

**PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL OU PATERNALISMO JURÍDICO:
A PROPÓSITO DO VALOR DO CONSENTIMENTO DO
MENOR DE 14 ANOS NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

**PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD SEXUAL O PATERNALISMO JURÍDICO:
SOBRE EL VALOR DEL CONSENTIMIENTO DEL
MENOR DE 14 AÑOS EN EL CRIMEN DE VIOLACIÓN DE VULNERABLE**

*Gisele Mendes de Carvalho*¹

*Edmar José Chagas*²

RESUMO: O presente trabalho aborda a problemática do consentimento do ofendido menor de 14 anos nos crimes contra a dignidade sexual, especificamente no delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal, alterado pela Lei 12.015/2009). Para tanto, parte da análise do bem jurídico protegido mediante a incriminação dos delitos contra a dignidade sexual, através de um estudo da evolução do tratamento conferido pelo legislador a estes crimes, desde a vetusta configuração como crimes contra os “costumes”, até a novel nomenclatura introduzida pela reforma de 2009, e a consequente investigação a respeito do conteúdo da dignidade sexual. Entendendo ser a liberdade sexual um componente imprescindível deste bem jurídico, passa-se a examinar o instituto do consentimento do ofendido, ou do titular do bem jurídico, com o propósito de descobrir as principais funções desempenhadas pelo mesmo dentro da sistemática da teoria geral do delito. A partir de então, estima-se decisiva a perquirição sobre os fundamentos paternalistas da legislação brasileira que considera “estupro” a prática de ato libidinoso com todo e qualquer menor de 14 anos, com o fim de indagar a respeito da verdadeira *ratio* dessa incriminação. Constata-se que a evolução dos tempos e dos costumes tornou impossível a manutenção de uma presunção absoluta de vulnerabilidade com respeito a todos os menores de 14 anos (e maiores de 12) em matéria sexual, tal como já se discutia com respeito ao revogado art. 224, *a*, do Código Penal. Conclui-se, finalmente, que não estando o menor de 14 anos submetido à prostituição ou outra forma de exploração sexual, e tendo o mesmo conhecimento e/ou experiência suficientes para não sofrer abuso sexual por parte do seu parceiro, deve-se reputar válido o seu consentimento, já não como causa de exclusão da tipicidade, como sucede com os maiores de 14 anos, mas sim como excludente da ilicitude ou antijuridicidade do comportamento, a ser constatada no caso concreto pelo magistrado, com o fim de inocentar o réu da provável prática de um delito de “estupro de vulnerável”.

PALAVRAS-CHAVE: crimes contra a dignidade sexual; estupro de vulnerável; consentimento do ofendido; paternalismo; causa de justificação.

¹ Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora Adjunta de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (PR) e no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

² Advogado. Professor de Direito Penal e Mestrando em Direitos da Personalidade no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

RESUMEN: El presente artículo trata de la polémica del consentimiento del ofendido menor de 14 años en los crímenes contra la dignidad sexual, específicamente en el delito de violación de vulnerable (art. 217-A del Código Penal, modificado por la Ley 12.105/2009). Para ello, se parte del análisis del bien jurídico protegido mediante la incriminación de los delitos contra la dignidad sexual, a través de un estudio de la evolución del tratamiento conferido por el legislador a estos delitos, desde la antigua configuración de los crímenes contra las “costumbres”, hasta la nueva nomenclatura introducida por la reforma de 2009, y la consecuente investigación respecto del contenido de la dignidad sexual. Estimando ser la libertad sexual un componente imprescindible de este bien jurídico, se pasa a examinar el instituto del consentimiento del ofendido, o del titular del bien jurídico, con el propósito de descubrir las principales funciones desarrolladas por éste dentro de la sistemática de la teoría general del delito. A partir de entonces, se considera decisiva la indagación sobre los fundamentos paternalistas de la legislación brasileña que castiga como “violación” la práctica de todo y cualquier acto libidinoso con menores de 14 años, con el fin descubrir la verdadera *ratio* de ésta incriminación. Se constata que la evolución de los tiempos y de las costumbres ha hecho imposible la manutención de una presunción absoluta de vulnerabilidad con respecto a todos los menores de 14 años (y mayores de 12) en materia sexual, tal y como ya se discutía con respecto al revocado art. 224, *a*, del Código Penal. Se concluye, finalmente, que no estando el menor de 14 años sometido a la prostitución u otra forma de explotación sexual, y teniendo el mismo conocimiento y/o experiencia suficientes como para no sufrir abusos sexuales por parte de su compañero, se debe considerar válido su consentimiento, ya no como causa de exclusión de la tipicidad, como sucede con los mayores de 14 años, sino como causa excluyente de la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento, constatada en el caso concreto por el magistrado, con el propósito de absolver el reo de la probable práctica de un delito de “violación de vulnerable”.

PALABRAS-CLAVE: crímenes contra la dignidad sexual; violación de vulnerable; consentimiento del ofendido; paternalismo; causa de justificación.

1 INTRODUÇÃO

Em agosto de 2009, entrou em vigor a Lei 12.015, que operou uma profunda reforma nos delitos sexuais inseridos no Título VI do Código Penal brasileiro, com a inclusão de novos dispositivos, a revisão e a exclusão de outros. A primeira e mais marcante modificação foi a alteração do próprio título, que antes se denominava “Dos crimes contra os costumes” e passou a intitular-se “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Como bem destaca a doutrina, essa alteração denota uma evolução na própria maneira como o legislador (e a sociedade por ele representada) interpreta o conteúdo e alcance dos crimes sexuais no Brasil. Nesse sentido,

salienta-se com acerto que a anterior denominação do Título VI revelava a importância que o legislador de 1940 atribuía à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais em geral, situando-os acima da proteção de outros bens jurídicos relevantes, como a liberdade sexual e a integridade física e psíquica da vítima³.

Entre as principais alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009, está a inserção de um Capítulo dedicado aos crimes sexuais contra os vulneráveis (Capítulo II do Título VI), acabando assim o legislador com a antiga presunção de violência⁴, que constava do revogado art. 224, CP. De acordo com a nova configuração dos tipos, o estupro (art. 217-A), a corrupção (arts. 218 e 218-A) e o favorecimento da prostituição (art. 218-B) de sujeitos menores de 14 anos (ou de 18 anos, no caso do art. 218-B), bem como de indivíduos que, em razão de enfermidade ou doença mental, não tenham o necessário discernimento para prática do ato sexual, configuram delitos bem mais graves do que os similares praticados contra vítimas maiores de idade e no pleno uso de suas faculdades mentais. As alterações legislativas buscam, portanto, cumprir a importante missão de reprimir a pedofilia e outras práticas relacionadas ao abuso e à exploração sexual de menores e incapazes no Brasil, na mesma linha já seguida pela Lei 11.829/2008, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), com o fim de reprimir a pornografia infanto-juvenil⁵. Aliás, tais Leis dão cumprimento ao mandato constitucional que determina que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, §4º, CF).

Pois bem, com respeito a essa classe de comportamentos, e independentemente da discussão sobre a eficácia da adoção de uma política criminal repressiva como meio de combate à pedofilia, não resta dúvida de que o legislador encontra o fundamento da

³ Vide MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal*, Parte Especial, vol. II. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 383.

⁴ A presunção de violência tem sua origem nos estudos dos práticos da Idade Média. Naquela época, dizia Carpzovio, com base em duas passagens do *Digesto*, que os dementes e interditos têm vontade nula, ou que o pupilo nem quer, nem deixa de querer, estabelecendo assim o postulado segundo o qual quem não quer nem pode querer, dissente, de modo que os atos libidinosos praticados contra os menores e doentes mentais têm caráter violento, o que motivou a inserção da presunção de violência em diversas legislações penais (vide FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39 e PRADO, L. R. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, vol. 2. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 622). A necessidade de se acabar com a presunção de violência já era sentida pela doutrina muito antes da reforma de 2009; vide, a esse respeito, as críticas de LUISI, L. Dos delitos contra a dignidade sexual no Projeto de Parte Especial do Código Penal brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*. Marigá, nº 2, 1998, p. 230-231.

⁵ Como salienta com razão Bitencourt, “o abuso sexual infantojuvenil infrafamiliar (...) é uma das mais graves formas de violência, pois lesa os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, apresentando contornos de durabilidade e habitualidade; trata-se, portanto, de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atingindo a própria alma das pequenas vítimas” (*Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90).

punibilidade das condutas que tipifica na tutela da integridade sexual do menor, entendendo que o mesmo não é capaz de compreender com exatidão a transcendência dos atos praticados, e cujo desenvolvimento psicofísico poderia resultar altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que essas práticas fossem intermediadas pelo seu consentimento.

Isto posto, resta indagar a respeito do fundamento da punibilidade destes mesmos delitos, quando praticados contra vítimas maiores de 18 anos e no pleno gozo de suas faculdades mentais. Nessas hipóteses, não resta dúvida de que a tipificação de tais comportamentos se justifica sempre com base na falta de consentimento do sujeito passivo, que pode ter sua origem no uso de violência, grave ameaça ou fraude, empregadas pelo autor do crime para tornar possível o abuso sexual (vide, a título de exemplo, a descrição típica do art. 213, relativo ao estupro de vítimas maiores de 14 anos).

