fragilidade ou incapacidade mental para consentir, como demonstrado no julgado de 2014. Porém, após a Súmula em questão, pacificou seu entendimento, definindo que seria irrelevante se a conjunção carnal com menina menor de 14 anos ocorresse dentro de uma relação de afeto, ademais, sendo o estupro de vulnerável um crime que não admite tentativa, caracterizado está o delito de estupro de vulnerável.

Recentemente, no dia 03 de maio de 2018, a Colenda Câmara do Pará, também fundamentou sua decisão em sede de Apelação Criminal na Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa

Ementa: apelação criminal. Art. 217-a, do código penal brasileiro. Sentença condenatória. Pleito absolutório. Requerida absolvição por alegada existência de causa excludente de ilicitude, pelo consentimento da vítima, menor de 12 anos de idade, quando da relação sexual perpetrada. Tese totalmente improcedente. Crime de estupro de vulnerável que se consuma independentemente do consentimento da ofendida para que ocorra a conjunção carnal. Precedente citado: súmula 593 do STJ. Pretendido reexame da dosimetria penal, no que cabe a pena base. Pretensão rejeitada, por estar a pena base estipulada em um patamar razoável para o crime cometido pelo recorrente, não tendo o magistrado, ao fixar a pena base, levado em consideração todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, pois a pena base ficou fixada somente um pouco acima de seu mínimo legal. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime (JUSBRASIL, 2018)

Em que pese à entrada da Súmula em nosso ordenamento, diante da data desta decisão verifica-se que a questão sobre a presunção da vulnerabilidade, a descaracterização de inocência, a relação de afeto existente entre o “estuprador” e a “vítima” na época dos fatos, ainda chega aos tribunais, demonstrando a indignação de quem recebe a sentença condenatória, pois, somente se utiliza do duplo grau de jurisdição, através de uma apelação, aquele que inconformado está com a sentença e busca a sua reforma.



Claro que diante da publicação da Súmula, não há como os tribunais julgar de forma divergente da literalidade descrita, pois toda sentença deverá ser fundamentada, se o juiz não encontrar respaldo jurídico para sua sentença e ainda sim o fizer, violará o Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, embora o Juiz detém do livre convencimento, não pode fazer com base em seus “achismos” ou “inconcordâncias” com o ordenamento jurídico.

2.2 DOS PRINCÍPIOS

2.2.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO

Assim, como em todos os ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal também é fundamentado em certos princípios, que norteiam a criação de normas pelo Legislativo. Conforme entendimentos de alguns doutrinadores, os princípios orientadores e limitadores decorrem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Para o tema em questão, evidencia-se o Princípio da Intervenção Mínima do Estado. Segundo tal princípio, o Direito Penal deve intervir o mínimo possível, como *ultima ratio*. Na opinião de Estefam:

A intervenção mínima surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como modo de garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário. No Brasil, deriva do princípio da dignidade da pessoa humana e do fato de o art. 5º, *caput*, da CF declarar a inviolabilidade da liberdade, da vida, da segurança e da propriedade. (2013, p. 134).

O Princípio da Intervenção Mínima deriva da necessidade e utilidade da intervenção penal, determinando que o Direito Penal têm o dever de operar em defesa dos bens jurídicos indispensáveis à convivência ordeira da sociedade. Faz-se assim, porque a punição penal impõe as mais severas restrições aos direitos fundamentais. Portanto, a lei penal deve se dar apenas quando não existir nenhum outro modo de operar, considerando ainda, se tal medida será eficaz (PRADO, 2013).

Dessa maneira, o referido Princípio, visa limitar a imposição das normas penais, estabelecendo que o Direito Penal restringe-se à proteção de bens jurídicos necessários e importantes a vida social. Assim, caracteriza-se o Direito Penal como subsidiário, vez que sua intervenção apenas se justifica quando todos os demais ramos do direito falharem.



Para Nucci (2009), a legislação jamais deverá alterar a realidade e menos ainda afastar a aplicabilidade dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade. Considerando que durante muitos anos foi debatido no Brasil, se a presunção de violência seria relativo ou absoluto, não pode um elemento extraordinário, qual seja, um novo tipo penal, que feche os olhos para a atualidade real.

Para que o Estado, com todo o poder que lhe foi concedido, não o pratique de forma indiscriminada, em especial no âmbito penal, ele deve se pautar por quatro princípios essenciais para a criação e modificação das normas, sendo esses: o princípio da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social e da fragmentariedade. Esses princípios se relacionam de maneira profunda não só para conservar o desejo de segurança a que o homem incumbiu o Estado, mas também salvaguardar a necessidade de liberdade a qual lhe é inerente. O princípio da intervenção mínima, dentre esses, é considerado o “carro chefe” é o que aponta aos legisladores com quais bens devem preocupar-se para manter uma sociedade equilibrada, é o princípio limitador do poder punitivo do Estado. Com isso, o Direito Penal deve interferir o menos possível na vida em sociedade, apenas de modo a garantir a estabilidade desta e, quando não mais um bem tutelado antes necessitar de tal proteção, absolve-lo do âmbito de defesa (GONÇALVES, 2017).

