

ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AS PROBLEMÁTICAS NO ORDENAMENTO PENAL BRASILEIRO

Ernanda Maria de JESUS¹

RESUMO: O presente trabalho visa questionar as problemáticas no delito em estudo, trazendo a reflexão, as questões mais importantes. Os crimes sexuais são e devem ser tratados com severidade, mas sempre respeitando os princípios vetores do direito penal como máxima para a punição do agente agressor, não penalizando além daquilo que é necessário.

Palavras-chave: Estupro. Vulnerabilidade. Conjunção Carnal. Absoluta

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa trazer à discussão as problemáticas envolvendo os crimes contra o vulnerável menor de 14 anos. Em nosso ordenamento pátrio muitas foram às mudanças e algumas acabaram por violar princípios basilares do direito penal.

É mister a necessidade de tutela efetiva quando ao bem jurídico em questão, no entanto as penalizações deveriam ser adequadas as condutas praticadas.

Convém salientar que crimes de natureza sexual no Brasil passaram por mudanças nos últimos anos, tanto na codificação penal quanto no entendimento jurisprudencial, revogando artigo e ampliando o entendimento do que seria o crime de estupro.

Condutas como beijo lascivo, apalpar partes pudendas, ou qualquer carícia feita sem o consentimento da vítima, de modo a ferir sua dignidade sexual se encaixa nas condutas descritas pelo art. 213 do Código Penal.

A lei 12.015/2009 revogou os artigos 214 e 216 do Código Penal, todavia, não se trata de uma *abolitio criminis*, não houve supressão de incriminação,

¹ Formada em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – São Paulo, advogada, pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal, e mestranda em Ciências Criminológicas Forense.

os comportamentos definidos anteriormente nestes dispositivos foram incorporados ao conceito de outros delitos, no caso do art. 214, as condutas foram incorporadas ao 213, e o art. 216 foi incorporado ao art. 216 - A.

Em relação às condutas convém salientar que além da conjunção carnal (penetração propriamente dita), que não há necessidade nem mesmo de tocar, bastando para tanto, por exemplo, se masturbar diante de uma pessoa, são os chamados atos libidinosos, desta forma entende-se por “ato libidinoso” qualquer conduta que tenha conotação de natureza sexual tendente a satisfazer a lascívia.

Em relação ao estupro de vulnerável a legislação pátria tratou de defender a vulnerabilidade daqueles que não teriam, por condições perenes ou transitórias, forças e nem mesmo compreensão necessária para se defender e resistir aos ataques contra a sua dignidade sexual. Sendo esta vulnerabilidade tida como absoluta, inclusive com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, na súmula 593, de edição de outubro de 2017.

Em meios as discussões, os tribunais sumularam seus entendimentos, tornando a vulnerabilidade do menor de 14 anos absoluta, trazendo questionamentos quanto as diversas formas de prática do delito , sua intensidade e principalmente o consentimento e envolvimento amoroso com o menor vulnerável.

Foi abordado como a legislação pátria trata os crimes de natureza sexual, e sua evolução no tempo.

2 CRIMES SEXUAIS E A VISÃO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

É importante salientar que dignidade sexual deve a todo custo ser protegida, as pessoas tem o direito de se relacionarem intimamente com quem quiserem e da forma como quiserem, isso faz parte da proteção à liberdade sexual.

Sobre o tema disserta Luiz Regis Prado (2014, p.1025,1026):

Entende-se por liberdade sexual a vontade livre de que é portador o indivíduo, sua autodeterminação no âmbito sexual, ou seja, a capacidade do sujeito “dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual, ou seja, a faculdade de se comportar no plano sexual segundo seus próprios desejos, tanto no tocante à relação em si, como no que concerne à escolha do parceiro (...) na capacidade de se negar a executar ou a tolerar a realização por parte do outro de atos de natureza sexual que não deseja suportar, opondo-se, pois ao constrangimento de que é objeto exercido pelo agente”.