Os problemas aparecem, contudo, quando se trata de questionar a legitimidade da escolha político-criminal feita pelo legislador no tocante aos delitos do Capítulo II do Título VI, que trata dos “Crimes sexuais contra vulnerável”. O presente artigo tem por finalidade discutir precisamente a delimitação do que vem a entender a doutrina e a jurisprudência a respeito de “vulnerável”, posto que a exata compreensão do alcance desse termo é de fundamental importância para a correta aplicação dos crimes contra a dignidade sexual. Ao longo do presente trabalho, ver-se-á que tal conceito não se encontra em absoluto delimitado com exatidão, e que mesmo após dois anos de aplicação do Código Penal reformado pela Lei 12.015/2009, o termo permanece equívoco e dá lugar a dúvidas que desafiam o aplicador do Direito e colocam em risco o fundamental princípio da legalidade penal. Tanto é assim que, diferentemente do Capítulo I do Título VI, que trata dos “Crimes contra a *liberdade sexual*”, e onde resta claramente delimitado o bem jurídico objeto de tutela, no Capítulo II existe apenas uma expressa referência à vítima (“Crimes sexuais contra *vulnerável*”), faltando precisar, porém, qual seria o bem jurídico protegido quando é o próprio ofendido quem claramente dele dispõe, sem que seja empregada qualquer violência ou ameaça por parte do autor com o fim de coagir-lhe.

Dito de outro modo, resta ao intérprete do Direito esclarecer por que se nega validade ao consentimento do titular do bem jurídico protegido nos crimes contra a dignidade sexual quando é a própria vítima quem dele dispõe, por estar a mesma em condições de “vulnerabilidade”, e se esta “vulnerabilidade” pode ser interpretada de modo absoluto ou

meramente relativo, tendo em vista a evolução sócio-cultural que deve acompanhar a interpretação e aplicação dos tipos penais.

O legislador de 2009 revogou o dispositivo do Código Penal que presumia a violência (antigo art. 224), inserindo um tipo penal no qual se tipifica a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos (novel artigo 217-A), mas constata-se que na prática pouca coisa mudou, pois a atual regulação fez ressurgir nos tribunais a discussão acerca da presunção *absoluta* ou *relativa* do dissenso do vulnerável, o que, em outras palavras, desemboca, rigorosamente, na problemática da validade e alcance do instituto do consentimento do ofendido.

Ponto nevrálgico do presente estudo é, destarte, a análise do consentimento do ofendido⁶ nos crimes sexuais, sendo primeiramente estudados seus efeitos, requisitos e aplicabilidade nos crimes que lesionam bens jurídicos disponíveis e, em especial, nos crimes contra a dignidade sexual, tudo sob a ótica da legislação interna, procurando-se chegar a uma conclusão acerca dos seus efeitos, ou seja, se o consentimento do ofendido nos crimes contra a dignidade sexual dos vulneráveis exclui a ilicitude ou a tipicidade do comportamento.

Alguns pontos importantes precisam ser esclarecidos, pois com o advento da Lei 12.015/2009, revogando alguns artigos e inserindo outros novos no Código Penal, verifica-se que não há crime na prática de condutas sexuais com menores de 18 anos e maiores de 14, desde que o adolescente não esteja inserido em casa de prostituição. Por outro lado, a doutrina se questiona se o legislador não perdeu a oportunidade de seguir o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/90), que estabeleceu para o adolescente a idade mínima de doze anos completos, atribuindo maior autonomia ao ser humano a partir dessa faixa etária, o que poderia restringir a incidência dos crimes sexuais contra vulneráveis. A respeito de tudo isso, tratar-se-á a seguir.

2 O BEM JURÍDICO “DIGNIDADE SEXUAL”

De acordo com o princípio penal da lesividade ou da ofensividade, todo e qualquer delito deve lesar ou, ao menos, criar perigo de lesão a bens jurídicos, os quais podem ser

⁶ É importante esclarecer, como destaca com razão CERESO MIR, que o emprego da expressão “consentimento do ofendido” para denominar esta eximente é incorreto, pois não é possível considerar como “ofendido” o portador do bem jurídico que voluntariamente consente em sua lesão ou colocação em perigo (vide, a respeito, *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. II. Madrid: Tecnos, 2000, p. 326, nota 1). Entende-se que o mesmo é possível dizer sobre o uso do termo “consentimento da vítima”, razão pela qual é preferível empregar expressões como “consentimento do sujeito passivo” ou “consentimento do titular do bem jurídico”.

definidos como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”⁷.

Tais valores sociais não podem, todavia, ser apontados pelo legislador aleatoriamente, devendo os bens jurídicos guardar relação com o que está estampado na Constituição Federal, com os valores que ali estão estabelecidos⁸. Assim, o bem jurídico penal é constituído de relevante importância para a sobrevivência do ser humano devendo haver uma tutela na esfera criminal, desde que não se fira o princípio da intervenção mínima. Já o bem jurídico “dignidade sexual”, tutelado no Título VI do Código Penal, segundo Guilherme Souza Nucci⁹:

“Associa-se à respeitabilidade e à autoestima, à intimidade e à vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade.”

Ao utilizar a expressão “dignidade sexual”, portanto, quis o legislador não apenas modernizar a visão que se tinha dos crimes sexuais como crimes contra os “bons costumes”, como também reconheceu explicitamente a necessidade de uma melhor definição do bem jurídico lesionado por aqueles delitos: dignidade sexual, no sentido da norma, abarca, de acordo com a concepção aqui desenvolvida, duas importantes vertentes, abrangendo tanto a *integridade sexual*, entendida como intangibilidade corporal ou o direito do ser humano a preservar o seu corpo contra agressões externas com fim libidinoso (inviolabilidade carnal), bem como a *liberdade sexual*, que nada mais é do que o direito de toda pessoa de escolher como, quando e com quem deseja manter atividade sexual, e quando prefere abster-se da mesma, preservando sua integridade sexual. Liberdade sexual, portanto, é o direito que possui cada ser humano de dispor livremente de sua integridade sexual, de acordo com suas próprias convicções (direito de autodeterminação sexual ou autonomia sexual)¹⁰, tanto em sua *vertente positiva* (escolha de parceiros sem limitação, ressalvada a liberdade sexual alheia), como *negativa* (direito ao não envolvimento em atividade de conteúdo sexual e direito de repelir as

⁷ Vide PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 257.

⁸ Idem, *ibidem*, p. 257.

⁹ NUCCI, Guilherme Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*, 2. ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2010, p. 42.

¹⁰ Impõe destacar que a liberdade sexual configura-se como uma parcela da liberdade pessoal, sendo, porém, tutelada de modo autônomo. O fundamento dessa autonomia reside em três pontos principais: a especial vinculação da liberdade sexual com a autorrealização pessoal; a diferenciação das formas de comissão desses delitos e, por fim, os significativos condicionamentos normativos presentes nesses delitos (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís [Dir.]. Delitos contra la libertad sexual. *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, v. 21, 1999, p. 219-220).

agressões sexuais de terceiros)¹¹. Desde já, cumpre destacar que, segundo a tese aqui construída, o bem jurídico dignidade sexual não pode ser corretamente entendido sem uma necessária referência a esses dois componentes.

Numa antiquada visão dos crimes sexuais, antes denominados crimes contra os costumes, logo vinha à mente do intérprete a mulher como vítima e o homem como autor, imagem que remonta ao início do século passado, quando a mulher era sempre vista como recatada, tímida e cheia de pudores, totalmente inexperiente em matéria de sexo, exigindo-se por lei que ela devesse ser virgem para se casar, nos moldes do que dispunham os revogados artigos 178, § 1º, 218 e 219, IV, todos do Código Civil de 1916. A virgindade era considerada para a norma tão importante que o defloramento caracterizava um erro essencial quanto à mulher, capaz de anular o próprio casamento¹².

O defloramento de mulher virgem, maior de 14 e menor de 18 anos, caracterizava o crime de “sedução”, e era punido com pena em abstrato de dois a quatro anos de reclusão, conforme redação anterior do artigo 217 do CP, revogado pela Lei 11.106/2005. Observe-se que o tipo mencionava inclusive a circunstância de aproveitar-se o sedutor da “inexperiência” ou “justificável confiança” da vítima, dado que não se leva mais em conta na atual disciplina dos crimes contra a dignidade sexual dos vulneráveis pela Lei 12.015/2009.

Hodiernamente, a visão da sociedade sobre o sexo mudou e muito, em função da educação familiar e de políticas institucionais. Falar de sexo faz parte do currículo escolar nas diretrizes curriculares de muitos Estados brasileiros como conteúdos obrigatórios, ao lado de outros assuntos relacionados a desafios contemporâneos (meio ambiente, trânsito, drogas, etc.), o que demonstra não só uma preocupação dos poderes públicos em melhor instruir os jovens, como também uma necessidade de que a sociedade acompanhe a evolução cada vez mais vertiginosa do alcance da maturidade sexual por parte dos mesmos. Se evoluem sexualmente em um ritmo mais veloz que seus genitores, então que ao menos o façam com conhecimento e precaução.

¹¹ A respeito das duas vertentes da liberdade sexual, vide VICENTE MARTÍNEZ, R. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. In: ARROYO ZAPATERO, Luís *et alii*. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 178.

¹² Código Civil de 1916: “Art. 178. Prescreve: § 1º Em dez dias, contados do casamento, a ação do marido para anular o matrimônio contraído com mulher já *deflorada* (artigos. 218, 219, n. IV, e 220).” [grifou-se] (...) “Art. 218. É também anulável o casamento, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, *erro essencial* quanto à pessoa do outro.” [grifou-se] (...) “Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: (...) IV. O *defloramento* da mulher, ignorado pelo marido.” [grifou-se]

A nova concepção do bem jurídico protegido por esses tipos penais, a “dignidade sexual”, revogou e moldou novos crimes; porém constata-se, como sói acontecer no campo legislativo penal, que o legislador perdeu a oportunidade de rever a valoração de certos tipos penais que não atendem mais os anseios sociais modernos, como o artigo 227 do CP (lenocínio) e outros relacionados à prostituição de vítimas maiores de 18 anos¹³, além do critério da idade do ofendido no crime de estupro e prostituição de vulnerável, dispostos nos artigos 217-A e 218-B, respectivamente, do Código Penal. São todos casos em que, embora esteja em perigo a integridade sexual das vítimas, resta ainda por precisar se ocorre realmente uma violação de sua liberdade sexual, outro importante componente da dignidade sexual.

