



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAIANA DOS SANTOS ROCHA

**A VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS:
uma análise à luz do consentimento do ofendido**

Salvador
2015

MAIANA DOS SANTOS ROCHA

**A VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS:
uma análise à luz do consentimento do ofendido**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Thaís Bandeira Oliveira Passos

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

MAIANA DOS SANTOS ROCHA

A VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS: uma análise à luz do consentimento do ofendido

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos meus avós, Bêu e Nai,
por todo o cuidado, carinho e amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar ao meu lado em tudo, me dando forças para continuar e não desistir.

A Dra. Thaís Bandeira Oliveira Passos, por ter sido de fundamental importância na construção do presente trabalho, pelo apoio, pelos ensinamentos, pela paciência e dedicação. Sem dúvida, a pessoa mais acolhedora e amorosa que conheci ao longo desses anos de faculdade. Fico feliz por ter tido a honra de tê-la como orientadora. Só tenho a agradecer por todo o conhecimento e carinho transmitido.

A Dra. Daniela Carvalho Portugal, pelo conhecimento e livros compartilhados. Sempre disposta a ajudar, foi de grande relevância na construção dessa pesquisa.

A Dr. Sebastian Melo, por ter despertado o meu interesse pelo Direito Penal e por todo o conteúdo adquirido em sala.

Aos meus amigos de faculdade, em especial Alan e Felipe, pelo apoio diário, pelos conselhos e por estarem comigo em todos os momentos, dividindo as angústias e vitórias. Vocês foram os melhores presentes que eu poderia ganhar durante essa caminhada. Sem vocês teria sido mais difícil.

“Não serão nossos gritos a fazer a diferença e sim a força contida em nossas mais delicadas e íntegras ações”.

Gandhi

RESUMO

O presente trabalho investiga a aplicabilidade do instituto do consentimento do ofendido nos crimes sexuais, sobretudo no delito de estupro de vulnerável. Primeiramente, traça a evolução legislativa dos delitos sexuais, que teve como marco a Lei nº 12.015/2009, na qual se revogou a ideia de presunção de violência e se introduziu no ordenamento jurídico a condição de vulnerabilidade, contida no crime de estupro de vulnerável, bem como a evolução do entendimento jurisprudencial acerca dessa presunção. Em sequência, apresenta a classificação doutrinária do estupro de vulnerável. Posteriormente, elenca os principais contornos do consentimento do ofendido, os seus requisitos de validade e o tratamento jurídico que é dado pelo ordenamento brasileiro a este instituto. Em seguida, trata das incongruências existentes entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere a proteção jurídica concedida aos adolescentes. Objetiva-se também a realização de uma análise da existência ou inexistência da vulnerabilidade nos casos concretos, assim como o entendimento jurisprudencial dos tribunais após o advento da Lei nº 12.015/2009. Ademais, realiza uma análise do consentimento do ofendido juntamente com a vulnerabilidade, a fim de discutir os possíveis efeitos que o referido instituto pode exercer sobre esta vulnerabilidade. Nesse contexto, objetivou-se estabelecer uma relação entre os princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e adequação social com o consentimento dado pelo suposto vulnerável. Por fim, enumera critérios para aferição da capacidade para consentir validamente.

Palavras-chave: delitos sexuais; estupro de vulnerável; vulnerabilidade; consentimento do ofendido.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CP	Código Penal
des.	Desembargador
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	<i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Min.	Ministro
REsp	Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL	13
2.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES	13
2.2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	19
2.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA	23
2.3.1 A evolução jurisprudencial dos tribunais superiores na interpretação do termo “presunção de violência”	27
2.4 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA	29
3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	34
3.1 BEM JURÍDICO E CONSENTIMENTO	34
3.2 CONCEPÇÃO MONISTA	37
3.3 CONCEPÇÃO DUALISTA	40
3.4 REQUISITOS DO CONSENTIMENTO	44
3.4.1 Disponibilidade do bem jurídico	44
3.4.1.1 Capacidade para consentir	45
3.4.1.2 Consentimento anterior/concomitante à lesão	47
3.4.1.3 Consentimento emanado sem vício (erro, dolo, coação)	48
3.4.1.4 Consentimento, não contrário aos bons costumes	51
3.5 O CONSENTIMENTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA	52
4 A VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO	53
4.1 A VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO	53
4.1.1 Incongruências entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente	54
4.2 A (IN) EXISTÊNCIA DA VULNERABILIDADE	55
4.2.1 O entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores relativo	

aos crimes praticados contra vulneráveis sob a vigência da lei 12.015/2009	58
4.3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A VULNERABILIDADE	60
4.3.1 Princípio da proporcionalidade	64
4.3.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade	65
4.3.3 Princípio da adequação social	66
4.3.4 Critérios para aferição da capacidade de consentir	68
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar criticamente a vulnerabilidade nos delitos sexuais, sobretudo no delito de estupro de vulnerável, sob a ótica do instituto do consentimento do ofendido.

Tendo em vista que a finalidade do Direito Penal é impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade, analisar-se-á de que maneira o instituto do consentimento do ofendido pode retirar o caráter absoluto da vulnerabilidade.

Isso porque, com a necessidade constante de acompanhar a evolução da sociedade, foi preciso que o Direito se atualizasse para atender as demandas. Diante disso, introduziu-se no ordenamento jurídico, por meio da Lei n. 12.015 de 2009, novos paradigmas para os delitos sexuais, dentre os quais se destaca a criação do artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o delito de estupro de vulnerável.

Antes da Lei nº 12.015/2009, prevalecia nos delitos sexuais a ideia de presunção de violência, cuja previsão se encontrava no artigo 224 do Código Penal. Com o advento da supracitada Lei, revogou-se o artigo 224, extinguindo do ordenamento a expressão “presunção de violência” e introduzindo o artigo 217-A, passando então a vigorar a condição de vulnerabilidade.

Ocorre que ao introduzir o artigo 217-A do Código Penal, optou-se por impor um caráter absoluto a essa vulnerabilidade, de modo que em toda e qualquer situação na qual envolva a manutenção de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos será considerada estupro de vulnerável. Isso porque o legislador entende que o menor de 14 anos não tem capacidade de consentir validamente com as relações sexuais e, portanto, não poderia se valer do instituto do consentimento do ofendido.

Entretanto, o legislador não estabeleceu, de fato, o que seria essa capacidade de consentir, estipulando apenas o critério da imputabilidade como parâmetro, qual seja, 18 anos. De maneira que, o instituto do consentimento irá atuar, sim, no estupro de vulnerável, flexibilizando em determinados casos essa vulnerabilidade.

Conforme demonstrar-se-á, existem casos nos quais essa condição de vulnerabilidade não se verifica. Isso irá ocorrer quando houver o consentimento do suposto ofendido, dado por alguém com capacidade para consentir e desprovido de

qualquer vício, dependendo sempre de uma análise do caso concreto.

Ademais, há uma incongruência entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere a proteção jurídica do adolescente. Isto porque o critério estabelecido pelo artigo 217-A do Código Penal para a configuração do estupro de vulnerável é a vítima ser menor de 14 anos de idade, enquanto que o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que criança é a pessoa com menos de 12 anos de idade.

Nesse sentido, o correto seria que o legislador penal adotasse como critério etário para a condição de vulnerabilidade a idade de 12 anos, de modo a se adequar ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que é posterior e especial, quando comparado com o Código Penal.

A escolha desse tema é justificada pela necessidade de se avaliar a repercussão da discussão doutrinária acerca da vulnerabilidade nos crimes sexuais, notadamente após o surgimento da Lei nº 12.015/2009, de modo a admitir a aplicação do instituto do consentimento do ofendido na busca de uma aplicação mais justa da infração penal, já que o delito deve acompanhar as mudanças da sociedade e se adequar a ela.

Pretende-se demonstrar que o Direito Penal não deve se pautar em presunções legais para determinar uma punição severa, pois esta não é a maneira mais adequada de se alcançar a justiça. O magistrado deve analisar, caso a caso, as circunstâncias em que o ato foi praticado, o consentimento do suposto ofendido, e só a partir da análise de todas os elementos, formar o seu entendimento acerca da punição ou não do suposto réu.

Diante disso, objetiva-se analisar a existência da condição de vulnerabilidade em cada caso concreto e de que maneira o consentimento do ofendido irá atuar na flexibilização dessa vulnerabilidade.

Para isso, buscou-se no segundo capítulo analisar a evolução legislativa dos crimes sexuais no contexto social, já que antes da Lei nº 12.015/2009 tutelavam-se os crimes contra os costumes, e, com o seu advento, passou-se a tutelar os crimes contra a dignidade sexual. Objetivou-se também realizar uma análise jurisprudencial dos tribunais superiores acerca da já revogada “presunção de violência”, bem como discutir o delito de estupro de vulnerável e a sua classificação perante a doutrina.

Já no terceiro capítulo, pretendeu-se analisar o instituto do consentimento do ofendido, suas distintas concepções, juntamente com os seus requisitos para a exclusão da tipicidade ou ilicitude da conduta. Ademais, buscou-se apontar de que maneira o referido instituto encontra-se tutelado na legislação penal brasileira.

Uma vez apresentado e aprofundado o instituto do consentimento do ofendido, parte-se, no último capítulo, para a realização de uma conexão entre esse instituto e a vulnerabilidade existente no delito de estupro de vulnerável.

Busca-se, inicialmente, no último capítulo, apontar a já citada incongruência existente entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente no que se refere ao tratamento jurídico dado ao menor de idade. Posteriormente, discute-se a vulnerabilidade no ordenamento jurídico e a sua existência ou não nos casos concretos, assim como o entendimento dos tribunais superiores acerca dessa vulnerabilidade após o advento da Lei nº 12.015/2009.

Por fim, analisa-se os efeitos que o instituto do consentimento do ofendido pode gerar sobre a vulnerabilidade no estupro de vulnerável, tais como a exclusão da tipicidade ou da ilicitude da conduta. Faz-se, também, uma análise do tipo penal de estupro de vulnerável à luz dos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e adequação social, como forma de se avaliar a punibilidade da infração penal.

Encerra-se este capítulo com a análise da capacidade para consentir validamente, bem como a elaboração de critérios para aferição dessa capacidade pelo magistrado em cada caso concreto, a fim de possibilitar a aplicação do instituto do consentimento do ofendido no delito de estupro de vulnerável.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL

Os crimes sexuais vêm sendo reprimidos desde os povos antigos. O intuito de punir tais crimes consiste na tentativa de se proteger condutas que importam em uma grave violação à liberdade de outrem e a integridade individual das pessoas. Com a evolução da sociedade e, conseqüentemente, do direito, houve uma mudança na perspectiva da punibilidade de tais delitos, que teve como marco a Lei nº 12.015, de agosto de 2009, por meio da qual se introduziu o delito de estupro de vulnerável, que será analisado ao longo da presente pesquisa.

2.1 DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES

Os povos antigos já reprimiam com severidade os crimes sexuais, dentre os quais se destacava o delito de estupro. Os romanos consideravam estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada, enquanto que a conjunção carnal violenta, que ora se determina estupro, era punida com a pena de morte. De maneira geral, a Idade Média também seguiu o mesmo entendimento dos romanos, de modo que a punição adotada também era a pena de morte. (BITENCOURT, 2012a, p. 44).

Somente a partir do Código Penal de 1830 houve uma atenuação na punição do estupro violento, no qual a pena passou a ser de prisão de três a doze anos, além da obrigação de adotar a vítima. O Código Penal de 1890 atenuou ainda mais a punibilidade dessa infração penal, cominando-lhe a pena de um a seis anos de prisão celular, acrescida da constituição de um dote para a ofendida. (BITENCOURT, 2012a, p. 44).

O Código Penal de 1940 criou o Título VI da Parte Especial, chamado “Dos Crimes Contra os Costumes”, cujo bem jurídico tutelado era a moral social sob a perspectiva da sexualidade. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o Título VI do Código Penal deixou de tutelar a moral social sob o aspecto sexual, passando a tratar da dignidade sexual, sob a denominação “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, de modo a acrescentar novos tipos penais, modificando a perspectiva do bem jurídico protegido pelo legislador brasileiro.

Ao disciplinar os crimes contra os costumes, o Código Penal de 1940 adotou a seguinte estruturação: o Capítulo I tratava dos crimes contra a liberdade sexual, contendo os crimes de estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude; o Capítulo II versava acerca dos delitos da sedução e da corrupção de menores; o Capítulo III legislava sobre do crime de rapto; o Capítulo IV tipificava as disposições gerais dos crimes sexuais, tratando das formas qualificadas, da presunção de violência, da ação penal e do aumento de pena; o Capítulo V estabelecia o lenocínio e o tráfico de mulheres, englobando os crimes de mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo e tráfico de mulheres; e o Capítulo VI abordava o ultraje público e o pudor, englobando o delito de ato obsceno e o de escrito ou objeto obsceno.

Os crimes supracitados eram os mesmos que a lei vigente à época conhecia sob a extensa rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”.

Dentro dos crimes contra a liberdade sexual, que será tratado com mais afinco ao longo da presente pesquisa, o legislador do Código Penal de 1940 optou por introduzir a presunção de violência, fundamentada na *innocentia consilii* da suposta vítima, por entender que há nesse caso ausência de consentimento considerado válido.

Nucci apud Hungria (2013, p. 960) demonstra que os costumes eram definidos como

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

Nesse sentido, os delitos cometidos nesse contexto representavam infrações ao mínimo ético estabelecido pela sociedade. Ou seja, qualquer comportamento que ofendesse a moral e os bons costumes eram punidos por atingir o padrão ético do homem médio.

Conforme dispõe Capez (2012, pp. 18-19), “a lei penal não interferia nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprimia as condutas anormais consideradas graves que afetassem a moral média da sociedade”. Desse modo, os costumes

tinham um valor mais elevado em face de outros interesses penais juridicamente relevantes, como por exemplo, a liberdade sexual. Isso demonstrava a visão patriarcal da sociedade da época, pautada em valores éticos, deixando para um segundo plano a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. De fato, o que se priorizava era a tutela da moralidade sexual do indivíduo, ao invés dos direitos individuais.

Assim, pela mentalidade predominante na época da edição do Código Penal, o foco do legislador não era tutelar os direitos da pessoa humana ou as liberdades fundamentais do indivíduo, que acabavam sendo resguardados em um segundo plano. (CAPEZ, 2012, p. 20).

Nesse contexto, percebe-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, mudou-se em grande medida a perspectiva da proteção jurídica e conseqüentemente a concepção social, ao priorizar a proteção aos direitos humanos e fundamentais. Diante disso, se fez necessária uma mudança legislativa no sentido de alterar o bem jurídico tutelado para acompanhar as necessidades da sociedade. Por isso, a Lei nº 12.015 de 2009 foi tão importante para o Direito Penal, já que representou uma maneira de atualização do direito às novas demandas sociais e jurídicas.

Note-se que a teoria do bem jurídico funciona como um critério delimitador da matéria de incriminação, estabelecendo os contornos da tutela jurídica, ao mesmo tempo em que funciona como mecanismo de interpretação dos tipos penais. Através disso, pode-se efetivamente legitimar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, considerando-se os já citados bens jurídicos como concretizações dos valores constitucionais. (BECHARA, 2009, pp. 16-20).

Já havia muitas críticas doutrinárias a respeito da tutela dos crimes contra os costumes, principalmente no que se refere à falta de distinção entre o tráfico de pessoas e a liberdade sexual, já que as condutas tipificadas não se relacionam com os costumes, mas sim com a liberdade e a sexualidade das pessoas. Com a mudança proporcionada pela Lei nº 12.015/2009, deixou-se a moral sexual em um segundo plano para, prioritariamente, proteger o direito de escolha sexual, sua liberdade individual e sua intimidade. (MAZZUOLI, 2009, p. 33-34).

Nucci (2009, p. 11) afirma que a inadequação do anterior tratamento legislativo ao tutelar os crimes contra os costumes “representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das

peças”. Nessa linha, há uma demonstração de que tais costumes não conseguiram acompanhar a evolução social ao subsumir o fato à norma, nem alcançar o senso de justiça que o direito se propõe a promover.

Bechara (2009, p. 21), perfilhando esse raciocínio, leciona que os bens jurídicos são dotados de mutabilidade, de maneira que serão considerados na medida daquilo em que cada momento se revelar como fundamental ao propósito de efetivar a tutela do que é juridicamente relevante de proteção.