O estupro sempre foi objeto de penalização em nossas legislações, desde os primórdios, ao tempo das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Nas Ordenações Afonsinas, o sujeito passivo era as mulheres virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas, quando o estupro era “forçado” (estupro violento) a pena era a capital, que não era relevada sequer mediante o casamento com o agressor. O casamento era pena para aqueles que dormiam “com moça virgem, viúva por sua vontade”, o chamado “estupro voluntário”.

Nas Ordenações Manuelinas o texto legal tinha semelhante disposição, mas houve uma maior abrangência quanto ao sujeito passivo, que abrangia também, além das “mulheres honestas”, as escravas e prostitutas, manteve-se pena capital.

Mas foram as Ordenações Filipinas que tiveram efetiva aplicação em nossas terras, eis que vigoraram do início do século XVII até 1830. No Código Filipino, assim como os anteriores, previam o estupro voluntário com mulher virgem ou viúva honesta, cominando o casamento como pena, e na sua falta, o pagamento de quantia arbitrada pelo julgador apta à formação do dote, ou tendo bens o réu, o degredo (se fidalgo), ou açoite cumulado com degredo (ESTEFAN, 2011,p.142).

O Código Penal de 1890 previu a figura em estudo no Título VIII que tinha a rubrica “Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. O sujeito passivo era a mulher virgem ou não, mas “honestas”, o fato era grave, apenado com prisão celular de um a seis anos; se ofendesse prostituta, a pena variava de seis meses a dois anos (ESTEFAN, 2011,p.143).

O Código Penal de 1940 tratou da matéria em seu Título VI, sob a rubrica “Dos crimes contra os costumes”. Continha quatro delitos: Estupro (art.213), o Atentado Violento ao Pudor (art. 214), a Posse Sexual Mediante Fraude (art. 215), e o Atentado ao Pudor Mediante Fraude (art. 216).

O Estupro era definido como ato de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, punido com pena de reclusão, de três a oito anos e, posteriormente com o advento da Lei 8.072/90, de seis a dez anos.

Atualmente, a definição legal foi ampliada de maneira a abranger o cometimento de qualquer ato libidinoso forçado, seja qual for o sexo da vítima (ESTEFAN, 2011,p.143).

3 DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Tutela penal destes delitos visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, principalmente a incolumidade ou a integridade sexual das pessoas vulneráveis, que são aquelas que não têm capacidade suficiente de discernimento para dar o consentimento de forma válida no que tange à prática de qualquer ato de natureza sexual.

O conceito de vulnerabilidade é pouco preciso e, por isso, deve ter em princípio seus delineamentos delimitados pelo legislador.

Assim sendo, o próprio dispositivo penal determina quem são as pessoas vulneráveis de modo taxativo no caput do art. 217-A (PRADO, 2014. p. 1047).

Sobre o conceito de vulnerabilidade Fernando Capez disserta (2013. p. 81):

A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se o rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miseravelmente social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

A priori são considerados “vulneráveis”, os menores de 14 (catorze) anos e os portadores de enfermidades ou deficiência mental que impede que tenham o discernimento necessário para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.

Em relação aos menores de 14 (catorze) anos, objeto do presente trabalho, sustenta um setor doutrinário que a tutela penal também se dirige a defesa da “candura”, da “inocência” e da falta de maturidade mental no que se refere a sua própria sexualidade (ESTEFAN, 2011, p.171).

André Estefan observa que (2011, p. 171):

Calha citar que nossa Constituição Federal declara constituir dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta, entre outros, seu direito à dignidade, colocando-se a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 277, caput) e, no § 4º, emite verdadeiro mandado de penalização no que se refere ao abuso, a violência e a exploração sexual

da criança e do adolescente, determinando que tais atos deverão ser severamente punidos.

Sendo assim, cabe à família cuidar para evitar que crimes desta natureza ocorram, podendo inclusive em casos de negligência ser responsabilizados.

No delito em estudo o legislador quis resguardar o início antecipado da vida sexual do menor de 14 anos tendo em vista a fragilidade em face da pouca idade ou de condições específicas.

3.1 Vulnerabilidade Absoluta e Vulnerabilidade Relativa

O diploma penal contempla dois tipos de vulnerabilidade, a absoluta e a relativa. São considerados absolutamente vulneráveis, os menores de 14 anos e pessoas enfermas ou doentes mentais, e são considerados relativamente vulneráveis os menores de 18 e maiores de 14 anos.

