

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

GLEUDO GOMES PASCOAL JÚNIOR

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

SOUSA – PB

2016

GLEUDO GOMES PASCOAL JÚNIOR

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira

SOUSA – PB

2016

GLEUDO GOMES PASCOAL JÚNIOR

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leonardo Figueiredo de Oliveira – UFCG
Professor Orientador

Examinador

Examinador

Dedico, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e aos meus pais, por sempre valorizarem a educação e com muito esforço e sacrifício me darem condições de concluir esta caminhada.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar os aspectos gerais acerca da viabilidade da aplicação do princípio da insignificância frente ao estupro de vulnerável, discorrendo sobre suas causas e consequências na concretização ou não de ser viável o aludido princípio. Para tanto faz-se presente esmiuçar o crime de estupro no decorrer da história, chegando-se ao Código Penal vigente que foi inovado com a promulgação da Lei 12.015/09, que dentre as alterações, introduziu o crime de estupro de vulnerável. Adequam-se a figura de vulnerável os menores de 14 (catorze) anos ou aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato e, aqueles que, por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência. Dispõe o princípio da insignificância que, para existir tipicidade penal demanda-se que ocorra uma afronta a bens jurídicos de grande relevância para o direito penal, tendo em vista que nem sempre que haja ofensa a esses bens jurídicos, esta bastará para que se configure um ilícito penal. A escolha da temática é justificada pela sua importância no cotidiano jurídico e acadêmico, uma vez que a reflexão acerca dos entraves sobre a aplicação ou não do princípio da insignificância será indispensável para que a lide seja elucidada de forma justa. Para que sejam alcançados os objetivos supracitados, a vertente a ser utilizada neste trabalho será a qualitativa, pois proporcionará maior compreensão ao tema abordado. Ademais, o método de abordagem será o dedutivo e a pesquisa poderá ser classificada quanto ao procedimento técnico como bibliográfica, pois se utilizará da análise interpretativa da legislação condizente com o tema; da apreciação qualitativa dos posicionamentos jurisprudenciais; e da consulta à doutrina e artigos científicos. Deste modo, serão analisados os argumentos utilizados por cada uma das correntes, reforçados por julgados em ambos os sentidos.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Princípio da Insignificância. Aplicabilidade.

ABSTRACT

The present academic work its objective is to analyze the general aspects on the feasibility of applying the insignificance's principle against the rape of vulnerable, speaking about its causes and consequences in achieving or not to be viable the mentioned principle. Therefore, it is present to explain minutely the crime of rape throughout history, coming to the current Penal Code that was innovated with the enactment of Law 12.015/09, among the changes, introduced the vulnerable rape's crime. The vulnerable figure are suitable for children under fourteen (14) years or those who for illness or mental disability do not have the necessary insight to the act of practice and those who, for any other reason cannot resist. Arranges the insignificance's principle that, to be criminal typicality, it demands that occur an affront to very relevant juridical property to criminal law, considering that even where there is offense to these juridical property, this will be enough for to set a criminal offense. The choice of theme is justified by its importance in the legal and academic daily, as a reflection on the obstacles about the application or not the principle of insignificance will be essential for the legal matter to be elucidated fairly. For the above objectives are reached, the component to be used in this study will be the qualitative, as it will provide greater understanding of the topic covered. Moreover, the method of approach will be deductive and research would be classified as the technical procedure as literature, because it will use the interpretative analysis of legislation consistent with the theme; a qualitative assessment of the jurisprudential positions; and consultation of the doctrine and scientific papers. Thus, will be analyzed the arguments used by each of the current, reinforced by judged in both directions.

Keywords: Rape of vulnerable; Insignificance's Principle; Applicability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	10
2.1 ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO	10
2.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	14
2.2.1 Elementos Do Crime.....	15
2.2.2 Crime Hediondo	21
2.2.3 Competência Para Julgar	22
2.2.4 Relativização da Vulnerabilidade Sexual.....	23
3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	27
3.1 PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS.....	27
3.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO	27
3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL	30
3.3.1 Histórico	30
3.3.2 Conceito	31
3.3.3 Natureza Jurídica.....	33
3.3.4 Análise dos Requisitos para o Reconhecimento do Princípio da Insignificância.....	35
4 VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL	41
4.1 CORRENTE FAVORÁVEL À APLICABILIDADE	42
4.2 CORRENTE DESFAVORÁVEL A APLICABILIDADE	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
6 REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

Prefacialmente cumpre salientar que, no decorrer da história as formas de violência sempre fizeram-se presentes, seja elas físicas ou psíquicas, estando inseridas em todas as fases de desenvolvimento do homem e no seu convívio social. A violência afeta todos os níveis sociais, nos mais variados ambientes e classes econômicas, por ser bastante volúvel e complexa, fazendo parte do cotidiano da sociedade.

Não obstante, como infere-se dos registros históricos, a violência sexual sempre auferiu uma especial atenção dos juristas. Não unicamente por ser moralmente reprovável e sua conduta causar grande repúdio da sociedade, mas pela seriedade da violência causada, atestada não só pelo diminuto dano físico, como também máxime, pelo abalo psicológico que deixam marcas na alma da vítima por toda sua vida.

É infame quando esse abuso é cometido quando a vítima ainda é criança, é o caso do estupro de vulnerável, situação esta de difícil análise pelo judiciário, por ser bastante delicada, considerando que são vulneráveis os menores de 14 (catorze) anos ou os que se encontram em situação de vulnerabilidade, aqueles que por alguma enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que não podem oferecer resistência.

O fato de ocorrerem geralmente em ambientes domésticos inflama ainda mais a repulsa ao cometimento desse crime, no qual o algoz e a vítima se conhecem, chegando até, muitas vezes, a ter algum parentesco. Em face disto, o crime é velado, pois ocorre em ambiente íntimo e particular, perdurando-se, amiúde, por anos em virtude do agente ficar impune.

Com o trabalho propõe-se analisar a viabilidade da aplicação do princípio da insignificância ao delito do estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal. Busca-se abordar as principais teorias alusivas ao princípio da insignificância, bem como os principais aspectos do crime de estupro de vulnerável.

Para tanto, utilizar-se-á como forma de procedimento técnico, quais sejam: a pesquisa bibliográfica, tendo em vista que será desenvolvido com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros, jurisprudências e artigos

científicos, buscando construir uma linha de raciocínio coesa para compreender as mudanças de entendimento trazidas com a norma.

O primeiro capítulo versará sobre o Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, em seu artigo 217-A, previsto no Título IV – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual da parte especial no Código Penal. Os crimes contidos nesse título são aqueles em que ferem a dignidade sexual da vítima, onde atingem a faculdade de escolha do parceiro sexual. O supramencionado artigo foi introduzido pela Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009.

O segundo capítulo se destina a esmiuçar as principais teorias que tenham relação com o Princípio da Insignificância, este defende que exija-se da tipicidade penal que haja um razoável teor de seriedade na conduta lesiva aos bens jurídicos protegidos, uma vez que nem sempre ocorre de uma ofensa a esses bens ou interesses ser satisfatória para que se configure o injusto típico.

O terceiro capítulo será constituído pela querela existente acerca da viabilidade da aplicação do Princípio da Insignificância ao estupro de vulnerável, confrontando as opiniões divergentes dos adeptos da corrente favorável à aplicação com os adeptos da corrente desfavorável a aplicação do princípio da insignificância. Entende-se ser salutar essa discussão, tendo em vista a gravidade dos crimes dessa natureza, não podendo negligenciar a análise da viabilidade da aplicação dos princípios penais.

2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

2.1 ESTUPRO: ESCORÇO HISTÓRICO

Antes de adentrar-se para a pesquisa da problemática apresentada, preliminarmente se faz necessário contextualizar a evolução histórica do crime de estupro. Os crimes sexuais sempre causaram enorme repulsa na sociedade e são severamente punidos desde a antiguidade. Dentre os quais, se sobressai o delito de estupro.

Após a *Lex Julia de adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir *adulterius* e *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se *estupro* toda união ilícita com mulher não casada. Contudo, a *conjunção carnal violenta*, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte.

Durante a Idade Média foi seguida a mesma tradição romana, aplicando-se ao estupro violento a pena capital. As conhecidas Ordenações Filipinas também puniam com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher”. Somente na legislação genuinamente brasileira houve uma atenuação da punição nessa infração penal. Com efeito, o Código Penal de 1830 passou a punir o estupro violento com a pena de prisão de três a doze anos, acrescida da obrigação de adotar a ofendida. Já o Código Penal Republicano de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade do estupro, cominando-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular (arts. 269 e 268), além da constituição de um dote para a vítima.

As Ordenações Filipinas puniam a sodomia¹ e os toques desonestos e torpes, independentes de serem praticados com ou sem violência. O Código Criminal de 1830 punia a ofensa pessoal para fim libidinoso que causasse dor ou mal corpóreo, mesmo que não tivesse havido cópula carnal (art. 223). O Código Penal de 1890,

¹ Prática sexual em que há penetração do ânus com o pênis, seja entre indivíduos do sexo masculino ou entre um homem e uma mulher. AURÉLIO. Dicionário do Aurélio. Disponível em:< <https://dicionariodoaurelio.com/sodomia>>. Acesso em: 12 de março de 2016.

por sua vez, punia o atentado violento ao pudor com a pena de um a três anos de prisão celular (art. 226).

Houve uma inovação trazida pela Lei n. 12.015/2009 que alterou o Título VI do Código penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprime, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano.

A proteção aos costumes segundo preceitua HUNGRIA, se referia aos:

[...] hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.²

No entanto, embora padrões sociais vigentes, os costumes, são variáveis no espaço e no tempo. Assim, conforme Damásio de Jesus, com a crescente liberdade sexual hoje predominante, as relações entre homem e mulher perderam a conotação de pecado e segredo, sendo o sexo amplamente discutido e revelado, às vezes cruamente, pelos meios de comunicação.³

A supracitada lei que alterou a nomenclatura do Título VI do Código Penal, procedendo assim a substituição do termo “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, procurou adaptar a legislação penal as novas tendências que surgiram do desenvolvimento das relações interpessoais e ao próprio regramento constitucional.

Ocorreu que após a promulgação da Lei 12.015/2009, trazendo uma mudança no nome do capítulo I, “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a liberdade sexual”, houve um desprezo em relação aos costumes, muito embora eles estejam englobados pelo conceito de dignidade que é amplo, no sentido de afastar a ideia de defesa de como as pessoas deveriam se comportar sexualmente na

² HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, v.8 apud NUCCI, Guilherme de Souza. *CODIGO PENAL COMENTADO*. 13 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 960.

³ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, 3º volume: parte especial: Dos crimes contra propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública / Damásio E. de Jesus. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 121.

sociedade, até porque os costumes representavam uma visão retrógrada dos hábitos de uma sociedade ultrapassada.

André Estefam⁴ registra que a necessidade de se reformar o Título VI do Código Penal surgiu com a promulgação da atual Constituição Federal, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Segundo ele ainda observa que a sexualidade deve ser pensada dentro do espaço da pessoa humana, sendo descabidos parâmetros éticos e de moralidade pública. Portanto, com esta nova denominação, fica claro que se almeja garantir, além da dignidade humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo de exploração, a intangibilidade ou indenidade sexual, ou seja, isenta de dano, além do íntegro e salutar desenvolvimento da personalidade, no que tange à sexualidade do indivíduo.