Nesse contexto, os costumes como bem juridicamente protegido, “não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos na atualidade”. (NUCCI, 2009, p. 11). Fez-se necessário uma adaptação legislativa para acompanhar a modernização dos costumes na sociedade.

Atualmente, percebe-se o amadurecimento precoce dos jovens, inclusive em relação ao seu conhecimento acerca dos fatos sexuais. Diante disso, o tratamento dado à sexualidade, que antes era visto como um tabu, revelou sua naturalidade na ordem social ao decorrer do tempo, de modo que determinados comportamentos passaram a serem considerados socialmente adequados, ou seja, em conformidade com a moral.

É notório que o delito, como os demais fenômenos sociais, muda constantemente. É o papel do Direito acompanhar a evolução da sociedade. Nesse sentido, a realidade evidencia que muitos preconceitos no que se refere a liberdade sexual foram superados e adaptados aos novos tempos.

O Estado almeja preservar a liberdade sexual e a dignidade humana. Por isso, ele deve ser muito criterioso ao adentrar na esfera particular dos indivíduos, já que a sexualidade de cada um diz respeito aos aspectos pessoais, correspondentes à consciência e as convicções íntimas que possuem.

Pierangeli & Zaffaroni (2009, pp. 89-90) lecionam, *in verbis*: “O moral’ se refere às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social”. Nessa sentença, acrescentam que o direito penal possui uma aspiração ética, que serve para prevenir futuras afetações de bens jurídicos.

Ademais, faz-se mister perceber que enquanto a moral preocupa-se com os bons costumes, o Direito pretende prioritariamente reprimir atos que afetem bens jurídicos relevantes (MEIRA, 2009, p. 28).

Nesse cenário, acrescenta Roxin (1997, p. 54):

por qué p.ej. no se puede considerar también las "concepciones morales dominantes" como un bien jurídico colectivo, o, si eso parece demasiado impreciso, por qué no se podría basar la punibilidad de la homosexualidad en un bien jurídico constituido por la "estructura heterosexual de las relaciones sexuales". La falta de cualidad como bien jurídico de determinadas concepciones morales tampoco se puede fundamentar en que a los meros sentimientos o concepciones valorativas generales sencillamente se les niega el reconocimiento como bien jurídico.

Percebe-se, assim, que a moral em si não é um bem jurídico. Em verdade, é algo impreciso, que o Direito Penal não tem como mensurar, haja vista que diz respeito a uma concepção interna de cada um.

Conforme salienta Sandeville (1995, p. 05):

Assim, não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim o direito individual da mulher, sua liberdade de escolha do parceiro e o consentimento na prática do ato sexual. A violação a isso corresponde a um ilícito ligado à sua pessoa e não mais contra os costumes. Prevalece na ofensa sofrida, sua liberdade e não a moral. Daí, justifica-se a nova adequação típica das figuras penais do estupro; e do atentado violento ao pudor.

Portanto, a punibilidade dos crimes sexuais deve estar em conformidade com a própria conduta típica e a violência empregada nela, desvinculada de aspectos exclusivamente morais, já que esta diz respeito à personalidade humana.

Nesse sentido, não é porque um juízo estabelecido pela maioria soa como imoral que ele deve ser necessariamente sancionado pelo Estado, pois caso isso ocorresse seria possível, inclusive, admitir a coação das minorias que não partilham das concepções morais predominantes, para que se adaptem aos padrões valorativos tidos como dominantes, o que seria, em verdade, inaceitável. (BECHARA, 2009, p. 27).

Pelarin (2002, p. 147) leciona que questões opinativas, religiosas ou morais estão fora da criminalização, pois o Direito Penal não pode ser encarado como tutor da virtude ou da honestidade, já que isso representaria uma imposição das convicções da maioria sobre a minoria.

O legislador brasileiro deve punir as condutas que são efetivamente graves ao invés de se preocupar com condutas meramente morais, buscando compatibilizar a

liberdade sexual e a possibilidade de escolher livremente com quem se pretende manter relação, com a tutela jurídica, evidenciando a importância do princípio da intervenção mínima do Estado. Seguindo esse entendimento, destaca Roxin (1997, pp. 56-57), *in verbis*:

(...) cuanto que las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. (...) La exclusión de las meras inmoralidades del campo del Derecho penal no significa que tampoco se puedan proteger penalmente en su caso "sentimientos" y similares.

Note-se que não há como legitimar uma proibição penal apenas porque um comportamento é tido como imoral ou contrário ao padrão ético da sociedade. Desse modo, o legislador não pode criminalizar uma conduta pelo simples fato desta ser indesejada pela sociedade, devendo, em verdade, haver limites à faculdade estatal de punir.

Entretanto, isso não significa que a moral não irá influenciar em nenhuma hipótese o Direito. A moral exerce uma influência em certa medida na formação do Direito e até na seleção de bens jurídicos dignos de tutela, já que a moral é uma fonte do próprio Direito. Mas isso não quer dizer que a moral deve ser exclusivamente objeto de tutela.

Por fim, salienta Nucci (2009, p. 11): “A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988”.

Daí a necessidade de mudança do bem jurídico tutelado, na medida em que a proteção exclusivamente dos costumes não se faz mais necessária, em detrimento da proteção da dignidade sexual, representando um verdadeiro avanço para o ordenamento jurídico pátrio, já que revela uma evolução legislativa em decorrência da sua adaptação às demandas sociais atuais.

Ademais, o legislador deve promover a proteção da dignidade da pessoa humana e não se preocupar com as condutas sexuais que as pessoas resolvam adotar livremente sem qualquer violência, constrangimento e sem prejudicar direito alheio, ainda que, para muitos possam ser considerados moralmente inadequados. (NUCCI, 2013, p. 960).

2.2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A expressão dignidade sexual está ligada à honra, à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa humana. (MAZZUOLI, 2009, p. 33). Busca-se respeitar o indivíduo no que se refere à matéria sexual, garantindo-lhe o direito à liberdade e à honra, que são amparados no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal de 1988, com o propósito de proteger a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Conforme dispõe Nucci (2013, p. 961), dignidade representa elementos ligados à honra, como é o caso da decência, compostura e respeitabilidade. Já o termo sexual, associado nesse cenário à dignidade, significa uma satisfação da lascívia ou da sensualidade. Assim, nada mais justo do que garantir a satisfação sexual das pessoas de maneira digna.

A atividade sexual é mais do que a satisfação de um prazer, mas também uma necessidade fisiológica para muitos. Nesse contexto, evidencia-se a necessidade de se proteger a liberdade de escolha do ser humano, inibindo qualquer forma de coação ou violência. (NUCCI, 2009, p. 14).

Com a reforma legislativa proporcionada pela Lei nº 12.015/09, o Código Penal passou a tutelar a dignidade sexual, substituindo a expressão “Dos crimes contra os costumes”, de modo que o Título VI, que legisla acerca dos delitos contra a dignidade sexual, trata no capítulo I dos crimes contra a liberdade sexual, unindo em um único tipo penal o chamado atentado violento ao pudor e o estupro, além de estruturar também a violação sexual mediante fraude e o assédio sexual.

Já o capítulo II legisla sobre os crimes sexuais contra vulneráveis, instituindo o tipo penal de estupro de vulnerável e extinguindo o crime de corrupção de menores, que passou a constituir o tipo penal de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, abrangendo também o favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança, adolescente ou de vulnerável.

O capítulo V trata do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. Por fim, o capítulo VI legisla sobre o ultraje público ao pudor.

A partir das mudanças trazidas pela Lei nº 12.015/2009 mudou-se o foco, de maneira que o bem jurídico protegido passou a ser a liberdade sexual das pessoas, sobretudo a sua intimidade e privacidade, tendo como corolário a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a moral e os bons costumes deixaram de ser vistos como bens jurídicos mais relevantes a serem protegidos, e elucidou-se a faculdade que as pessoas possuem de escolher livremente seus parceiros sexuais, bem como onde e como exercitá-la. A inviolabilidade carnal deve ser protegida e respeitada inclusive pelo próprio cônjuge, que também pode configurar-se até mesmo como sujeito ativo do crime de estupro. (BITENCOURT, 2012b, p. 915).

Conclui Bitencourt (2012a, p. 46):

Enfim, o presente tipo penal, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de se autodeterminar sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente; pretende-se, em outros termos, assegurar que a atividade sexual humana seja realizada livremente por todos.

Nesse sentido, a liberdade de escolha do indivíduo passou a ser valorizada, devendo esta ser livre e consciente. Para imputação da tipificação penal, portanto, faz-se necessário analisar as condições em que a vítima se encontra.

Uma das alterações trazidas com essa mudança da perspectiva do bem jurídico tutelado foi a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única figura: estupro.

O delito de estupro passou a configurar-se através da conduta de constranger alguém a ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso. Diante disso, tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não sendo mais a mulher o único sujeito passivo, nem o homem o único sujeito ativo do delito.

Nesse aspecto, Bitencourt (2012a, p. 45) crítica a redação dada pelo legislador, senão vejamos:

Considerando-se que o legislador *unificou* os crimes de *estupro* e *atentado violento ao pudor*, poderia ter aproveitado para substituir as expressões que identificam as figuras anteriores – conjunção carnal (estupro) e ato libidinoso diverso de conjunção carnal – por ‘relações sexuais’, uma expressão mais abrangente, capaz de englobar os dois vocábulos anteriores.

Agora, a expressão “relações sexuais”, que seria a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso, é abrangente pois abarca não só a cópula vaginal, mas também

as relações sexuais ditas anormais, como por exemplo, o coito anal ou oral, ou a cópula vestibular, na qual não há penetração. Além disso, abrange também além dos atos já citados, as relações homossexuais, demonstrando que tal expressão é, portanto, atualizada. (BITENCOURT, 2012a, p. 45).

Indaga-se acerca da possibilidade da revogação do artigo 214 do Código Penal, que previa a figura do atentado violento ao pudor, pela Lei nº 12.015/2009, ser uma hipótese de *abolitio criminis*¹.

Brandão (2008, p. 64), ao tratar de *abolitio criminis*, destaca:

Cuida esse instituto da revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a concessão de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade.

Ocorre que, apesar da revogação do supracitado artigo 214 do Código Penal, ao introduzir o artigo 213 do Código Penal, a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ato libidinoso, continua a ser tutelado pelo ordenamento jurídico, ao ser incorporado no bojo do crime de Estupro, não havendo, portanto, que se falar em *abolitio criminis* nesse caso. (CAVICHIOLO, 2008, p. 148).

Diante disso, como houve a revogação do tipo penal que previa o atentado violento ao pudor, mas as suas elementares continuaram a fazer parte de outra tipificação criminal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em alguns casos concretos no sentido de que em verdade não se trata de *abolitio criminis* e sim de continuidade normativa do tipo².

Uma crítica que se faz nesse contexto é que ao fundir os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na nova modalidade do artigo 213 do Código Penal, deixou de ser possível o reconhecimento de concurso material de crimes nas hipóteses em que o agente pratique, com a mesma vítima, conjunção carnal e outro

¹ Há *abolitio criminis* quando determinada conduta deixa de ser considerada como crime pelo ordenamento jurídico.

² “Rapto e “abolitio criminis”: A 2ª Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática do crime de rapto (CP, art. 219). A defesa sustentava a ocorrência de abolitio criminis, em razão da superveniência da Lei 11.106/2005, que revogou os artigos 219 a 222 do CP, e pleiteava a conseqüente extinção da pretensão executória. Aduziu-se que, muito embora o referido dispositivo tenha sido revogado com o advento da supracitada lei, a restrição da liberdade com finalidade libidinoso teria passado a figurar — a partir da entrada em vigor desta mesma norma — entre as possibilidades de qualificação dos crimes de seqüestro ou cárcere privado (CP, art. 148, § 1º, V). Reputou-se que **a mera alteração da norma, portanto, não haveria de ser entendida como abolitio criminis, por ter havido continuidade normativa acerca do tipo penal**. [HC101035/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 26.10.2010. (HC-101035)]” (Grifos no original)

ato libidinoso distinto da relação sexual vagínica. Neste caso, não haverá mais a soma das penas e, portanto, o agente será favorecido. (JORGE, 2010, pp. 27-28).

O fato é que a sociedade passou a exigir uma nova concepção do bem jurídico tutelado, a fim de adequá-lo aos ditames da Constituição Federal de 1988, de forma que deixe de assumir importância os padrões éticos e morais em detrimento da dignidade do indivíduo que é colocada em risco. O Título VI do Código Penal, portanto, passou a estar em consonância com o perfil do Estado Democrático de Direito implementado pela Constituição Federal de 1988. (CAPEZ, 2012, p. 20).

Nessa senda, a aludida mudança de perspectiva nos conduz a uma evolução da legislação destinada à proteção da dignidade sexual da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana serve como parâmetro norteador do ordenamento jurídico, já que funciona como critério de valoração na interpretação e compreensão do sistema, cuja projeção se verifica na seara da liberdade sexual. (CAVICHIOLO, 2008, p. 146).

Cabe destacar, seguindo a lição de Bechara (2009, p. 21), *ipsis litteris*, que “o bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do direito penal no caso concreto”.

Na medida em que se promove a adequação da norma às exigências da sociedade, promove-se uma atualização e conseqüente efetivação do Direito. Pode-se afirmar, com isso, que a adequada proteção ao bem jurídico revela-se como critério de legitimidade da intervenção penal. É por isso, que a inovação trazida pela Lei n. 12.015/2009, introduzindo a tutela aos crimes contra a dignidade sexual, representa uma legitimidade do Direito Penal.

Resta saber que a tutela da dignidade sexual advém do princípio da dignidade humana, que se constitui como valor universal e inerente ao ser humano, irradiando efeitos sobre todo o sistema jurídico. Desse modo, segundo Capez (2012, p. 22), “a tutela sexual, no caso, está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter íntegra a sua personalidade”.

Nesse diapasão, é viável indagar se diante dessa mudança da proteção jurídica os bons costumes e a moral sexual continuam a serem objetos do direito penal, já que se alterou inclusive a nomenclatura abordada na tutela.

Em primeiro lugar, cabe salientar que não é pelo fato do legislador ter modificado a nomenclatura que outros bens jurídicos não poderão ser objetos de proteção penal. Em segundo lugar, o título não é fator limitador dos interesses juridicamente protegidos, de maneira que de qualquer forma a moralidade sexual e o pudor público continuam tendo a sua importância, juntamente com os demais direitos inerente à dignidade da pessoa humana. Se de alguma maneira determinado comportamento ameaça valores fundamentais, sua tutela se justifica. (CAPEZ, 2012, pp. 22-23).

Pode-se dizer que não se pode pautar a tutela de um bem jurídico exclusivamente baseada em concepções morais e éticas, entretanto, não nos parece coerente estabelecer uma estruturação exclusivamente sistêmica do Direito Penal, sem levar em consideração indiretamente tais concepções. Nesse sentido, além de proteger a liberdade sexual, a lei se propõe também a proteger o sentimento moral do indivíduo, ainda que de forma indireta.

2.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A criação da Lei nº 12.015/09 promoveu uma importante mudança na legislação penal, permitindo que o Direito acompanhe os avanços da sociedade e busque uma aplicação da norma ao caso da maneira mais justa possível.

Em decorrência da constante evolução social, houve essa necessidade de se reformar o objeto jurídico tutelado pelo Código Penal. Há algum tempo evidenciou-se a importância da promoção da dignidade da pessoa humana pelo ordenamento jurídico, em detrimento de se proteger os hábitos sexuais ditos imorais ou inadequados por alguns indivíduos, já que os princípios denominados éticos no que se refere à sexualidade não se concretizam mais no seio social. (NUCCI, 2013, p. 960).

A referida Lei, ao promover mudanças estruturais no Título VI da Parte Especial do Código Penal, promoveu uma atualização do direito ao realizar uma adequação das

necessidades sociais com a proteção jurídica conferida pelo ordenamento, já que há atualmente uma maior liberdade na sexualidade das pessoas.

Além de alterar o Título VI da Parte Especial do Código Penal, a Lei nº 12.015/2009 também modificou o artigo 1º da Lei nº 8.072 de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, bem como acrescentou novo dispositivo legal à Lei nº 8.069 de 1990 e ainda revogou a Lei nº 2.252 de 1954, que aborda acerca da corrupção de menores. (CAPEZ, 2012, p. 17).

Antes do surgimento da Lei nº 12.015/09 trabalhava-se com a ideia de presunção de violência nos crimes sexuais, disciplinada no artigo 224 do Código Penal. Com o surgimento da referida Lei, o legislador deixou de utilizar a expressão “presunção” e passou a adotar o conceito de vulnerabilidade.