Em relação à vulnerabilidade absoluta, contra ela não cabe argumentos, não se questiona esse aspecto, a vítima é indiscutivelmente vulnerável, trata-se de presunção *juris et jure*, que não aceita prova em sentido contrário. A presunção relativa entende-se que a vítima pode ser vulnerável em determinada situação, por circunstancia pessoal que se faz presente nela, ou não. Esta vulnerabilidade deve ser comprovada no caso concreto, sob pena de ser desconsiderada, trata-se de presunção *juris tantum* (BITENCOURT, 2013, p.101).

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o diploma penal considerava, pelo que estava previsto no art. 224 que a violência contra o menor de 14 anos era presumida, no entanto havia um debate quanto à natureza da presunção, isto é, relativa ou absoluta.

Havia entendimento que sustentava a necessidade de apurar em concreto a capacidade do menor para o consentimento, enquanto outro entendimento de forma majoritária defendia a aplicação absoluta de regra relativa à idade.

Com a revogação do art. 224 do Código Penal essa regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. Esta mesma lei incluiu o art. 217-A, que não menciona presunção de forma alguma, pune, no caput, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

Mas apesar da clara disposição legal, o debate sobre a presunção continua, agora em relação à vulnerabilidade.

O menor, com 13 anos, pode ser considerado absolutamente vulnerável, mesmo em casos especiais, onde há comprovada experiência sexual anterior? Ou pode-se considerar a vulnerabilidade absoluta avaliando o grau de conscientização do menor em relação às práticas de natureza sexual?

Esta seria a conduta mais acertada, pois a lei não poderá modificar a realidade e nem afastar a aplicação dos princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

Mas a legislação quis proteger de forma integral os menores de 14 anos, a intenção é impedir o relacionamento sexual com crianças e adolescentes, sobre esta sistemática do sistema jurídico disserta Cleber Masson (2013, p.53):

Para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante emanada de tais pessoas. Conseqüentemente, o aperfeiçoamento dos delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Em síntese, o sistema jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis.

Em vários países do mundo a uma distinção quanto ao ato de natureza sexual praticado, há uma separação de condutas e suas respectivas penas, pois não há como punir alguém que deu um beijo a força da mesma forma e intensidade que se pune alguém que forçou um coito anal ou vaginal, por exemplo, são condutas que precisam ser separadas e penalizadas de forma diferente em respeito ao princípio da proporcionalidade das penas.

E quando se transporta isso para o estupro de vulnerável, a situação é ainda mais grave, pois neste delito não importa sequer o consentimento da pessoa, nem mesmo um envolvimento amoroso entre a “vítima” e o agente. A lei não faz separação de condutas, não importa se a foi apenas uma troca de carícias entre uma menina e um rapaz com permissão desta, não importando de foi uma criança de 6 meses que foi molestada ou uma adolescente de 13 anos e 10 meses com a devida permissão, para a lei é tudo igual, a punição será a mesma.

A lei até o ano de 2005 dizia que o casamento da vítima com o autor do estupro extinguiu a punibilidade, isso tinha relevância, pois em se tratando de um casal de namorados, ele com 18 anos e ela com 13 anos, isso resolveria a situação,

a razão para a retirada desta disposição da lei, foi a de que havia muitos casamentos “arranjados”, neste caso o mais acertado seria punir quem fraudava esses casamentos ao invés mudar a legislação, pois este dispositivo poderia resolver esta questão do estupro de vulnerável quando os envolvidos fossem casais de namorados com envolvimento amoroso, ao invés de estabelecer uma punição de forma rígida.

A lei 12.015/2009 escolheu o critério etário para a definição dos vulneráveis, entrando nesse rol os menores de 14 anos. A escolha é objetiva como diz Masson (2013, p.54):

A escolha é objetiva, razão pela qual não há espaço para discutir eventual possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis, em decorrência de questões ligadas à educação, ao passado repleto de promiscuidade ou ao estilo de vida.