O valor do bem jurídico “dignidade sexual” há de ser único, idêntico para todas as vítimas, devendo interferir na magnitude do injusto e da culpabilidade, e conseqüentemente na proporção da pena em abstrato, apenas as circunstâncias em que o ato seja consumado, como, por exemplo, mediante violência, grave ameaça ou fraude, lesionando a liberdade sexual do ofendido.

Assim, a atividade sexual é livre entre pessoas livres (física e mentalmente), sendo tão-somente proibida a sua realização por ato unilateral de vontade, já que, neste caso, surge o constrangimento ilegal que é componente de todos os tipos dos crimes que lesionam ou põem em perigo o bem jurídico “dignidade sexual”. Isso significa que, presente o consentimento do titular do bem jurídico, não há que se falar em delito, exceto se algo leva o aplicador do Direito a crer que essa vontade não é livre, ou encontra-se imbuída de algum vício. Mas o bem jurídico, em qualquer caso, e independentemente da vontade da vítima, há de ser sempre a dignidade sexual em sua completude, abarcando tanto a integridade quanto a liberdade sexual, não se podendo tolerar que, para os menores de 14 anos e vulneráveis de modo geral, apenas a integridade sexual seja tutelada, ainda que contra a sua vontade.

Com o fim de delimitar o papel desempenhado pelo consentimento do ofendido nos crimes contra a dignidade sexual dos vulneráveis, impõe tratar agora sobre a função desse instituto na teoria do delito e os efeitos que o mesmo pode assumir no tocante aos crimes sexuais.

¹³ Para uma crítica a respeito do paternalismo exacerbado presente na tipificação de tais crimes, vide CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista Ciências Penais*. São Paulo: RT, vol. 12, jan.-jun. 2010, p. 177 e ss.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE TIPICIDADE OU DA ILICITUDE DO DELITO

Se, do ponto de vista formal, o crime constitui uma violação da lei penal, em consideração ao princípio da legalidade, sob o aspecto material, o delito “*é uma ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena*”¹⁴.

Já sob o aspecto analítico, o crime possui os seguintes elementos estruturais: ação ou omissão típica, antijurídica ou ilícita e culpável. Para a sua configuração é necessária a existência de quatro elementos: comportamento humano ativo ou omissivo, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Pode ocorrer, porém, que exista alguma causa que venha a justificar a conduta do sujeito, como a legítima defesa, excluindo-se, neste caso, a sua antijuridicidade. Segundo o Código Penal, em seu art. 23, não haverá crime quando o sujeito atua em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Vencida a fase da antijuridicidade, o sujeito pode ter excluída ou diminuída a sua culpabilidade, conforme o caso. Exclusão da culpabilidade ocorre na hipótese, por exemplo, de que o autor da conduta antijurídica seja uma pessoa com problemas mentais, provando-se que, no momento da ação ou omissão, era a mesma inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*, CP). Neste caso, ficará o autor isento de pena, proferindo-se uma sentença penal absolutória imprópria, conforme dispõe o art. 386, VI, do Código de Processo Penal, sendo-lhe aplicada uma medida de segurança.

As causas legais de exclusão de antijuridicidade estão contidas no artigo 23 do Código Penal, embora não exaustivas, sendo elas, conforme já referido, a legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito.

Ocorre, porém, que o ordenamento jurídico penal brasileiro não faz referência às causas supralegais de exclusão de antijuridicidade, que são aquelas que, embora não contidas expressamente no texto legal, são normas culturais amplamente aceitas, que autorizam a sua realização da ação ou omissão típica, mesmo que inicialmente proibida.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 143.

De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, “para se reconhecer uma causa supralegal de justificação pode-se recorrer aos *princípios gerais de direito*, à analogia ou aos costumes, afastando-se a acusação de tratar-se de um recurso metajurídico”¹⁵. É o caso do consentimento do ofendido nos delitos cujos bens jurídicos são disponíveis, e o titular do bem jurídico assente de forma livre. Várias correntes doutrinárias procuraram desvendar a natureza jurídica do consentimento do ofendido, que é admitido pela norma penal naqueles casos em que o interesse protegido pela norma é preponderantemente privado (honra, patrimônio, integridade física, liberdade individual¹⁶).

Entre os países latino-americanos, poucos trazem disposto no texto do Código Penal o consentimento do ofendido. Segundo afirma Francisco Muñoz Conde:

Os códigos latino-americanos não se referem ao problema, tampouco o Código Penal Tipo; só o Código Penal da Costa Rica contempla uma disposição genérica a respeito disso, estabelecendo o consentimento como causa de justificação (art. 26)¹⁷.

Dependendo da função cumprida, o consentimento ora exclui a tipicidade, como elemento do tipo, ora a ilicitude da conduta. De inspiração italiana¹⁸, o consentimento do sujeito passivo, como causa de justificação e elemento extrínseco ao tipo, implica renúncia à tutela do bem jurídico disponível, avalizada pelo Direito positivo (*volenti non fit iniuria*)¹⁹.

Para que o consentimento do ofendido seja uma causa de exclusão da ilicitude da conduta, dependerá necessariamente da verificação dos seguintes requisitos²⁰:

a) Objetivos: capacidade de consentir; anterioridade do consentimento; atuação nos limites do consentido; b) Subjetivos: ciência prévia do consentimento e vontade de atuar de acordo com a diretiva do consentimento.

A antijuridicidade do comportamento não pode surgir quando falta a presença do interesse tutelado. Em comentário ao Código Penal italiano quanto ao consentimento do titular do direito, Giuseppe Bettiol sustenta que “a norma penal não tutela o vazio, mas um

¹⁵ Idem, ibidem, p. 247.

¹⁶ Conforme leciona PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 98-103.

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 123.

¹⁸ O Código Penal italiano prevê em seu artigo 50 o consentimento do ofendido como uma causa legal de exclusão de antijuridicidade, nos seguintes termos: “Não é punível quem lesa ou põe em perigo um direito com o consentimento da pessoa que desse direito pode validamente dispor”.

¹⁹ PRADO, Luiz Regis, op. cit., p. 378.

²⁰ Idem, ibidem, p.379.

interesse (valor) pelo que, todas as vezes em que este não está presente, uma lesão não é também concebível: falta assim a antijuridicidade”²¹.

O fundamento do consentimento como causa de justificação reside, em realidade, no princípio da ponderação de valores ou de interesses, que se verifica quando “o Direito concede preferência ao valor liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e do resultado da agressão ou lesão ao bem jurídico”²². Trata-se, portanto, de uma espécie de “renúncia” do titular do bem jurídico à proteção outorgada ao mesmo pela ordem jurídica, sendo sua liberdade de atuação mais importante que o próprio bem tutelado. Nesse sentido, esclarece Bitencourt:

O consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição. Nesse caso, o consentimento opera como causa justificante supralegal, afastando a proibição de conduta, como, por exemplo, nos crimes de cárcere privado (art. 148), furto (art. 155), dano (art. 163) etc.²³

Alessandra Orcesi Pedro Greco, com fundamento em Welzel, afirma que o fato, mesmo com o consentimento, não deve ser contrário aos costumes, pois, se contrário aos bons costumes, torna-se ilícito, o que desde logo poderia prejudicar a aplicabilidade do mesmo aos delitos contra a dignidade sexual. Cita o seguinte exemplo:

Exemplifica com o caso da mulher que consente na prática de lesões sádicas praticadas pelo seu empregador para não perder o emprego. O consentimento, apesar de válido, por ser contrário aos bons costumes, não fica justificado²⁴.

Tem-se, porém, que nos casos de sadomasoquismo, expressamente vedados pelo Código Civil de 2002 (art. 13)²⁵, o que ocorre, ao contrário do que pensa a autora, não é uma vedação à aplicabilidade do consentimento do titular do bem jurídico nos crimes sexuais, mas uma proibição da extensão do consentimento às lesões corporais – delito que, de acordo com a legislação brasileira, não admite a eficácia do consentimento, pois em que pese ser a ação penal das lesões leves condicionadas à representação do ofendido (art. 88, Lei 9.099/95), mantém-se intacta a ilicitude da conduta criminosa, atribuindo-se ao particular apenas o juízo de conveniência e oportunidade a respeito de sua persecução penal.

²¹ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 303.

²² CEREZO MIR, José, op. cit., p. 334.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 248.

²⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. *Ciências Penais*, v. 1. São Paulo: RT, 2004, p. 189.

²⁵ Código Civil, art. 13: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

Conforme já dito, porém, o consentimento do ofendido pode ter outra natureza jurídica que é uma causa de exclusão de tipicidade, ocorrendo nos casos em que a figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento da própria definição legal de crime. Nesse caso, o consenso funciona como causa da exclusão da tipicidade.

É o exemplo do crime de violação de domicílio (art. 150 do CP), em que o tipo traz a entrada ou permanência em casa alheia “*contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito*”. Se o proprietário, por exemplo, permite que alguém entre em sua residência, não haverá crime por exclusão da tipicidade da conduta. O dissenso é, nesses casos, elemento do tipo, sendo que na sua ausência, não há a tipicidade.

Já no caso da exclusão da antijuridicidade, “o dissenso do ofendido não se encontra descrito como elementar, o consenso funciona como causa suprallegal de exclusão de ilicitude, havendo o que a doutrina denomina de consentimento em sentido estrito. Exemplo: não há crime de dano (art. 163 do CP) quando o titular do bem jurídico consente em que o objeto material seja danificado, destruído ou deteriorado”²⁶

Deste modo, tem-se que o dissenso do titular do bem jurídico, ao fazer parte da própria descrição típica do comportamento criminoso, deve estar abarcado pelo dolo do agente para que a conduta realize o tipo em questão. Em não havendo consciência a respeito do dissenso do sujeito passivo, o autor da conduta não realizará tipo algum, por ausência do elemento subjetivo do tipo, isto é, o dolo. Assim, é possível afirmar que a falta de ciência sobre a existência prévia do consentimento não impede a configuração do tipo delitivo, pois ou o sujeito ativo conhece o dissenso e realiza o tipo penal, ou pensa que possui o consentimento e atua em erro de tipo, o que de qualquer modo exclui o dolo (art. 20, *caput*, CP). Já no que diz respeito ao consentimento como causa de exclusão da ilicitude, a ciência da existência do consentimento revela-se imprescindível como elemento subjetivo da causa de justificação, pois se o autor realiza a conduta imaginando não contar com o consentimento do sujeito passivo, embora conte objetivamente com ele, atuará no sentido da lesão do bem jurídico, faltando o elemento subjetivo que permite a justificação²⁷. Destarte, em síntese, se o

²⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro, op. cit., p. 189.