Presumir é fazer uma suposição, um julgamento antecipado de algo, com base em elementos existentes. Já a vulnerabilidade é, na visão de Nucci (2014, p. 836), “estado de quem está privado da capacidade de resistência, sujeito à lesão ou despido de proteção”.

A presunção de violência podia ser tanto de natureza absoluta, como de natureza relativa. Quando se está diante de natureza absoluta, não se admite prova em contrário, ou seja, é *iuris et de iure*. Já quando se encontra diante de natureza relativa, admite-se prova em contrário, possuindo natureza *iures tantum*.

Nesse sentido, a pessoa menor de 14 anos, que mantinha relação sexual, seria necessariamente vítima de estupro, caso a presunção fosse absoluta, ou dependeria de prova, caso fosse relativa. Sendo relativa, seria possível a absolvição do réu, por exemplo, em caso de erro acerca da idade da vítima, por desconhecimento por parte do agente da doença da vítima, ou até mesmo por considerar que a vítima tem experiência sexual anterior, já que seriam capazes de retirar a presunção de violência do caso concreto.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a primeira legislação em que houve a tipificação da presunção de violência expressamente foi o Código Penal da República de 1890, em seu artigo 272³, que previa a chamada violência ficta nos atos sexuais praticados contra menor de dezesseis anos. O Código Penal de 1940, por sua vez, no

³ “Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 annos.”

seu artigo 224⁴, que conferia tipicidade aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, manteve o critério da presunção de violência, porém, reduziu a faixa etária para catorze anos, acrescentando também as hipóteses em que a vítima é alienada ou débil mental ou não podem, por qualquer motivo, oferecer resistência. (PRADO, 2011, pp. 829-830).

O legislador à época, ao introduzir a presunção de violência no contexto dos crimes contra a liberdade sexual, entendia que as pessoas menores de catorze anos não possuíam a completa consciência acerca das relações sexuais e os riscos daí advindos e, por isso, o seu consentimento para a prática desses atos não poderia ser considerado válido. Seguindo esse raciocínio, o legislador entendeu que deve ter o mesmo tratamento aqueles que se encontram em estado de inconsciência ou incapacidade de resistência.

Nesse cenário, configurava-se o fato típico ainda que o agente tivesse praticado o ato sem o uso de violência real ou grave ameaça.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, os dispositivos anteriores foram revogados e inseridos em seu lugar o artigo 217-A, titulado de “estupro de vulnerável”, eliminando a figura da presunção e colocando em seu lugar a chamada vulnerabilidade.

Nesse contexto, conforme dispõe Nucci (2013, p. 989):

Se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta. Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção *contra* os interessados do réu, que é inocente até sentença condenatória definitiva. Por isso, a mudança na terminologia configura-se adequada.

Note-se que havia uma intensa crítica na utilização da expressão “presunção de violência”, pois conduzia a ideia de uma presunção contra o réu, e isso é inadmissível dentro de um Direito Penal no qual o réu é considerado inocente até que se prove o contrário por meio de sentença condenatória transitada em julgado, que efetivamente comprove a prática do delito.

⁴ “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

Já no cenário da nova Lei, uma das maiores críticas existentes em relação às mudanças trazidas por ela, consiste no fato do legislador no artigo 217-A do Código Penal abranger tanto o ato sexual mantido entre namorados quanto aquele praticado pelo eventual estupro mediante violência real, de modo que a penalidade e a dosimetria da pena são aplicadas para ambos os sujeitos da mesma forma, o que é uma verdadeira injustiça. (RIBEIRO, 2009, p. 16).

Com a mudança de perspectiva provocada pela extinção da presunção de violência e inserção da vulnerabilidade, ainda assim, continua a existir certa suposição, que diz respeito à falta de capacidade para compreender a gravidade da relação sexual. De fato, de uma relação sexual podem advir consequências gravosas, tais como: adquirir doença sexual, obter uma gravidez indesejada, lesão à honra, dentre outras. E, portanto, merece um cuidado por parte do legislador, devendo haver uma ponderação. (NUCCI, 2013, p. 989).

Atualmente, já é pacífico que ao tipificar o crime de estupro de vulnerável, o legislador deixou de presumir qualquer questão, pois passou a considerar que o menor encontra-se em uma situação de vulnerabilidade, sendo, com isso, o seu intuito justamente afastar a discussão acerca de uma presunção relativa ou absoluta. Assim, em um primeiro momento a eliminação da terminologia “presunção de violência” parece ter colocado um ponto final nesse debate acerca da sua natureza.

Diametralmente oposto, Bitencourt(2014, p. 998)entende que“(...) pode-se admitir que o legislador, embora não tenha sido expresso, trabalhou com duas espécies de vulnerabilidade, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito), conforme destacou, desde logo, Nucci”. Assim, na sua visão, a nova Lei não eliminou a controvérsia existente, sendo tal discussão ainda pertinente mesmo no contexto da vulnerabilidade.

Nucci (2013, p. 989) ressalta que se deve ter cautela nessa interpretação, pois a alteração na tipificação do estupro de pessoa incapaz de consentir validamente na relação sexual foi positivada, mas não houve a descriminalização da conduta, gerando inclusive elevação da pena.

2.3.1 A evolução jurisprudencial dos tribunais superiores na interpretação do termo “presunção de violência”

Em um primeiro momento, o entendimento que prevalecia na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶, antes de entrar em vigor a Lei nº 12.015/09, era de que o termo “presunção de violência” adotado pelo legislador no artigo 224, alínea a, do Código Penal, possuía natureza absoluta.

Nesse período, não havia um tipo penal propriamente dito de estupro praticado contra menor de 14 anos, de modo que se associava o artigo 213 com o 224, alínea a, do Código Penal, para tratar desta figura. Assim, presumia-se ter havido violência, por se entender que a vítima menor de 14 anos não possuía o discernimento suficiente para a prática de atos sexuais, ainda que houvesse o consentimento da suposta vítima.

Os que defendiam a natureza absoluta da presunção de violência advogavam a tese de que o menor de 14 anos não possui a necessária maturidade acerca dos atos de natureza sexual, não tendo, portanto, capacidade para consentir validamente. Em virtude disso, eles desprezam o seu consentimento para o ato sexual, a fim de

⁵EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.” (HC 81268 / DF - DISTRITO FEDERAL /HABEAS CORPUS / Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE / Julgamento: 16/10/2001/ Órgão Julgador: Primeira Turma). (grifos no original)

⁶ “RECURSO ESPECIAL - ESTUPRO - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS - PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1 - A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou-se no sentido de que a presunção de violência no estupro, quando a vítima não for maior de 14 anos de idade, é absoluta. 2 - No caso, o recorrido manteve relações sexuais com a ofendida, à época dos fatos, com 13 anos e 4 meses de idade, após lhe fornecer substância entorpecente. 3 - É entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça que a aquiescência da adolescente ou mesmo o fato de a ofendida já ter mantido relações sexuais não tem relevância jurídico-penal (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14.4.2010). 4 - Em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, dá-se provimento ao recurso especial, para condenar o recorrido pelo crime previsto no artigo 213 c/c artigo 224, alínea a, ambos do Código Penal, em vigor à época dos fatos, e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, para fixação da pena.” (REsp 953805-RS/ RECURSO ESPECIAL 2007/0113415-4/ Relator Ministro: ROGERIO SCHIETTI CRUZ/ Órgão Julgador: sexta turma / Julgamento: 25/02/2014 / DJe: 10/03/2014). (grifos no original)

proteger a dignidade sexual do menor. Essa presunção cessaria no primeiro minuto do dia em que a vítima completa 14 anos de idade.

Posteriormente, ainda antes do surgimento da Lei nº 12.015/09, os tribunais superiores e uma parte da doutrina passaram a relativizar a presunção de violência nos crimes sexuais praticados contra vítimas entre 12 anos e 14 anos de idade, mantendo a natureza absoluta daqueles delitos praticados contra menor de 12 anos de idade.

Como leciona Nascimento (2009, p. 435), a doutrina e jurisprudência apontavam ainda três hipóteses capazes de gerar a relativização da presunção de violência nos crimes sexuais, que é quando há erro de tipo sobre a idade da ofendida, quando a vítima não conta com comportamento irrepreensível, e quando o menor de idade conta com maturidade sexual e adere voluntariamente ao ato.

Assim, o entendimento que prevalecia era de que a presunção de violência possuía natureza absoluta, de modo que não se admitia prova em contrário. Posteriormente, os tribunais superiores mudaram sua visão e passaram a admitir uma relativização dessa presunção de violência nos delitos cometidos contra menores de 12 a 14 anos de idade, entendimento este que durou até 2009. Senão, vejamos um julgado nesse sentido:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. ABSOLVIÇÃO. PRETENDIA REFORMA. INVIABILIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a, do Código Penal (hoje revogado pela Lei nº 12.015/2009), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de quatorze e maior de doze anos de idade. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, ao preservar o decisum absolutório de primeiro grau, fundou suas razões no fato de que a vítima, então com 13 anos de idade, mantinha um envolvimento amoroso de aproximadamente 2 meses com o acusado. Asseverou-se que a menor fugiu espontaneamente da casa dos pais para residir com o denunciado, ocasião em que teria consentido com os atos praticados, afirmando em suas declarações que pretendia, inclusive, casar-se com o Réu.

3. Acrescentou a Corte de origem, que a menor em nenhum momento demonstrou ter sido ludibriada pelo Réu, bem como não teria inocência necessária nos moldes a caracterizar hipótese prevista na alínea "a" do art. 224 do Código Penal.

4. Diante da inexistência de comprovação de que tenha havido violência por parte do Réu, plausível o afastamento da alegação de violência presumida.

5. Ressalte-se que as conclusões acerca do consenso da vítima e demais circunstâncias fáticas da causa são imodificáveis, em sede de recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7 desta Corte.

6. Recurso ao qual cinema provimento.” (RECURSO ESPECIAL Nº 637.61 - SC (204/0366-5) / Relator Ministro: OG FERNANDES / Órgão Julgador: SEXTA TURMA/ Julgamento:01/06/2010 / DJe: 28/06/2010) (Grifos no original).

Note-se que no caso em tela o réu foi acusado de cometer estupro, com violência presumida. A suposta vítima, além de manter relações sexuais com o réu, mantinha uma relação de namoro, residindo, inclusive, conjuntamente com o mesmo. O supracitado julgado decidiu no sentido de que não comete crime aquele que mantém relação sexual consentida com menor de 13 anos de idade. Cabe ressaltar que a referida ação fora praticada em 1998, antes da vigência da Lei nº 12.015/09. (JESUS, 2010, p. 249).

Assim, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a conduta praticada pelo agente contra a suposta “vítima”, trata-se de fato atípico em face da relativização dessa presunção, já que se tratava de pessoa maior de 12 anos e menor de 14 anos.

De fato, a referida relativização é coerente face à presunção de violência, já que se tratava de um menor que mantinha relação sexual com o seu namorado de forma consciente, não demonstrando inocência acerca dos fatos, a ponto de ser manipulada pelo suposto réu. Entretanto, é de se questionar se a supracitada conduta, caso fosse praticada após a Lei nº 12.015/2009, seria também considerada fato atípico. Tal questionamento será oportunamente tratado, com mais afinco, por se tratar de objeto central da presente pesquisa.

2.4. O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SUA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O delito de estupro de vulnerável está previsto no artigo 217-A do Código Penal, sendo crime comum que pode ser praticado por qualquer pessoa contra menor de 14 anos, portador de enfermidade, deficiência mental, incapaz de discernimento para a prática do ato ou contra pessoa que por outras causas não possui condições de oferecer resistência.

Apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 2º estabelecer que criança é pessoa de até 12 anos de idade e adolescente pessoa entre 12 e 18 anos

de idade, o legislador penal entendeu que merece proteção jurídica no contexto sexual não apenas as crianças como também os adolescentes até 14 anos.

Antes da Lei nº 12.015/2009, a prática pelo agente de conjunção carnal ou outro ato libidinoso configuravam, a depender do caso, estupro ou atentado violento ao pudor, independentemente da execução ser praticada com violência ou não, pois tal violência era presumida pelo artigo 224 do Código Penal, respondendo o agente, assim, pelo artigo 213 ou 214 do Código Penal, combinado com o artigo 224. (MAZZUOLI, 2009, p. 51).

A introdução da figura do “vulnerável” no ordenamento jurídico, por meio do tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, representa, para a maioria da doutrina, uma proteção àquela pessoa que é incapaz de consentir validamente para o ato sexual, que por ser passível de lesão, merece tutela jurídica. Nesse sentido, o artigo 217-A seria um reflexo do já revogado artigo 224, porém, sem a expressão presunção de violência. (NUCCI, 2009, pp. 34-35).

Jesus (2010, p. 250) entende como vulnerável aquele que não possui ou apresenta uma diminuição na capacidade física, psíquica ou sensorial, que afeta de maneira significativa a possibilidade de aprendizagem e até mesmo a de trabalho, o que ocasiona em certa medida sua marginalização.

O delito se consuma com a conjunção carnal ou com a prática de qualquer ato libidinoso contra “vulnerável”, independentemente do emprego de violência. A conjunção carnal, segundo Prado (2011, p. 831), consiste “na cópula vagínica natural, com introdução do pênis na cavidade vaginal”, independentemente da ruptura ou não do hímen. Já o ato libidinoso, é a satisfação sexual do agente por qualquer outro meio diferente da conjunção carnal, a exemplo da masturbação e do sexo oral.

Para o crime de estupro de vulnerável ser punido a título de dolo, faz-se necessário que o agente tenha ciência de que está praticando o ato em face de pessoa considerada vulnerável. Nesse contexto, o erro que conduz o agente a desconhecer tal vulnerabilidade da vítima o isenta de pena, salvo se utilizou de violência ou fraude na execução, diante do qual, configurar-se-á estupro ou violência sexual mediante fraude, respectivamente. (MAZZUOLI, 2009, p. 51). Portanto, o erro de tipo afasta o dolo, impossibilitando a punição.

No que se refere ao relacionamento sexual consentido pelo enfermo e deficiente mental é um ponto de muita discussão, pois diversas vezes estes chegam a conviver como companheiros, até mesmo em união estável. Assim, conclui Nucci (2009, p. 39): “Dir-se-ia ter feito o tipo penal referência ao fato de o enfermo ou deficiente mental *não possuir o necessário discernimento para a prática do ato.*”.

Nesse sentido, para Nucci (2009, pp. 39-40) existem aqueles que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido para a prática do ato sexual e há aqueles que possuem deficiência mental, mas que isso não lhe retira a vontade de manter relação sexual e se unir a outra pessoa. Tal análise deve ser feita em cada caso concreto, sendo perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, no qual afastar-se-á a culpabilidade, nos termos do art. 21 do Código Penal. As penas cominadas para o referido delito foram elevadas para reclusão, de oito a quinze anos, sendo mais severas que as cominadas para o estupro comum. Nesse caso, há duas formas qualificadas pelo resultado na qual as penas serão aumentadas: quando há lesão corporal grave ou morte da vítima, cujas penas serão respectivamente de dez a vinte anos e de doze a trinta anos de reclusão.

O artigo 226 do Código Penal prevê duas causas de aumento da pena que são comuns a todos os crimes do Título IV, quais sejam, concurso de duas ou mais pessoas, na qual a pena é aumentada da quarta parte; e, quando o sujeito ativo é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela, cuja pena será aumentada da metade.

Além dessas causas, a Lei nº 12.015/2009 trouxe também mais duas causas de aumento da pena, específicas para os delitos de estupro e estupro de vulneráveis, que estão previstas no artigo 234-A, incisos III e IV, do Código Penal. São elas: se do crime resultar gravidez, cuja pena será aumentada da metade; e, no caso da conduta praticada pelo agente resultar na transmissão à vítima de doença sexual da qual tem ou deveria ter ciência.

Outra inovação que ocorreu nesse contexto é a previsão de que os crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça, como uma forma de proteção à intimidade da vítima.

Ademais, cabe ressaltar também que a nova Lei elevou o estupro de vulnerável a condição de crime hediondo, tanto na forma simples como na forma qualificada.

No que se refere a ação penal, antes da Lei nº 12.015/2009, a regra era a ação penal privada. Após a nova Lei, a ação penal privada foi abolida dos crimes sexuais, de modo que a regra hoje é a ação penal pública condicionada à representação. Todavia, caso a vítima seja considerada vulnerável, a ação será pública incondicionada, em razão da sua condição especial, conforme prevê o parágrafo único do artigo 225, do Código Penal.

