

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS - FEMA
INSTITUTO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE ASSIS - IMESA**

GABRIEL GOMES DAGUANO

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA
COMO CAUSA RELATIVA DE VULNERABILIDADE**

**Assis/SP
2017**

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS - FEMA
INSTITUTO MUNICIPAL DE ENSINO SUPERIOR DE ASSIS - IMESA**

GABRIEL GOMES DAGUANO

**O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA
COMO CAUSA RELATIVA DE VULNERABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^a. Maria Angélica Lacerda Marin

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

D128e DAGUANO, Gabriel Gomes

O estupro de vulnerável e o consentimento da vítima como causa relativa de vulnerabilidade / Gabriel Gomes Daguano. -- Assis, 2017.

117p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientadora: Ms.Maria Angélica Lacerda Marin

1.Estupro 2.Vulnerabilidade-vítima

CDD 341.55512

GABRIEL GOMES DAGUANO

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COMO CAUSA
RELATIVA DE VULNERABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino
Superior de Assis – IMESA e a Fundação
Educativa do Município de Assis - FEMA como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

_____/___/_____
Prof.

_____/___/_____
Prof.

DEDICATÓRIA

A minha família, principalmente aos meus irmãos Felipe, José Eduardo e André, que sempre me animaram e incentivaram sobre o Direito e a ser uma pessoa justa e responsável. Também dedico essa obra aos meus amigos, que acompanharam minhas batalhas ao longo desses cinco anos de curso.

AGRADECIMENTOS

Aos professores e funcionários da Fundação Educacional do Município de Assis, como também ao meu chefe de estágio Roldão Valverde, por fazerem me apaixonar, ainda mais, pelo mundo jurídico.

“O advogado pouco vale nos tempos calmos; o seu grande papel é quando precisa arrostar o poder dos déspotas, apresentando perante os tribunais o carácter supremo dos povos livres.”

Rui Barbosa

RESUMO

A finalidade do direito penal é prevenir que ocorra lesão efetiva aos cidadãos de nosso ordenamento jurídico, mantendo a ordem e a boa convivência entre eles. Entretanto o texto de lei nem sempre corresponde ao que ocorre em sociedade ou, ainda, ao subconsciente da população, assim, aplica-se uma penalidade exagerada e sem fundamento. É o que acontece com os casos de estupro de vulnerável, onde o Direito Penal visa punir qualquer ato sexual contra os menores de catorze anos, portadores de enfermidade ou doença mental ou, ainda que de forma diversa, não poderia consentir com o ato. Tal pensamento recai sobre a teoria absoluta, vertente que não se importa com a subjetividade do delito, mas tão somente com as figuras vulneráveis. Em contrapartida, está a teoria relativa, admitindo prova em contrário, em relação à condição de vulnerabilidade. Por meio da teoria de doutrinadores e análise de jurisprudências, pode-se evidenciar que há disparidade nas decisões, mesmo após a confirmação da teoria absoluta pela Suprema Corte. O consentimento é causa relativa de vulnerabilidade que mais se enquadra à realidade, restando como peça fundamental neste trabalho. Mas, não só a teoria do consentimento, o estudo dos outros crimes sexuais e dos princípios fundamentais do Direito Penal mostram a ausência de justiça nos casos de estupro de vulnerável. Não se pode mais penalizar a prática de atos sexuais contra menores de catorze anos, quando o consentimento é claro e reconhecível, ou se realizado por doentes mentais quando o grau de o discernimento é aceitável.

Palavras-Chave: Princípios; Direito Penal; Estupro; Teorias; Teoria; Vulnerabilidade.

ABSTRACT

The purpose of criminal law is to prevent injury from occurring to citizens of our legal system, maintaining order and good coexistence between them. However, the text of law does not always correspond to what happens in society or even to the subconscious of the population, thus, an exaggerated and unfounded penalty applies. This is what happens with cases of rape of vulnerable, where the Criminal Law aims to punish any sexual act against children under fourteen, suffering from illness or mental illness, or even though in a different way, could not consent to the act. Such thinking rests on the absolute theory, slope that does not care about the subjectivity of the crime, but only with the vulnerable figures. In contrast, this is the relative theory, admitting evidence to the contrary regarding the condition of vulnerability. Through doctrinaire theory and jurisprudence analysis, it can be shown that disparity in decisions even after confirmation of absolute theory by the Supreme Court. Consent is a relative cause of vulnerability that fits the reality, remaining as a fundamental piece in this work. However, not only the theory of consent, the study of other sexual crimes and the fundamental principles of criminal law show the absence of justice in cases of rape of vulnerable. It is no longer possible to penalize the practice of sexual acts against children under the age of fourteen, when consent is clear and recognizable, or if performed by the mentally ill when the degree of discernment is acceptable.