Então, os critérios subjetivos são irrelevantes, sendo necessário para a caracterização o delito apenas o envolvimento de natureza sexual com menores de 14 anos.

Este não é o único problema do dispositivo e das punições, na legislação atual vigora o “tudo ou nada”: manter relações sexuais com menor de 14 anos pelo art. 217-A, pena de 8 a 15 anos de reclusão, ainda que com o consentimento da vítima, se manter relação sexual um dia após o 14º aniversário, com o consentimento, é fato atípico. Sobre isso comenta Estefan (2011, p.167):

Não se pode ignorar, outrossim, a injustiça que importa a adoção de um critério rígido, seja ele qual for. Qual a substancial diferença entre praticar um ato sexual com alguém *mediante consenso*, um dia antes de seu 14º aniversário e fazê-lo no dia seguinte? A se interpretar a legislação sem o influxo de uma visão constitucional e vinculada ao bem jurídico tutelado, a diferença seria essa: no primeiro caso, o agente ficará sujeito a uma pena de reclusão de, no mínimo, 8 anos e, no outro, o fato será penalmente atípico.

Guilherme de Souza Nucci leciona que Lei 12015/09 perdeu a oportunidade impar de equiparar os conceitos com Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos e o adolescente é o maior de 12 anos, logo a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário, sendo assim, a tutela penal no campo dos delitos sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos), deste modo, seria sustentável a viabilidade do

debate em relação a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável (2013, p. 871).

Segundo Nucci (201, p. 871):

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.

Neste sentido a concepção de vulnerabilidade deveria ser repensada, pois deveria haver um meio termo dentro do ordenamento penal brasileiro, uma proporcionalidade ao que se refere a idade e a capacidade de entendimento quanto a relação sexual.

3.2 A Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça

A questão da presunção de violência sempre discutida no ordenamento, havia na prática diária dos tribunais, e também na doutrina sempre se manteve um grande debate acerca da possibilidade de relativização dessa presunção implícita dessa presunção de violência implícita, várias teses de defesa foram construídas no sentido de que uma menina de 13 anos pratica relações sexuais com maior de 18 anos sem nenhuma violência, por sua própria vontade e provocação, com relacionamento amoroso, mas após a lei 12. 015/09, a questão da presunção da violência foi pacificada, no entanto ainda havia discussões acerca da presunção da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa, mas o STJ já sinaliza para o fato de que esta presunção é absoluta.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2017 rechaçou que a vulnerabilidade nestes casos é absoluta, não importando o consentimento, nem mesmo o relacionamento amoroso com a vítima, esse é o contexto da súmula 593 que diz:

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

Mesmo antes da edição da sumula, o entendimento do STF e STJ já apontavam para esse sentido (SCHIETTI, 2015):

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

Então esta vulnerabilidade é absoluta não importando nem mesmo o possível envolvimento amoroso, por exemplo, entre uma jovem de 13 anos e 10 meses e um rapaz de 18 anos, situação comum e bastante frequente entre os jovens, podendo caso alguém, e pode ser qualquer pessoa, haja vista o crime ser de ação penal pública incondicionada, relatar o fato a polícia, para que o agente seja denunciado por estupro de vulnerável, crime de natureza hedionda, e grave, e é por esses e outros motivos que essa questão da vulnerabilidade absoluta deve ser ponderada no caso concreto e repensada, sem cair no senso penal comum, mas dentro do campo das discussões jurídicas, ponderando princípios importantes no direito penal e a adequação social no caso concreto.

3.1.1 A Violação ao princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade se faz um dos mais importantes do direito penal. Este princípio impõe a verificação de compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da lei e os fins que se busca atingir, nas palavras de Luiz Regis Prado (2014, p.119):

Então, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal (desvalor da ação e desvalor do resultado), e a pena cominada ou imposta. Em resumo, a pena deve estar proporcionada ou adequada a intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

A priori no caso concreto, todos os aspectos mencionados acima devem ser observados antes da imposição da pena, tanto no plano abstrato, quando no plano.