Não se pode esquecer que o centro de proteção deve limitar-se a dignidade humana, sem interferir na vida sexual individual, uma vez que no entender de Guilherme de Souza Nucci⁵, citando Nelson Hungria:

O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento sem ofender direito alheio, ainda que para alguns sejam imorais ou inadequados.

É de suma importância à criminalização desses tipos penais, baseado em proteger precipuamente a liberdade sexual do indivíduo, de acordo com o ilustre jurista Luiz Flávio Gomes⁶:

Não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais. Por força do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, não há espaço no Direito penal para a tutela de uma determinada moral ou religião ou partido político ou ideologia etc.

⁴ ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16/19.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 641.

⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Reforma penal dos crimes sexuais*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168> Acesso em: 15/03/2016.

Com a publicação, em 07 de agosto de 2009, da Lei 12.015, ocorreu uma mudança ao que tange o crime de estupro, não só se tratando da pena em propriamente dita, embora mais incisivo ao agente ativo, mas sim ao crime em si. Surgiu a junção de dois tipos penais em uma só figura, ora denominada estupro, desaparecendo assim o art. 214 (atentado violento ao pudor) do Código Penal. Vale salientar deste ato que há uma ruptura histórica, pois até então só se admitia como vítima a mulher; porém, de agora em diante a vítima de estupro definido no Código Penal passa a ser “alguém”.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação à hediondez antes da Lei n. 12.015/2009: “Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor cometidos antes da edição da Lei n.12.015/2009 são considerados hediondos, ainda que praticados na forma simples.” (STJ, REsp 1.110.520-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 26/9/2012).

Uma característica de grande relevância abrangida pela Lei 12.015/2009 foi à inclusão do “estupro de vulnerável” no rol dos crimes hediondos, seja na forma simples ou qualificada (art. 217-A e §§ 1º, 2º, 3º e 4º), alterando o inciso VI da Lei 8.072/90, onde o “atentado violento ao pudor” deu espaço a essa inovação.

De acordo com pensamento de Bitencourt⁷, considerando que o legislador unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam essas duas figuras – conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal – por “relação sexual”, uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos anteriores. O vocábulo relação sexual, além da dita cópula vagínica, abrange também, na linguagem clássica, as relações sexuais ditas anormais, tais como o coito anal ou oral, o uso de instrumentos roliços ou dos dedos para a penetração no órgão sexual feminino, ou a cópula vestibular, onde não há penetração. A expressão relações sexuais, ademais, mostra-se mais atualizada, por seu alcance mais abrangente, pois englobaria também, além dos atos supraenunciados, as relações homossexuais (tidas, simplesmente, como atos libidinosos diversos da conjunção carnal.), tão disseminados na atualidade.

⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública/ Cesar Roberto Bitencourt. – 7. Ed rev., ampl. E atual. De acordo com as leis n. 12.720 e 12.737, de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. Pag. 47

Após essa breve explanação sobre a parte histórica do crime de estupro e das inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, passa-se abordar de forma mais contundente o assunto em voga do capítulo, qual seja, estupro de vulnerável.

2.2 DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Alguns tipos penais surgiram quando da feitura da Lei n. 12.015/2009, passando assim a compor o Código Penal. Dentre eles com o novo *nomem iuris* de estupro de vulnerável, caracterizando um novo tipo autônomo, que difere daquele tipificado no artigo 213 do mesmo diploma legal.

O aspecto da vulnerabilidade está diretamente relacionado ao juízo do indivíduo que não possui capacidade psicológica para discernir sobre o caráter lascivo do ato sexual ou sequer há um mínimo de sanidade mental para entender e vir a se manifestar por ele mesmo a respeito do seu desejo sobre a prática da relação sexual. A denominação vulnerável não foi criada a toa pelo legislador, ela traz um significado daquele que aparece no elo mais fraco da relação.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci⁸, a vulnerabilidade contida no artigo 217-A: *“trata-se da capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir”*.

Com isso o legislador teve a intenção de por fim a qualquer questão referente a circunstancia do fato, principalmente com a própria anuência da vítima, para a análise da caracterização do crime.

Em se tratando de uma época em que há um grande aumento da prostituição infantil, nota-se o porquê da preocupação que o legislador teve em dar ênfase à inserção de determinados tipos normativos, tendo como alvo o amoldamento da norma ao período histórico em que se encontra, agindo sempre com cautela para analisar de forma justa o seu teor de ofensividade, pois consoante lição de Guilherme de Souza Nucci⁹:

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 829.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op., Cit.*, p. 829

[...] a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo, sob pena de se esgotar o Direito Penal em situações inócuas e sem propósito, especialmente quando se contrata a conduta praticada com o tipo de sanção para ela prevista como regra, ou seja, a pena privativa de liberdade.

Admitiu-se uma maior preocupação no que tange a mudança de comportamento das últimas décadas, especificamente em relação a sexualidade do menor, buscando assim prestar uma maior assistência a ele.

2.2.1 Elementos Do Crime

No estupro de vulnerável a violência é presumida, uma vez que o delito é praticado contra a vítima que não detém um meio de oferecer resistência, tendo em vista o seu estado físico ou mental. Por conta da baixa faixa etária, a presunção da incapacidade de discernimento ou inaptidão física é absoluta, cujo critério é estritamente biológico. Dito isso, dispõe o Código Penal:

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.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, admitindo-se coautoria e participação.

O sujeito passivo é a pessoa vulnerável ou a ela equiparada. Nos termos da lei, vulnerável é o menor de 14 anos, presumivelmente incapaz.

A carência de maturidade sexual ou desenvolvimento mental completo para permitir com a prática do ato sexual é presumida pela tenra idade da vítima. Como observa Guilherme de Souza Nucci¹⁰:

Vale observar que não há qualquer parâmetro justificativo para a escolha em tal faixa etária, sendo tão somente uma idade escolhida pelo legislador para sinalizar o marco divisório dos menores que padecem de vício de vontade, a ponto de serem reconhecidos pelo status de vulneráveis, daqueles que possam vivenciar práticas sexuais sem impedimentos. Verifica-se, pois, que a definição de patamar etário para a caracterização da vulnerabilidade é baseado numa ficção jurídica, que nem sempre encontrará respaldo na realidade do caso concreto, notadamente quando se leva em consideração o acentuado desenvolvimento dos meios de comunicação e a propagação de informações, que acelera o desenvolvimento intelectual e capacidade cognitiva das crianças e adolescentes.

Para Luís Augusto Sanzo Brodt¹¹, não basta haver a simples existência dos elementos objetivos do crime, para que dê resultado à tipificação da conduta, sendo necessário o emprego de uma hermenêutica que se amolde com os mandamentos constitucionais relacionados a culpabilidade, assim dispondo:

Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.º, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.

No que tange a figura do sujeito passivo, a norma penal equipara o enfermo ou o deficiente mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º, art. 217-A), a figura do vulnerável.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP)*. Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

¹¹ BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Dos crimes contra a dignidade sexual: a nova maquiagem da velha senhora*. Ciências penais, vol. 13, jul / 2010. p. 170.

Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer¹² apresenta definições esclarecedoras para a caracterização dos elementos que integram o tipo:

Enfermidade é qualquer doença mental ou física com efeitos mentais que prive a vítima do discernimento necessário, como são, em princípio, a esquizofrenia, as psicoses em geral, a epilepsia e a demência senil, por exemplo. Deficiência mental corresponde à oligofrenia (cretinismo, mongolismo, microcefalia, macrocefalia e oligofrenia difenilpiruvínica). O índice de deficiência é normalmente calculado pelo quociente de inteligência (QI) e pela idade mental. Discernimento é a faculdade de discernir, de apreciar, de escolher. É a opção seguindo algum critério. Quem se relaciona sexualmente com qualquer pessoa não tem critério de escolha, e, portanto não tem discernimento. Ao empregar a expressão normativa necessário discernimento evidentemente não quis o legislador deixar o tipo à mercê de preceitos morais ou sociais ou de visões pessoais do julgador acerca da sexualidade. Por isto, é de se concluir que a elementar se refere a alguma escolha da vítima, de acordo com critério diverso do puramente instintivo. A histórica proteção legal do vulnerável, contida tanto no antigo como no novo texto, indicam que o necessário discernimento se liga também ao conhecimento das consequências sociais, morais e físicas que envolvem o relacionamento sexual. Assim, além da escolha com critério, deve o optante ter noção da possibilidade de gravidez, de contrair doenças sexualmente transmissíveis e da provável reprovação social envolvida. A existência, ou não, do necessário discernimento é questão pericial. A incapacidade de oferecer resistência por qualquer outra causa se refere aos casos em que o paciente está por qualquer outra razão efetivamente tolhido na sua capacidade de entender e de se portar, como ocorre, por exemplo, na intoxicação por álcool ou outras drogas, no estado de coma, no hipnotismo, durante o sono e nas demais situações de fragilidade física ou mental, por doença ou por idade. Apura-se por perícia a capacidade de resistência.

O agente deve ser totalmente desprovido da capacidade de entendimento quanto à prática do ato sexual, uma vez que presente algum discernimento, o delito não restará caracterizado. Na lição de Rogério Greco¹³:

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

¹² FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

¹³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III. p. 516.

O elemento subjetivo é o dolo específico, tornando assim de forma obrigatória uma intenção com fins libidinosos, com o escopo de satisfazer o anseio sexual. O agente deve ter completa consciência sobre a condição da vítima. A lei deixou de considerar como elemento normativo do tipo penal a chamada presunção de violência ou grave ameaça, bastando para a realização desta nova infração penal, que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. De acordo com Guilherme de Souza Nucci¹⁴:

A fim de se desfazer tal equívoco, e, em respeito aos princípios constitucionais da intervenção mínima do direito penal, da ofensividade, do contraditório e da presunção de inocência, é que a vulnerabilidade, merecedora de tutela penal, deve ser compreendida de forma restrita e casuisticamente, tendo como essência a fragilidade e a incapacidade física ou mental da vítima, na situação concreta, para consentir com a prática do ato sexual.

Apesar da presunção de violência se dá de forma absoluta, conforme o legislador, não se pode menosprezar a existência da figura do erro de tipo, afastando assim o elemento subjetivo de maneira a tornar a conduta atípica. Na lição de Guilherme de Souza Nucci¹⁵:

O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Um caso hipotético seria o fato de o agente, por erro inescusável e invencível, ter para si a certeza de que sua parceira possui idade maior a que aparenta ou por erro da própria ofendida ao entregar dados pessoais falsos ao agente, como mentir sobre a sua idade ou oferecer informações alteradas de seu nascimento. Inúmeros doutrinadores partilham da mesma opinião, dentre eles E. Magalhães Noronha¹⁶, que lecionando, afirma que "se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de 14 anos, não ocorre à presunção".

Um exemplo prático seria a seguinte situação:

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro* Ob. cit.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*, p. 38.