KEY WORDS: Principals; Criminal Law; Rape; Theory; Vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART - Artigo

CF - Constituição Federal

CP - Código Penal

ECA - Estatuto da Criança e do adolescente

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS EM DIREITO PENAL	15
1.1 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS	16
1.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE	17
1.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA	19
1.4 PRINCÍPIO DA EXTERIORIZAÇÃO OU MATERIALIZAÇÃO DO FATO	23
1.5 PRINCÍPIO DA AUTERIDADE OU TRANCENDENTALIDADE	23
1.6 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	24
1.7 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	25
1.8 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL	26
1.9 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE	28
1.10 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE.....	29
1.11 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	30
1.12 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	31
1.13 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	32
1.14 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	33
1.15 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	34
1.16 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE.....	35
1.17 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E IDONEIDADE	36
1.18 PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO PESSOAL	36
2. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	38
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	38
2.2 ESTUPRO	41
2.2.1 Hediondez.....	41
2.2.2 Núcleo do tipo	42
2.2.3 Violência cometida contra pessoa diversa da vítima e contra coisa	44
2.2.4 Estupro como crime único de condutas alternativas	44
2.2.5 Elemento subjetivo.....	46
2.2.6 Sujeitos do crime	47
2.2.7 Participação e coautoria	49
2.2.8 Consumação e tentativa	49
2.2.9 Estupro por inseminação artificial	50
2.2.10 Impotência sexual.....	50

2.2.11 Exame de corpo de delito	50
2.2.12 Palavra da vítima como forma de condenação	51
2.2.13 Distinção entre estupro e importunação ofensiva ao pudor	52
2.2.14 Causa de Aumento de Pena	52
2.3 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE	53
2.3.1 Sujeitos Ativo e Passivo	54
2.3.2 Elemento Subjetivo do Tipo	54
2.3.3 Aplicação de Multa	55
2.3.4 Consumação e Tentativa.....	55
2.4 ASSÉDIO SEXUAL	55
2.4.1 Sujeitos Ativo e Passivo	57
2.4.2 Consumação e Tentativa.....	57
2.4.3 Elemento Subjetivo.....	58
2.4.4 Relação entre Docente e Aluno	58
2.4.5 Relação entre Ministro Religioso e Fiel	59
2.4.6 Relação entre patrão e empregada doméstica	59
2.4.7 Paixão do Agente pela Vítima	59
2.4.8 Caso de aumento de pena (§2º, artigo 216-A)	60
2.5 MEDIAÇÃO DO MENOR VULNERÁVEL PARA SATISFAZER A LASCÍVIA DE OUTREM.....	60
2.5.1 Sujeitos Ativo e Passivo	61
2.5.2 Elemento Subjetivo do Tipo.....	61
2.5.3 Consumação e Tentativa.....	61
2.6 SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE	62
2.6.1 Sujeitos Ativo e Passivo	63
2.6.2 Elemento Subjetivo.....	63
2.6.3 Consumação e Tentativa.....	63
2.6.4 Presença de Menor e Distinção com o Delito Previsto no artigo 241-D da lei 8.069/90.....	63
2.7 FAVORECIMENTO DA PROTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL ..	64
2.7.1 Considerações iniciais	65
2.7.2 Conduta	66
2.7.3 Participe ou outra forma de participação do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual.....	67
2.7.4 Obtenção de vantagem econômica	68
2.7.5 Efeitos da condenação	68
2.7.6 Sujeitos Ativo e Passivo	68
2.7.7 Elemento Subjetivo do Tipo.....	69