²⁷ Como ensina ROMEO CASABONA, foram elaboradas duas teorias a respeito. De acordo com a primeira delas, chamada teoria da manifestação da vontade (*Willenserklärungstheorie*) ou teoria do negócio jurídico, o atuante deve ter conhecimento prévio da existência do consentimento e de seu alcance para que o mesmo seja eficaz. Por outra parte, segundo a teoria da direção da vontade (*Willensrichtungstheorie*), ou teoria da ação jurídica, é suficiente a existência objetiva e conclusiva do consentimento, independentemente de seu conhecimento por parte do sujeito ativo. Este autor esclarece que a vinculação majoritária da doutrina à primeira teoria citada deve ser entendida como uma consequência da existência dos elementos subjetivos das causas de

consentimento exclui a ilicitude, deve necessariamente o autor conhecer sua prévia existência, ou o comportamento continuará sendo ilícito²⁸. Já no que diz respeito ao consentimento que exclui o tipo, a presença do mesmo excluirá o tipo independentemente do dolo do sujeito ativo (*erro de tipo ao inverso*), ou permitirá a exclusão do tipo subjetivo caso o sujeito pense contar com a presença de um consentimento realmente inexistente (*erro de tipo*).

Essa conclusão revela-se especialmente importante no que diz respeito aos delitos contra a dignidade sexual, pois dependendo do papel desempenhado pelo consentimento com relação a esses delitos, será ou não relevante a ciência prévia do consentimento do titular do bem jurídico pelo autor do comportamento em questão, para que o mesmo gere os seus efeitos. Isso remonta imediatamente à problemática a respeito da função do consentimento do sujeito passivo nos crimes sexuais e à importância do erro de tipo, que se discutirá a seguir. Antes, contudo, faz-se imprescindível uma breve digressão a respeito de um dos possíveis fundamentos das limitações impostas pelo Estado com respeito à disponibilidade do bem jurídico dignidade sexual (eficácia do consentimento nesses delitos): o paternalismo jurídico.

4 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

4.1 PATERNALISMO, MORALISMO E CONSENTIMENTO DO TITULAR DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

justificação, que implica o conhecimento prévio da existência do consentimento por parte do sujeito ativo quando o mesmo atue no nível sistemático da antijuridicidade, mas não no nível da tipicidade (ROMEO CASABONA, Carlos M. *El Médico y el Derecho penal*, v. I. *La actividad curativa* (Licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch, 1981, p. 344-345).

²⁸ Como bem salienta a doutrina, “o elemento subjetivo deve estar presente em todas as causas de justificação, sendo necessário que o sujeito atue não só com conhecimento de que ocorram seus elementos objetivos, mas também com vontade no sentido da justificante”, pois “a falta do elemento subjetivo das causas de justificação inviabiliza a afirmação do valor da conduta e do conseqüente valor do resultado, indispensáveis à exclusão da ilicitude” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Geral, p. 362). Na mesma linha, vide também CEREZO MIR, que lembra que o Direito “não pode valorar positivamente a produção de resultados que só estejam aparados de modo objetivo e causal em uma causa de justificação” (op. cit., p. 203). É o caso, por exemplo, de um sujeito (“A”) que resolve atirar em seu desafeto (“B”) sem saber que o mesmo, nesse exato momento, encontra-se a ponto de disparar contra um terceiro (“C”). Ao desferir o disparo, o sujeito “A” impede que “B” atire e mate “C”, mas sem qualquer vontade de salvar a vida deste último, o que impede a configuração do estado de necessidade, dada a ausência do elemento subjetivo desta causa de justificação, que é precisamente a vontade ou ânimo de salvar o bem ou direito em perigo (*animus salvationis*).

De modo geral, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da Filosofia moral, o termo “paternalismo” é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem do sujeito cuja autonomia é restringida. Assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o “bem” ou os “interesses” do indivíduo protegido, inclusive quando este “bem” não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo.

Entre as principais classificações do paternalismo, tem-se em primeiro lugar a que distingue entre *paternalismo positivo* (que ocorre quando a intervenção beneficente busca promover o bem do sujeito protegido) e *paternalismo negativo* (que se manifesta quando objetivo da medida paternalista não é de promover o bem, mas apenas de impedir a causação de um dano), sendo o primeiro evidentemente mais limitador da autonomia pessoal que o segundo. Isso leva a outra importante aproximação conceitual relativa ao paternalismo, qual seja, a que distingue entre esse fenômeno e outras formas de intervenção coercitiva estatal que encontram-se em estreita relação com ele: o *moralismo* e o *perfeccionismo*. O *moralismo jurídico* pode ser conceituado como a limitação da autonomia individual por parte do Estado com o fim de promover uma determinada concepção moral positiva²⁹. Nesse sentido, pode-se identificar o moralismo como uma espécie de “paternalismo moral negativo”, pois através dele trata-se de evitar o mal que um sujeito possa causar-se a si mesmo, com a única peculiaridade de que esse dano não é físico, mas sim moral. Muitas vezes, porém, o moralismo jurídico vai além do mero paternalismo, ao não se limitar à evitação de um dano moral ao sujeito protegido, mas buscando promover uma determinada concepção moral em si e por si mesma, mediante a proibição de condutas consideradas “intrinsecamente imorais”,

²⁹ Como destaca LAPORTA SAN MIGUEL, o moralismo, em sua vertente jurídica, propõe que as normas jurídicas devem incorporar as pautas de moralidade positiva vigentes em uma determinada sociedade, ou, dito de outro modo, “sugere que o fato de que certas pautas morais sejam assumidas e vividas em uma comunidade constitui razão suficiente para que as normas jurídicas lhes emprestem sua mecânica de coação e as imponham forçosamente” (*Entre el Derecho y la Moral*. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p.48).

independentemente do fato de que tais comportamentos impliquem efetivamente a causação de um dano a quem os realize³⁰.

Isto posto, tem-se que se o propósito de evitação de um dano é um dos traços característicos do paternalismo jurídico, cabe agora averiguar que classe de danos é possível evitar através da aplicação de medidas paternalistas. Para responder adequadamente a esta indagação, impõe distinguir entre as intervenções justificadas pelo chamado princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) e aquelas motivadas pela evitação de um dano que o indivíduo possa causar a si mesmo (*harm to self*)³¹. Nesse sentido, insta recordar que o paternalismo consiste essencialmente em adotar medidas com o fim de evitar que o sujeito protegido cause danos a si próprio, e não a terceiros. No que diz respeito ao conteúdo do princípio do dano a terceiros, vale registrar que as contribuições mais significativas em seu favor, e conseqüentemente contrárias ao paternalismo, constituem os escritos de John Stuart Mill em sua obra *On liberty* (Sobre a liberdade), de 1859. Na obra, Mill se dedica a investigar a natureza e os limites do poder que pode ser exercido livremente pela sociedade sobre os indivíduos, e nessa trilha proclama que o princípio geral que deve reger de modo absoluto a conduta da coletividade com respeito a cada um dos seus cidadãos é o seguinte: o único fim legítimo que autoriza os homens, individual e coletivamente, a usar da força contra um membro de uma comunidade civilizada é o de impedir que ele prejudique os outros. O bem-estar deste mesmo indivíduo, seja físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite sua liberdade de ação³². A consequência deste pensamento é que, em palavras do próprio Mill, “sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano” e que “cada um é o melhor guardião de sua própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual”³³.

Dito isto, tem-se outra importante classificação do paternalismo: aquela que distingue entre as diferentes “intensidades” ou “graus” que este fenômeno pode assumir de acordo com o sujeito ao qual se aplica a medida beneficente. Nessa trilha, fala-se de um *paternalismo débil* ou *leve* (*soft paternalism*) quando se trata de evitar uma conduta essencialmente involuntária do sujeito em questão, isto é, de proteger pessoas contra suas próprias atitudes não autônomas. Essas são as ações levadas a cabo pelos indivíduos como as crianças,

³⁰ Vide GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988, p.156-157 e LAPORTA SAN MIGUEL, F., op. cit., p.48.

³¹ Sobre essa distinção, vide com maior detalhe FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*), p. 22 e ss.

³² Vide MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Aguilar, 1972, p. 17.

³³ *Ibidem*, p. 18 e 22.

adolescentes e enfermos mentais, e em geral pelos sujeitos que não são conscientes das reais condições em que devem tomar uma decisão de agir. Tampouco seriam voluntários os danos causados a si mesmos por sujeitos cujo consentimento é obtido mediante violência, coação ou fraude.

Em qualquer caso, e tendo-se em conta que a polêmica em torno à justificação do paternalismo surge precisamente da oposição entre o propósito beneficente e o respeito à autonomia individual, então a justificação da imposição de medidas paternalistas “débeis” ou “leves” não deve suscitar maiores problemas, visto que em tais hipóteses o conflito antes citado não existe, em virtude da falta de autonomia dos sujeitos protegidos. De fato, talvez não seja nem mesmo possível falar em verdadeiro paternalismo nesses casos, já que existem sérias razões para duvidar que o paternalismo débil constitua uma autêntica forma de paternalismo, de acordo com os critérios aqui utilizados para definir esse fenômeno. Desse modo, assim como o princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) permite que uma pessoa seja protegida contra as ações potencialmente danosas dos demais, no paternalismo débil ou leve o que se protege é essa mesma pessoa de suas próprias decisões potencialmente prejudiciais involuntárias que, ao não serem fruto de sua livre decisão, são como um comportamento estranho ou alheio e, por isso, podem ser consideradas como um dano provocado por um terceiro³⁴.