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 3, p. 225/226.

na “balada”, o agente vem a conhecer uma pessoa que diz ter 18 (dezoito) anos, idade esta que condiz com a sua compleição física - frise-se que o consentimento é possível desde os 14 (quatorze) anos completos. Decidem, então, ir ao motel, onde o ato sexual é praticado. Neste caso, haverá o crime estupro de vulnerável? A resposta só pode ser não, pois houve erro sobre elemento constitutivo do tipo legal – o agente não sabia que estava fazendo sexo com alguém menor de 14 (quatorze) anos. Como não se pune a modalidade culposa, a conduta é atípica. Entrementes, é evidente que o erro só ocorrerá naquelas situações em que a vítima, de fato, aparenta ser maior de 14 (quatorze) anos. Contudo, atenção: o erro de tipo deve incidir sobre a idade da vítima, e não sobre a vulnerabilidade. Portanto, se o agente, sabendo que a vítima é menor de 14 (quatorze) anos, com ela faz sexo, sob o argumento de que não a considerava vulnerável, pois se prostitui, ocorrerá o delito do art. 217-A, pois a presunção de violência é absoluta.¹⁷

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o agente ter ciência sobre a idade da vítima é o seguinte:

“O fato é que a condição objetiva prevista no art. 217-A se encontra presente e, portanto, ocorreu o crime imputado ao agravante. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou in casu (fls. 1/2, 88/95 e 146/159), para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime, cuja conduta está descrita no art. 217-A do Código Penal.” (STJ, AgRg no REsp 1407852 / SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 05/11/2013).¹⁸

O elemento objetivo se caracteriza pela prática de conjunção carnal ou ato libidinoso. Maximiliano Roberto Ernesto Fuhrer¹⁹ aponta as seguintes conceituações:

Conjunção carnal refere-se a introdução do pênis na vagina. A intromissão pode ser completa ou incompleta, pouco importa. Também é irrelevante que ocorra ou não a ejaculação. O coito chamado preambular ou vulvar não é conjunção carnal, mas constitui ato libidinoso diverso. O mesmo ocorre com a introdução do pênis na vagina construída cirurgicamente, em corpo masculino. Ato libidinoso é toda manifestação física que tem por objetivo satisfazer a lascívia (coito oral, anal, vulvar, *inter femura*, introdução de dedos ou objetos na vagina, no anus, contato das mãos com o corpo, lambidas etc.). É fundamental que exista efetivo contato corporal com a vítima, sem o que, não há falar em estupro.

¹⁷ LEONARDO CASTRO, *Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável*. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

¹⁸ CASTRO, Leonardo. *Op., Cit.*

¹⁹ FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Ob. cit.* p. 177.

Trata-se de um crime material, se tornando consumado com o seu resultado finalístico, qual seja, a conjunção carnal ou algum ato libidinoso. No âmbito da tentativa, deve-se considerar a intenção do agente. Se o seu anseio for à conjunção carnal, e por um fator alheio a sua vontade (art. 14, II, do Código Penal Brasileiro) não vem a ocorrer à penetração do pênis na vagina, o crime ficará no campo da tentativa, muito embora já tenham acontecido atos libidinosos, mesmo que não desejados, mas que são naturais da ação. Se seu intento, no entanto, for à prática de atos libidinosos, diverso a conjunção carnal, o crime restará consumado no instante em que for concretizado o ato objetivado (toque nos seios, nas nádegas, etc.).²⁰

Parte da doutrina é divergente, e não estão de acordo com essa tese, para eles o crime se consuma no momento em que o corpo da vítima é violado. Todavia, é delicado esse tipo de raciocínio, tendo em vista que poderá afastar a incidência do instituto da desistência voluntária (art. 15 do Código Penal Brasileiro). Imagine-se o seguinte exemplo, o agente que, objetivando a conjunção carnal (cópula vagínica), em seguida de ter retirado a roupa da vítima e forçosamente tocar em suas pernas, com o escopo de separá-las para a inserção do pênis, vem a desistir da ação, para evitar a condenação pelo delito de estupro de vulnerável. Desta forma, estar-se-á diante de uma desistência voluntária, hipótese em que a lei assegura o benefício ao criminoso por ter evitado o resultado do delito.²¹

Isto posto, para quem defende que um simples toque ao corpo da vítima já consuma o crime, não levando-se em conta sua intenção, indaga-se, já que o agente irá responder de qualquer maneira pelo crime de estupro de vulnerável na forma consumada, havendo ou não conjunção carnal, por que não prosseguir na ação? Se a pena ser-lhe-á imposta de qualquer forma, melhor, então, ir até o fim. À vista disso, percebe-se que esse posicionamento é perigoso e desestimula o delinquente a desistir do resultado.²²

²⁰ LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

²¹ LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

²² LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a consumação do estupro ocorre com a prática imediata de qualquer ato libidinoso, ainda que seja preparatório para a conjunção carnal. Para o supramencionado Tribunal, a consumação ocorrerá: “Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ.” (STJ, AgRg no REsp 1244672 / MG, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), j. 21/05/2013). O julgado não esclarece a questão. De fato, o crime pode se consumir independentemente da conjunção carnal, desde que o ato libidinoso diverso seja a intenção do agente.²³

2.2.2 Crime Hediondo

Uma mudança trazida pela Lei 12.015/2009 foi à adição do crime de estupro de vulnerável no rol dos crimes hediondos, sendo tal crime hediondo em todas as suas modalidades, de acordo com o art. 1º, VI da Lei 8.072/1990. Com isso, inicialmente, a pena será cumprida em regime fechado. No que tange a progressão de pena que, nos crimes comuns, ocorre após 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, nos crimes hediondos, como o estupro de vulnerável, será após 2/5 (dois quintos) se o réu for primário, ou 3/5 (três quintos), se for reincidente.²⁴

A prisão temporária, que nos demais crimes é de 5 (cinco) dias, eleva-se para 30 (trinta) dias. Em relação ao livramento condicional, o prazo também muda, para que seja concedido, o apenado deve cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena, contanto que não seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Ademais, é vedado a anistia, graça ou indulto, bem como a fiança.²⁵

²³ LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁴ LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

²⁵ LEONARDO CASTRO, Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável. Disponível em: <<http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>> Acesso em: 17 de março de 2016.

2.2.3 Competência Para Julgar

Em se tratando de quem compete julgar o crime de estupro de vulnerável a jurisprudência tem divergido sobre a competência da vara da infância e da juventude. Observemos alguns julgados:

“Devem ser anulados os atos decisórios do processo, desde o recebimento da denúncia, na hipótese em que o réu, maior de 18 anos, acusado da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP), tenha sido, por esse fato, submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude, ainda que lei estadual estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente. De fato, o ECA permitiu que os Estados e o Distrito Federal possam criar, na estrutura do Poder Judiciário, varas especializadas e exclusivas para processar e julgar demandas envolvendo crianças e adolescentes (art. 145). Todavia, o referido diploma restringiu, no seu art. 148, quais matérias podem ser abrangidas por essas varas. Neste dispositivo, não há previsão de competência para julgamento de feitos criminais na hipótese de vítimas crianças ou adolescentes. Dessa forma, não é possível a ampliação do rol de competência do juizado da infância e da juventude por meio de lei estadual, de modo a modificar o juízo natural da causa. Precedentes citados: RHC 30.241-RS, Quinta Turma, DJe 22/8/2012; HC 250.842-RS, Sexta Turma, DJe 21/6/2013.” (STJ, RHC 37.603-RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 16/10/2013).

“O maior de 18 anos acusado da prática de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput, do CP) pode, por esse fato, ser submetido a julgamento perante juízo da infância e da juventude na hipótese em que lei estadual, de iniciativa do tribunal de justiça, estabeleça a competência do referido juízo para processar e julgar ação penal decorrente da prática de crime que tenha como vítima criança ou adolescente. A jurisprudência do STJ havia se pacificado no sentido de que a atribuição conferida pela CF aos tribunais de justiça estaduais de disciplinar a organização judiciária não implicaria autorização para revogar, ampliar ou modificar disposições sobre competência previstas em lei federal. Nesse contexto, em diversos julgados no STJ, entendeu-se que, como o art. 148 da Lei 8.069/90 (ECA) disciplina exhaustivamente a competência das varas especializadas da infância e juventude, lei estadual não poderia ampliar esse rol, conferindo-lhes atribuição para o julgamento de processos criminais, que são completamente alheios à finalidade do ECA, ainda que sejam vítimas crianças e adolescentes. Todavia, em recente julgamento, decidiu-se no STF que tribunal de justiça pode atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao juízo da vara da Infância e juventude, por agregação, ou a qualquer outro juízo que entender adequado, ao estabelecer a organização e divisão judiciária”. Precedente citado do STF: HC 113.102-RS, Primeira Turma, DJe 15/2/2013. HC 219.218-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/9/2013.

2.2.4 Relativização da Vulnerabilidade Sexual

Em se tratando de crimes sexuais perpetrados contra menores de quatorze anos, utilizava um critério baseado na presunção de violência ou grave ameaça, embora nem houvesse a presença destes, por averiguar a insuficiência de discernimento dessas vítimas para consentir com a prática do ato sexual.

No âmbito doutrinário e jurisprudencial existe uma contenda acerca do caráter absoluto dessa presunção, gerando um embate sobre a possibilidade de se excetuar a regra geral, tendo em vista casos em que a vítima demonstrasse experiência e conhecimento em relação à prática sexual.

Para os tribunais há o entendimento firmado posicionando-se no sentido de que a presunção de violência ser absoluta, entretanto doutrina majoritária tem se posicionado pela natureza relativa dessa presunção.

Apesar da edição da Lei n. 12.015/2009, o direito tenha se alterado, trazendo uma nova realidade para os delitos dessa natureza, o questionamento segue relevante. A denominada presunção de vulnerabilidade considera o menor de quatorze anos hipossuficiente, frágil, incapaz de consentir validamente para a realização de qualquer ato sexual.

Nota-se a escolha de um critério meramente biológico, não tendo uma justificativa cabal que dê respaldo a esse elemento. Nesse ponto, Guilherme de Souza Nucci²⁶, aponta as impropriedades da lei:

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

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *O crime de estupro sob o prisma da lei 12.015/2009* (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais, vol. 902, p. 395, dez / 2010.

hipótese alguma podem manter relações sexuais. Por tais razões é que defendemos a relativização de sua vulnerabilidade.

Ressalta-se que a há incompatibilidade entre a legislação que rege os direitos e garantias da criança e do adolescente com a própria norma penal. Como mostra Guilherme de Souza Nucci²⁷, citando inclusive posicionamento de outra doutrinadora a respeito do assunto:

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

No mesmo sentido para Luiz Flávio Gomes²⁸ o marco etário dos 14 anos, previsto no Código Penal, não tem ressonância com o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Se o ECA abre a possibilidade de punir por cometimento de ato infracional aos 12 anos, por que não reconhece a liberdade, a legitimidade da vontade de praticar sexo? Se eles já conhecem, já praticam o sexo, por que nós, moralmente, vamos condenar essa situação? O posicionamento muito peremptório em relação à idade, sem avaliar o caso concreto, é um equívoco na jurisprudência do país, ainda muito controvertida.

Com outra visão, Renato Barão Varalda,²⁹ promotor de Justiça da área da infância do Distrito Federal, defende que:

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro *Ob. cit.*

²⁸ RENATA MARIZ, *Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável, decreta STJ*, Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>> Acesso em: 19 de março de 2016.