Nesse contexto, faz-se necessário demonstrar que não se pode estabelecer que todo e qualquer menor de 14 anos de idade não tem o discernimento suficiente para manter relações sexuais. Também não se pode negar que com a evolução da sociedade, cada vez mais se percebe a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais.

Note-se, portanto, que admitir que toda e qualquer hipótese em que haja conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, configura-se crime de estupro de vulnerável, significa ignorar a realidade da sociedade. Além da necessidade do Direito acompanhar os passos da evolução dos comportamentos sociais, ao julgar um determinado caso, deve-se analisar as suas peculiaridades, conforme discutiremos ao longo deste trabalho.

A princípio, desde 1990, entende-se que o adolescente pode possuir capacidade de compreensão no que se refere aos atos sexuais, bem como vontade juridicamente relevante, podendo consentir validamente, tudo dependendo do caso concreto. Ocorre que, para muitos daqueles que defendem a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, como é o caso do doutrinador Nucci, o mesmo não pode ser dito, a princípio, quanto à criança (menor de 12 anos de idade), por se entender que há a *innocentia consilli*. (GOMES, 1996, p.195).

Nesse sentido, alguns autores entendem que não é prudente considerar a vulnerabilidade como exclusivamente de natureza absoluta, sob pena de configurar a chamada responsabilidade objetiva. Portanto, pugna-se pela importância de se analisar cada situação fática, para só posteriormente, depois de realizado um juízo de valor, se julgar da forma mais justa e adequada à realidade.

Cabe salientar que esse entendimento acerca da vulnerabilidade, se absoluta ou relativa, não nos parece o mais adequado, tendo em vista que ao introduzir tal conceito no ordenamento jurídico, o legislador passou a considerar exclusivamente o conceito de vulnerabilidade, de modo que a vulnerabilidade existe ou não existe, não havendo porque ser relativizada, conforme iremos discutir ao decorrer da pesquisa.

Analisada a evolução legislativa e jurisprudencial da tutela jurídica dos crimes sexuais e as implicações decorrentes da Lei nº 12.015/2009, o que se pretende perquirir, posteriormente, é uma reflexão acerca da efetiva existência ou não do conceito de vulnerabilidade à luz do consentimento do ofendido e de que maneira este instituto pode alterar, flexibilizar ou até mesmo retirar o conceito de vulnerabilidade.

3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O consentimento do ofendido trata-se de um instituto que permite que o titular do interesse juridicamente protegido disponha de maneira livre, sem qualquer vício, do bem jurídico, tornando lícito um fato típico ou até mesmo atípico. Ou seja, o consentimento funciona como um reflexo da autonomia pessoal, atuando como uma forma de eximir o agente de uma responsabilização.

É controverso os posicionamentos acerca da repercussão do consentimento do ofendido na teoria do delito, de modo que há quem defenda que tal instituto é capaz de excluir a tipicidade e outros entendem que se trata de excludente da ilicitude.

Em verdade o consentimento do ofendido exclui a tipicidade quando a ausência de consentimento for elementar do tipo, ou seja, o tipo requer o não consentimento. Enquanto que excluirá a ilicitude quando o consentimento for prévio, desprovido de vícios e considerado válido, atuando como uma causa de justificação.

Nesse contexto, analisar-se-á no presente trabalho as implicações que o referido consentimento pode provocar sobre a vulnerabilidade nos crimes sexuais, de modo a influir na tipicidade, afastando a adequação da conduta praticada ao tipo penal, ou, na antijuridicidade, quando a conduta praticada ainda que a princípio seja contrária ao direito, não configure um crime, de modo a ser permitida.

Note-se que a tipicidade e a ilicitude estão intimamente ligadas, sendo que, em regra, a conduta típica é antijurídica, e, por isso, ela só irá estar em conformidade com o ordenamento jurídico por via de exceção, ou seja, por meio de uma causa de justificação.

3.1. BEM JURÍDICO E CONSENTIMENTO

A teoria do bem jurídico é de fundamental importância para o estudo do consentimento do ofendido, pois o tratamento do bem jurídico se modifica a depender da concepção adotada, se monista ou dualista.

Conforme conceitua Pierangeli (2004, p. 439), “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”. Logo, o bem jurídico penalmente tutelado é aquele que o legislador entendeu como relevante de proteção estatal, contra possíveis ofensas, do qual pode dispor o seu titular. Apesar disso, a maior parte da doutrina se inclina no sentido de existem também bens considerados indisponíveis.

Ao se referir a capacidade de disposição inerente ao titular do bem jurídico, faz-se mister estabelecer uma distinção entre bens considerados individuais e bens considerados supraindividuais ou coletivos, sendo de fundamental importância a diferenciação entre bens disponíveis e indisponíveis.

Cabe salientar que o consentimento só pode ser dado pelo titular exclusivo do bem jurídico, sendo que quando há mais de um titular só é possível dispor do bem jurídico caso todos os titulares consentam validamente.

Desse modo, salienta Welzel (1956, p. 99) que o consentimento representa uma renúncia a uma proteção jurídica, podendo ser prestado apenas pelo único titular do interesse juridicamente protegido.

Nessa sentença, o consentimento só pode ser concedido em bens individuais, tendo em vista que apenas nestes é possível haver a sua disponibilidade. Enquanto que nos bens supraindividuais, não há essa disponibilidade, já que são de titularidade do próprio Estado. (GARCÍA, 2000, p. 125).

A referida classificação decorre das características do sujeito passivo e deve considerar a finalidade a qual a norma pretende proteger. Mas não é fácil distinguir quais normas se referem à coletividade ou aos indivíduos considerados particularmente. Nesse contexto, o critério mais utilizado é aquele que se vale do interesse protegido pela norma, que está atrelado conseqüentemente, à sua titularidade.

Na visão de Pierangeli (2001, pp. 119-120), bens disponíveis são aqueles em que o Estado reconhece o uso e gozo do bem ao particular, sendo de utilidade social mediata. Já os bens indisponíveis são aqueles em que há manifestação imediata da utilidade social. Nesse raciocínio, o consentimento não é capaz de gerar efeitos nas questões que ofendam de forma imediata os interesses estatais.

Daí se afirmar que o consentimento atua exclusivamente sobre bens disponíveis, mas nada impede que um bem deixe de ser disponível e torne-se indisponível, em uma sucessão de leis.

Nesse mesmo sentido, Quiroga (1999, p. 11) entende que os bens jurídicos indisponíveis são aqueles que se referem a toda coletividade, enquanto que os bens disponíveis dizem respeito a aspectos individuais. Entretanto, o entendimento majoritário é no sentido de existirem bens indisponíveis de caráter individual, como é o caso da vida.

Contudo, como bem salienta Queiroz (2015, p. 356), “não existem de fato bens jurídicos absolutamente indisponíveis”. Em verdade, há graus de disponibilidade, haja vista que os bens jurídicos a depender das circunstâncias e do interesse em causa, pode sofrer uma relativização em sua disponibilidade, como é o caso de extração de órgãos para transplante bem como lesões leves em casais sado masoquistas.

Assim, os bens jurídicos considerados indisponíveis são aqueles de titularidade do Estado, que dizem respeito a uma coletividade como um todo, representando uma utilidade social, enquanto que os bens considerados disponíveis são aqueles que se referem às pessoas individualmente consideradas, cujo titular é o próprio indivíduo.

Estabelecer tais distinções é pertinente ao estudo do consentimento do ofendido e as suas implicações no âmbito jurídico, pois há quem defenda que quando o consentimento é dado em bens considerados supraindividuais, ele carece de eficácia e não pode implicar na exclusão da responsabilização do sujeito ativo. (GARCÍA, 2000, p. 126).

Diante disso, indaga-se se realmente não existe a possibilidade do titular renunciar a proteção penal de um bem considerado indisponível. Schunemann (2005, p. 33) defende o posicionamento de que o bem jurídico deve ser protegido de modo a atender a vontade do seu titular e, por isso, a proteção estatal não pode ir contra o seu desejo.

Seguindo esse raciocínio, o Estado não deve ir contra a vontade do titular do bem, ainda que seja um bem considerado indisponível, pois isso afetaria a sua liberdade e autonomia, de modo a abrir brechas à sua intangibilidade. Entretanto, para que isso ocorra, devem haver limites a serem analisados caso a caso, dentre os quais se pode

elencar a própria lei, os costumes e valores vigentes na sociedade, bem como o princípio da proporcionalidade.

Apesar disso, o que prevalece é o entendimento de que o consentimento serve como uma causa de justificação somente nos delitos em que o titular do bem jurídico pode dele dispor livremente, de modo que não se pode autorizar um terceiro a dispor do seu bem, pois esse consentimento não possui qualquer relevância jurídica. (PIERANGELI, 2004, pp. 98-99).

Nesse contexto, é imprescindível analisar os possíveis efeitos que o instituto do consentimento do ofendido pode exercer na teoria do delito, para a posterior compreensão da sua incidência nos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo no que se refere ao estupro de vulnerável, haja vista que a depender do conceito de bem jurídico adotado e da sua possibilidade de disposição, o entendimento acerca das implicações desse consentimento se modificam, podendo repercutir na exclusão da tipificação ou da ilicitude da conduta do agente. Portanto, existem duas teorias que explicam tais efeitos, quais sejam, a teoria modesta e a dualista que irão ser abordadas a seguir.

Já para a concepção dualista, na qual se defende que o consentimento irá gerar efeitos ora na tipicidade, ora na antijuridicidade:

La voluntad de aceptación dei legitimado no se considera decisiva sin más, sino que se hace depender en su eficacia de ciertas condiciones llamadas a impedir que el titular dei bien jurídico se perjudique a si mismo sin advertir dei todo los inconvenientes que implica la renuncia del bien jurídico(QUIROGA, 1999, p. 13).

Segundo Pierangeli (2001, p. 114), quando o consentimento é dado de maneira genérica, a justificação ocorre de forma a abranger todos os delitos que possam atingir o bem jurídico protegido. Ao revés, quando se trata de um consentimento que se refere a um modalidade típica específica, a justificação fica restrita.

3.2 CONCEPÇÃO MONISTA

Para a concepção monista, o instituto do consentimento do ofendido atuará de modo que um único elemento do crime irá ser excluído, exercendo os seus efeitos de maneira mais ampla.

Nesse contexto,

o bien se le concibe desde el punto de vista del Estado, o bien se le concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces que los bienes jurídicos universales sólo lo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo (QUIROGA, 1999, p. 10).

O entendimento que prevaleceu durante muito tempo é no sentido de que o consentimento dado pelo titular do bem jurídico funciona como causa de justificação, ou seja, implica na exclusão da antijuridicidade. Entretanto, outros posicionamentos foram desenvolvidos, exercendo forte influência na interpretação do ordenamento jurídico, conforme será tratado a seguir.

Em um primeiro plano, cabe ressaltar que o consentimento do ofendido incide diretamente sobre o *ius puniendi* do Estado. Nesse sentido, salienta Quiroga (1999, p. 4):

Tiene legitimidad el Estado para intervenir con su imperium, protegiendo bienes el titular mas inmediato de ellos no desea tal proteccwn?. Si estimamos que el ius puniendi es ilimitado y el Estado posee la facultad de penar sin ninguna cortapisa, evidentemente la respuesta ha de ser afirmativa, pero, si partimos de la base de que la existencia de un Estado social y democrático de derecho implica una racionalidad en las facultades derivadas del ius puniendi y de la existencia de ciertos límites en el mismo, entonces la respuesta no será tan sencilla o, al menos, tan automática. Habrá previamente que determinar los límites de relevancia de la voluntad del particular y la propia concepción del bien jurídico.

Desse modo, é necessário considerar a vontade do particular na prática das condutas, devendo, entretanto, haver limites, para só então se analisar as implicações que tal vontade pode gerar na configuração do crime. A teoria do delito auxilia na construção de um caminho lógico de análise acerca da existência ou não de um delito em cada caso concreto. (PIERANGELI, 2001, 16).

Ao tratar da teoria do delito, Pierangeli (2001, pp. 18-19) demonstra que o delito não pode ser visto como uma soma de elementos. Ao revés, pugna pela necessidade de um conceito estratificado de delito, dotado de unidade, sendo os seus caracteres específicos (tipicidade, antijuridicidade ou ilicitude e culpabilidade) características da própria conduta.

Em que pese o entendimento majoritário a respeito do consentimento do ofendido siga a linha da possibilidade de exclusão ora da atipicidade, ora da ilicitude, Roxin (1997) inova ao defender a tese da atipicidade, por meio da qual o consentimento do

ofendido exclui a tipicidade, funcionando como afirmação do bem jurídico tutelado e não como a sua negação, como a maioria defende. Nesse sentido, explana Roxin (1997, p. 517):

El argumento decisivo para la aceptación de que todo consentimiento eficaz excluye el tipo radica en la teoría liberal, aquí desarrollada, del bien jurídico referido al individuo. Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (para más detalles § 2, nm. 9 ss.), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión.

Nesse contexto, é o livre exercício do direito que torna o conceito do bem jurídico válido, pois o livre desenvolvimento do indivíduo é um reflexo da disponibilidade do portador do bem jurídico, de modo que ele pode impor a sua vontade em relação a tutela exercida pelo Estado.

Por isso, na concepção de Roxin (1997), o consentimento válido exclui em todos os casos a tipicidade, por entender que os bens jurídicos encontram-se a disposição dos seus titulares, que deles podem dispor livremente sempre que possível, ou seja, sempre que se tratar de um bem jurídico disponível, pois ao consentir, o titular não necessita em verdade de uma justificação para uma lesão. Trata-se de um entendimento minoritário, mas de fundamental importância para o estudo em questão.

Perfilhando esse entendimento, Queiroz (2015, p. 357) também afirma que o consentimento do ofendido sempre irá atuar na exclusão da tipicidade, “independentemente da adoção da teoria dos elementos negativos”.

Nesse mesmo raciocínio, Andrade (1991, p. 179) salienta que o consentimento refere-se a um problema de lesão ao bem jurídico, de modo que a exclusão dessa lesão nos casos concretos não pode ser encarada como uma questão de justificação, mas sim sob a perspectiva de exclusão do tipo. O consentimento, em verdade, seria fundamentado na ideia de renúncia do bem jurídico.

Assim, a disposição do bem jurídico pelo seu titular é um exercício que deve ser livremente tolerado pelo legislador a depender do caso. Nesse sentido, ao defender a possibilidade da liberdade de ação através do consentimento como forma de exclusão do tipo, Roxin (1997, p. 517) acrescenta:

Si el propietario, en virtud de una decisión libre, consiente en el menoscabo o en la destrucción de su cosa, o incluso lo solicita, no existe en ello ninguna

lesión de la posición de propietario, sino una cooperación en su ejercicio libremente tolerado.

Nesse cenário, a partir do momento em que o titular do bem jurídico deseja dispor dele, ao permitir a intervenção de um terceiro, isso não configura, em verdade, uma lesão, mas sim o exercício de uma liberdade que lhe é inerente. E, por isso, o consentimento não configuraria uma causa de justificação, mas sim uma interferência no tipo penal.

Note-se que, na visão de Roxin (1997, p. 518), aqueles que defendem impossibilidade do consentimento do ofendido excluir a tipicidade confundem o objeto do direito com o próprio bem jurídico.

A lesão ao bem jurídico não se restringe e esgota na ação contra a vontade do titular do bem jurídico, não obstante, este é um dos seus pressupostos. A vontade do ofendido deve ser considerada como pertencente ao objeto protegido. Diante disso, a liberdade de disposição do bem jurídico é por si mesma parte constitutiva do próprio bem. Em outras palavras, o bem jurídico e o poder de disposição do seu titular constituem uma unidade, a qual se pretende proteger. (ROXIN, 1997, p. 518).

Em verdade, o consentimento é visto como um ato de disposição ou fruição do bem jurídico, representando o direito à liberdade que o ordenamento visa assegurar. (ANDRADE, 1991, p. 181).

Portanto, há situações em que não se deve falar em lesão a um bem jurídico quando o seu titular consente validamente com a sua disposição, como expressão do livre exercício tolerado pela sociedade. Para tanto, é preciso analisar as peculiaridades de cada caso concreto, bem como as circunstâncias pessoais do titular do bem, para só depois concluir de que maneira o consentimento pode gerar efeitos sobre o bem jurídico tutelado pelo tipo.