2.7.8 Consumação e Tentativa.....	69
2.8 AÇÃO PENAL	70
2.8.1 Ação penal quando houver lesão grave ou morte	71
2.9 AUMENTO DE PENA	73
3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COMO CAUSA DE VULNERABILIDADE RELATIVA	75
3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL	75
3.1.1 Sujeitos Ativo e Passivo	76
3.1.2 Elemento Subjetivo.....	76
3.1.3 Hediondez.....	76
3.1.4 Consumação e Tentativa.....	77
3.1.5 Erro de Tipo e Erro de Proibição	77
3.1.6 Vulnerabilidade	78
3.1.7 Outras pessoas vulneráveis	79
3.1.8 Vulnerabilidade Absoluta e Relativa.....	79
3.2 ANÁLISE SOBRE O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO.....	86
3.2.1 Histórico no Brasil.....	86
3.2.2 O Consentimento como causa de exclusão de tipicidade e como causa de antijuridicidade.....	89
3.2.3 O consentimento e os bons costumes	92
3.2.4 O Agente e o Consenciente.....	95
3.2.5 Concurso de pessoas e o consentimento	96
3.2.6 A Falta de Consciência do Consentimento por parte do Agente	97
3.2.7 A pessoa que consente	98
3.2.8 Capacidade do Consenciente	99
3.2.9 Incapacidade Natural do Consenciente.....	100
3.2.10 Forma	103
3.2.11 Tempo.....	105
3.2.12 Revogação do consentimento.....	106
3.2.13 Condição	107
3.2.14 Termo	107
3.2.15 Modo	108
3.2.16 Consentimento Presumido	108
3.2.17 O consentimento putativo.....	109
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar do delito de estupro de vulnerável e o consentimento da vítima como causa de vulnerabilidade relativa. O tema do estupro é constantemente debatido em vista das teorias alavancadas pelos doutrinadores como também suas jurisprudências

A respeito de tal tema, é importante mencionar as vertentes da teoria objetiva, que não comporta prova em contrário, e a relativa, admitindo prova em contrário.

Em nosso ordenamento jurídico, a teoria aceita é a absoluta, que, em tese, encerra a discussão a respeito da vulnerabilidade no delito de estupro. No entanto, não é o que ocorre nas jurisprudências, mesmo após a decisão final da Suprema Corte. A teoria absoluta não corresponde à realidade dos crimes contra a dignidade sexual, fato que merece a atenção desta pesquisa.

No primeiro capítulo demonstraremos os princípios fundamentais do Direito Penal, a fim de estabelecer o caminho e base do sistema jurídico. No segundo capítulo tratamos dos principais crimes contra a dignidade sexual, focando os termos e teorias pertinentes, assim como a adequada ação penal. Enfim, no último capítulo, desenvolvemos um estudo aprofundado sobre o estupro de vulnerável e a respeito da teoria do consentimento do ofendido.

Nosso objetivo é demonstrar que, na análise de caso a caso, a figura do vulnerável se torna relativa, em vista da sua vida pregressa, relações sexuais anteriores, promiscuidade, prostituição e, até mesmo, o consentimento do ofendido, este considerado mais adequado para a realidade do trabalho. Nestes casos, a figura do vulnerável não existe, colocando o infrator em situação de atipicidade ou antijuridicidade. A figura do estuprador traz grande temor à sociedade, mas, em muitos casos, esta figura não existe, em virtude da realidade concreta. Não é função do Direito Penal aplicar penas grandiosas ou desnecessárias, mas tão somente aquela necessária para punir, prevenir, sobretudo ressocializar, função não cumprida adequadamente pelo nosso sistema.

Para averiguar a realidade dos fatos, uma abordagem dos princípios fundamentais do Direito Penal é necessária, uma vez que é a base e fundamentação de qualquer pesquisa jurídica.

Antes de tratar do estupro de vulnerável, é importante discutir os crimes sexuais presentes nos capítulos I e II do Título VI do Código Penal, uma vez que serão avaliados os termos específicos e condições de que trata o artigo 217-A.