Antes dos 14 anos, não há maturidade para escolher fazer sexo. E critica absolvições de acusados de estupro de vulnerável por meio do que ele chama de uma “descaracterização da pessoa da vítima”: Alegam que a vítima não aparentava pouca idade, que era prostituída ou que em determinada região do país isso é muito comum para atropelar o marco de 14 anos colocado pelo legislador. Por mais desenvolvido que seja o corpo do adolescente ou que o acesso a informações hoje seja cada vez maior, a maturidade vem com vivência. É preciso garantir uma punição dura, sem flexibilizar, até para intimidar os adultos.

Não obstante a lei presuma, *iuris et de iure*, que indivíduos menores de quatorze anos não têm discernimento para a prática de atos sexuais, mostra-se totalmente viável o afastamento desta presunção mediante a produção de prova inequívoca de que a vítima possui experiência no campo sexual e apresenta comportamento adverso com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Admitir o contrário seria contemplar a imputação por responsabilidade objetiva, indo de encontro ao Direito Penal moderno que aplica a responsabilidade subjetiva, em que o dolo e a culpa devem ser provados. Mesmo antes da nova legislação Luiz Regis Prado³⁰ apontava que “não se deve aceitar a presunção de violência como fonte de certeza criminal, pois, o mesmo pode promover o desprezo pela prova e não revelar a sua verdadeira natureza”.

O Superior Tribunal de Justiça já cedeu interpretação a dispositivo do Código Penal, reconhecendo a aplicação plena da responsabilidade subjetiva:

EMENTA: RESP - PENAL - ESTUPRO - PRESUNÇÃO DE VIOLENCIA. O direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinquente, deve ajustar-se a conduta delituosa. Conduta e fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato, que se recrudescem a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem, corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma e princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. (Sexta Turma, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Resp 46.424, D.J.U. 08.08.1994).

²⁹ RENATA MARIZ, *Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável*, decreta STJ, Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>> Acesso em: 19 de março de 2016.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3.

O risco em aferir caráter absoluto ao conceito de vulnerabilidade consiste no fato de estar impedindo a produção de prova em contrário. Visto que o simples fato de manter relação sexual com menor de quatorze anos irá suscitar uma presunção de culpabilidade, circunstância essa que fere diretamente os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e da presunção da inocência.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

3.1 PRINCÍPIOS COMO NORMAS JURÍDICAS

Destaca-se a importância que “os princípios jurídicos” têm, já que elevados à categoria de normas jurídicas, auxiliam no embasamento para o ordenamento jurídico e agem como um caminho na construção e aplicação das demais normas jurídicas.³¹

Segundo Luiz Regis Prado:³²

Os princípios penais constituem o núcleo *essencial* da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal *conforme* a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limites à responsabilidade penal.

Vale salientar, que a norma jurídica acaba por existir de maneira simultânea com as leis, uma vez que defronte a imprescindibilidade de se completar as lacunas do direito para se determinar direitos e deveres que busquem como objetivo a harmonia no convívio da sociedade, tais princípios se tornam fundamentais no ordenamento jurídico.

O atual pensamento jurídico concede ao princípio jurídico o *status* de legítima norma jurídica em razão de sua positividade e vinculatividade na elucidação de casos concretos.³³

3.2 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

³¹ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 27.

³² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 156.

³³ SILVA, *op. cit.*, p. 27.

Os princípios têm sua origem etimológica no latim *principium*, possuindo a ideia de originário, de início. Os princípios no ato de principiar são o alicerce da estruturação do Direito, por intermédio deles há a compreensão da normativa da sociedade.³⁴

O Direito Penal, como nas demais áreas do Direito, possui suas bases fundamentadas em princípios jurídicos.³⁵ Os princípios em linhas gerais são os valores fundamentais, os quais possuem a função de criação e manutenção dos sistemas jurídicos.³⁶

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello apud Cleber Masson:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

O conceito de princípio, etimologicamente falando, possui diversos significados, vindo a ser entendido como uma lei, preceito ou uma regra, trata-se de algo a ser seguido, ou que se deseje que se siga, é um resultado essencial de algo, da mesma maneira que as leis observadas na natureza ou o modo em que um sistema é construído.³⁷

Como bem argumenta Luiz Regis Prado:³⁸

Tais princípios são considerados como diretivas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais”.

Nesse seguimento Ivan Luiz da Silva:³⁹

³⁴ TAIAR, Rogério. *A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008. p. 41.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, art. 1.º a 120. 9. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010. p. 138.

³⁶ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado: Parte Especial - Vol. 3*, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 21

³⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 27.

³⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: v1. parte geral: arts. 1ª a 120*, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 157.

No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras e preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, trançando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos axiomas. Princípios Jurídicos, sem dúvida, significam pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmam as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios inscrevem-se nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos.

Em nosso ordenamento jurídico, especificamente no Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal⁴⁰ encontra-se a fundamentação para sua aplicação no sistema judicial, vejamos:

Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro,⁴¹ em seu artigo 4º também versa sobre o mesmo tema: “Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci⁴² leciona que:

No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que o conceito de princípio indica uma ordenação, que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

Conforme Ivo Dantas,⁴³ a circunstância para que um mandamento tenha natureza de princípio, é indispensável que:

³⁹ SILVA, De Plácido e. apud SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 28.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴¹ BRASIL. *Vade Mecum*: Saraiva. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1745.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83

⁴³ DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 59.

(...) sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comando operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. O princípio projeta sua relevância sobre a existência de outros seres, por isso seu caráter transcendental, superior e vinculantes.

Em síntese os princípios fundam-se na estrutura normativa contribuindo para a formação do Direito. No âmbito penal é claro a assistência dos princípios no íntimo da questão dogmática penal, isto é, na essência penal os princípios são tão relevantes quanto à própria normatização.

3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL

3.3.1 Histórico

Mostra-se necessário uma breve explanação sobre o surgimento do princípio da insignificância. Nas palavras do professor Fernando Capez,⁴⁴ o aludido princípio é:

(...)originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal.

No entanto Luiz Regis Prado⁴⁵ confere a Claus Roxin a formulação histórica deste princípio:

De acordo com o princípio da insignificância, formulado por Claus Roxin e relacionado com o axioma *mínima non cura praeter*, enquanto a manifestação contrária ao uso excessivo da sanção criminal, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal.

Na doutrina, quase que em sua totalidade, traz que o Princípio da Insignificância advém do brocardo *minima non curat praetor*, não obstante, quanto

⁴⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

⁴⁵ PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. v1. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 182.

ao surgimento dessa máxima há divergência sobre a sua existência no direito Romano antigo.⁴⁶

Nesse viés, Cezar Roberto Bitencourt⁴⁷ da mesma forma confere a idealização desse princípio a Roxin, “O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, partindo do velho adágio latino *minima non curat praetor*”.

O princípio da insignificância tem seu papel significativo para o judiciário brasileiro. Com o passar do tempo o princípio foi sendo aperfeiçoado e cada vez mais teve um aumento em sua aplicação, tornando-se um dos princípios mais importantes no Direito Penal.

3.3.2 Conceito

Exige-se da tipicidade penal que haja um razoável teor de seriedade na conduta lesiva aos bens jurídicos protegidos, uma vez que nem sempre ocorre de uma ofensa a esses bens ou interesses ser satisfatória pra que se configure o injusto típico.⁴⁸

Consoante o princípio da insignificância, que Klaus Tiedemamm denominou de princípio da bagatela, Cezar Roberto Bitencourt⁴⁹ leciona que:

é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Não há previsão expressa na legislação penal brasileira que traga a definição do crime de bagatela, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência a sua construção, conceituação e de delimitar as condutas tidas como insignificantes, perante um prisma de um direito penal insignificante.

⁴⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 94

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

⁴⁸ BITENCOURT, *op cit*, p. 60

⁴⁹ BITENCOURT, *op cit*, p. 60

Nesse salutar, importante mencionar Julio Fabbrini Mirabete:⁵⁰

A excludente da tipicidade (do injusto) pelo princípio da insignificância (ou da bagatela), que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo, não está inserta na lei brasileira, mas é aceita por analogia, ou interpretação interativa, desde que não contra *legem*.

Fernando Capez⁵¹ conceitua de forma concisa tal princípio:

(...) o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Nesse sentido, Paulo Queiroz⁵² defende que:

Por meio do princípio da insignificância (ou bagatela), o juiz, à vista da desproporção entre ação (crime) e a reação (castigo), fará um juízo (valorativo) acerca da tipicidade material da conduta, recusando curso a comportamentos que, embora formalmente típicos (criminalizados) não o sejam materialmente, dada a sua irrelevância.

Nesse contexto, o professor Cristiano Rodrigues⁵³ aduz que não há crime se a lesão ao bem jurídico alheio for pequena, insignificante ou irrelevante, nestes casos o fato deverá ser considerado ATÍPICO.

Ainda sobre o tema Igor Luis⁵⁴ diz o princípio da insignificância determina que haja extensiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, para que uma conduta seja considerada materialmente típica. A insignificância do fato perpetrado acarreta na exclusão da tipicidade.

Luiz Flávio Gomes⁵⁵ conceitua o princípio da insignificância com a seguinte redação:

Conceito de Infração Bagatelar: infração bagatelar ou delito de bagatela ou crime insignificante expressa o fato de ninharia, de pouca relevância (ou seja: insignificante). Em outras palavras, é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 3 v. p.118

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

⁵² QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

⁵³ RODRIGUES, Cristiano. *Temas Controvertidos de Direito Penal*. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

⁵⁴ SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 197.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.

Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.). Não se justifica a incidência do Direito penal (com todas as suas pesadas armas sancionatórias) sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Guilherme de Souza Nucci assevera que: "Com relação à insignificância (crime de bagatela), sustenta-se que o direito penal, diante de seu caráter subsidiário, funciona como *ultima ratio*, no sistema punitivo, não se deve ocupar de bagatelas".⁵⁶

Conforme Ivan Luiz da Silva:⁵⁷

O legislador penal, em sua função legiferante, descreve abstratamente a conduta típica procurando colocar em seu arcabouço o maior número possível de atos humanos. Todavia, a imperfeição da técnica legislativa faz que condutas sem relevância jurídica alguma para o Direito Penal sejam consideradas formalmente típicas, quando deveriam ser excluídas da incidência da lei criminal já que os fatos sociais visados pelo legislador penal são aqueles possam causar danos significativos aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Porém, o professor Carlos Roberto Bitencourt⁵⁸ adverte que:

[...]a *seleção dos bens jurídicos* tuteláveis pelo Direito Penal e os *critérios* a serem utilizados nessa seleção constituem *função* do Poder Legislativo. Dessa forma, tem-se em conta que a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, pela extensão da lesão produzida.

Em suma o princípio da insignificância veio à tona para preencher uma lacuna do direito penal, pois o seu intento é afastar as condutas com pequeno grau de lesividade, uma vez que sua capacidade abstrata de prejudicar a sociedade não merece o respaldo do direito penal, sendo evitado com isso a desproporcionalidade da aplicação da pena diante um caso ínfimo.

3.3.3 Natureza Jurídica

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral, parte especial*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁵⁷ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83.

⁵⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60-61.