O princípio da proporcionalidade das penas ou postulado da proporcionalidade possui duas vertentes dentro do direito penal, a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Em relação à proibição do excesso, esta vertente dirigida tanto ao legislador quanto ao julgador procurando proteger o direito de liberdade, sobre isso leciona Rogério Greco (2011, p.113):

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, dirigindo tanto ao legislador quanto ao julgador, procura-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.

No caso em estudo, há um excesso quando se pune de forma indiscriminada várias condutas sem sopesar os comportamentos e sua relevância penal, por conseguinte, não está se dizendo que os atos libidinosos são penalmente irrelevantes, mas há uma desproporcionalidade quanto a conduta e pena, baseada na vulnerabilidade da idade e pela natureza do injusto. E as penas devem ser de acordo com a parte final do art. 59 do Código Penal *“necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime”*, no entanto, penas não previnem crimes, apenas limitam o criminoso, ninguém deixará de praticar delitos porque este foi penalizado de forma mais severa, esta é uma das ilusões que o legislador tem ao aumentar penas de crimes em resposta a sociedade.

Ademais a expressão *“outro ato libidinoso”* é extremamente aberta, podendo se encaixar nela qualquer ato de natureza sexual, ainda que não cause maiores danos à vítima, exemplos podem ser dados: beijo lascivo, “passada de mão”, ainda que por cima da roupa, entre outras, e também se encaixa nesta expressão, o coito anal, este sim, de extrema relevância e gravidade, e ambos são apenados da mesma forma, sem distinção de condutas ou de relevância em relação ao injusto penal.

Mas no que tange a reprovação, se faz necessário um estudo da conduta e sua relevância para o direito penal antes de cominar as penas de forma indistinta.

Por certo que a relevância do bem jurídico tutelado no delito do art. 217-A é de suma importância como já explanados aqui, mas se faz necessário esta reflexão a luz do princípio da proporcionalidade, pois não se pode dentro da seara do direito penal deixar-se levar pelo senso penal comum, sem avaliar cada caso em concreto e punir as condutas de acordo com a lesividade de cada uma.

3.1.2 Princípio da culpabilidade e a pena necessária

O princípio da culpabilidade serve de norteador para o legislador para ajudá-lo a encontrar a pena que seja necessária à prevenção e a reprovação do crime, como um limite ao criminoso (GRECO, 2011, p. 115).

Então o princípio da culpabilidade será utilizado de modo a estabelecer um tipo de pena, o quantum e como será cumprida.

Mas existe uma ilusão de que o direito penal serviria para limitar o criminoso, mas na verdade o direito penal é o limite a punição aos criminosos, os criminosos não querem saber qual será as penas e se terá algum benefício ou não.

Então para quem pratica crime pouco importa a quantidade da pena ou como ela será aplicada.

A afirmativa de que as funções do princípio da culpabilidade é de reprovar e prevenir podem ficar prejudicada quando a segunda parte.

No que se refere à reprovação, a de se analisar a conduta como um todo, e se a punição imposta condiz com a lesividade ao bem jurídico.

Analisando desta forma, o estupro de vulnerável encontra problemas em relação ao relacionamento de dois jovens que se dizem apaixonados, mas encontram obstáculo em alguém que não aceita o relacionamento e traz a luz a situação, a jurisprudência por sua vez no intuito de uma proteção absoluta parece não contemporizar esta situação fática como uma conduta social comum entre jovens, ficando a cargo do magistrado tal avaliação, uma vez que a referida súmula do Superior Tribunal de Justiça não tem efeito vinculante.

Também em relação às condutas do tipo penal, que vão desde um beijo forçado até um coito vaginal ou anal propriamente dito, no entanto todos apenados da mesma forma, ficando a critério do magistrado o quantum da pena.

Em suma, as problemáticas são muitas e parece não ter um campo para a solução, ficam a cargo dos doutrinadores os questionamentos pertinentes, e dos defensores a suscitação dependendo do caso concreto.

3.1.3 Do princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade

O princípio da intervenção penal mínima decorre das ideias de necessidade e utilidade da intervenção penal em determinados casos.

O direito penal só deve atuar “na defesa dos bens jurídicos que são imprescindíveis a convivência pacífica entre os homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa” como leciona Prado (2014, p.115).