Assim, questiona se há um desrespeito ao Princípio da Intervenção Mínima ao tornar a vulnerabilidade absoluta da vítima no crime de estupro de vulnerável, pois no caso concreto, levando em consideração a visão da sociedade atual, os princípios culturais adotados e em casos específicos, a conduta típica no art. 217-A não é passível de punição como conduta criminosa, enaltecendo que o *jus puniendi* do Estado é a *ultima ratio*, o que cogitaria a hipótese de o Estado estar intervindo demais na relação social, talvez porque tornamos sagrado qualquer ato sexual, e ainda estamos vinculados aos antepassados, o qual era associado o prazer à necessidade de penitência, seja própria ou alheia.

2.2.2 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Nessa continuidade, o Princípio da Ofensividade também objetiva limitar o direito de punir do Estado - *jus puniendi*, pois preconiza que somente haverá punição penal se houver ofensividade ao bem jurídico tutelado, como descreve Estefam (2013, p. 133), “Não há crime sem lesão efetiva ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado – *nullum crimen sine injuria*”.

Dado princípio, é uma forma de frear a força legislativa, pois o magistrado em determinados casos, deixa de aplicar a lei em sua literalidade com base no Princípio da Ofensividade. Desse



modo, embora haja uma conduta intitulada em um tipo penal, se tal conduta não resultar em efetiva lesão ou ameaça ao bem jurídico, não há que se falar em crime.

Assim, no Direito Penal, não pode haver a incriminação de condutas que não são danosas ou que provocam insignificante lesão ao bem jurídico tutelado, pois a lesividade é um requisito para caracterizar o tipo penal. Senão, o Direito Penal estaria protegendo situações inúteis e em consequência estaria violando o princípio da proporcionalidade (BARRETO, 2018).

Princípio da Lesividade ou da Ofensividade orienta o próprio legislador na criação dos tipos penais incriminadores. O legislador não pode descrever infrações penais nas quais só atinjam o próprio autor, a conduta precisa atingir terceiros. Esse princípio também é denominado de “princípio da alteridade”. Assim, a tentativa de suicídio não é crime, assim como a lesão sem nenhuma pretensão lucrativa, pois, se houver proveito, é estelionato. Sobre a relação entre o princípio da lesividade e a alteridade, sabe-se que há similitude. A alteridade, também intitulada como “transcendentalidade”, sugere que a conduta, assim como os seus efeitos, deve extrapolar a esfera de individualidade do agente. Em outras palavras, o Direito Penal não é instrumento hábil a tutelar condutas que sequer repercutam no corpo social, sob a ótica da normalidade. O princípio da lesividade, mesmo que sob um viés interpretativo diverso, possui a mesma proposta prática - O direito penal somente cuidará de lesões ou perigo de lesões a bem jurídico tutelado. Referido princípio verte-se a um maior funcionalismo sistêmico (ROCHA, 2017).

Como já fora mencionado no crime de estupro de vulnerável, o legislador visa tutelar plausivelmente a dignidade da pessoa humana. Em uma análise ampla, o menor de 14 anos não possui capacidade, discernimento e consciência para decidir sua vida sexual, porém, analisado estritamente, em determinados e específicos casos essa capacidade, discernimento e consciência é questionável, sendo que nesses casos a “vítima” em sua valoração interior não tem lesão, muito menos ameaça ao bem jurídico protegido pelo legislador.

Embora possa não ser recomendável a prática sexual com pessoa maior de 12 e menor de 14 anos de idade, o despertar precoce de desejos sexuais dos mais jovens é fato que existe e deve ser respeitada, assim como, as opções diferentes, decorrentes da evolução, boa ou má, dos costumes (CARVALHO, p. 151, 2006).

Um exemplo, um namoro em que haja consentimento pelos seus genitores entre uma menina de 12 anos de idade e um menino de 16 anos de idade, e que em um determinado dia, os mesmos pratiquem consensualmente e amorosamente, qualquer ato libidinoso, sem ocorrer à conjunção carnal, o jovem durante o namoro toca o órgão genital feminino de sua namorada por cima da roupa e a jovem de 13 anos consentir e, não oferecer resistência nenhuma ao ato. Logicamente, que o ato se amolda perfeitamente ao art. 217-A, do Código Penal, porém não ouve dano ou lesividade para tipificar o tipo penal.



É nesses casos que se questiona se nessas situações o Princípio da Ofensividade não está sendo afrontado, uma vez que não existe ameaça e lesão ao bem jurídico, e ainda sim o Direito Penal continua a cumprir seu papel de zelar pela ordem e paz pública com severas punições, quando se analisado minuciosamente não existe desordem e conflito público.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que definitivamente, o entendimento se unifica de que desimportante é o consentimento da vítima, análise do caso em concreto, existência de sexualidade pré-marital, a maturidade de menores de 14 anos, enfim, a presunção é absoluta pelo simples critério etário que a vítima possuía na data da conjunção carnal ou pratica de qualquer ato libidinoso.