3.3.3.1 Excludente de Tipicidade

Revela-se como a causa de exclusão da tipicidade (material) da conduta.⁵⁹

Ivan Luiz da Silva⁶⁰ cita os juristas vanguardistas que trataram sobre a matéria no Brasil, a saber, respectivamente:

Assis Toledo, Diomar Ackel e Odone Sanguiné, que prelecionam que o Princípio da Insignificância permite excluir a tipicidade da conduta penalmente insignificante alcançada pela abrangência abstrata do tipo penal, porquanto desprovidas de reprovabilidade.

Com inteligência do professor Fernando Capez⁶¹ “o fato atípico não é ilícito penal, podendo, contudo, constituir um ilícito de outra natureza, seja ela civil, administrativa, ou mesmo ser objeto de tutela por outros controles formais e sociais eficazes”.

Há orientação da jurisprudência pátria nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL - LESÕES CORPORAIS LEVÍSSIMAS - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1)- A natureza levíssima das lesões corporais sofridas pela vítima, aliada à circunstância que resultante de desinteligência doméstica em que o agente também ficou levemente lesionado, impõe a aplicação do princípio da insignificância, bastante a absolvê-lo das sanções do art. 129, do Código Penal. Precedentes de Jurisprudência. 2)- Improvimento do recurso.⁶²

Mais alguns casos trazidos pela jurisprudência:

(...) Ainda que formalmente a conduta executada pelo sujeito ativo preencha os elementos compositivos da norma incriminadora, mas não de forma substancial, é de se absolver o agente por atipicidade do comportamento realizado, porque o Direito Penal, em razão de sua natureza fragmentária e subsidiária, só deve intervir, para impor uma sanção, quando a conduta praticada por outrem ofenda ao bem jurídico considerado essencial à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante que resulte uma danosidade que lesione ou o coloque em perigo concreto” (TACrim. Apel. 998.073/2, Rel. Márcio Bártoli, 03.01.1996).

Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02 do Ibama. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/1998. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do

⁵⁹ ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Esquematizado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

⁶⁰ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 165, 164.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

⁶² BRASIL. AMAPÁ, Tribunal de Justiça, RECSENSES 5495, Câmara Única, Relator: Juiz Convocado RAIMUNDO VALES, 1996

princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. (...) Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento.” (HC 112.563, rel. p/ o ac. min. Cezar Peluso, 2ª T, *DJE* de 10-12-2012.)

Art. 28 da Lei 11.343/2006. Porte ilegal de substância entorpecente. Ínfima quantidade. Princípio da insignificância. Aplicabilidade.” (HC 110.475, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, *DJE* de 15-3-2012.)

Furto. Bens de pequeno valor (R\$ 35,00). Mínimo grau de lesividade da conduta. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. (...) Reincidência. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva.” (HC 109.870, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 22-5-2012.)

Ex-prefeito condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, II, do DL 201/1967, por ter utilizado máquinas e caminhões de propriedade da Prefeitura para efetuar terraplanagem no terreno de sua residência. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade.” (HC 104.286, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 20-5-2011.)

Delito de furto. (...) *Res furtiva* de valor insignificante. (...) Aplicação do princípio da insignificância. Irrelevância de considerações de ordem subjetiva. Atipicidade reconhecida. (“...”) Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, é de ser afastada a condenação do agente, por atipicidade do comportamento.” (HC 93.393, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, *DJE* de 15-5-2009.) HC 112.505, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T, *DJE* de 19-6-2012

3.3.4 Análise dos Requisitos para o Reconhecimento do Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância tem uma aplicação significativa nos tribunais, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Estes, por sua vez, valem-se de quatro requisitos obrigatórios e cumulativos para o seu efetivo cumprimento, de maneira que a verificação categórica da insignificância da conduta do agente não se restrinja apenas ao *quantum* do prejuízo econômico experimentado pela vítima, além desse leva-se em consideração a análise da conduta e do agente.

São quatro os requisitos exigidos pelo princípio da insignificância, a saber: mínima ofensividade da conduta; ausência de periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica. Estes preceitos encontram-se consolidados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. RHC 118.972/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, 2.^a Turma, j. 03.06.2014.

Ainda acerca do tema:

O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. (HC 98.381, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1.^a T, *DJE* de 20-11-2009.) Vide HC 101.144, rel. min. Ellen Gracie, 2.^a T, *DJE* de 22-10-2010

Os supracitados requisitos em muito se assemelham e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal faz distinção entre eles. E, de fato, torna-se impossível diferencia-los, embora seja simples a elucidação para esse fenômeno.⁶³

Além de ser um princípio, a insignificância penal é um elemento de política criminal. Isto posto, faz-se oportuno que seja conferido uma maior versatilidade ao operador do Direito para que possa aplica-lo ou não, lavando-se em conta as particularidades de cada caso. É indispensável averiguar o cenário em que a conduta foi cometida para, por fim, constatar se é conveniente (ou não) a incidência do tipo penal. Por conta disto que a jurisprudência inúmeras vezes mostra resultados diferentes para casos aparentemente similares.⁶⁴

3.3.4.1 Mínima Ofensividade da Conduta do Agente

O mencionado requisito não se refere à lesão sofrida pela vítima, sendo importante basicamente aferir o grau de ofensividade da conduta ocasionada pelo agente, não importando a lesão naquele instante.

O intermédio do Estado, em se tratando de repressão penal, somente tem sua justificativa se possuir certa e concreta afronta a um interesse que tenha relevância

⁶³ MASSON, Cleber, *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 – 9.^a ed. rev., atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.p. 83.

⁶⁴ MASSON, Cleber, *Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 – 9.^a ed. rev., atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.p. 83.

para a sociedade, que mostre no mínimo algum perigo concreto ao bem jurídico tutelado.⁶⁵

Para exemplificar cita-se o indeferimento de um *Habeas Corpus* no crime contra a Administração Militar cujo relator foi o Ministro Ayres Britto:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. PECULATO-FURTO. MUNIÇÕES DE ARMAMENTO DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Para que se dê a incidência da norma penal, não basta a simples adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo penal em causa, sob pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 2. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar o princípio da insignificância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a ideia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade desse princípio da tolerância, é imprescindível que a sua aplicação se dê de maneira criteriosa, sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. 3. No caso, o paciente, sargento de munição e tiro de unidade militar, subtraiu munições de armamentos de uso restrito das Forças Armadas. Donde a impossibilidade de se acatar a tese da irrelevância jurídico-penal da conduta, não obstante a pouca expressividade financeira da avaliação dos bens subtraídos pelo militar. A lesividade da conduta protagonizada pelo paciente não é de ser aferida pelo valor econômico da coisa furtada; até mesmo em consideração à própria qualidade da relação jurídica entre o militar acusado e a instituição castrense da qual fazia parte por ocasião da atividade delituosa. Logo, ainda que o valor das munições apreendidas seja de pequena monta, obsta a pretensão defensiva o fato de que o delito em causa não se constitui, apenas, em lesão de cunho patrimonial. É modalidade delitiva que também atenta contra a “Administração Militar” (Capítulo II do Título VII do Código Penal Militar). SÃO PAULO, Supremo Tribunal Federal, HC. 104820. 2ª T, Relator: Min. Ayres Britto, 2010.

No caso em análise, a 2ª Turma recusou o *habeas corpus*, a um sargento do Exército, com o argumento de que sua ação não incidiria no princípio da insignificância, muito embora as coisas furtadas tenham um baixo valor: cem cartuchos de munição para fuzil calibre 7,62 x 51 mm, uma caixa de chumbinho e oito cartuchos calibre 9 mm, avaliados em R\$ 193,05.

Ante o exposto nos autos, concluiu-se que a lesividade da conduta não deveria ser aferida apenas sob a ótica econômica e patrimonial, pois o delito praticado pelo réu foi o de peculato-furto, punido com art. 312, §1º, do Código Penal.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

3.3.4.2 Ausência de Periculosidade Social da Ação

Em relação ao segundo requisito exigido para que reste configurado o princípio da insignificância, far-se-á uma análise com enfoque em seu aspecto, começando da ideia que a sociedade não poderá vir a ter nenhum risco. Dessa forma, terá de ser apurada a ausência de periculosidade social da ação, sendo analisada a conduta do agente e a sua possível descriminalização na sociedade.

Nesse raciocínio é o julgado do *Habeas Corpus*: 94649 RJ, no qual o paciente foi denunciado pela infração penal prevista no artigo 290 do CPM:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE DENUNCIADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FAVORÁVEIS À TESE DA IMPETRAÇÃO: NÃO APLICAÇÃO À ESPÉCIE VERTENTE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. A existência de decisão neste Supremo Tribunal no sentido pretendido pela Impetrante, inclusive admitindo a incidência do princípio da insignificância à justiça castrense, "a despeito do princípio da especialidade e em consideração ao princípio maior da dignidade humana" (Habeas Corpus n. 92.961, Rel. Ministro Eros Grau, DJ 21.2.2008), não é bastante a demonstrar como legítima sua pretensão. 2. Nas circunstâncias do caso, o fato não é penalmente irrelevante, pois a droga apreendida, além de ter sido encomendada por outra pessoa, seria suficiente para o consumo de duas pessoas, o que configuraria, minimamente, a periculosidade social da ação do Paciente. 3. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. 4. Habeas corpus indeferido. RIO DE JANEIRO, Supremo Tribunal Federal, HC. 94649, 1ª T, Relatora: Min. Cármen Lúcia, 2008.

O parecer da Suprema Corte, *in casu*, partiu da percepção de que a despeito de o Supremo Tribunal Federal já ter sentenciado de forma favorável caso semelhante, o acontecimento em questão fere a condição de periculosidade social da ação, dado que apesar do caso se configurar irrelevante, o entorpecente apreendido, além de ter sido encomendado por outra pessoa, seria suficiente para ser consumido por dois indivíduos, caracterizando assim uma conduta lesiva para a sociedade.

3.3.4.3 Reduzido Grau de Reprovabilidade do Comportamento

Consoante o terceiro requisito o comportamento do agente dever ser mísero, perante a ínfima caracterização da aceitação de sua conduta, de forma que suas ações sejam passíveis de compreensão e de não reprovabilidade.

Segundo Ivan Luiz da Silva⁶⁶, “uma vez identificada à insignificância do desvalor da ação e desvalor do resultado, tem-se determinada à conduta penalmente insignificante em razão da sua irrelevância jurídico-penal”.

Corroborando com o que foi exposto é o teor do seguinte *Habeas Corpus*:

HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PACIENTES CONDENADOS PELO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. BEM QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DE VALOR ÍNFIMO. ORDEM DENEGADA. I A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige, além da pequena expressão econômica do bem que fora objeto de subtração, um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. II É relevante e reprovável a conduta de militares que, em serviço, furtam bens de propriedade do Exército Brasileiro, demonstrando desrespeito às leis e às instituições de seu País. III A aplicação do referido instituto, na espécie, poderia representar um verdadeiro estímulo à prática destes pequenos furtos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar, ainda mais, o clima de insegurança vivido pela coletividade. IV Ordem denegada. BRASIL. DISTRITO FEDERAL, Supremo Tribunal Federal, HC. 110374, 2ª T, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2011.

Extrai-se do supramencionado julgado que militar teve a conduta de afanar um aparelho de telefone celular, estando em serviço. Deduz-se que o indivíduo atuou com dolo, *animus furandi*,⁶⁷ e embora a *res furtiva*⁶⁸ tivesse sido avaliada com valor insignificante, a atitude do agente não se integra ao reduzido grau de reprovabilidade de comportamento, que é um requisito exigido para a aplicação do princípio da insignificância.