3.3 CONCEPÇÃO DUALISTA

A concepção dualista defende a ideia de que a depender do caso, o consentimento do ofendido ora irá atuar como causa de exclusão da tipicidade, ora como causa de

exclusão da ilicitude. Esse é o posicionamento que prevalece atualmente na doutrina brasileira.

Nesse caso, o consentimento da vítima excluirá a tipicidade nas situações em que o tipo penal exige o dissentimento da vítima, e excluirá a antijuridicidade quando envolver bem jurídico disponível, no qual o consentimento é dado antes ou durante a conduta, sendo válido. (BIANCHINI, 2015, p. 370).

Para aqueles que aderem a esse entendimento, a exemplo de Jakobs, faz-se mister estabelecer uma distinção entre acordo e consentimento, para a compreensão do instituto como causa de justificação ou como causa de exclusão da tipicidade, a depender das circunstâncias.

Ao lecionar acerca da dicotomia entre acordo e consentimento, Roxin (1997, pp. 512-513) salienta que predomina o entendimento de que o acordo é capaz de excluir a lesão ao bem jurídico protegido, ou seja, exclui a tipicidade, enquanto que o consentimento funciona como causa de justificação, de modo que quando prestado pelo detentor do bem jurídico não exclui o tipo, podendo repercutir apenas na exclusão da antijuridicidade.

Perfilhando essa ideia, Pierangeli (2001, p. 95) entende que o acordo configura-se como a aquiescência do titular do bem jurídico, que torna atípica a conduta, na medida em que afeta a tipicidade objetiva, enquanto que o consentimento se opera como uma causa de justificação, pois a aquiescência representa uma condição para que um terceiro atue, afetando a ilicitude.

Assim, o consentimento funciona como uma vontade juridicamente relevante para a exclusão da ilicitude da conduta e o acordo como condição capaz de excluir a tipicidade do fato.

Note-se que o acordo é reflexo do exercício da disponibilidade que o titular do bem possui sobre o bem jurídico. Por isso, o acordo só pode ser realizado pelo próprio titular do bem jurídico, sendo revogável apenas nos casos admitidos em lei. Nesse raciocínio, não há como o tipo implicar na punição de uma conduta na qual o titular do bem jurídico concordou. (PIERANGELI, 2004, p. 527).

Já o consentimento, também é um aquiescência, mas que surge como uma causa de justificação de uma conduta de terceiro, quando há o consentimento do titular do bem

jurídico. Por sua natureza, o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo (PIERANGELI, 2004, p. 527).

Ocorre que, há quem negue essa diferenciação entre acordo e consentimento, como é o caso de Roxin (1997), atribuindo a toda aquiescência válida do titular do interesse juridicamente protegido a possibilidade de exclusão da tipicidade. Nesse contexto, a supracitada distinção entre acordo e consentimento perde em grande medida a sua razão de ser.

Em que pese existam doutrinadores, como José Frederico Marques, que defendam que o consentimento exclui tão somente a antijuridicidade, na medida em que as causas de justificação funcionam como tipos permissivos, há figuras penais nas quais o não consentimento do titular do bem jurídico constitui-se como uma parte do tipo penal. Nessas situações, se o titular do bem jurídico consente, há a exclusão da tipicidade do fato, pois em verdade o tipo não se configura por impossibilidade de adequação da conduta à figura penal. (PIERANGELI, 2001, pp. 97-98).

Pierangeli (2001, p. 98) defende que o consentimento exclui a ilicitude unicamente nos delitos em que o único titular do bem jurídico é o aquiesce e que dele pode livremente dispor. Nesse sentido, elenca quatro grupos de delitos nos quais pode haver a exclusão da antijuridicidade, quais sejam: delitos contra bens patrimoniais; delitos contra a integridade física; delitos contra a honra; e delitos contra a liberdade individual.

Ao tratar dos fundamentos da justificação como forma de excluir a antijuridicidade, Welzel (1956, p. 90) estabelece como situações excepcionais: a necessidade, na qual está inserido a legítima defesa e o estado de necessidade; as situações que exigem emprego imediato de força, que abarca autoajuda e a detenção provisionais; e, por fim, o consentimento do lesionado.

Greco (2011, p. 366), adepto a teoria dualista, entende que o consentimento do ofendido pode apresentar dois objetivos diferentes: afastar a tipicidade da conduta; e excluir a antijuridicidade, ou seja, excluir a ilicitude do fato.

Perfilhando essa ideia, Welzel (1959, pp. 98-100) salienta que o consentimento do ofendido pode atuar excluindo o tipo, nos casos em que um atuar contrário a vontade do ofendido constitui o tipo, ou, atuar excluindo a antijuridicidade quando o consentimento funciona como uma causa de justificação, ou seja, um tipo permissivo.

Entretanto, o referido autor acrescenta que o consentimento por si só não pode servir como causa de justificação, pois o mero consentir só é capaz de eliminar o desvalor do resultado e não propriamente o desvalor da ação. Em verdade, o ofendido deve “*conocer el consentimiento y actuar sobre la base de él; sólo bajo este supuesto el hecho es adecuado al derecho*”, ou seja, deve-se atuar sobre a base do consentimento, para que ele se estruture como uma causa da ação.

Nesse contexto, Jakobs (1997, p. 523) salienta que o consentimento como excludente da tipicidade se explica facilmente, pois a realização do tipo depende apenas da configuração de uma relação entre o titular e o seu bem, enquanto que o consentimento como causa de justificação ocorre de forma mais complexa, de modo que se leva em consideração como pressupostos do consentimento justificante:

intervenciones lesivas en la integridad corporal no sólo de carácter incidental (...), así como consentimientos en graves lesiones em actividades deportivas (...), y consentimientos en graves lesiones al honor o limitaciones duraderas de la libertad, entre otras.(JAKOBS, 1997, p. 525-526)

Ademais, o injusto típico depende da vontade do lesionado, sendo que quem consente renuncia a proteção penal. (JAKOBS, 1997, pp. 523-524).

Faz-se pertinente acrescentar que o consentimento quando é dado de maneira genérica, a justificação ocorre de forma a abranger todos os delitos que possam atingir o bem jurídico protegido. Ao revés, quando se trata de um consentimento que se refere a uma modalidade típica específica, a justificação fica restrita.(PIERANGELI, 2001, p. 114).

Segundo Prado (2011, p. 378):

O consentimento do portador do bem jurídico exclui em alguns casos a tipicidade da ação ou da omissão. O consentimento afasta a tipicidade da ação ou da omissão na hipótese de tipos delitivos nos quais se protege, ao lado do bem jurídico, a liberdade de disposição do mesmo.

Acrescenta, ainda, que o consentimento do ofendido:

Exclui a ilicitude nos casos em que o titular do bem jurídico protegido e disponível assente de forma livre. Como justificante, o consentimento do ofendido, elemento extrínseco ao tipo, implica renúncia de tutela de bem jurídico disponível, avalizada pelo Direito positivo (PRADO, 2011, p. 378).

Note-se, que Prado também adere à concepção dualista, já que defende que o consentimento do ofendido é capaz de excluir tanto a tipicidade como a ilicitude.

Essa discussão realizada pelos adeptos da teoria dualista se aplica aos crimes contra a dignidade sexual, de modo que Nucci salienta que se um menor de 14 anos consente manter relação sexual com um sujeito, configura-se um fato típico, porém, é possível que se pugne pela sua antijuridicidade, em razão do consentimento da suposta vítima.

Assim, não havendo violência ou grave ameaça, bem como a prova da existência de plena consciência e compreensão da relação sexual, requisitos estes que serão analisados a seguir, o fato poderá ser considerado atípico ou antijurídico à luz do consentimento do ofendido, a depender da concepção adotada.

3.4 REQUISITOS DO CONSENTIMENTO

Para que o instituto do consentimento do ofendido seja considerado válido e, conseqüentemente, produza efeitos na esfera da punibilidade do suposto agente, faz-se necessário o atendimento de determinados requisitos. Para isso, a doutrina majoritária defende que tal consentimento deve manter-se na esfera disponível da individualidade de cada um, ou seja, o consentimento deve se operar sobre bens disponíveis.

3.4.1 Disponibilidade do bem jurídico

É evidente que somente o titular do bem juridicamente protegido pode dele dispor, como já demonstrado anteriormente. A maior parte da doutrina entende que só é possível a aplicação do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude ou da tipicidade em bens considerados disponíveis. Ocorre que não há norma jurídica que indique quais são os bens jurídicos disponíveis e quais são indisponíveis.

Segundo García (2000, p. 125):

No existe, sin embargo, norma que nos indique qué bienes son disponibles o individuales y, teniendo en cuenta esta clasificación de los bienes jurídicos se realiza en función de las características del sujeto pasivo, esa cualidad se debe determinar, a su vez, en función de cuál sea el interés protegido por la norma.

O referido autor acrescenta, ainda, que o critério de disponibilidade penal deve ser extraído da interpretação do ordenamento jurídico como um todo, sendo que em princípio, serão disponíveis os bens jurídicos que não oferecem uma imediata utilidade social e que o Estado reconhece para garantir ao indivíduo o seu livre desfrute. (GARCÍA, 2000, p. 126).

Na concepção de Nucci (2012, p. 236), só se pode avaliar se um bem ou interesse é disponível ou não, a partir da evolução dos costumes e dos valores sociais, não sendo possível, portanto, enumerá-los numa lista taxativa.

Pode-se concluir que a disponibilidade, em verdade, atua como uma característica inerente ao consentimento do ofendido. Por isso, o consentimento do ofendido só pode gerar efeitos nos bens considerados disponíveis, tendo em vista que somente os titulares desses bens podem dele dispor livremente e, conseqüentemente, resultar na exclusão da tipicidade ou da ilicitude, conforme concluir-se-á no próximo capítulo.

3.4.1.1 Capacidade para consentir

Para que o consentimento do ofendido seja capaz de afastar a responsabilização do agente, faz-se necessário que o titular do bem protegido tenha capacidade reconhecida juridicamente.

Assim, é preciso que o ofendido tenha capacidade natural para consentir, de modo que no momento da prática do fato ele esteja em condições de compreender o significado e as conseqüências de sua decisão. (NUCCI, 2014, p. 240).

Seguindo esse raciocínio, Quiroga (1999, p. 14), ao citar Bacigalupo, salienta que o titular do bem jurídico, ao consentir, deve possuir a capacidade para compreender a situação na qual anui com a disposição do interesse juridicamente protegido.

Note-se que o sujeito consciente seria o potencial sujeito passivo do delito. Nesse contexto, a capacidade de consentir está intimamente ligada ao titular do bem jurídico, que pode ser pessoa física ou pessoa jurídica, de modo que somente este pode impor a sua vontade em dispor do bem.

Em suma, para que o consentimento produza efeitos não basta que ele seja dado pelo titular do bem jurídico. É preciso que ele detenha capacidade jurídica para impor a sua vontade.

Pierangeli (2001, p. 138) entende como critério mais adequado para aferição da capacidade de consentir validamente a idade que a vítima possui, ou seja, a partir de qual idade a suposta vítima tem a capacidade de compreender o fato e conseqüentemente impor a sua vontade, que na sua visão seria aos 18 anos.

Entretanto, há divergência na doutrina acerca de quais indivíduos seriam considerados capazes de consentir validamente. Surgem assim três posicionamentos: a idade para o consentimento seria aos 18 anos, porque é essa a idade fixada pelo Código Civil para o consentimento ser considerado válido e, por isso, seria aplicado no âmbito penal analogicamente; o critério da imputabilidade, em que o consentimento seria válido também aos 18 anos; e há ainda quem entenda que a idade não deveria ser fixada, devendo o juiz analisar a capacidade no caso concreto. (PIERANGELI, 2001, p. 137).

Faz-se mister salientar que em decorrência da legislação brasileira não estabelecer expressamente que o consentimento do ofendido pode figurar-se como causa de exclusão da antijuridicidade, é difícil se fixar uma idade em que o consentimento se torne válido e o titular do bem jurídico possa dele dispor. (PIERANGELI, 2001, p. 136).

Em que pese o legislador tenha estabelecido o patamar de catorze para o estupro de vulnerável, há doutrinadores, como é o caso do autor acima citado, cujo entendimento é no sentido de que a idade em que o consentimento dado será considerado válido é a idade estabelecida para a imputabilidade, ou seja, dezoito anos. (PIERANGELI, 2001, p. 137).

De fato, a maioria da doutrina defende que o menor não possui a capacidade de consentir validamente, por entender que o mesmo não tem condições de compreender as conseqüências que o seu assentimento pode gerar. E, por isso, prefere-se estabelecer a idade de dezoito anos como patamar de validade do consentimento.

Entretanto, não se pode generalizar que em toda e qualquer situação o menor não possui a capacidade necessária para consentir com a disposição de um bem jurídico

que é protegido pelo ordenamento. Em verdade, deve-se analisar as circunstâncias em que o menor se encontra.

No que se refere a interdição e emancipação, há doutrinadores, a exemplo de Grispigni, que entendem que a decisão proferida no âmbito cível gera efeitos no âmbito penal, conduzindo à invalidade do consentimento. Entretanto, alguns doutrinadores, como Pierangeli (2001, p. 139), entendem que nada impede que o Juízo Criminal, no que diz respeito à sua competência, reexamine uma decisão proferida no âmbito Cível, de maneira que ainda que considerado incapaz por sentença proferido pelo Juízo Cível, o Juízo Criminal poderá considerar que o consentimento foi dado validamente.

Nesse sentido, a análise irá depender de cada caso concreto e principalmente de um exame valorativo do momento em que o consentimento foi dado, para se concluir acerca da possibilidade desse consentimento ser válido e conseqüentemente, assumir ou não o seu efeito justificante ou atípico.

3.4.1.2 Consentimento anterior/concomitante à lesão

É pacífico na doutrina que o consentimento não pode ser dado após a realização do ato pelo sujeito ativo. Ele deve ser prestado anteriormente à ação do agente e ser mantido ao longo do exercício da ação. (QUIROGA, 1999, p. 16). Ademais, o consentimento é plenamente revogável.

Não faz sentido que a conduta típica se configure, e só posteriormente o sujeito passivo consinta com ela. Isso, inclusive, é uma forma de proteger o titular do bem jurídico de constrangimentos e chantagens do sujeito ativo.

Nesse sentido, ratifica García (2000, p. 139) que o consentimento dado pelo titular do bem jurídico deve ser atual, ou seja, *“otorgado antes de la comisión del hecho y perdurar durante toda la ejecución del mismo, de forma que pueda ser revocado, en cualquier momento, antes de la consumación del delito”*.

Diante disso, o consentimento dado após a consumação do delito não pode ser considerado eficaz, já que não exerce influência sobre o enquadramento do tipo penal e, conseqüentemente, não é capaz de afastar a responsabilização do agente.

Há uma discussão na doutrina acerca da possibilidade do sujeito passivo consentir durante a realização da ação. Uma parte da doutrina adota o entendimento de que tanto o consentimento dado posteriormente, como aquele fornecido durante a ação, não são aptos a afastar a ilicitude da conduta, por entender que o consentimento só é válido para o futuro. (PIERANGELI, 2001, p. 156).

Entretanto, há outra parcela da doutrina que defende o posicionamento de que se o consentimento for dado no decorrer do fato, mas o evento ainda não se consumou, ele se apresenta como apto à ensejar efeito justificante. (PIERANGELI, 2001, p. 156).

De fato, o consentimento não possui eficácia no sentido de afastar uma responsabilização criminal quando o fato já se consumou, exceto nas situações em que há o perdão do ofendido. Por isso, não é razoável estabelecer que o consentimento não produzirá efeitos em nenhuma hipótese durante o curso da ação, pois nada impede que ele seja considerado no decorrer do fato, até o momento em que o evento efetivamente se consuma. Ademais, no que se refere a possibilidade de revogação do consentimento do ofendido, ele será revogável até a execução do fato, de modo que os atos anteriores são justificados e os posteriores afetados pela ilicitude. (PIERANGELI, 2001, p. 158).

3.4.1.3 Consentimento emanado sem vício

É necessário que o ofendido manifeste a sua vontade livremente de qualquer tipo de vício. Nesse sentido, o consentimento é ineficaz quando for obtido mediante emprego de fraude, violência, intimidação ou ameaça. (PRADO, 2011, p. 378).

Assim, o consentimento deve estar em efetivamente em consonância com a vontade do titular do bem juridicamente protegido, pois se a vontade exteriorizada pelo agente não corresponder ao seu verdadeiro intento, tal vontade restará viciada.