O legislador evidencia que, o estupro de vulnerável possui alta reprovabilidade social, por ser um delito horrendo e desumano, justificando o excesso de proteção estatal quanto ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual.

Porém, a vontade do legislador não pode por si só interferir nos costumes da sociedade e da realidade sexual. Fica claro, que o legislador ao tipificar o delito descrito no art. 217-A, e o Egrégio Tribunal ao editar a Súmula nº 593, data vênia, não o fizeram em consonância com a evolução da sociedade no que diz respeito ao contexto sexual, vez que, nos dias atuais a vulnerabilidade não é condizente com a vulnerabilidade dos anos 2000, a tecnologia, meios de comunicação, acesso a informação, a banalização do sexo de modo geral faz com que a criança amadureça precocemente, o que inviabiliza a limitação de vulnerável pelo simples critério etário.

Nota-se, inclusive, a existência de inúmeras “vítimas” do crime de estupro de vulnerável, bem como de familiares, que durante o processo, declaram afeto ao acusado, ou seja, no seu meio social, a conduta é aceita, não houve afronta a nenhum bem jurídico para o Estado vir tutelar, aliás, ainda, muitos acusam o Direito Penal de estar destruindo o seu relacionamento com o acusado diante da instauração do processo.

Logo, em que pese à necessidade do Direito Penal tutelar a dignidade sexual, existe um risco na aplicação direta da súmula nº 593 do STJ, pois sua imposição engessa o texto legal, afastando a realidade dos seios sociais, ainda, se considerarmos a gravidade da violência sexual, a aplicação da pena para o delito em comento, seria fascinante se houvesse uma análise específica de cada caso



quando necessário, visando examinar o meio social e psicológico, a fim de fazer com que o Direito Penal se adeque a realidade em que vivem.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, D. **Comentários à Súmula 593 do STJ**, 2017. Disponível em < <https://advdiegoazevedo.jusbrasil.com.br/noticias/517980108/coluna-comentarios-a-sumula-593-do-stj>> Acesso em 03 jun. 2018.

BARRETO, R. A. **Os Princípios Jurídicos de Direito Penal**, 2018. Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-principios-juridicos-de-direito-penal,590326.html> > Acesso em 01 jun. 2018.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal – Parte Especial 4**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 – 2013.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 15 fev. 2018.

BRASIL, **Súmula 593 STJ**, 2017. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/3122399/sumula-593-do-stj>> Acesso em 30 out. 2017.

BRASIL, **Superior tribunal de justiça. Agravo Regimental no agravo em recurso especial**, 2015. Disponível em < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464978303/agravo-em-recurso-especial-aresp-1003470-ap-2016-0278195-6?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em 30 out. 2017.

BRASIL, **Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil**, 2014. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136115890/apelacao-civel-ac-70060949922-rs>>. Acesso em 30 out. 2017.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Pará, Apelação**, 2018. Disponível em < <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/576271418/apelacao-apl-16452320128140051-belem?ref=serp>> Acesso em 01 jun. 2018.

CARVALHO, A. C. B. O. **Violência presumida**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.



CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 10. ed.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CRUZ, C. E. D. **O estupro de vulnerável**, 2017. Disponível em < <https://www.adlogados.com/artigos/visualizar/o-estupro-de-vulneravel> > . Acesso em 21 fev. 2018.

ESTEFAM, A. **Direito Penal – Parte Geral (arts. 1º a 120).** 3 ed. São Paulo : Editora Saraiva, 2013.

GONÇALVES, A. A. P. **O Direito Penal determina o comportamento adotado pela sociedade ou a sociedade determina o que o Direito Penal deve disciplinar?.** Disponível em < <http://blog.maxieduca.com.br/direito-penal-estado/> > . Acesso em 05 jun. 2018.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III** / Rogério Greco. 10. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

JESUS, D. **Direito Penal – Parte Especial** – 21 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NUCCI, G. de S. **Crimes contra a dignidade sexual.** São Paulo: RT, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro. – Parte Especial** - 11. ed. Ver. atual. e ampli. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, M. **Estupro de vulnerável, falsas memórias e fragilidade das provas.** 2017. Disponível em < <https://monalysaramos.jusbrasil.com.br/artigos/450936863/estupro-de-vulneravel-falsas-memorias-e-fragilidade-das-provas> > . Acesso em 18 mar. 2018.

ROCHA, L. **Aspectos Principiológicos do Direito Penal.** 2017. Disponível em < <https://mattheuslocio.jusbrasil.com.br/artigos/511510508/aspectos-principiologicos-do-direito-penal> > . Acesso em 28 mai. 2018.

SHECARIA, S. S. **A criminalidade e os meios de comunicação de massas.** In: FRANCO, Alberto Silva, NUCCI, Guilherme de Souza (org). Doutrinas essenciais. Direito Penal: parte especial II. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.