3.3.4.4 Inexpressividade da Lesão Jurídica Provocada

E por último, mas não menos importante requisito para a concessão da execução do princípio bagatelar, é a inexpressividade da lesão jurídica provocada,

⁶⁶ SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2.ed. Curitiba: Juruá. 2011. p. 160.

⁶⁷ Intenção de furtar.

⁶⁸ Coisa objeto de furto

no qual, para que seja verificada, este não poderá afrontar o interesse jurídico tutelado.

No que tange ao quarto requisito, aduz a jurisprudência:

PENAL. MOEDA FALSA. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. CONSCIÊNCIA DA FALSIDADE DA NOTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A autoria e a materialidade do crime de moeda falsa encontram-se demonstradas à sociedade. 2. O conjunto probatório, aliado às circunstâncias em que ocorreu o crime, revelam que os réus detinham plena consciência da falsidade da cédula. 3. Inaplicável ao crime de moeda falsa o princípio da insignificância, tendo em vista o objeto jurídico tutelado pela norma penal - credibilidade da moeda - além do fato de a quantidade de notas encontradas com as apelantes (7 no valor de R\$ 50,00), ser superior ao salário mínimo da época. Precedentes deste Tribunal Regional Federal. 4. Apelações improvidas. BRASIL.MINAS GERAIS, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ACR: 22540 MG 1999.38.00.022540-2, 4ª T, Relator: Des. Fed. Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, 2009.

Considerando a aludida situação, depara-se com o fato de que o delito de moeda falsa é um crime contra a fé pública, acarretando uma grave lesão contra a sociedade, abalando a legitimidade e a soberania do Estado de direito, pois essa é uma atribuição exclusiva do Estado, por meio do Banco Central. E ainda não se trata de um valor de menor monta, uma vez que supera o salário mínimo da época.

4 VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Diante das diversas polêmicas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, revelou-se a viabilidade, ou não, da aplicação do princípio da insignificância ao crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, tendo sido este introduzido pela lei 12.015 de 2009.⁶⁹

Discussão esta que mostra-se muito salutar, pois diante de não ser possível analisar as peculiaridades de cada situação de forma específica, como o nível de maturidade e a experiência sexual da vítima, sendo o critério para classificar a vulnerabilidade objetivo, não estaria, em certos casos, o agente sendo punido de forma desproporcional? Em contrapartida, desconsiderar o reconhecimento do crime contra a dignidade sexual vai de encontro a princípios éticos e morais da sociedade, além do abalo psicológico e dos danos físicos causados a vítima.⁷⁰

Um fato interessante é que apresenta-se configurada certa disparidade em um ordenamento onde a dignidade sexual é tutelada na mesma intensidade ou até mesmo com maior rigor do que a vida humana, como é o caso do homicídio simples, em que a pena mínima é de seis anos, dois anos a menos que o estupro de vulnerável que a pena varia de oito a quinze anos de reclusão.⁷¹

Embora haja muita incerteza acerca da aplicação do princípio de bagatela, este é imprescindível para que haja um aumento no nível de interpretação do Código Penal por meio do judiciário, amenizando a discrepância entre a teoria e a prática. Com isso, tornar possível a aplicação da pena na exata medida do dano causado pelo agente, possibilitando a modernização e a atualização da aplicabilidade do Decreto Lei Penal, que foi promulgado há 75 anos.⁷²

⁶⁹ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁷⁰ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁷¹ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013. p.192

4.1 CORRENTE FAVORÁVEL À APLICABILIDADE

Os adeptos a favor da aplicação do princípio da insignificância ao estupro de vulnerável se valem do principal argumento que em virtude da impossibilidade de se conhecer as características de cada caso concreto, em certas ocasiões, acabam findando em uma sanção desproporcional a infração efetivamente cometida pelo agente.⁷³

Sendo assim, afasta-se o crime de estupro de vulnerável para infrações de menor gravidade, por compreender que se chegará a um resultado mais justo com a aplicação do princípio da insignificância. Em razão disso, julga-se demasiada a atitude punitiva do estado, ao condenar o agente por tal infração, diante de uma pena que é de no mínimo oito anos de reclusão. Não deixando de ressaltar o desgaste trazido em uma instauração penal, tudo isso para julgar e punir atos como, v.g.,⁷⁴ beijos e toques superficiais.⁷⁵

Bittencourt, em sua obra, argumenta que, “passar a mão nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado ou roubar um beijo lascivo configuram, a nosso juízo, a contravenção penal do art. 61 da lei especial”. Visto que, nem de longe há de se comparar o dano produzido por beijos lascivos ou amassos à ocorrência de um coito anal forçado. Desse modo, traz como solução que se as ações forem cometidas somente na presença do autor e da vítima, desde que não seja em locais públicos, mostra-se favorável a incidência do princípio da insignificância, não somente por referir-se ao desvalor da ação, mas também pelo desvalor do resultado.⁷⁶

Uma situação inusitada ocorreu no Estado do Ceará na Cidade de Fortaleza no dia dois de setembro de 2009, quando um turista italiano que viajava com sua

⁷³ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁷⁴ Expressão em latim, *Verbi Gratia* ou *Exempli Gratia*, que significa por exemplo.

⁷⁵ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

⁷⁶ BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial* 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95

família, foi detido em uma conhecida praia da cidade, por dar dois beijos, popularmente chamados de “selinho” em sua filha com idade de oito anos.⁷⁷

A denúncia foi feita a Polícia por um casal de turistas de Brasília que relataram ter visto o homem beijar a filha de oito anos na boca e ainda tocar em suas partes íntimas. Em sua defesa, o estrangeiro alegou ter dado apenas um “selinho” na boca da filha e de fazer carinhos como qualquer pai. Sua mulher, que é brasileira, ratificou na delegacia que se tratava de carinho entre pai e filha. A filha também confirmou a história e disse que tudo não passou de uma brincadeira de pai e filha.⁷⁸

O delegado de plantão José Barbosa Filho, do 2º Distrito Policial do bairro da Aldeota, inclinou-se por lavrar o auto de prisão em flagrante pelo crime de estupro de vulnerável, conforme estabelecido no art. 217-A do Código Penal, que foi inserido pela Lei 12.015 de 2009, que há época, estava vigorando a menos de um mês.⁷⁹

O advogado contratado pela família para representar o italiano alegou que o delegado lavrou o flagrante por estar com “pressa”. Argumentou ainda que o fato de o ato ter sido público já demonstra que não havia outra intenção.⁸⁰

No juízo da promotora de justiça de São Paulo Luiza Nagib Eluf, a referida lei pecou ao trazer na mesma categoria o estupro e o ato libidinoso. A seu ver, o termo considerado “selinho” não poder ser entendido necessariamente como crime. Por não explicar o que são atos libidinosos a lei deu azo à interpretação. “Ao sancionar a nova lei, perdeu-se uma boa oportunidade de separar as condutas. Uma coisa é um ato sexual completo, a outra são atos libidinosos, que podem ser interpretados como sendo desde um selinho até sexo oral, por exemplo”.⁸¹

Para o renomado advogado criminalista Luiz Flávio Gomes, é um ato de difícil valoração, tendo em vista que a criança é filha do acusado. Explicitou ainda que

⁷⁷ FABIANA SCHIAVON, Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

⁷⁸ FABIANA SCHIAVON, Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

⁷⁹ FABIANA SCHIAVON, Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

⁸⁰ FABIANA SCHIAVON, Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

⁸¹ FABIANA SCHIAVON, Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

“sendo filha é normal que tenha contato de carinho. Se a mãe apoia é mais complicado ainda. Tudo depende do contexto. Um detalhe muda tudo, o que a criança diz, se houve precedente por parte dele. Se fosse com uma criança alheia, não se teria dúvidas de que o ato do delegado foi preciso, por se tratar de uma menor”.⁸²

Oportuna é a transcrição da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CÓDIGO PENAL, ART. 217-A. CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. CONSTITUIÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226. OFENSIVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO. AUSÊNCIA. LESÃO JURÍDICA. INOCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. O Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância "exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada" (Habeas Corpus n. 100.240, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 7.12.2010). Embora formalmente típica, a conjunção carnal com menor de 14 anos pode, em circunstâncias muito excepcionais, caracterizar um ato insignificante para o direito penal, quando não importar em ofensa ao bem juridicamente protegido pela norma, qual seja, a dignidade sexual. A família é "base da sociedade", sendo-lhe, por isso, assegurada "especial proteção do estado" (CF, art. 226). Diante de prova robusta da intensa e efetiva constituição de núcleo familiar entre a suposta vítima e o acusado, denotando-se clara harmonia no relacionamento entre si e com seus parentes, a adequação formalmente típica da conduta deve ceder espaço à proteção da família. Em um contexto como esse, fica evidente a ausência de ofensividade da conduta, de periculosidade social da ação, de reprovabilidade da conduta e, principalmente, a inoportunidade de qualquer lesão ao bem juridicamente protegido. RECURSO PROVIDO. Processo: 2013.057402-4(Acórdão). Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco. Origem: Taió. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal. Data de Julgamento: 20/02/2014. Juíza Prolocutora: Karina Müller Queiroz de Souza. Classe: Apelação Criminal.⁸³

Destaca-se, inclusive, que o desenvolvimento corporal das meninas ocorre em idades distintas e em alguns casos de forma muito precoce. Por conseguinte, depara-se com meninas menores de quatorze anos que se mostram mais velhas do

⁸² FABIANA SCHIAVON, *Crimes Sexuais*: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual* - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, out./2014. Pags. 130-131.

que efetivamente são. Ainda que em situações como esta, em virtude da presunção absoluta de violência, é desprezada a possibilidade de erro de tipo.⁸⁴

É importante salientar, que hodiernamente as crianças estão inseridas em uma sociedade onde deparam-se com cenas contendo apelos sexuais, por exemplo, nas novelas, nos filmes, nos programas de auditório e até mesmo nas propagandas exibidas na televisão, sendo estes meios de transmissão com grande abrangência em todo o país. No entanto esses acontecimentos são recebidos com naturalidade pelas famílias e pela sociedade em geral.⁸⁵

Percebe-se, então, não ser coerente crer que indivíduos que possuem inúmeras formas de acessar os mais diversos e modernos meios de comunicação, não tenham o discernimento para entender o que venha a ser a relação sexual, e nem tampouco consigam anuir validamente para a realização do ato. Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente assevera a capacidade de discernimento do adolescente, ao prever medidas socioeducativas como forma de sanção para infrações criminais cometidas por aqueles menores de 18 (dezoito) anos e maiores de 12 (doze).⁸⁶

Em vista disto, necessita-se considerar ainda, o fato de o Brasil ser um país de dimensões continentais, ocorrendo em períodos diferentes à educação sexual desses jovens, em consequência disso há muitas variações sociais e culturais pelo território. Pressuposto este que faz perceber a necessidade e a razoabilidade de se analisar cada caso concreto.⁸⁷

Desse modo, o legislador deixa transparecer não ter capacidade para acompanhar a dinâmica nem a evolução da sociedade, que se encontra em constate mudança, todavia, também apresenta dificuldade em definir a criança e o adolescente. Tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece como criança, pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e como adolescente, aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, desta feita, não existe equiparação entre

⁸⁴ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 105

⁸⁵ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 106

⁸⁶ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 112

⁸⁷ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 108

os dispositivos legais, pois o Código Penal Brasileiro considera como vulnerável o indivíduo menor de 14 anos.⁸⁸

Neste raciocínio, Nucci⁸⁹ intervém que “a idade de 14 anos deveria ser eliminada deste cenário”. A presunção de violência poderia até ser absoluta se se tratasse de infante menor de 12 (doze) anos, porém seria necessário que admitisse prova em contrário em relação ao adolescente. Aduz ainda que:

havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do art. 218-B, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação.