Roxin (1997) leciona que os vícios de vontade só afetam o consentimento, de maneira que o acordo não é afetado por tais vícios. Senão vejamos:

(...) y se considera que la relevancia que en principio tienen los vicios de la voluntad debe afectar sólo al consentimiento, mientras que la eficacia del acuerdo no debe verse influida por ningún tipo de vicios de voluntad (...).(ROXIN, 1997, p. 544).

Segundo a lição de Farias & Rosenvald (2014, p. 652) “o erro ou ignorância é o resultado de uma falsa percepção, noção ou mesmo de falta (ausência) de percepção sobre a pessoa, o objeto ou o próprio negócio que se pratica”. Assim, quando o sujeito passivo consentir em razão de um erro ao qual incorreu, ou seja, uma falsa impressão sobre a realidade, esse consentimento não será considerado capaz de afastar a responsabilização do sujeito ativo.

Cabe salientar que quando o sujeito incorre em erro é por conta própria, pois se houver induzimento a erro por outra pessoa, em verdade, configurar-se-á dolo. Ou seja, o dolo em verdade é “um erro provocado por terceiro”, no qual há o induzimento à prática de um ato. Ademais, o erro e o dolo para afastarem a eficácia do negócio, devem ser essenciais para a sua realização. (ROSENVOLD, 2014, p. 656).

Portanto, o erro e o dolo só serão capazes de macular a eficácia do consentimento do ofendido quando configurarem-se como a principal causa da declaração de vontade viciada, ou seja, o consentimento somente foi concedido em razão do erro ou dolo existente no caso.

Cabe ressaltar que há uma doutrina restritiva que se posiciona no sentido de que nem todos os vícios de consentimento são considerados relevantes para afastar a eficácia do consentimento. Nesse contexto, o consentimento só é considerado ineficaz quando afeta o bem juridicamente protegido, ou seja, quando o agente que consente recai em erro sobre a periculosidade da renúncia ao bem jurídico, pois nesses casos o consentimento não reflete a autonomia e liberdade do seu titular. (ROXIN, 1997, p. 545).

Diante disso, o consentimento será considerado eficaz quando o erro recair somente sobre uma contraprestação já esperada e não diretamente sobre o bem juridicamente protegido. Ocorre que existe uma dificuldade em se estabelecer na prática a eficácia ou não do consentimento em cada caso concreto. (GARCÍA, 2000, p. 140).

Já no que diz respeito a coação, esta é “o fator externo apto a influenciar a vítima no sentido de realizar, efetivamente, o negócio que a sua vontade (interna e livre) não deseja”. (ROSENVOLD, 2013, p. 659). Nesse sentido, a vítima sofre uma intimidação física ou moral que a leva a consentir com a prática da conduta. Assim, tal consentimento também será incapaz de afastar a responsabilização do agente.

García (2000, p. 143) demonstra a necessidade se distinguir o consentimento outorgado mediante violência ou intimidação, daqueles mediante engano, e os outorgados por equívoco ou erro do titular do bem jurídico, para a compreensão das consequências de tais vícios sobre o consentimento.

No que se refere a violência, o consentimento não será considerado eficaz quando a coação for de tal forma que implique na capacidade de compreensão, decisão e execução do titular do bem jurídico. Nesse sentido, diz Garcia (2000, p. 143):

La violencia que hace ineficaz el consentimiento ha de ir dirigida a vencer la voluntad de la víctima, de forma que si ésta está de acuerdo en el uso de la uiolencia, desaparece el poder coercitivo o intimidatorio de la misma y, por tanto, el tipo.

Já em relação a intimidação, quando ela é dirigida a superar a vontade da vítima, resta ineficaz o consentimento. Entretanto, cabe salientar que se a referida intimidação não decorrer do autor e este desconhece tal fato, o consentimento será considerado eficaz. Ademais, para haver o afastamento da eficácia do consentimento faz-se necessário que a intimidação seja qualificada a ponto da ameaça afetar a liberdade de decisão do titular do bem jurídico. (GARCÍA, 2000, pp. 143-144).

Nesse sentido, nem toda ameaça é capaz de excluir a eficácia do consentimento, apenas aquelas que afetem diretamente a liberdade de decisão do titular do bem jurídico. (ROXIN, 1997, p. 551).

Da mesma maneira, se o consentimento for dado em razão de um engano que conduz a um erro no qual incorreu o titular do bem, este estará eivado de invalidade. (GARCÍA, 2000, p. 145). Como já visto, para que seja considerado inválido o consentimento, tal engano deve se dirigir ao bem jurídico e não ser um reflexo exclusivamente de uma contraprestação já esperada, pois caso contrário, o consentimento será válido e eficaz.

Nessa senta, também não é eficaz o consentimento dado em razão de uma simulação da existência de um estado de necessidade que pressupõe a renuncia ao bem jurídico como forma de evitar o dano. (GARCÍA, 2000, p. 45).

Perfilhando esse raciocínio, Roxin (1997, p. 548) assevera que o consentimento será ineficaz quando a vítima é levada a simulação de uma situação semelhante ao estado

de necessidade, sobre a qual deve-se considerar erroneamente a disposição sobre o bem jurídico como necessária para evitar danos.

3.4.1.4 Consentimento não contrário aos bons costumes

No entendimento de Pierangeli (2001, p. 123), a validade do consentimento é analisada a partir da conformação dos bons costumes com o ato de disposição do titular do bem jurídico. Perfilhando essa ideia, Welzel (1959, p. 101) salienta que o consentimento dado pelo ofendido só será eficaz se estiver em conformidade com a moral.

Em que pese haja doutrinadores, a exemplo de Roland Riz, que entendem que o consentimento poderá ser válido ainda que contrário aos bons costumes, sendo capaz, inclusive, de excluir a antijuridicidade, Pierangeli (2001, p. 124) leciona que apenas um consentimento válido, não contrário aos bons costumes, reflete na exclusão da ilicitude do fato.

O ordenamento jurídico brasileiro estipula que o consentimento dado pelo seu titular, no intuito de dispor do seu bem jurídico, será considerado válido desde que não crie um perigo ou dano social, pois o seu titular goza de liberdade de disposição. Note-se que o consentimento só será inválido se atingir as concepções éticas de toda a sociedade, causando-lhes algum tipo de perigo. (PIERANGELI, 2001, pp. 124-125).

O critério estabelecido por Pierangeli (2001, p. 126), a fim de estabelecer se o consentimento é admissível em face dos bons costumes ou não, é a valoração da validade do consentimento em cada caso concreto, para analisar a sua conformidade com os princípios que norteiam a moralidade social vigente à época.

Em que pese haja uma ligação entre o direito e a moral, formou-se a concepção de que o direito não deve tutelar diretamente a moralidade, apesar de muitas vezes já ter tutelado questões ligadas exclusivamente às questões íntimas de cada indivíduo. Daí, há autores, como Bernd Schunemann, que entendem que os bons costumes não devem servir como critério para aferição da validade do consentimento, na medida em que o direito não deve se preocupar com a moralidade e sim com a legalidade. (MINAHIM, 2008, p. 81).

Isso não parece ser o entendimento mais adequado, pois apesar do Direito não poder tutelar exclusivamente as concepções morais dos indivíduos, ele exerce influência na construção da tutela jurídica. Assim, a moral não deve justificar a intervenção estatal a ponto de criar-se uma tutela penal voltada para a sua proteção, mas deve existir uma interseção com o direito penal, podendo servir inclusive como um direcionamento para a interpretação das normas.

3.5 O CONSENTIMENTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A primeira legislação criminal brasileira a tratar do consentimento do ofendido foi o Código Penal de 1890, em seu art. 26⁷. Atualmente, o nosso Código Penal Brasileiro não tutela expressamente o consentimento como causa de exclusão da ilicitude nem da adequação típica, malgrado grande parte da doutrina o defenda nesses sentidos, razão pela qual é considerado uma causa supralegal.

A doutrina majoritária defende que o consentimento do ofendido é uma causa supralegal de exclusão da ilicitude de fatos que atingem bens jurídicos disponíveis por parte dos seus titulares. (TOLEDO, 2012, p. 214).

O consentimento do ofendido pode desempenhar diferentes funções no ordenamento jurídico penal. Há casos em que se apresenta como elemento essencial do tipo, conforme se verifica nos já revogados artigos 217 e 220 do Código Penal; outros em que exclui a tipicidade da conduta por anular o dissenso da vítima, que constitui elemento do tipo, conforme se verifica no artigo 168 do Código Penal; outros há em que se apresenta como causa de exclusão da ilicitude, como é o caso do crime de dano previsto no artigo 163 do Código Penal. (TOLEDO, 2012, p. 214).

Assim, pode-se perceber a intensa influência que o instituto do consentimento do ofendido exerce sobre o Direito Penal, ainda que não esteja previsto expressamente, haja vista que o legislador não tem como prever todas as mudanças capazes de conduzir à excludentes, podendo corroborar em determinadas situação com a descriminalização da conduta e afastamento da responsabilização do agente.

⁷ “Art. 26. Não derimem nem excluem a intenção criminosa: [...] c) O consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite ação criminal”.

4 A VULNERABILIDADE NOS CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Em que pese o legislador tenha considerado que um menor de 14 anos não tem condições de consentir validamente, há determinadas situações em que o consentimento do ofendido irá afastar a vulnerabilidade do caso concreto, de modo a excluir a tipicidade da conduta, ou seja, não restará configurado o crime. Isso porque o adolescente também tem vontade juridicamente relevante, podendo consentir validamente a depender das suas circunstâncias pessoais e caso não haja violência real.

4.1 A VULNERABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O ordenamento jurídico brasileiro atribui aos menores de 14 anos e àqueles que por alguma enfermidade ou deficiente mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por outro motivo, não tem condições de oferecer resistência, à condição de vulnerável. Essa tutela se expressa no tipo penal de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Essa condição de vulnerabilidade foi criada pelo legislador com o intuito de se proteger aqueles que supostamente não possuem a capacidade necessária para a prática de qualquer ato sexual, e, por isso, não seriam capazes de consentir validamente. Portanto, fez-se necessário a criação de uma tutela jurídica a fim de preservar a liberdade sexual dos indivíduos. (PRADO, 2012, p. 831).

Entretanto, essa proteção conferida aos considerados vulneráveis entra em confronto com o próprio ordenamento jurídico penal, haja vista que o Código Penal estabelece um padrão de idade para a proteção do vulnerável e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece outro.

4.1.1 Incongruências entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente

É preciso analisar algumas das incongruências existentes entre o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do tratamento jurídico dado ao menor de idade, já que representa um aspecto capaz de influenciar o conceito de “vulnerabilidade” presente no crime previsto no artigo 217-A do Código Penal.

O primeiro ponto que deve ser abordado é o fato do Código Penal brasileiro ter sido criado em 1940 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Essa diferença de cinquenta anos entre eles já demonstra alterações de convicções e a consequente falta de conciliação em determinados aspectos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança quem é menor de 12 anos e adolescente aquele que tem entre 12 anos e 18 anos de idade, conforme dispõe o seu artigo 2º⁸. Estabelece ainda que, em ambos os casos, a pessoa pode praticar o chamado ato infracional, que é aquele cometido por menores de idade. Nesse caso, aplicam-se as chamadas medidas de proteção aos menores de 12 anos (crianças) e medidas socioeducativas aos adolescentes.

Ao imputar medidas socioeducativas aos adolescentes que cometem algum ato infracional (crimes ou contravenções), o legislador reconheceu certa capacidade de discernimento e compreensão a ele. Conforme estabelece o artigo 112, §3º, do ECA⁹, inclusive os adolescentes doentes ou deficientes mentais estão sujeitos ao recolhimento para tratamento em locais condizentes com a sua situação. Isso demonstra que o adolescente possui relativa compreensão do caráter ilícito de determinados atos, manifestando inclusive sua vontade para praticá-los. (NASCIMENTO, 2009, p. 442).

Desta maneira, não faz sentido atribuir ao adolescente certa capacidade de avaliar o caráter ilícito da sua conduta, como faz o ECA e, ao mesmo tempo, o Código Penal

⁸ “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

⁹ “Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.”

estabelecer que o adolescente com idade entre 12 e 14 anos não possui a capacidade de compreender o ato sexual.

Seguindo essa linha, um adolescente de 13 anos que mantém relação sexual com uma adolescente da mesma idade, por exemplo, será punido perante o ECA por entender o sentido ético da atividade sexual, mas é punido ao mesmo tempo porque a vítima, que possui a mesma idade do suposto infrator, não possui a capacidade necessária para entender o sentido ético do ato de acordo com o Código Penal, havendo, portanto, um paradoxo. (NASCIMENTO, 2009, p. 443).

Além disso, não faz sentido o Código Penal estabelecer como marco da vulnerabilidade a idade de 14 anos, enquanto que o ECA considera que o adolescente (aquele maior de 12 anos) é capaz de compreender as condutas que pratica, a ponto de se submeter a medidas socioeducativas, como forma de responsabilização pela prática do ato infracional.

Diante do exposto, indaga-se: como o ordenamento pode conferir tratamentos distintos, estabelecendo idades diferentes para proteger a mesma coisa, que em tese é o adolescente?

Nessa linha de raciocínio, o Código Penal deveria, em verdade, estabelecer como marco da vulnerabilidade 12 anos e não 14 anos de idade, para se adequar ao que o ECA, que é posterior e especial, disciplina.

Ademais, é necessário também se fazer um juízo de ponderação para avaliar se efetivamente estar abaixo de 14 anos configura uma vulnerabilidade. Isso porque, conforme irá ser demonstrado, existem situações em que essa vulnerabilidade irá ser afastada, de modo a conduzir a exclusão da tipicidade da conduta.

4.2 A (IN)EXISTÊNCIA DA VULNERABILIDADE

No que se refere à vulnerabilidade, de fato o legislador acertou ao priorizar a sua proteção. Entretanto, essa proteção não pode ser encarada de forma absoluta, como a lei se propõe a fazer, pois em verdade o consentimento é capaz de gerar determinados efeitos que levam a sua exclusão no caso concreto.

Com o advento da Lei nº 12.015 e a conseqüente mudança de perspectiva da doutrina e jurisprudência, ao criar o tipo penal do artigo 217-A do CP, passou a prevalecer o entendimento de que tal vulnerabilidade é absoluta, de maneira que em todas as situações em que houver a prática de conjunção carnal ou de ato libidinoso com menor de 14 anos será considerado estupro de vulnerável, independentemente de qualquer circunstância pessoal da suposta vítima.

Ou seja, o legislador penal, ao introduzir o artigo 217-A no ordenamento jurídico, optou por não admitir qualquer tipo de relação sexual mantida com pessoa menor de catorze anos. Entretanto, deve-se ter em mente que a sociedade evoluiu, de modo que em determinados casos um menor de 14 anos tem condições de compreender as conseqüências de um ato sexual, não havendo porque se falar em vulnerabilidade.

Ao disciplinar acerca da vulnerabilidade existente no tipo penal de estupro de vulnerável, Prado (2012, p. 832) explana que:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

Ocorre que nem toda relação sexual mantida por um menor de 14 anos com outro sujeito constitui uma lesão ao bem jurídico ao qual o legislador visa proteger, qual seja, a liberdade sexual do indivíduo. Existem situações em que o menor de 14 anos já tem até mesmo uma vida sexual anterior, sendo capaz de compreender as conseqüências daí advindas, e deseja livremente manter relação sexual com outra pessoa.

O Direito Penal deve se preocupar em acompanhar evolução da sociedade. Nesse sentido, o que se verifica é que cada vez mais os adolescentes estão precoce, principalmente no que se refere a sua sexualidade.

A mentalidade da sociedade atual não é a mesma de 2009, quando a Lei nº 12.015 introduziu o tipo penal de estupro de vulnerável, em que pese haja um lapso temporal de apenas seis anos entre a sua edição e os dias atuais. Contudo, não se pode negar que mesmo nesse curto período a mentalidade dos indivíduos mudam constantemente, e o Direito deve acompanhar tais mudanças.

Pode-se concluir, portanto, que a finalidade do tipo penal de proteger os menores de 14 anos, supostamente vulneráveis em todas as situações, contra relacionamentos sexuais, deve ser revista. Isto porque, há casos em que essa condição de vulnerabilidade não se verifica e a aplicação da norma resta prejudicando, tendo em vista que o caso concreto não se coaduna com a finalidade da norma, pois não se verifica a condição de vulnerabilidade do menor.