O *paternalismo duro* ou *forte* (*hard paternalism*), por sua vez, pressupõe que as medidas com o fim de beneficiar ou de evitar o dano que uma pessoa possa causar-se a si mesma se justifiquem inclusive quando as decisões ou ações arriscadas ou danosas praticadas por ela sejam perfeitamente informadas, voluntárias e autônomas³⁵. Assim, o paternalismo forte não depende de considerações acerca da maioridade, saúde mental ou autonomia do sujeito para consentir validamente: desde esta perspectiva, uma medida com o propósito de proteger o indivíduo legitima-se independentemente de tais considerações, e mesmo que para isso seja necessário aplicá-la contra a sua vontade. Diferentemente do paternalismo leve, essa espécie de paternalismo é exercida sobre sujeitos capazes e autônomos, embora a danosidade dos atos a serem evitados só atinjam de forma significativa a essas próprias pessoas.

4.2 A EFICÁCIA DO CONSENTIMENTO NOS CRIMES SEXUAIS

³⁴ Vide FEINBERG, Joel, op. cit., p.129, que afirma textualmente: “No fim das contas, minhas ações involuntárias, do ponto de vista moral, não se diferenciam em nada das ações de um terceiro sobre as que eu não tive a oportunidade de consentir” (op. cit., p. 112).

³⁵ Idem, ibidem, p.129.

Partindo dos fundamentos acima alinhavados, resta analisar agora a eficácia do consentimento do sujeito passivo nos crimes contra a dignidade sexual: trata-se de uma real proteção do bem jurídico dignidade sexual ou de uma manifestação de paternalismo (ou moralismo) jurídico?

De antemão já se afastam os casos dos crimes em que são cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, como o estupro (art. 213 do CP), tendo em vista que nestes casos não existe liberdade de vontade que pressuponha a aplicação do instituto do consentimento do ofendido, sendo legítima a aplicação do *princípio do dano a terceiros*. Ademais, como já salientado, ainda que presente o consentimento com respeito ao emprego da violência no ato sexual, é o próprio art. 13 do Código Civil que impedirá sua eficácia com vistas a excluir alguma categoria analítica do delito, ao determinar que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, *ou contrariar os bons costumes*” (grifou-se).

Também nesta mesma trilha, não será objeto de aplicação o consentimento do titular do bem jurídico quando se verificar que de alguma forma sua vontade foi viciada, seja por fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima em dispor de seu próprio corpo durante a prática sexual. Daí a existência do art. 215 do CP (violação sexual mediante fraude), cujo fundamento de punibilidade consiste na aplicação de um *paternalismo leve ou débil*, em que a vontade viciada do sujeito impede que a mesma possa ser levada em conta para efeitos de atipicidade ou justificação. Em realidade, como dizia Stuart Mill, quando o sujeito não conhece a extensão do dano que lhe será causado, sua vontade deve ser desconsiderada, sendo que essa limitação não se trata de uma atitude paternalista do Estado, pois não é possível falar em paternalismo onde não existe vontade autenticamente livre, mas sim em uma verdadeira aplicação do princípio que veda o dano a terceiros, tal como já ocorre no art. 213 (estupro). A diferença entre as penas (o estupro simples é punido com pena de reclusão de seis a dez anos, enquanto a violação sexual mediante fraude é sancionada com reclusão, de dois a seis anos) deve-se ao fato de que, no primeiro caso, o emprego da violência ou grave ameaça impede a manifestação de vontade contrária ao ato sexual que, no segundo caso, existe, porém viciada pelo prévio emprego da fraude ou outro meio que debilita consideravelmente o ofendido (álcool, drogas, anestésicos, etc.), sem, contudo, torná-lo absolutamente “vulnerável” (art. 217-A do CP).

O legislador considerou ainda que haverá estupro quando o sujeito passivo do delito seja menor de 14 (catorze) anos ou alguém que por enfermidade ou doença mental não tenha o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou pessoa que, por alguma outra causa, não possa oferecer resistência. Nesses casos, o que se tem é o chamado “estupro de vulnerável” (art. 217-A, *caput* e §1º), com penas mais severas que as de um estupro comum: oito a quinze anos de reclusão. O tipo penal, que é novidade introduzida pela Lei 12.015/2009, suscitou e suscita os mais intensos debates doutrinários e jurisprudenciais no que tange à sua aplicação, não só no que diz respeito ao próprio conceito de “vulnerável”, não trazido pelo legislador com precisão, como também, e principalmente, com relação à presunção da vulnerabilidade de modo absoluto para o menor de 14 anos, ressuscitando o debate que já existia no tocante à famigerada presunção de violência do revogado art. 224 do Código Penal.

No contexto da idade do ofendido, o legislador sempre tendeu a evoluir, pois, numa análise perfunctória ao tema proposto, verifica-se que o legislador de 1890 (Código Penal republicano) havia disciplinado a presunção de violência no art. 272 quando o ato fosse praticado contra menor de 16 (dezesseis) anos, ao passo que no Código Penal de 1940, previu a *innocentia consilii* aos menores de quatorze anos, tendo em vista a realidade social da época em relação ao sexo.

Com a evolução dos tempos, a educação sexual passou-se a discutir no meio familiar e nas escolas, tornando-se tema obrigatório, e, com a evolução social, deixou de ser um tabu, de modo que não é mais possível afirmar que uma pessoa com menos de quatorze anos seja completamente insciente sobre as coisas do sexo.

Tomando-se por base a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), verifica-se que o adolescente tem seu termo *a quo* na idade de doze anos completos, e, na medida em que esta lei é especial em relação ao Código Penal, é mister que se faça, pois, um questionamento acerca da capacidade (idade) para ser “vítima” nos crimes contra a dignidade sexual.

Mas aparte a discussão acerca de ser o menor de 14 anos ou não “vulnerável”³⁶, no Direito Penal brasileiro o consentimento do sujeito passivo nos crimes contra a dignidade sexual deve ser, via de regra, válido a partir desta idade, restando sempre excluída a

³⁶ Discussão reservada ao item 4.3 do presente trabalho.

tipicidade, e não podendo figurar o mesmo como causa supralegal de exclusão de antijuridicidade.

Com se viu anteriormente, a relação sexual, seja cópula vagínica ou outro ato sexual, por si só não é crime, salvo quando o ato seja unilateral, é dizer, um dos parceiros não tenha consentido validamente na sua realização. Assim, tem-se que o consentimento do parceiro no ato sexual exclui a própria tipicidade do comportamento, sendo o dissenso do sujeito passivo elementar intrínseco a todo delito de estupro.

Tome-se, por exemplo, um homem que subitamente lança um beijo lascivo em uma mulher, ambos maiores de 14 anos, realizando cópula vagínica ao mesmo tempo em que a agride com um chicote, sendo este, porém, um fetiche do casal. Pode-se dizer que no caso ocorreu o crime de estupro se a violência praticada não foi para que a mulher cedesse ao desejo do homem? A violência, neste caso, não foi para constranger a mulher, mas sim um ato integrante dos fins lúbricos do casal, de modo que o fato é atípico para efeitos do art. 213 do Código Penal (estupro), pois ausente um dos elementos do tipo que é o dissenso da vítima. O que sim poderia configurar, para efeitos do art. 129 do CP, seria um delito de lesões corporais, a partir do momento em que o art. 13 do Código Civil, como já dito, nega qualquer efeito ao consentimento que contraria os “bons costumes”.

Assim, o consentimento do titular do bem jurídico atua nos crimes contra a dignidade sexual como causa de exclusão da tipicidade, e não da ilicitude, posto que a conduta do sujeito não chega a se subsumir ao tipo penal por ausência de bem jurídico protegido quando é o próprio titular do mesmo que dele livremente dispõe³⁷. Dito de outro modo, em tais casos, o Direito Penal protege, junto ao bem jurídico, a própria liberdade de disposição do mesmo, sendo totalmente incompatível sua proteção em detrimento do respeito à autonomia individual³⁸. Seria, portanto, um completo contrassenso proteger a dignidade sexual sem levar em conta a vontade do titular desse bem jurídico, ocorrendo uma injustificável demonstração de *paternalismo duro* ou *forte* por parte do Estado ou, o que é ainda pior, um ato de puro *moralismo*. Tal raciocínio aplica-se não apenas ao delito de estupro (art. 213), como também

³⁷ Com bem atesta Pierangeli, “ordinariamente, não existe nenhum especial interesse jurídico em que uma mulher se abstenha de relações sexuais com um homem, e, se as tem, é porque pode fazê-lo quando lhe aprouver e não quando autoriza a lei. Quando a isso ela se dispõe, exerce um direito subjetivo, com o que se demonstra inexistir bem jurídico ofendido. De se concluir, portanto, ser a aquiescência do titular do bem um pressuposto da atipicidade da conduta” (op. cit., p. 95).

³⁸ Vide, nessa linha, CERESO MIR, José, op. cit., p.327; ROMEO CASABONA, Carlos M., op. cit., p.300-301.

ao crime de assédio sexual (art. 216-A), cujo tipo pressupõe sempre e igualmente a falta de consentimento do sujeito passivo para sua configuração.

4.3 O CONSENTIMENTO DOS MENORES DE 14 ANOS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ESPECIAL CONSIDERAÇÃO DO ESTUPRO

Antes de se adentrar na análise da validade e alcance do consentimento dos vulneráveis nos crimes sexuais, faz-se mister uma análise dos dispositivos originais do Código Penal em comparação com a nova roupagem dada pela Lei 12.015/09, pois houve, é bem verdade, uma mudança de paradigma nos crimes contra a dignidade sexual com o advento da nova legislação.