Destarte, a Lei 12.015 de 2009 foi promulgada com o escopo de intensificar ainda mais a luta contra a exploração sexual infantil e a pedofilia, dado que, a prostituição de menores é uma realidade nacional. Dito isto, indaga-se, em relação a estas jovens menores de (14) catorze anos que já tem uma experiência com relação sexual, seria coerente despreza-la ou supor que o trauma psicológico acometido correspondesse ao de outra garota virgem e, à vista disso tipificar o delito de estupro de vulnerável a este e aquele caso, simplesmente pelo fato das duas terem a mesma idade?

Nessa vereda é o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci,⁹⁰ senão, vejamos:

uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar o seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por estupro, caso mantenha com a jovem conjunção carnal.

Aliás, as determinações legais devem ir na mesma direção das mudanças sociais, sendo corriqueiro jovens de 18 (dezoito) anos que namoram outros de 12 (doze) ou 13 (treze) anos, e que mantêm relações sexuais com o total concordância

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 144

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.* p. 144

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 .p. 839

da “vítima”. Da mesma maneira que esta união é bem vista nas respectivas famílias, muitas vezes com perspectiva de casamento.⁹¹

Não parece ser razoável que o Código Penal não atribua todos estes elementos, vindo a interferir de forma tão íntima na vida das pessoas, se valendo da justificativa de tutelar uma dignidade sexual que não está realmente em perigo em um cenário como este.⁹²

Em suma, há de se perceber perfeitamente a ausência de flexibilização na recente Lei 12.015/09, com isso criando obstáculo na árdua busca da verdade real, prezando somente pela verdade processual, por não considerar e nem propiciar que em cada caso concreto os aplicadores do direito explorem suas habilidades e sua competência para julgar.⁹³

4.2 CORRENTE DESFAVORÁVEL A APLICABILIDADE

A tão referida Lei 12.015 de 2009, além de inovar na alteração do Título IV “Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, do Código Penal, também fundiu os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, constituiu o crime de estupro de vulnerável, além de revogar o artigo 224, que versava a respeito da presunção de violência, determinando critérios objetivo para quem seria considerado vulnerável.⁹⁴

Esta reestruturação teve como motivo lutar contra a exploração sexual de crianças e adolescentes, dando ênfase a casos de violência doméstica e assistência a família, igualmente com atenção aos crescentes casos de pedofilia, além de destinar-se a uma maior efetividade à Constituição Federal.⁹⁵

⁹¹ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília. 2012 p. 112

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 144

⁹³ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília. 2012 p. 124

⁹⁴ BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública – 7. Ed rev., ampl. E atual. De acordo com as leis n. 12.720 e 12.737, de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. pags. 46-50.

⁹⁵ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Não se pode olvidar que o Brasil é um Estado Democrático de direito o que quer dizer que acontecem eleições livres, periodicamente, com autoridades eleitas pelo povo, além do Estado dirigir-se por normas democráticas em atenção a direitos e garantias fundamentais descritos na Carta Magna.⁹⁶

Na definição jurídica, constituição refere-se à norma fundamental e suprema de um Estado. Dispõe acerca dos direitos, deveres e garantias de cada cidadão, sobre a separação dos poderes, repartições de competências, individualização dos órgãos, em síntese trata da estruturação e da organização do Estado, em geral.⁹⁷

A magna carta está no ápice do ordenamento jurídico, por isso as demais normas, infraconstitucionais, devem estar em harmonia em sua relação, sob pena de inconstitucionalidade.⁹⁸

Posto isto, os capítulos preliminares são exclusivos aos direitos e garantias fundamentais, trazendo logo no artigo 1º, inciso III, incorporados nos fundamentos da República Federativa do Brasil, a inserção da dignidade da pessoa humana.⁹⁹ Preceito este, que é um dos fomentadores da promulgação da Lei 12.015/09, da mesma forma que o artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Observa-se o *caput* do aludido artigo, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme isto, os partidários da corrente desfavorável à aplicabilidade consagram que proteger a liberdade sexual, é proteger a dignidade da pessoa humana, que diz respeito a um direito fundamental. Julga-se que o interesse público não pode dispor dos direitos fundamentais, quer dizer, o Estado não pode abrir mão deles ao seu bel prazer, deve agir de forma inversa, o Estado tem o dever de

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.6

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Op., Cit.*, p. 6.

⁹⁸ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 133

⁹⁹ CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. *Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais*. Marília, 2012. p. 133

garanti-los.¹⁰⁰ Sobre o tema, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS. ESPECIAL RELEVU. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIRMADAS. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. INVIABILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PROPORCIONALIDADE ENTRE FATOS E REPRIMENDA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO PARA ¼ (UM QUARTO). OCORRÊNCIA POR MAIS DE 4 VEZES. DOSIMETRIA EM CONFORMIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

4. O tipo penal descrito no art. 217-A do CP é aberto, uma vez que para a configuração do ato na elementar essencial expressa como "outro ato libidinoso", exige-se do intérprete um juízo de valor, lastreado no caso específico e na finalidade da lei – que é tutelar a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual das crianças e adolescentes –, para que seja possível a subsunção da conduta ao tipo penal abstrato.

5. A prática de atos libidinosos, diversos de conjunção carnal, com menor de 14 anos de idade, configura estupro de vulnerável, caso atente contra a dignidade sexual da vítima, interferindo na sua liberdade e desenvolvimento sexual, não sendo possível sua desclassificação para a contravenção de "molestar alguém", prevista no art. 65 da LCP, pois tais atitudes extrapolam a mera perturbação da tranquilidade das vítimas.

6. Não procede a tese da defesa de inconstitucionalidade do art. 217-A, do CP, pela desproporcionalidade da pena para ato diverso da conjunção carnal, pois na sistemática vigente, o legislador ampliou as hipóteses de estupro, incrementando o tipo com a expressão "outros atos libidinosos", restando ao aplicador da lei a tarefa de analisar se no caso específico foi violada a dignidade sexual da vítima.

7. Sob o pretexto de ofensa ao artigo 5º, caput, da Constituição Federal (princípios da igualdade e da proporcionalidade), não pode o Judiciário exercer juízo de valor sobre o quantum da sanção penal estipulada no preceito secundário, sob pena de usurpação da atividade legiferante e, por via de consequência, incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes.

8. É pacífico o entendimento de que o delito de estupro de vulnerável consuma-se com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. (...) (RE n. 358.315/MG, Rel. Ministra Ellen Gracie, DJ 19/9/2003).

Vale ressaltar, que a redação trazida pela nova legislação pretende vencer a postura preconceituosa e impositiva que era acolhida pelo Estado ao tratar-se da sexualidade. Os interesses das mulheres não tinham nenhum amparo, sendo estas

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

tratadas simplesmente como objeto. A atenção era voltada para o que agradasse a sociedade, algo que não afrontasse a moral.¹⁰¹

A liberdade sexual, seja do homem ou da mulher, é o bem jurídico que se visa proteger, ou seja, certificar que todas as pessoas possam determinar por si mesmo com quem vão se relacionar e deliberar sobre a atividade sexual.¹⁰² A proteção dada ao menor de (14) catorze anos ou quem não pode oferecer resistência ou discernir, mesmo que de forma efêmera, tem o intuito de zelar para que o infante desenvolva-se de forma normal e, chegue à fase adulta ou supere a condição de vulnerável sem precisar sofrer perturbações, físicas ou emocionais, e chegar a ter habilidade para decidir de acordo com a sua vontade.¹⁰³

Deste modo, os indivíduos em sua totalidade, tem intrinsecamente dignidade, simplesmente por causa que são seres humanos. Dito isto, a dignidade humana reflete-se em várias áreas, inclusive no âmbito sexual, predominando-se sobre os demais princípios. Não se pode negligenciar uma afronta a esse princípio, esta não possui consequência insignificante, não é um simples caso patrimonial.¹⁰⁴

Compreende-se não ser compatível o uso de teorias de direito penal mínimo, tal qual a aplicabilidade do princípio da insignificância.¹⁰⁵ Em consonância com o julgado a seguir:

PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Mantém-se a condenação pelo crime de estupro de vulnerável, uma vez que as declarações da ofendida são coerentes e harmônicas, e encontram respaldo nas demais provas produzidas nos autos, sobretudo as informações prestadas por testemunhas após os acontecimentos, restando comprovado que o apelante, pelo período de mais de 3 anos, praticou com a ofendida atos libidinosos diversos da conjunção carnal, o que, ademais, impede a desclassificação do referido delito para a contração penal prevista no art. 65 do Decreto- Lei nº 3.688/1941.

¹⁰¹ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte Especial* - Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 2

¹⁰² BITENCOURT, Cesar Roberto, *Tratado de direito penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública – 7. Ed rev., ampl. E atual. De acordo com as leis n. 12.720 e 12.737, de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2013. pags. 47-48.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403

¹⁰⁴ MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquemático: Parte Especial* - Vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 2

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

2. Inaplicável o princípio da insignificância, em razão da ausência de seus requisitos, sobretudo no caso em tela, em que se evidencia a ofensa relevante ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, relativa à dignidade sexual de pessoa vulnerável.

Sendo assim, doutrina preponderante advoga que a presunção de vulnerabilidade não comporta exceção, é de caráter absoluto. Não é necessário que haja violência ou grave ameaça para que o crime se configure, não depende de qualquer circunstancia. A lei é rígida, sendo este mais um argumento para extirpar a aplicabilidade dos aludidos princípios.¹⁰⁶

Em suma, percebe-se com clareza que dentre os objetivos do Estado para que ocorra a aplicação de penas é condigno ao seu caráter intimidatório e preventivo, de maneira que, utilizar-se desses princípios minimalistas, consiste em ir de encontro a estas atribuições, tendo em vista não desencorajar que os delitos sejam feitos novamente.¹⁰⁷

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *Op., Cit.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste trabalho pode-se concluir ser sensata a ponderação do princípio da insignificância seja qual for o crime. O contumaz princípio reside em dar amparo a bens jurídicos que são de extrema relevância para o Direito Penal, visto que deve existir considerável violação ao bem tutelado. Portanto, para que o agente seja penalizado por um crime, além de haver norma que tipifique a conduta, levar-se-á em conta também o caráter significativo do bem que está sendo alvo da proteção. Pesando ser o Direito Penal a *ultima ratio* como mecanismo de resolução dos conflitos sociais.

Concernente ao crime de estupro de vulnerável, que foi acrescentado pela Lei 12.015/2009, versar-se de um tipo penal que tem como espoco assegurar proteção à dignidade sexual do vulnerável, havendo violência ou não. Por conseguinte, basta ter conjugação carnal ou praticar outro ato libidinoso com vulnerável, para que se adeque o fato concreto a norma jurídica. Frisa-se, independente da autorização da vítima o delito está consumado.