Nesse contexto, Nucci (2014, p. 837) defende que, mesmo após a Lei nº 12.015/2009 o ordenamento penal brasileiro, deve tutelar os crimes sexuais de maneira absoluta quando se tratar de menor de 12 anos, mas relativizar as relações mantidas com o maior de 12 anos, pretendendo-se discutir a capacidade do ofendido na análise do caso concreto daqueles delitos cometidos contra quem possua 12 ou 13 anos. E salienta:

Ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. 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. Entretanto, manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos, com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação do art. 217-A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrário, para a tutela obrigatória da boa formação sexual da *criança*. No mesmo prisma, deve-se analisar o grau de enfermidade ou deficiência mental para se analisar se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa. (NUCCI, 2013, p. 990).

Perfilhando esse entendimento, Bianchini & Gomes (2015, p. 371) salientam que a vulnerabilidade do adolescente seria relativa, sob a justificativa de que estes já estariam sujeitos às medidas socioeducativas dispostas pelo ECA ao praticarem condutas ilícitas, e, portanto, teriam certa capacidade de compreender as consequências das suas escolhas.

Em verdade, não se busca relativizar o conceito de vulnerabilidade, em contrapartida ao que propõe os doutrinadores supracitados, pois a vulnerabilidade é um conceito legal, diferentemente da presunção de violência anteriormente existente no ordenamento jurídico penal, que poderia ser relativa ou absoluta. O conceito de vulnerabilidade estará ou não presente no caso concreto a depender das condições pessoais em que se encontra a suposta vítima.

Os que aderem à proposta da Lei de que a vulnerabilidade é absoluta, sendo digna de proteção em todas as situações, defendem que o intuito do legislador com a criação da já citada Lei nº 12.015/2009, é principalmente proteger os menores de idade da prostituição infantil, que afronta comumente as camadas mais necessitadas da sociedade. (NASCIMENTO, 2009, p. 440).

É claro que a proteção ao vulnerável, que a Lei nº 12.015/09 propõe, é indispensável no ordenamento jurídico, haja vista a exploração sexual infantil que assola o nosso país e a impunidade que muitas vezes livra os agentes de uma punição (RIBEIRO, 2009, p. 15). Contudo, não se pode generalizar todas as situações como violentas, pois existem relações que não se inserem nesse âmbito.

Nesse sentido, adotar o posicionamento de que basta que o sujeito ativo seja menor de 14 anos na relação sexual para a configuração da vulnerabilidade e consumação do estupro de vulnerável, significa ignorar a própria realidade dos fatos e a evolução constante da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

Logo, o legislador, conforme saliente Nascimento (2009, p. 430), “não pode generalizar toda e qualquer situação como violenta, por consequência de uma ficção jurídica”. É preciso analisar, caso a caso, a existência ou não da condição de vulnerabilidade.

4.2.1 O entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores relativo aos crimes praticados contra vulneráveis sob a vigência da lei 12.015/2009

Atualmente, o entendimento que prevalece nos Tribunais Superiores acerca do delito de estupro de vulnerável é no sentido de que basta a configuração da condição objetiva de vulnerabilidade, qual seja, ser menor de 14 anos, resta caracterizado o crime de estupro de vulnerável, independentemente de haver emprego de violência, grave ameaça ou consentimento da suposta vítima.

Pode-se verificar tal entendimento na ementa proferida pelo Superior Tribunal de Justiça a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VÍTIMA MENOR DE 14

ANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO A QUO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do réu, que praticou conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima.

2. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência, grave ameaça ou suposto consentimento da vítima para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal.

3. Observância à jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal que se impõe (princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas).

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1515834 / MT AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2015/0033845-2/ Ministro: SEBASTIÃO REIS JÚNIOR/ Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA/ Data de julgamento: 21/05/2015/ Data de publicação: DJe 01/06/2015) (Grifos no original).

Para perceber que esse entendimento é reiterado, colaciona-se outra jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que também coloca a vulnerabilidade como uma condição objetiva, que independe de violência ou grave ameaça:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVADE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENORDE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há falar em violação do princípio da colegialidade, uma vez que a decisão monocrática foi proferida com fundamento no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso quando manifestamente improcedente ou em confronto com jurisprudência dominante deste Tribunal Superior.

2. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp 1435416 / SC / AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2014/0036126-3/ Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA/ Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA/ Data de julgamento: 14/10/2014/ Data de publicação: DJe 03/11/2014) (Grifos no original).

Cabe destacar que a intenção do legislador ao criar o tipo penal do artigo 217-A do

Código Penal foi justamente acabar com a antiga discussão a respeito de presunções relativas e absolutas, criando um dado objetivo, que é a vulnerabilidade. No entendimento do legislador e da jurisprudência, essa vulnerabilidade não há como ser flexibilizada.

Isso demonstra, inclusive, que os tribunais estão recrudescendo o entendimento que já haviam adotado anteriormente acerca da relativização da presunção quando se referia ao menor de 14 anos e maior de 12 anos de idade, conforme visto no primeiro capítulo do presente trabalho.

Em que pese o entendimento dos Tribunais Superiores serem nesse sentido, não é razoável imputar um delito a alguém, no qual se cominará uma pena privativa de liberdade com base apenas em uma condição objetiva, que é uma condição etária.

O consentimento dado pelo suposto ofendido, quando comprovada a sua capacidade para tal deve sim ser elemento a influenciar na decisão do juiz, pois o Estado não pode intervir na esfera de disponibilidade do indivíduo a fim de cercear a sua liberdade de titular do bem jurídico.

4.3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO E A VULNERABILIDADE

Em que pese a letra da lei não admitir o consentimento válido do menor de 14 anos, nota-se que é necessário fazer um juízo de valor e análise dos fatos presentes no caso concreto, da mesma forma que nos casos de enfermidade ou de deficiência mental. Sendo possível, nesse contexto, que tal consentimento conduza à exclusão da tipicidade ou da ilicitude a depender da concepção adotada, se monista ou dualista.

Obviamente que, na maioria das situações, o menor de 14 anos efetivamente encontra-se em uma situação de vulnerabilidade, sendo passível de manipulação e, de fato, faz-se necessária sua proteção jurídica. Entretanto, não se pode generalizar tal situação, de modo a depender apenas de uma condição objetiva para a configuração da vulnerabilidade e, conseqüentemente, do tipo penal de estupro de vulnerável.

Haja vista que a finalidade do Direito Penal é impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade, é possível a aplicação do instituto do consentimento do ofendido no supracitado tipo. Isso porque não parece plausível generalizar todas as situações em que há relações com um menor de 14 anos como sendo um estupro de vulnerável, já que há casos em que o suposto vulnerável consente com o ato e tem condições de compreender a situação.

Nesse cenário, cabe salientar a lição de Andrade (1991, p. 191) no sentido de que:

é hoje consensual, tanto entre os defensores da unificação como entre os adeptos do paradigma dualista, o dogma de que é a autonomia pessoal ou a liberdade geral de ação constitucionalmente assegurada que constitui a matriz axiológica e normativa do consentimento.

Isso significa que o instituto do consentimento do ofendido é um reflexo da autonomia e da liberdade assegurada pelo ordenamento. Portanto, o legislador não deve limitar tal liberdade, haja vista que o poder de disposição de um bem jurídico é a sua própria expressão.

Nesse sentido, como no estupro de vulnerável se pretende proteger aquele que não possui o necessário discernimento para a prática do ato sexual, na hipótese do “vulnerável” consentir, de forma livre e consciente, é possível haver o afastamento da tipicidade, já que se trata de um delito em que o legislador além de proteger o bem jurídico, também protege a sua liberdade de disposição.

A grande questão é que o legislador penal não estabeleceu exatamente o que seria, de fato, ter capacidade válida para consentir, havendo apenas uma discussão na doutrina acerca dessa capacidade, haja vista que há quem defenda que a capacidade se adquire aos 18 anos por uma analogia ao Código Civil, outros que também defendem a idade de 18 anos, mas por conta da imputabilidade estabelecida pelo legislador e, por fim, aqueles que defendem que a aferição desta capacidade deve ser auferida em cada caso concreto, conforme já apontado no item 3.4.1.1 do terceiro capítulo.

Diante disso, apenas o maior de 18 anos teria a necessária capacidade de discernimento capaz de validar o seu consentimento para dispor do bem jurídico tutelado pelo legislador penal.

Ao lecionar acerca do tratamento jurídico conferido ao tipo penal do estupro de vulnerável, Prado (2012, p. 832) salienta que

(...) configura o delito em análise a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois 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 sua consentimento, não tendo ele nenhuma relevância para fins de tipificação do delito.

Ocorre que, apesar do intuito do legislador ter sido de proteger o vulnerável em toda e qualquer situação, não se pode fazer essa generalização. Há casos em que a condição de vulnerabilidade não se configura, pois a suposta vítima de fato tem capacidade de discernimento sobre a sua liberdade sexual e o ato não representa nenhuma ofensa a sua dignidade, sendo desprovido de qualquer violência.

O legislador apenas estabeleceu esse critério cronológico para imputar de forma absoluta o enquadramento no tipo penal. Entretanto, não conceituou o que seria exatamente essa capacidade para consentir, que vai muito além de uma questão simplesmente cronológica. Nesse sentido, não há como se estabelecer que toda e qualquer pessoa por ser menor de 14 anos supostamente não tem capacidade para expor o seu consentimento diante de práticas sexuais.

Greco (2010, p. 523) leciona que a prática do ato sexual mediante consentimento da vítima, no dia do seu aniversário, em que complete catorze anos, faz com que o ato seja considerado atípico. Mas e o ato sexual consentido, praticado pelo menor de catorze anos, será que tem o condão de excluir a tipicidade ou a ilicitude da conduta?

Note-se que no delito de estupro de vulnerável também há de se falar no enquadramento do instituto do consentimento do ofendido. Nesse sentido, não havendo violência ou grave ameaça, bem como a prova da existência de plena consciência e compreensão da relação sexual, o fato poderá ser considerado atípico ou antijurídico à luz do consentimento do ofendido.

Vai haver uma relação sexual consentida, com alguém que tem condições de expor a sua vontade em praticar o ato, e, portanto, tem capacidade de consentir, não havendo violência ou grave ameaça real na conduta. E isso é um fato atípico, pois há uma desconstrução do conceito de vulnerabilidade no caso em questão.

Em outras palavras, desde que presente requisitos que demonstrem a capacidade do menor de 14 anos de compreender as consequências do seu ato, restará comprovada

que não existe efetivamente vulnerabilidade na conduta e, conseqüentemente, não haverá enquadramento no tipo penal.

Nesse sentido, leciona Greco (2011) que o consentimento do ofendido irá gerar diferentes efeitos a depender do tipo penal. No que se refere aos delitos contra a dignidade sexual, “se a mulher consente na relação sexual, não se poderá cogitar em tipicidade da conduta daquele que com ela mantém conjunção carnal”. (GRECO, 2011, p. 367).

A partir do momento em que se entende que em razão do consentimento dado pela suposta vítima a vulnerabilidade não resta configurada no caso concreto, seguindo o raciocínio de Roxin (1997), a conduta deixará de ser um comportamento proibido penalmente. Seguindo esse entendimento, Bianchini & Gomes (2015, p. 371) asseveram que “quando se trata de bem jurídico disponível (mas não tendencialmente vital) e a vítima consente validamente, há exclusão da tipicidade material”.

Andrade (1991, pp. 178-179), ao tratar do consentimento, leciona que:

São fundamentalmente dois os tópicos privilegiados pelos autores em abono da tese de que o consentimento retirara a conduta o carácter de lesão tipicamente relevante, neutralizando o seu sentido de indiciador da ilicitude: enquanto uns põem a tônica na área de tutela, questionam outros, de forma mais radical, o próprio conceito de lesão. O consentimento, sustenta-se de um lado, coloca o bem jurídico fora da área de tutela da norma penal: em caso de consentimento não é possível referenciar superfícies idôneas de agressão (tauglichen Angriffsfläche) expostas as formas de accção tipicamente relevantes. Um argumento de índole, prima facie, prevalentemente formal-sistemático mas a que a ideia de renúncia ao bem jurídico (Rechtsgutsverzicht), a que anda normalmente associado, empresta a necessária dimensão material-substantiva.

Desse modo, o consentimento é capaz de afastar a tipicidade da conduta quando inexistir lesão penalmente relevante ao bem jurídico, do qual o titular desejou dispor, de maneira a não colocar tal conduta fora da área de tutela penal.

Ademais, o consentimento constitui um reflexo da renúncia ao bem jurídico, estando fundado na ideia de que “mediante a faculdade de disposição sobre os bens disponíveis que lhe é reconhecida, o indivíduo pode afastar a ocorrência do desvalor de resultado.”. (ANDRADE, 1991, p. 179).

É de se concluir, portanto, que há situações em que o consentimento dado pelo indivíduo será capaz de afastar a sua condição de vulnerabilidade, por encontrar-se na sua esfera de disponibilidade, de modo a excluir a tipicidade, já que não mais

haverá um ajustamento da conduta com a norma penal incriminadora prevista no artigo 217-A do Código Penal.

É preciso ter em mente que o Direito Penal é a última *ratio*. Nesse contexto, não se pode criminalizar toda e qualquer conduta que envolva a prática de atos sexuais com um menor de 14 anos, de modo que os princípios também corroboram com esse entendimento, conforme se verá a seguir.

4.3.1 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pressupõe que se tenha uma pena coerente ao delito cometido, com o intuito de que o agente responda na justa medida da sua ação.

Bitencourt (2013, p. 69) salienta que “exige-se a proporcionalidade entre a gravidade do perigo e a lesão que se pode produzir para salvar o bem pretendido”.

Em outras palavras, deve haver um juízo de ponderação para se avaliar o equilíbrio entre a conduta na qual se atinge um determinado bem e a cominação legal a ela aplicada, para que a pena imposta ao delito seja proporcional à sua concreta gravidade. (GRECO, 2011, p. 75).

O supracitado princípio se subdivide em três vertentes: adequação ou idoneidade, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa que a sanção deve ser uma expressão da finalidade pretendida pelo legislador, enquanto que a necessidade refere-se ao meio necessário menos gravoso para se alcançar a finalidade pretendida. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, representa a proibição de qualquer excesso, devendo haver um nexo valorativo entre a conduta e a cominação legal. (PRADO, 2011, pp. 150-151).

Nessa senta, “a pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.”. (PRADO, 2011, p. 151). Isso porque, como já dito anteriormente, a prisão constitui a última medida a ser adotada.

Diante do princípio da proporcionalidade, não parece razoável incriminar um namorado que mantém um relacionamento com uma menor de 14 anos, que tem

condições de consentir validamente, de modo a impor o seu desejo em se relacionar, havendo até mesmo anuência dos pais.

Do mesmo modo, impedir que um deficiente mental que tem o mínimo discernimento a ponto de consentir validamente, se relacione com outra pessoa, que não exerce nenhum tipo de manipulação sobre ele, também não condiz com a razoabilidade que deve ser auferida em cada caso concreto.

4.3.2 Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade

É pacífico que o Estado só deve atuar em situações nas quais faz-se indispensável a sua proteção, haja vista que só deve haver a criminalização de condutas que ofendam efetivamente bens jurídicos relevantes. E isso configura um reflexo do princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima, também chamado de princípio da subsidiariedade, na lição de Bitencourt (2013, p. 54), revela-se como última *ratio* a ser utilizada pelo legislador penal, de modo que “a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.”.

Nesse sentido, o legislador penal só pode atuar quando os demais meios extrapenais se revelem insuficientes à proteção de determinado bem jurídico, de maneira que necessite de uma efetiva repressão em virtude da sua importância perante a sociedade. (BITENCOURT, 2013, p. 54).

Em outras palavras, a proibição penal por meio de imposição de pena privativa de liberdade só se fundamenta quando não for possível a utilização de outro meio menos gravoso, tais como uma responsabilização no âmbito civil ou uma responsabilização como contravenção penal.

Prado (2011, p. 148) defende que “a intervenção da lei penal só poderá ocorrer quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade – como última *ratio legis* -, ficando reduzida a um mínimo imprescindível.”. Desse modo, o Direito Penal só deve atuar quando for imprescindível a proteção de um determinado bem jurídico para a manutenção da ordem social.

Ademais, cabe salientar que há ainda o princípio da fragmentariedade, que representa um corolário do princípio da intervenção mínima, por meio do qual o Direito Penal revela o seu caráter fragmentário. Isso significa que “o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.”. (BITENCOURT, 2013, p. 56).