Na vida em sociedade, é direito de todos realizarem seus desejos sexuais, todavia, não há dúvida de que, para tanto, é preciso sempre contar com a participação livre e consciente do parceiro. A satisfação dos próprios desejos sexuais deve ser decisão livre de qualquer pessoa, não podendo quem quer que seja ingerir-se na mente de alguém a fim de convencê-lo a realizar os desejos de outrem.

Nesse aspecto, as Leis 11.106/2005 e 12.015/2009 promoveram uma autêntica modernização dos crimes sexuais no Código Penal. Entre as mais importantes, constam a revogação do adultério (art. 240) e das diferentes formas de raptio (arts. 219 e ss.), do atentado violento ao pudor (art. 214) e a inserção de seu conteúdo no delito de estupro (art. 213), o desaparecimento da sedução (art. 217) e da corrupção de menores (art. 218), além da criação de vários tipos penais destinados ao combate à pedofilia, no Capítulo II do Título VI, denominado “Dos crimes sexuais contra vulnerável”.

Observe-se que, sob a égide da sistemática anterior, a prática de conjunção carnal com pessoa maior de 14 e menor de 18 anos era punida a título de sedução ou de corrupção de menores, não sendo válido o consentimento da suposta vítima; porém, se tais práticas sexuais fossem com pessoas daquela idade e que vivessem na prostituição, não existia crime, vez que no prostíbulo não existem mulheres virgens e não corrompidas, afastando-se completamente, portanto, a aplicação dos tipos dos crimes de sedução e de corrupção de menores.

Analisando-se os dispositivos penais inseridos pela Lei 12.015/09, observa-se que houve uma inversão do desvalor da conduta relativamente aos crimes acima comentados, pois atualmente é atípica a conduta de se manter conjunção carnal com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 anos e menor de 18 anos, assim como praticar qualquer ato libidinoso com pessoa nessa mesma idade, desde que o ato seja consentido por ela e a mesma tenha discernimento para compreender a transcendência do ato sexual.

Criou-se, porém, a novo tipo penal para incriminar o comportamento de quem pratica com pessoa (homem ou mulher) maior de 14 e menor de 18 anos cópula vagínica ou qualquer ato sexual, estando o mesmo submetido à prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 218-B, §2º, I), respondendo o autor pelas mesmas penas do explorador (quatro a dez anos de reclusão). Sendo a prostituta(o) menor de 14 anos, responderá o autor pelo crime de estupro de vulnerável (art. 217-A).

Conclui-se, portanto, que o legislador conferiu liberdade à prática sexual de pessoas maiores de 14 anos e menores de 18 anos, valorizando a dignidade sexual do adolescente e fazendo diminuir o paternalismo antes existente mediante a incriminação de condutas como “sedução” e “corrupção de menores”, punindo-se rigorosamente, porém, quem com elas pratique qualquer ato libidinoso se as mesmas estiverem vivendo em condições de exploração sexual, já que em tais casos o consentimento da prostituta(o) perde qualquer valor por aplicação de um *paternalismo jurídico leve ou débil* plenamente justificado, pois a vítima menor de 18 anos submetida à prostituição ou outra forma de exploração sexual identifica-se com o vulnerável exatamente porque é explorada por terceiro, e não tem condições de expressar voluntariamente seu consentimento com respeito ao ato sexual (art. 218-B, CP).

No que diz respeito ao menor de 14 anos, contudo, a situação se manteve bastante parecida com a anterior à entrada em vigor da Lei 12.015/2009. Com a criação do tipo de “estupro de vulnerável” (art. 217-A), passou-se a presumir a vulnerabilidade dos indivíduos abaixo dessa idade (*caput*), bem como de qualquer pessoa que, por enfermidade ou doença mental, não possui o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (§1º).

O revogado artigo 224 do CP, alíneas “a” a “c”, trazia a chamada “presunção de violência” nos crimes contra os costumes em moldes parecidos com o do novel art. 217-A,

com base na *innocentia consilii* do menor de quatorze anos³⁹, entendida como a completa insciência em relação aos atos sexuais, de modo que não se podia atribuir valor algum ao seu consentimento, ou seja, a suposta vítima não tinha discernimento para consentir. Assim, o consentimento como manifestação de vontade no mundo objetivo poderia até existir, mas não era juridicamente válido⁴⁰. Tal presunção era necessária por não contar o Código Penal com um tipo penal específico de estupro praticado contra essas pessoas. Aplicava-se então o art. 213 com penas idênticas às atualmente previstas, mas, no tocante ao elemento “violência” previsto no tipo desse delito, fazia-se remissão à violência presumida descrita no art. 224, do CP⁴¹.

Discutia-se na doutrina e na jurisprudência se essa “presunção de violência” e, conseqüentemente, a *innocentia consilii* do menor de 14 anos, era absoluta (*iuris et de iure*) ou relativa (*iuris tantum*), de modo que aceita a primeira, não caberia prova em contrário por parte do autor do crime. Veja-se decisão do antigo TAPR no sentido da presunção relativa:

PENAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. ARTIGO 224, 'A' DO CÓDIGO PENAL. VIOLÊNCIA. RELATIVIDADE DA PRESUNÇÃO. RECURSO PROVIDO. 1. *O entendimento prevalecente, na jurisprudência e na doutrina, é no sentido de que a presunção de violência prevista no CP, Art. 224, 'a' é relativa, cedendo diante de prova contrária.* 2. *O sustentáculo da presunção contida no art. 224, 'a', do Código Penal é a innocentia consilii do sujeito passivo, isto é, seu total desconhecimento das coisas do sexo, sendo, por isso, presa fácil dos lovelaces.* (TAPR; ACr 0239534-0; Ac. 10255; Quedas do Iguauçu; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo; Julg. 04.03.2004)⁴².

Nessa mesma linha também era o magistério de boa parte da doutrina, afirmando que:

... se a vítima, apesar de contar com menos de quatorze anos, é experiente em assuntos sexuais, ou se já atingiu maturidade suficiente para discernir se lhe é conveniente ou não praticar o ato libidinoso, descaracteriza-se o delito⁴³.

³⁹ Expressão utilizada pelo próprio legislador na Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, nº 70.

⁴⁰ Como ensinam GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 101.

⁴¹ Destarte, a presunção guardava seu fundamento “em uma ficção jurídica (*factio jus*), consistente em que a vítima só por ser menor ou débil mental não tem capacidade para consentir ou não pode fazê-lo validamente” (GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 17).

⁴² O STF, por sua vez, havia se pronunciado também no sentido de que “a presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar a vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público” (...) “Nos nossos dias, não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir” (HC 73.662-MG, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, julg. em 21.5.2005).

⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, vol. 3. Parte especial. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 246. Sob a égide da sistemática anterior, vide, entre outros, HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 226-227; FRAGOSO, Heleno C. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 40; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito*

Assinalava-se, com acerto, que o advento da Constituição Federal de 1988 proibiu a possibilidade de responsabilidade penal objetiva, vedando a punição do agente pela simples causação de resultados⁴⁴. Assim, se o agente praticasse conjunção carnal consentida com homem ou mulher menor de quatorze anos, sendo ele(a) experiente para as coisas do sexo, não haveria crime por atipicidade do comportamento, já que restaria descaracterizada a “violência” que compunha o tipo penal do delito do art. 213 do CP.

Com o advento da Lei 12.015/2009, o art. 224 foi revogado e, com a criação do art. 217-A, desapareceu a presunção de violência e com ela, em princípio, o debate acerca do grau de incapacidade para a prática de ato sexual⁴⁵. Seriam os menores de 14 anos sempre inaptos para manter relações sexuais com quem quer que fosse, aplicando-se aqui o *paternalismo jurídico débil ou leve* com o propósito de se proteger a integridade sexual desses indivíduos, que não teriam liberdade sexual alguma. Dito de outro modo, dentro do bem jurídico dignidade sexual, apenas a intangibilidade sexual dos menores de 14 anos seria tutelada, pois o consentimento dos mesmos, e consequentemente sua liberdade sexual, seria desconsiderada para fins de exclusão da tipicidade do delito de estupro⁴⁶.

Penal, v. 3. São Paulo: RT, 2008, p. 237; PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 168-169; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1096 (em cuja opinião “todos os fatos indiciantes, referidos no art. 224 do CP, comportam prova em contrário”). Em sentido oposto, pronunciavam-se os autores mais tradicionais, como FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro (comentado)*, v. VI. Rio de Janeiro: Record, 1961, p. 65; COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 621, em cuja opinião “apresenta-se o crime mesmo se a menor mostrar-se experiente na prática sexual, já houver praticado relações com outros indivíduos, for despuorada e sem moral, corrompida, ou apresentar péssimo comportamento”. A antiguidade do pensamento, porém, não serve como argumento para justificar a postura mais conservadora. Prova disso é o entendimento de Chrysólito de Gusmão, que já em 1921 se insurgia contra a presunção de violência contida no Código Penal de 1890, declarando que “não é justo, jurídico e tampouco lógico que esta presunção seja *iuris et de iure*” (*Dos crimes sexuaes*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1921, p. 176-177).

⁴⁴ Nessa linha crítica com respeito ao antigo art. 224 do CP, vide CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 269.

⁴⁵ A doutrina criticou severamente a inovação legislativa, sob o argumento de que “o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período da ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à presunção de violência; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve democratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz presunção de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei” (grifado no original) (BITENCOURT, Cezar R., *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 4, p. 95).

⁴⁶ Nesse sentido, destaca Muñoz Conde a respeito de um tipo similar do Código Penal espanhol que “mais do que a liberdade do menor ou incapaz, *que obviamente não existe nesses casos*, pretende-se, na hipótese do menor, proteger sua liberdade futura, ou, melhor dito, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que quando seja adulto decida livremente seu comportamento sexual” (grifou-se) (*Derecho Penal*, Parte Especial. 12. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 196; em idêntico sentido, vide ainda BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária e infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71-72; JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.163).