Correlacionando o debate acerca da viabilidade da aplicação ou a não aplicação do princípio da insignificância ao estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, filia-se a corrente favorável à aplicabilidade. Esta tem como argumento preponderante de ser impossível conhecer as características de cada caso concreto e, em certas ocasiões, acaba-se findando em uma sanção desproporcional a infração efetivamente cometida pelo agente, suscitando uma total instabilidade entre o crime praticado e a pena que é descrita no tipo penal, qual seja, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Nessa conjuntura, hodiernamente, em uma sociedade tão globalizada, onde crianças e adolescente estão inseridas e, deparam-se com cenas contendo apelos sexuais nos mais diversos meios de comunicação, com fácil acesso, e sendo estes, meios de transmissão com grande abrangência em todo o país, sendo esses acontecimentos recebidos com naturalidade pelas famílias e pela sociedade em geral. Diante disto, torna-se inadmissível crer que indivíduos que possuem inúmeras formas de acessá-los, não tenham o discernimento para entender o que venha a ser a relação sexual e que não tenham a capacidade de externar sua opinião que não

possa ser apreciada tanto pelo suposto agressor, quando pelo órgão julgador competente.

Alega-se ainda, que crianças e adolescente se desenvolvem em épocas diferentes, tanto em relação a sua mentalidade, bem como em sua fisionomia, sobretudo, em um país com grande extensão territorial como o Brasil, inclusive, com diversos tipos de culturas, que não poderia ser deixado de lado na análise dos casos em si. Igualmente não é razoável ignorar os jovens que se prostituem, que por infelicidade é uma realidade nacional, em razão disso a promulgação da Lei 12.015/2009, dentre os vários motivos, se deu pelo combate a exploração e a prostituição infantil. De maneira que, recusar o fator experiência da vítima, no caso de menores que se prostituem, colocando no mesmo patamar com menores que eram virgens, pressupondo que fundado apenas ao fator etário, ambas as vítimas teriam o mesmo abalo psicológico.

Critica-se ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente que estabelece como criança, pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e como adolescente, aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos, desta feita, não existe equiparação entre os dispositivos legais, pois o Código Penal Brasileiro considera como vulnerável o indivíduo menor de 14 anos.

Para tanto, a corrente contrária à aplicabilidade do princípio da insignificância ao estupro de vulnerável, fundamenta-se na tutela dada pela legislação ao bem jurídico, qual seja, o vulnerável, uma vez que, livre do modo em que foi praticado o crime, o tipo penal objetiva proteger a situação de vulnerabilidade da vítima.

Diante dos argumentos expostos por ambas as posições, adere-se ser viável, ao estupro de vulnerável, aplicar o princípio da insignificância. Já que elevar o nível de interpretação por parte do legislador, não necessariamente acarreta proteger de forma descabida a liberdade sexual ou afrontar a dignidade da pessoa humana.

Em suma, é preciso elucidar que o presente trabalho de conclusão de curso não tem, e nem seria capaz de ter a pretensão de apresentar uma solução terminante ao problema ou esgotar todos os argumentos, contudo somente realçar a polêmica existente e expor os fundamentos defendidos por cada corrente. Anseia-se que possa contribuir para as necessárias reflexões sobre esse célebre tema.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.892617, 20151210035710APR**. Terceira Turma Criminal. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Revisor: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. Brasília, 20 de agosto de 2015. Publicado no DJE: 11/09/2015. Pág.: 81. Disponível em http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordao_eletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGetbaseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=892617&idDocumento=892617 Acesso em 02 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão n.759993, 20130610035474APR**. Terceira Turma Criminal. Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA, Revisor: JESUINO RISSATO. Brasília, 13 de fevereiro de 2014. Publicado no DJE: 18/02/2014. Pág.: 214. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordao_eletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=759993&idDocumento=75999 Acesso 05 mar. 2016

AURÉLIO. **Dicionário do Aurélio**. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/sodomia>. Acesso em: 12 de março de 2016.

BITENCOURT, Cesar Roberto, **Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 7. Ed rev., ampl. E atual. De acordo com as leis n. 12.720 e 12.737, de 2012 – São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto, **Tratado de direito penal: parte geral, 1**. – 19. Ed rev., ampl. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 4**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 02 mar. 2016.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente** : Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. – 3. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BRASIL. Lei nº. 12.015 de 7 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.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/12015.htm . Acesso em: 10 abril. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.** DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. Nº 1407852. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Data do Julgamento: 05/11/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data da Publicação: 20/11/2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24711351/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrq-no-resp-1407852-sc-2013-0333292-1-stj>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.** PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA QUE SE AMOLDA, EM TESE, AO DELITO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO nº 1244672. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/294707918/apelacao-criminal-acr-10120141055/inteiro-teor-294707941> Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Penal. Natureza Hedionda. Estupro e Atentado Violento Ao Pudor Cometidos Antes da Lei N. 12.015/2009. Forma Simples. nº **1.110.520**. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. São Paulo, SP, 26 de janeiro de 2012. Secretaria de Jurisprudência. São Paulo, . Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-505-do-stj-2012,39956.html> . Acesso em: 20 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS 113.102.** DIREITO PROCESSUAL PENAL. DETERMINAÇÃO, EM LEI ESTADUAL, DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE PARA A AÇÃO PENAL DECORRENTE DA PRÁTICA DE CRIME CONTRA CRIANÇA OU ADOLESCENTE. Relator: Min. Laurita Vaz. Data do julgamento: 17/9/2013. Quinta turma. Data da publicação: 15/02/2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=HC+219.218RS&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM HABEAS CORPUS**. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Recorrente: E A DOS S. Relator: Min. ASSUSETE MAGALHÃES. Data do Julgamento: 16/05/2013, Sexta Turma, Data da Publicação: 10/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RHC+37.603&aplicacao=processos.a&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO EM HABEAS CORPUS**. Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Recorrente: MICHELE ANDRADE. Relator: Min. GILMAR MENDES. Data do Julgamento: 03/06/2014, segunda Turma, Data da Publicação: 03/06/2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342400/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-118972-mg-stf/inteiro-teor-159437849>. Acesso em: 07 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL**. Resp. 46.424. PENAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 13/04/1994. sexta turma. Data da publicação: 08/08/1994. Disponível em: <http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19434774/apelacao-apl-149102-ap/inteiro-teor-19434775>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 104.286**. Agravante: Petronílio José Vilela. Agravado: Luiz Manoel Gomes Júnior. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Data do julgamento: 03/05/2011. Segunda Turma. Data da publicação: 20/05/2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936799/habeas-corpus-hc-104670-sp-stf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 104.820**. Agravante: RAFAEL DE JESUS GREGÓRIO. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE MILITAR. Relator: MIN. AYRES BRITTO. Data do julgamento: 07/12/2010. Segunda Turma. Data da publicação: 08/06/2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19735707/habeas-corpus-hc-104820-sp>. Acesso em: 07 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 109.870**. Agravante: LUCIANO VICARI. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: MIN. JOAQUIM BARBOSA. Relator(a) p/ Acórdão: MIN. GILMAR MENDES. Data do julgamento: 08/11/2011. Segunda turma. Data da publicação: 22/05/2012. Disponível em:

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085981/habeas-corpus-hc-109870-rs-stf/inteiro-teor-110525246>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 110.374**. Agravantes: ADÃO PEREIRA EVANGELISTA. AGLAIR DOURADO PORDEUS. GIVANILDO BORGES DE AMORIM. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE MILITAR. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Data do julgamento: 29/11/2011. segundaa Turma. Data da publicação: 15/12/2012. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20994001/habeas-corpus-hc-110374-df-stf> Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 110.475**. Agravante: DAISY CRISTINE NEITZKE HEUER. Agravado: PABLO LUIZ MALKIEWIEZ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: MIN. DIAS TOFFOLI. Data do julgamento: 14/02/2012. Primeira Turma. Data da publicação: 15/03/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+110.475%2FSC> Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 112.505**. Agravante: HUGO DA SILVA ROCHA. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: MIN. GILMAR MENDES. Data do julgamento: 29/05/2012. Segunda Turma. Data da publicação: 19/06/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2192813>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 112563**. Agravante: JOSÉ ALFREDO MATTOS DIAS. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator (a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO. Data do julgamento: 21/08/2012. Segunda turma. Data da publicação: 10/12/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28112563%2EENUME%2E+OU+112563%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p6mdgm2>. Acesso em: 10 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 94646**. Agravante: DARIO RODRIGUES DA SILVA. Agravado: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE MILITAR. Relator: MIN. CÂRMEN LÚCIA. Data do julgamento: 12/08/2008. Primeira Turma. Data da publicação: 10/10/2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719467/habeas-corpus-hc-94649-rj> Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **APELAÇÃO CRIMINAL**. Processo: 2013.057402-4. Relator: Roberto Lucas Pacheco. Data do Julgamento: 20/02/2014, quarta CAMARA CRIMINAL, Data da Publicação: 31/03/2014. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=487>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. **APELAÇÃO CRIMINAL**: ACR 22540 MG 1999.38.00.022540-2. Apelantes: FERNANDO DA SILVA RAYE AGUIAR. FABRÍCIO DA SILVA RAYE AGUIAR. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES. Data do Julgamento: 16/03/2009, quarta Turma, Data da Publicação: 27/03/2009. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3621570/apelacao-criminal-acr-22540-mg-19993800022540-2>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
BRASIL. Vade Mecum: Saraiva. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes contra a dignidade sexual**: a nova maquiagem da velha senhora. Ciências penais, vol. 13, jul / 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais**. Marília, 2012.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

ESTEFAM, André, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais: comentários à Lei 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FABIANA SCHIAVON, **Crimes Sexuais: Italiano é preso por dar dois selinhos na filha**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-03/italiano-beija-filha-sente-rigor-lei-crimes-sexuais#author>>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

FUHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais, com a feição instituída pela Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal dos crimes sexuais**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050411115926168 Acesso em: 15 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013, p. 19.
GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III.

HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, v.8 apud NUCCI, Guilherme de Souza. **CODIGO PENAL COMENTADO**. 13 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JESUINO RISSATO. Brasília, 13 de fevereiro de 2014. Publicado no DJE: 18/02/2014. Pág.: 214. Disponível em: http://pesquisajuris.tjdf.tjus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordao_eletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDoDocumento=759993&idDocumento=75999 Acesso 05 mar. 2016

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial**: Dos crimes contra propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. – 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LEONARDO CASTRO, **Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável**. Disponível em: <http://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel> Acesso em: 17 de março de 2016.

MASSON, Cleber, **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1** – 9.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: Parte Especial - Vol. 3**, 3^a ed. São Paulo: Método, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 3 v.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. vol. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 .

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza; ALVES, JAMIL Chaim ; BARONE, Rafael ; BURRI, Juliana ; CUNHA, Patrícia ; ZANON, Raphael . **O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009** (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 902, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral, parte especial. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 23 jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37683&seo=1> Acesso em: 26 abr. 2016.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. v1. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. 4 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v.3.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral, art. 1.º a 120. 9. Ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RENATA MARIZ, **Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável**, decreta STJ, Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>> Acesso em: 19 de março de 2016.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de Direito Penal**. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da insignificância no direito penal**. 2.ed. Curitiba: Juruá. 2011.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Editora, 2008.