O princípio da intervenção mínima, conforme salienta Greco (2011, p. 47), “é o responsável, não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização”. Em suma, o Direito Penal só deve atuar quando os demais ramos do Direito não se mostrarem suficientes para a proteção de bens jurídicos considerados relevantes e necessários ao convívio em sociedade. (GRECO, 2011).

No contexto do estupro de vulnerável, de fato, é indispensável a tutela jurídica penal como forma de proteger os menores de 14 anos contra abusos sexuais e manipulações que ofendam a sua dignidade sexual. Contudo, partindo do princípio da subsidiariedade, há situações em que a proteção jurídica do legislador em relação aos considerados vulneráveis resta flexibilizada. Isso ocorre quando o menor ou deficiente mental tem condições de consentir validamente com uma relação sexual. Nessas situações, não se justifica a intervenção estatal no sentido de punir criminalmente aquele que mantém relações com o sujeito passivo.

Isso porque, como o suposto vulnerável encontra-se na sua plena capacidade de consentir, não havendo violência, grave ameaça, nem vícios que afetem o seu consentimento, não há porque o Estado intervir nessa esfera em que o titular do bem jurídico deseja dispor dele, a ponto de incriminar o sujeito ativo da relação, que por sua vez, agiu de maneira coerente, não exercendo nenhum tipo de manipulação sobre o sujeito passivo.

4.3.3 Princípio da adequação social

O princípio da adequação social foi introduzido no Direito Penal por Hans Welzel e consiste no atendimento àquilo que a sociedade entende como correto, servindo como meio de interpretação dos tipos penais, uma vez que conduz a exclusão de

comportamentos socialmente aceitos da sua estruturação, de modo a repercutir na exclusão da tipicidade da conduta.

Welzel (1956, p. 63) leciona que “*Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas*”.

De acordo com Prado (2011, p. 153), “apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.

Conforme expõe Toledo (2012, p. 132), o princípio da adequação social “exclui desde logo a conduta em exame do âmbito de incidência do tipo, situando-a entre os comportamentos *normalmente permitidos*, isto é, materialmente atípicos”. Ou seja, o referido princípio conduz a exclusão da tipicidade de determinadas condutas consideradas socialmente adequadas. Nesse sentido, a partir do momento que a sociedade entende que determinado comportamento é visto como “normal”, estando de acordo com os ditames do “homem médio”, a conduta, que a princípio se enquadraria no tipo penal, pode ser considerada como atípica.

Nesse contexto, pode-se inserir a condição de vulnerabilidade nos crimes sexuais, de modo que o ato de manter relação sexual com um menor de 14 anos, a depender das condições, essencialmente quando há o seu consentimento, faz com que a vulnerabilidade seja afastada. Consequentemente, isso implica na exclusão da tipicidade da conduta, já que a inexistência de vulnerabilidade fará com que não haja adequação da conduta ao modelo abstratamente previsto no artigo 217-A do Código Penal.

Nesse cenário, em que o intuito do legislador foi no sentido de que mesmo a relação consentida é tida como estupro pelo artigo 217-A do Código Penal, é de suma importância inserir o princípio da adequação social no que tange à atipicidade, já que por ele, o magistrado poderá absolver o suposto réu quando inexistir violência ou abuso sexual, a partir da análise do caso concreto. (RIBEIRO, 2009, p. 3).

É de se destacar, conforme dispõe Bitencourt (2013, p. 57), “que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente

irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica”. Daí, se conclui que não havendo o conteúdo típico do injusto em determinada situação, restando flexibilizada a condição de vulnerabilidade, falar-se-á em exclusão da tipicidade material.

Cabe salientar que Andrade, ao mencionar Roxin, afirma que ele privilegia condutas típicas que correspondem ao desejo do titular do bem jurídico, resultando em uma adequação aos padrões de normalidade social. (ANDRADE, 1991, p. 184).

O mais prudente é partir da análise do caso concreto, por meio do qual se alcançará a solução mais congruente a ser dada ao caso, sempre avaliando-se os costumes e os comportamentos da sociedade. Ou seja, deve-se sempre se atentar ao princípio da adequação social no momento de avaliar a tipicidade e ilicitude do caso, já que através de tal princípio, o magistrado pode absolver o suposto Réu quando inexistir violência ou abuso sexual, por ela estar consonância com os comportamentos socialmente aceitos, como por exemplo, em situações nas quais envolve relação sexual mantida entre um menor de 14 anos com o seu namorado de 18 anos.

4.3.4 Critérios para aferição da capacidade de consentir

Muito se discute na doutrina o que é essa capacidade de consentir. Como já visto anteriormente, no capítulo que abordou o instituto do consentimento do ofendido, há quem defenda que o indivíduo adquire a capacidade de consentir com 18 anos, por um analogia ao Código Civil; outros, que seria 18 anos porque é o marco estabelecido para a imputabilidade; e, por fim, há ainda os que defendem que essa aferição deve ocorrer no caso concreto.

O fato do legislador estipular apenas a idade para a imputabilidade, qual seja, 18 anos não resolve o problema da capacidade de consentir. Isso porque, ainda que se adote esse critério da imputabilidade, resta controverso quando comparado com o artigo 217-A do Código Penal, já que o referido dispositivo estabelece a idade de 14 anos como marco da vulnerabilidade e, conseqüentemente, da expressão do consentimento.

Em que pese o legislador penal não tenha elencado o que seria essa capacidade efetivamente, é indispensável esse estabelecimento, a fim de se aferir em que situações a condição de vulnerabilidade irá ser flexibilizada.

Na lição de Garcia (2000, pp. 132-133):

Como regla general, la doctrina estima suficiente la capacidad natural, es decir, la capacidad de entender y querer suficientes para comprender la transcendencia de la decisión por medio de la cual se renuncia a la protección penal del bien jurídico y el alcance de la intervención sobre el mismo, lo cual debe ser comprobado caso por caso por el Juez.

Desse modo, a capacidade de consentir está ligada com a capacidade de compreender as consequências da decisão pela qual se renuncia a proteção jurídica, devendo ser comprovado pelo juiz em cada caso concreto.

Diante disso, é necessário que se criem critérios para que o magistrado possa aferir a existência ou não de capacidade para consentir do suposto vulnerável caso a caso.

Nesse contexto, é de suma importância a avaliação feita por um psicólogo especialista que tenha condições de avaliar as condições em que a relação sexual entre o sujeito ativo e passivo ocorreu. Isso porque, é preciso que se analise se o suposto vulnerável incorreu em algum vício de consentimento; se o sujeito ativo atuou de maneira a manipulá-lo; e se o suposto vulnerável tinha condições de compreender as consequências de um ato sexual.

Além disso, é possível que o Direito Penal se valha de peritos assistentes para definir esse conceito de vulnerabilidade, como já deveria ser feito em outras tantas expressões que o Código Penal traz, como por exemplo quando ele se refere a personalidade do agente quando ele fala da aplicação da pena, bem como o conceito de imputabilidade, que exige o exame de incidente de insanidade penal. O juiz não tem essa capacidade técnica e precisa de um perito assistente para a análise desses conceitos que são psicológicos e não penais propriamente dito.

Nesse cenário, cabe salientar a lição de Andrade (1991, p. 184) na qual o autor do consentimento acaba por representar uma auto realização responsável, tendo em vista que somente ele pode decidir acerca do seu bem.

Busca-se, assim, uma aplicação da penalidade da maneira mais justa possível, haja vista que não parece razoável que o juiz decrete a privação de liberdade de alguém quando sua conduta não oferecer nenhuma ofensa propriamente dita a um bem

jurídico.

5 CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi visto e discutido acerca do conceito de vulnerabilidade à luz do consentimento do ofendido, percebeu-se uma mudança de paradigmas nos delitos sexuais, de maneira que o legislador deixou de tutelar os crimes contra os costumes para tutelar os crimes contra a dignidade sexual. Conseqüentemente, houve uma mudança no enfoque do bem jurídico protegido, que passou a ser a dignidade sexual dos indivíduos, deixando de lado questões exclusivamente morais e éticas. A referida mudança representou um avanço do Direito a fim de acompanhar a evolução da sociedade, que ocorreu por meio da Lei nº 12.015/2009.

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, o legislador pretendeu encerrar a discussão existente na doutrina e nos tribunais acerca da natureza jurídica da expressão “presunção de violência”, que era anteriormente adotada, mas que foi revogada pela nova Lei, criando-se em contrapartida, a condição de vulnerabilidade. No que se refere à vulnerabilidade, a intenção do legislador foi no sentido de que basta que o ato sexual seja mantido com um menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que não pode oferecer resistência, para que essa condição se configure e seja digna de punição.

Busca-se justamente desconstruir a ideia de que a condição de vulnerabilidade é inerente a toda e qualquer situação, defendendo-se a possibilidade da sua flexibilização por meio do instituto do consentimento do ofendido, a depender do caso concreto.

Para isso, discutiram-se as diferentes concepções acerca do instituto do consentimento do ofendido, que são a monista e a dualista, a fim de se analisar a aplicabilidade do referido instituto ao delito de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, bem como os seus possíveis efeitos, quais sejam: exclusão da tipicidade ou exclusão da ilicitude.

A concepção que prevalece acerca do consentimento do ofendido é a chamada concepção dualista, na qual ora o consentimento irá atuar na exclusão da tipicidade, ora na exclusão da ilicitude. Ocorre que, a partir da compreensão aprofundada do instituto, percebe-se que, em verdade, o instituto irá atuar na exclusão da tipicidade da conduta, isso porque o bem jurídico é expressão da sua própria titularidade, de

modo que o seu titular deve possuir a liberdade de dele dispor livremente. Portanto, o consentimento do ofendido se aplica aos chamados bens disponíveis, cuja disposição se encontra a favor do livre desejo do seu titular, já que a finalidade do Direito Penal é justamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade, e não, impedir que o sujeito haja de acordo com os seus desejos quando não oferecer risco a si mesmo nem a outrem.

Desse modo, o Direito Penal como a última *ratio* do sistema jurídico, não pode punir situações em que não haja efetivamente lesão a um bem jurídico, havendo, ao revés, apenas o livre exercício de disposição pelo titular do bem jurídico.

Entretanto, para que ocorra a sua aplicação, faz-se necessária a existência de requisitos, dentre os quais se destacam: capacidade para consentir validamente; consentimento anterior/concomitante à lesão; consentimento emanado sem vício; consentimento não contrário aos bons costumes.

Em que pese não haja previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro do instituto do consentimento do ofendido, verificam-se os seus efeitos no Direito Penal, podendo sim ser aplicado ao ordenamento brasileiro.

Parte-se também para o estudo dos princípios da proporcionalidade, intervenção mínima e da adequação social como meios aptos a excluïrem a tipicidade da conduta e, conseqüentemente, promover o afastamento das penalidades cominadas pelo Direito Penal nas situações em que a condição de vulnerabilidade não se verifica.

É notável a incongruência existente entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Penal no que diz respeito à proteção jurídica concedida adolescente, já que o ECA estabelece a faixa etária de 12 anos para ser considerada criança, enquanto que o Código Penal estabelece como marco de vulnerabilidade a idade de 14 anos. Diante disso, o correto seria que o legislador estabelecesse como marco da vulnerabilidade, a idade de 12 anos e não de 14 anos, já que o ECA é lei especial e posterior quando comparado ao Código Penal.

Malgrado o entendimento dos Tribunais Superiores seja no sentido de que a vulnerabilidade é uma condição objetiva, que quando presente enseja a configuração do delito de estupro de vulnerável, independentemente de consentimento da suposta vítima e do emprego de violência ou grave ameaça, não se pode generalizar tal fato, haja vista que haverá hipóteses nas quais essa condição não irá existir no caso

concreto. Desse modo, generalizar todas as hipóteses em que se matem relação sexual com um menor de 14 anos significa ignorar a própria realidade dos fatos e a evolução constante da sociedade e, conseqüentemente, do Direito.

É justamente o instituto do consentimento que flexibiliza essa condição de vulnerabilidade, juntamente com outras causas, tais como a inexistência vício no momento em que o consentimento é dado, bem como a existência de capacidade para consentir validamente. Para isso, faz-se necessário o estabelecimento de critérios para aferição dessa capacidade para que o juiz possa se valer ao analisar o caso concreto, tais como a avaliação realizada por um psicólogo especializado e nomeação de um perito assistente, já que o legislador não estabeleceu o que seria, de fato, esta capacidade para consentir.

Por fim, conclui-se que o consentimento do ofendido poderá ser aplicado ao delito de estupro de vulnerável, fazendo com que a conduta não se amolde ao tipo penal do art. 217-A pela ausência da condição de vulnerabilidade no caso concreto, sendo, portanto, atípica.

Diante do exposto, percebe-se que o conceito de vulnerabilidade deve ser aferido em cada caso concreto, podendo ser flexibilizado por meio do instituto do consentimento do ofendido, quando presentes requisitos pessoais que atestem a sua inexistência.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1991.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Revista Liberdades, n. 1, São Paulo, maio – agosto, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.
_____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
_____. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
_____. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. v.1.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.
- BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1941.
- BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1890. (REVOGADO).
- BRASIL. **Lei 12.015**, de 7 de agosto de 2009. Brasília, DF, 7 ago. 2009. Altera a legislação penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 17 nov. 2014
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 81268. Paciente.: Edilson Jesus Xavier de Souza. Impetrante.: Murilo Lima Delgado. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DJ16 de nov. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%29%2881268%2E+OU+81268%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nmgqj88>>. Acesso em: 18 nov. 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 953805. Recorrente : Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido : Francisco Luís Martins da Silva. Relator : Min. Rogerio Schietti Cruz, DJ 10 mar. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34069431&num_registro=200701134154&data=20140310&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. Relator: Min. OG Fernandes. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: C N DE A. Brasília, DJ 28 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=978227&num_registro=200400366665&data=20100628&formato=PDF>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC101035/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 25 a 29 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo606.htm>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1515834 / MT. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DJ 01 de jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estupro+de+vulner%E1vel+e+consentimento+do+ofendido&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1435416 / SC. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Brasília, DJ 03 nov. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38596926&num_registro=201401060552&data=20140916&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial. 10. ed. São Paulo:Saraiva, 2012. v.3.

CAVICHIOLO, Anderson. **Lei n. 12.015/2009: as consequências jurídicas da nova redação do artigo 213 do Código Penal brasileiro**. Boletim Científico, Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, ano 7, n. 28/29, julho/dezembro. 2008. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-28-e-29/lei-n.-12015-2009-as-consequencias-juridicas-da-nova-redacao-do-artigo-213-do-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

FAVARETO, Ivete M. Ribeiro. Violência presumida. **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 50, Jurisprudência, jan. 1997.

GARCÍA, Maria José Segura. **El consentimiento del titular del bien jurídico em derecho penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **A presunção de violência nos crimes sexuais**. Ano 4. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1996. n. 16.

_____; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v.3.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v.1.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción: Joaquin Cuello contreras/ José Luiz Sereano Gonzalez de Mirillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 1997

JESUS, Damásio de. **Vítima vulnerável do crime de estupro**. Revista LEX do Direito Brasileiro. n. 46, São Paulo: LEX, jun/ago, 2010.

JORGE, Paulo César Bandeira de Melo. **Os novos tipos penais estupro e estupro de vulnerável (Lei nº 12.015/2009): principais alterações**. 2010. Artigo científico - EMAB (Escola de Magistrados da Bahia). Salvador, 2010.

MEIRA, David Sento Sé. **Presunção de Violência nos Crimes Sexuais: ofensa constitucional**. 2009. Monografia. (Pós Graduação em Ciências Criminais) – JusPodivm, Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. **IX Revista do CEPEJ**. Salvador: Revista do CEPEJ, 2008, P. 63-82.

NASCIMENTO, Santiago Fernando do. **Análise crítica da presunção de violência nos crimes sexuais**. Ano 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.880.

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

_____. **Código Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1.

_____. _____. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.2.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. ***El consentimiento em el derecho penal***. Madrid: DYKINSON, 1999.

RIBEIRO, Fábio José Pereira. **A relação sexual consentida com a adolescente menor de 14 anos**. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. vol.1

ROXIN, Claus. ***Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico***. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. ***Derecho penal. Parte general. Yomo I: fundamentos. la estructura de la teoría del delito***. Trad. da 2. ed. alemã: Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia e Javier de Vicente Remsal. Madrid: Civitas, 1997.

SANDEVILLE, Lorette Garcia. Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico. **Boletim IBCCRIM** – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 25, jan. 1995.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a última *ratio* de proteção de bens jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 53, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal: parte general***. Traducción de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.