Pouco depois da entrada em vigor da Lei, porém, iniciaram-se as discussões a respeito e foi-se firmando o entendimento de que essa vulnerabilidade do menor, assim como a violência, é meramente “presumida”⁴⁷, restando por comprovar se a inexperiência do adolescente realmente é motivo para a condenação do autor pelo crime de estupro do art. 217-A. Mas como deve ser interpretada essa “presunção de vulnerabilidade”?

O STJ já se posicionou sobre o tema, dividindo opiniões. A Quinta Turma posicionou-se no sentido de que a presunção de vulnerabilidade nestes casos é absoluta, retirando-se da vítima a possibilidade de consentimento na prática sexual, conforme se pode ver no Recurso Especial nº 1.184.236 - TO (2010/0043308-1), julgado em 07/12/2010, assim ementado:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. 2. No caso, *a aquiescência da vítima menor de 14 (quatorze) anos com o ato sexual não afasta a ocorrência do crime de estupro*. 3. Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa. 4. Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação (grifou-se).

Já a Sexta Turma, no agravo regimental no Recurso Especial nº 1214407 - SC, na lavra do Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, em recente decisão, assim se pronunciou⁴⁸:

No caso, o acórdão recorrido firmou-se em consonância com a jurisprudência da Sexta Turma deste Tribunal, no sentido de considerar relativa a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, *a*, do Código Penal – revogado pela Lei n. 12.015/2009 -, conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 e maior de 12 anos de idade.

Em recentíssima e polêmica decisão, de 28 de março de 2012, a Terceira Turma do STJ inocentou do crime de estupro (praticado antes da Lei 12.105/2009) réu acusado de ter violentado três menores submetidas à prostituição, todas de 12 anos. Tanto o juiz que analisou o processo quanto o tribunal local já o haviam absolvido com o argumento de que as menores “já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longa data”. A decisão do STJ gerou repúdio de várias organizações de defesa dos direitos humanos, inclusive da própria Secretaria Especial da Presidência da República, o que imediatamente motivou o presidente do Tribunal, Ministro Ari Pargendler a afirmar que a decisão poderá ser revista⁴⁹.

⁴⁷ Como bem salienta Nucci, “reproduz-se o disposto no art. 224 no novo tipo penal do art. 217-A, sem mencionar a expressão *violência presumida*” (op. cit., p. 101).

⁴⁸ Julgamento ocorrido no dia 28.09.2011: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=viol%EAnCIA+presumida+crime+estupro+vulner%E1vel&b=ACOR, acesso em 30.11.2011.

⁴⁹ Vide <http://agenciabrasil.etc.com.br/noticia/2012-03-29/presidente-do-stj-diz-que-decisao-sobre-estupro-de-vulneravel-pode-ser-revista>.

O equívoco da decisão, independentemente da legislação a ser aplicada, reside precisamente no fato de o Tribunal ignorar o fato de, estando submetidas à prostituição, as menores de 14 anos, embora com experiência sexual, não teriam liberdade de decisão a respeito do ato libidinoso praticado com o réu, o que desde logo motivaria a proteção de sua dignidade sexual, sem qualquer vestígio do paternalismo.

Na atualidade, portanto, a verdade é que não existe ainda um entendimento pacífico na jurisprudência sobre ser absoluta ou relativa a vulnerabilidade do menor de 14 anos de idade. Na prática, os tribunais permanecem em patente dúvida a respeito da aplicabilidade do art. 217-A em relação aos menores de 14 anos, sem uma orientação pacífica a respeito de se a vulnerabilidade dos mesmos há de presumir-se em qualquer caso ou se, nos mesmos moldes do que ocorreu com a antiga “presunção de violência”, deveria a mesma admitir exceções. A doutrina também diverge a respeito, sendo, porém, majoritário o entendimento de que se trata de uma vulnerabilidade relativa, que pode ser derrubada havendo prova em contrário que demonstre a maturidade sexual do menor⁵⁰.

Compartilha-se, aqui, o entendimento de que a vulnerabilidade dos menores de 14 anos, assim como ocorria com a “presunção de violência” do revogado art. 224, deve ser relativa, e não absoluta, em virtude de uma transformação nos costumes que se impõe pela própria evolução dos tempos. A exclusão da tipicidade, nesse caso, poderia ser alcançada a partir de uma *interpretação restritiva*⁵¹ do tipo penal do art. 217-A, já que nem tudo o que diz o legislador pode ser interpretado de forma literal. A restrição imposta ao aplicador da lei seria, portanto, no sentido de nem sempre poder-se interpretar que o menor de 14 anos é tão

⁵⁰ Sob a égide da nova Lei, vide, favoráveis à relatividade da presunção de vulnerabilidade, entre outros, NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 102; ESTEFAM, André. *Crimes sexuais: comentários à Lei n. 12.015/2009*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59-62; BITENCOURT, Cezar R., op. cit., p. 95-96; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, op. cit., p.103; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, Parte Especial, v. II. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 413; ISCHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral e Parte Especial. São Paulo: Atlas, 2010, p. 422; FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.91 e ss.; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo de limite. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 17, n. 202, set. 2009, p. 89 (este último autor mostra especificamente o absurdo daquelas intrincadas hipóteses em que ambos os envolvidos no ato sexual sejam menores de 14 anos –“estupro bilateral”- e não existe abuso por parte de nenhum deles, embora formalmente a conduta de ambos se encaixe no tipo do art. 217-A do CP). Entende ser absoluta a atual presunção, e modificando assim posicionamento anterior, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, v. 2. 8. ed. São Paulo: RT, 2010, p.624, para quem “a lei, ao adotar, o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele qualquer relevância jurídica para fins de tipificação do delito”.

⁵¹ Na interpretação restritiva, a conclusão é que o legislador se expressou de forma ampliativa, foi além do seu pensamento, sendo necessário limitar o significado de uma expressão ao núcleo da representação (vide, a respeito, LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 399).

inocente para as coisas do sexo como para acatar-se uma presunção absoluta nesse sentido. Caberia sempre ao intérprete, e posteriormente ao aplicador do Direito, verificar se, na prática a idade do menor corresponde realmente à *innocentia consilii* que serve de fundamento à vulnerabilidade requerida pelo tipo penal. Isso porque o Direito é uma ciência cultural⁵², em constante e necessária evolução, e não poderia o mesmo permanecer o mesmo estanque diante das transformações sociais, mormente quando da interpretação de um termo depende a liberdade de um homem e a aplicação ao mesmo de uma pena que varia de oito a quinze anos de reclusão, além da condenação como “estuprador”.

Deve-se atribuir, portanto, um maior conteúdo axiológico à expressão contida no *caput* do art. 217-A do Código Penal, já que nem todo menor de 14 anos deverá ser considerado necessariamente “vulnerável” em matéria de sexo. Essa interpretação restritiva já tem lugar no que diz respeito ao enfermo mental do §1º do mesmo artigo, pois seria intolerável imaginar que todo aquele que mantém relações sexuais com pessoas nessas condições respondesse por estupro, o que limitaria enormemente a liberdade sexual desses indivíduos que, como qualquer um, também têm direito de ter uma vida sexual normal (namorar, casar-se, ter filhos, etc.)⁵³. O que a Lei 12.015/2009 visa proibir é o *abuso* da vulnerabilidade do menor de 14 anos ou do doente mental, aproveitando-se o autor de seu desconhecimento das coisas do sexo para com eles manter qualquer ato libidinoso ou da sua condição de pessoa submetida à prostituição. Mas se os mesmos são livres e já possuem discernimento para a prática do ato, nada justificaria uma interpretação no sentido de abarcá-los todos sob a condição de “vulneráveis” quando, em verdade, nem sempre é o que ocorre⁵⁴.

A presunção absoluta de vulnerabilidade que, como se viu, é atualmente defendida por alguns juristas e tribunais, não se justifica, e só pode ser entendida como manifestação de um inaceitável paternalismo estatal. É um *paternalismo duro ou forte* muito próximo do *moralismo*⁵⁵, que contraria a autonomia individual, pois a proteção da integridade sexual dos

⁵² Vide REALE, Miguel *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 699 e ss.

⁵³ Vide, a respeito, NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 107 e GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, op. cit., p. 104.

⁵⁴ Razão pela qual alguns autores são favoráveis à criação de um tipo penal autônomo de *abuso sexual*, e não de estupro de vulnerável, em que o decisivo seja não a idade da vítima como elemento do tipo objetivo, mas sim o dolo do autor (tipo subjetivo) no sentido de abusar do ofendido, aproveitando-se da sua especial condição de vulnerabilidade (GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*, p. 219 e ss.).

⁵⁵ Nessa trilha, vide, por exemplo, CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 39, para quem a antiga presunção absoluta de violência correspondia à “previsão de um crime de desobediência à moralidade e aos bons costumes socialmente dominantes”. Destaque-se também os dizeres de COSTA ANDRADE (*Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 387), em cuja opinião “ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coativamente quaisquer

menores de 14 anos não se ajustará ao paternalismo débil ou leve quando o adolescente tenha plenas condições de compreender a transcendência do ato sexual de que tomará parte, dadas as suas experiências anteriores e o seu prévio contato com o mundo do sexo (excluídos aos casos de prostituição). Esse conhecimento possibilita a formação de uma autonomia que por sua vez fundamenta a liberdade sexual do menor e impõe o respeito à mesma, de modo que qualquer um que considere haver “estupro de vulnerável” nessas condições estará assumindo uma atitude paternalista forte incompatível com os fundamentos de um Estado de Direito que se pretenda verdadeiramente democrático, como o brasileiro.