Assim sendo, a intervenção da norma penal só poderá ocorrer se for de relevância necessária para a sobrevivência da comunidade, sendo portanto, a última *ratio legis*, e só interferir na medida em que for capaz de ter eficácia.

Luiz Regis Prado define este princípio (2014, p.115):

Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal e uma função meramente simbólica negativa.

Em decorrência a necessidade da pena, sua aplicação afasta o Direito Penal nas hipóteses em que este não é considerado meio idôneo, adequado e necessário para a prevenção de crimes.

Em relação a fragmentariedade do direito penal, este principio auxilia o legislador na criação dos tipos penais, ele é corolário do anterior, dizendo que a proteção dos bens jurídicos atribuídos ao direito penal é relativa e não absoluta, punindo as situações que são consideradas socialmente intoleráveis.

Em suma escolhem-se os bens fundamentais, observa-se a lesividade e a inadequação das condutas que ofendem a sociedade, e estes bens passam a ser protegidos pelo direito penal.

4 CONCLUSÃO

Bom seria se todos os tipos penais passassem pelo filtro dos princípios que norteiam o direito penal ao invés de apenas calarem o clamor social por justiça.

O direito penal não pode ser, a priori, a única forma de combater a criminalidade e de resolver os problemas advindos dela, e as penas impostas com a única finalidade de prevenção de delitos.

Não se pode usar o senso penal comum para criar normas ou mudá-las, o direito penal precisa ser estudado dentro da lógica jurídica, pois se trata de uma ciência.

No delito em estudo, há necessidade de se adequar a conduta às penas impostas de forma não penalizar de forma excessiva o agente.

Em outros países há uma distinção de condutas e de penas, e ainda uma apuração quanto a idade penal para imposição da vulnerabilidade absoluta.

É sabida a repulsa da sociedade quanto aos crimes de natureza sexual, principalmente envolvendo menores de 14 anos, no entanto, não se pode generalizar de forma a punir todas as condutas, das maiores, às menores, sem distinção nenhuma.

Entende-se a posição dos tribunais pátrios quanto à proteção aos considerados vulneráveis, mas questiona-se a falta de observância quanto as questões de adequação social e culpabilidade do agente e a razoabilidade na imposição das pens.

Uma separação de condutas, e de penas, seria necessária para dar ao delito uma punição justa e igualitária na medida da culpabilidade do agente e respeitando o princípio da proporcionalidade.

Apesar da decisão dos tribunais serem, a princípio, imodificável, é dever daqueles que estudam o direito penal chamar a atenção quando excessos são cometidos levando em consideração o senso penal comum e o clamor popular.

É por certo que o delito de estupro de vulnerável é de natureza grave, mas condutas precisam ser sopesadas e punidas de forma diferenciadas, e ainda deve haver uma adequação social quanto a idade mínima e a possibilidade de relacionamento amoroso entre ao agente a vítima.

Em suma, as normas penais precisam passar pelos filtros dos princípios vetores e serem eficientes e adequadas a punição da natureza do injusto, isso evitaria por certo, as discussões acaloradas nos tribunais e as decisões que nem sempre contemplam o respeito a estes princípios.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4, parte especial**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CRUZ, Ministro Rogério Schietti. REsp 1480881/PI, Rel. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015: Disponível em <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica>>. Acesso em 25 de Ago 2018.

CUNHA, Sanches Rogério. **Sumula 593 STJ, estupro de vulnerável/consentimento sexual e relacionamento amoroso**. Disponível em <<http://meusitejuridico.com.br>> acesso em 18 de Mar.de 2018.

ESTEFAN, André. **Direito Penal parte especial**, vol. 3. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio, uma visão minimalista do Direito Penal**. 6ª ed. Niterói. Impetus, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, vol 3: parte especial**. 3ª ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo. Ed. método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito pena: parte geral: parte especial**. 9º ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Érika Mendes de Carvalho, Gisele Mendes de Carvalho. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

PRIMO, Murielle. **Princípio da fragmentariedade**. Disponível em:
<<http://meudiariodedireito.blogspot.com/2014/07/principio-da-fragmentariedade.htm>.> Acesso em 27 de Ago de 2018.