Para coibir possíveis abusos, porém, o juízo a respeito de cada caso concreto caberá ao magistrado, que avaliará sempre se existiu ou não discernimento suficiente para a prática do ato por parte do menor⁵⁶. Por isso mesmo é que não se defende aqui a exclusão da tipicidade, com caráter geral, mas sim que a autonomia sexual do menor de 14 anos não submetido à prostituição, exercida mediante o seu consentimento, afaste tão somente a sua *ilicitude* ou antijuridicidade comportamento do autor, sempre que reste comprovado que o menor realmente possuía maturidade sexual suficiente para a prática das relações sexuais.

Isso significa que o tipo penal do art. 217-A deve manter intacta a sua redação, com caráter geral, reservando-se para o momento do julgamento do possível abuso sexual a apreciação do menor a respeito da relevância ou irrelevância do consentimento do menor para a prática do ato libidinoso. Comprovado-se a maturidade do adolescente em matéria sexual, excluir-se-ia a ilicitude do comportamento do réu por aplicação do consentimento do ofendido, atribuindo-se maior valor à sua liberdade sexual do que à sua intangibilidade sexual, tal como já ocorre com os maiores de 14 anos em geral.

Observe-se, assim, que o bem jurídico dignidade sexual continuaria sendo indisponível com caráter geral para os menores de 14 anos, admitindo-se apenas de forma excepcional sua disponibilidade, visto que, em tais casos, o Direito Penal não protege também a própria

concepções morais para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual”. No mesmo sentido crítico, vide ainda GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 44 e SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui, op. cit., p. 1096-1097.

⁵⁶ Embora não se declarando expressamente pela exclusão da ilicitude, assinala Bitencourt que o magistrado deverá “examinar caso a caso, para constatar, *in concreto*, as condições pessoais de cada ofendida, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea” (op. cit., p.96). Na mesma linha, vide Mirabete e Fabbrini, que consideram a vulnerabilidade uma “condição que deverá ser examinada no caso concreto, em geral por perícia psiquiátrica, para se aferir se de uma ou de outra resulta a ausência do discernimento exigível para consentir na prática do ato sexual” (op. cit., p. 413).

liberdade de disposição do mesmo⁵⁷. Dito de outro modo, o consentimento como causa de justificação encontraria seu fundamento na *ponderação de valores*: em casos excepcionais, a ordem jurídica concede maior valor à liberdade de atuação da vontade frente ao desvalor da ação e ao desvalor do resultado da agressão ao bem jurídico. A cargo do Estado-juiz ficaria, portanto, a análise da real voluntariedade do consentimento do menor, de modo que, ao constatar que o mesmo é fruto de uma situação de abuso, ignorância ou mesmo de desvantagem social (p. ex., quando o menor de 14 anos, mesmo experiente sexualmente, estivesse submetido à prostituição), a ilicitude do comportamento do autor deveria ser mantida, tendo em vista o dever do Estado de impedir o abuso sexual contra os vulneráveis – já não mais com fundamento no paternalismo, mas na própria proibição do dano a terceiros.

Certamente uma margem mínima deveria ser estabelecida com respeito à proteção da liberdade sexual dos adolescentes, pois não se pode pretender que o consentimento de menores de 14 anos em geral seja considerado válido independentemente da fase da adolescência em que se encontrem. Nesse sentido, a doutrina favorável ao entendimento aqui gizado postula que a relativização da vulnerabilidade deveria ocorrer somente a partir dos 12 (doze) anos completos⁵⁸, e de modo algum antes desse momento, em consonância com o marco normativo do início da adolescência estabelecido pelo ECA (art. 2º, *caput*, Lei 8.069/90), já que antes dessa idade, não sendo o menor submetido à prostituição, o que haveria seria a aplicação de um *paternalismo estatal leve ou débil*, plenamente justificado.

Por derradeiro, cumpre asseverar que essa postura resulta mais garantista para efeitos de proteção do bem jurídico, pois sendo o consentimento válido do menor de 14 anos causa de exclusão da ilicitude, e não do tipo penal do art. 217-A, é mister que o autor do ato sexual tenha plena consciência de sua existência com anterioridade à prática do ato, do contrário não poderá o mesmo alegar inocência. Se fosse causa de exclusão do tipo, como já destacado, seria indiferente a ciência prévia do autor a respeito da existência do consentimento, o que acarretaria insegurança jurídica e maior vulnerabilidade do bem jurídico em questão.

⁵⁷ Conforme salientado, sempre que, ao lado do bem jurídico, o Direito Penal protege também a liberdade de disposição do mesmo, o consentimento do seu titular atua como causa de exclusão da *tipicidade*, e não da ilicitude, do comportamento (vide CEREZO MIR, J., op. cit., p. 331). Esse mesmo autor lembra, porém, que “quando o bem jurídico não é disponível com caráter geral, deve-se entender que não forma parte desse bem jurídico a livre disposição do mesmo” (op. cit., p. 332).

⁵⁸ Limite mínimo defendido, entre outros, por NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 102-103; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui, op. cit., p. 1098-1099 e GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel, op. cit., p. 103; ESTEFAM, André, op. cit., p.59-62.

5 CONCLUSÃO

A legislação penal brasileira a respeito de crimes sexuais sofreu uma profunda reforma em 2009, a partir das inovações trazidas pela Lei 12.015, que passou a denominar tais delitos como crimes contra a “dignidade sexual” e abandonou definitivamente a nomenclatura relativa aos “costumes”, entre outras muitas novidades. Contudo, na prática, constata-se que muitos dos erros cometidos pelo legislador do passado continuam no presente, suscitando enormes polêmicas.

A primeira e mais discutida delas, indubitavelmente, relaciona-se à problemática do consentimento do ofendido menor de 14 anos no delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Uma primeira análise do bem jurídico “dignidade sexual” permite concluir que a mesma comporta não apenas o direito à integridade ou intangibilidade sexual, como também à liberdade sexual, componente que ficaria totalmente afastado no caso de vítimas menores de 14 (quatorze) anos.

Contudo, tal constatação remete diretamente a uma atitude paternalista do Estado, que só poderia se justificar quando constatado que essa proteção se dirige a um menor inocente para os assuntos do sexo, verdadeiramente despreparado e ignorante da transcendência do ato sexual. É certo, porém, que com a evolução dos tempos os adolescentes entre 12 e 14 anos já não possuem a mesma atitude em relação ao sexo que possuíam na década de 40, e que justificava a presunção absoluta da *innocentia consilii* da vítima de estupro.

Hodiernamente, o que se constata é um contato cada vez maior e mais precoce dos menores de 14 anos com a sexualidade, o que poderia justificar o abandono da postura paternalista naqueles casos em que restassem devidamente comprovados o conhecimento e/ou a experiência do adolescente em matéria sexual, afastando-se, assim, toda e qualquer possibilidade de abuso por parte do parceiro que, em tais casos, ver-se-ia livre do peso da acusação por um delito de estupro de vulnerável.

Para cercar de garantias essa possibilidade, propõe-se que o consentimento do menor deveria excluir a ilicitude, e não a tipicidade, do crime sexual, cabendo ao magistrado a análise casuística de cada situação, com o propósito de constatar se houve ou não abuso por parte do parceiro da inocência do adolescente menor de 14 anos.

Desde logo, o valor do consentimento ficaria totalmente afastado sempre que se comprovasse que o menor sofreu algum tipo de coação, violência, grave ameaça ou fraude

para aceitar praticar o ato libidinoso, o que certamente impossibilitaria a absolvição de réu que mantém relação sexual com vítimas submetidas à prostituição ou exploração sexual, devendo o mesmo responder pelos crimes de estupro de vulnerável (art. 217-A) ou pela coautoria da própria exploração, nos moldes do art. 218-B, §2º, I, CP.

6 REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO, Luís *et alii*. *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Iustel, 2007.

BETIOL, Guiseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

—. *Manual de Direito Penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Luciane Potter. *Vitimização secundária e infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? *Revista Ciências Penais*. São Paulo: RT, vol. 12, jan.-jun. 2010.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, t. II. Madrid: Tecnos, 2000.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. *Violência sexual presumida*. Curitiba: Juruá, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (Dir.). Delitos contra la libertad sexual. *Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, v. 21, 1999.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J./GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. California: Dickenson, 1975.

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

FARIA, Bento de. *Código Penal brasileiro (comentado)*, v. VI. Rio de Janeiro: Record, 1961.

- FAYET, Fabio Agne. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FEINBERG, J. *Harm to Self. The moral limits of the Criminal Law*, vol.III. New York: Oxford University Press, 1986.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GARZÓN VALDÉS, E. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988.
- GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal*, v. 3. São Paulo: RT, 2008.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. Vítima, consentimento e imputação objetiva. *Ciências Penais*, v. 1. São Paulo: RT, 2004.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GUSMÃO, Chrysólito. *Dos crimes sexuais*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1921.
- HIRSCH, A. V. Paternalismo direto: as autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol.67, 2007.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- ISCHIDA, Válter Kenji. *Curso de Direito Penal, Parte Geral e Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2010.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Manual de Direito Penal*. Parte geral, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- __. *Direito Penal*, v. 3. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. *Entre el Derecho y la Moral*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.
- LUIZI, L. Dos delitos contra a dignidade sexual no Projeto de Parte Especial do Código Penal brasileiro. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá, nº 2, 1998.
- MILL, J. S. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972.
- MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal, Parte Especial*, vol. II. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

___ . *Derecho Penal*, Parte Especial. 12. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

NUCCI, Guilherme Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*, 2. ed. rev, atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

___ . *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: RT, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. Parte Geral, v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

___ . *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, v. 2. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

___ . *Curso de Direito Penal brasileiro*, Parte Especial, v. 3. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROMEO CASABONA, Carlos M. *El Médico y el Derecho penal*, v. I. *La actividad curativa* (Licitud y responsabilidad penal). Barcelona: Bosch, 1981.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo de limite. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: ano 17, n. 202, set. 2009.

SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação*. 8. ed, rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.