Por fim, será dada a atenção ao instituto do consentimento do ofendido, no campo penal, já que é a causa de vulnerabilidade relativa de que trata esta monografia. Sendo assim, é necessário discutir as peculiaridades das figuras presentes quando há o consentimento e como se enquadra nos delitos sexuais. Assim, com o estudo dos princípios, jurisprudência específica dos crimes de estupro e o consentimento conseguiremos encarar a verdadeira realidade dos fatos, mostrando quão relevante é teoria relativa para o ordenamento brasileiro, buscando-se sempre a justiça.

1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS EM DIREITO PENAL

Os princípios em direito são premissas éticas e morais que afetam todo o ordenamento jurídico. Estes podem ser classificados como explícitos, aqueles positivados no ordenamento jurídico, melhor dizendo, na Constituição Federal de 1988, caso do princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º da referida Lei Magna. Em lado oposto a tal classificação, temos aqueles considerados como implícitos, não encontrados expressamente no ordenamento jurídico, mas que derivam da interpretação daqueles positivados, como exemplo, o princípio da proporcionalidade, o qual estabelece equilíbrio entre a gravidade da conduta e a gravidade da pena aplicada (CUNHA, 2016, p. 55).

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 70):

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

O doutrinador Rogério Sanches Cunha apresenta duas características essenciais dos princípios em relação às leis. A primeira nos diz respeito ao conflito das mesmas. Quanto as leis, temos a solução do problemas pelas regras de conflito, sendo hierarquia, especialidade ou temporalidade.

No caso dos princípios, seu conflito é solucionado pela ponderação de ambos os casos concreto, uma vez que não existe a revogação destes e sim a sua melhor aplicação para uma conduta específica. De acordo com Cunha (2016, p.55):

Havendo embate entre leis, somente uma delas, prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios. Neste caso, invoca-se a proporcionalidade (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Logo, não há revogação de princípios

A outra característica está na abrangência de aplicação dos princípios. No caso das leis, o artigo 155 servirá de escopo para as condutas que serão tipificadas como furto. Em

contrapartida os princípios possuem maior abstração se enquadrando em diversos tipos de situações. (CUNHA, 2016, p.56).

É de grande relevância ainda mencionar o pensamento de Fernando Capez, nos dizendo que nenhuma conduta poderá ser considerada criminosa se não ofender os princípios fundamentais de nossa sociedade (CAPEZ, 2011, p. 29).

Diante desta afirmativa, é certo afirmar que a análise de qualquer conduta, delituosa ou não, deve ser realizada somente depois de observados os princípios fundamentais.

1.1 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Bem jurídico seria aquele tutelado pela sociedade, acerca dos valores e costumes auferidos propriamente, sendo eles materiais ou imateriais.

As principais funções desempenhadas pelo bem jurídico no âmbito penal, podem ser elencadas de quatro formas: Primeiramente, quanto a sua função de garantia, o bem jurídico age como limitador da norma, restringindo o “*jus puniendi*” estatal e indica que não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais. Em segundo lugar a função teleológica, garantindo a interpretação dos tipos penais, concedendo o devido sentido e alcance a finalidade de proteção de determinado bem jurídico.

Em terceiro, a função individualizadora como critério de medida da pena, em momento de fixação da pena e levando em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico. Por fim a função sistemática, como estruturação dos tipos penais vislumbrados na parte especial do código penal. A separação é feita por capítulos pertinentes a cada bem jurídico que deve ser tutelado, como proteção a vida, patrimônio, saúde pública, etc. (PRADO, 2002, p.119).

O princípio em si diz que a lei penal não pode lesionar tais bens uma vez que estes são protegidos pelo ordenamento jurídico. Note-se o pensamento de Rogério Sanches que o legislador não poderia criminalizar o exercício de uma determinada religião se a

Constituição Federal protege a livre crença de qualquer uma delas. (CUNHA, 2016, p.69). Luiz Regis Prado (2002, p.118) também doutrina sobre o assunto, afirmando que:

Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa.

A consciência social é de suma importância para a aplicação da norma penal, devendo ser realizada quando imprescindível aos olhares dos cidadãos de nosso sistema legal.

1.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE

O direito penal somente deve agir para combater as condutas de relevante teor problemático, não devendo interferir naquelas em que o bem jurídico não demonstrou dano significativo. Esta também é uma maneira de proteção ao ordenamento e sociedade, uma vez que o direito penal também tutela os limites das infrações penais.

O judiciário não deve se manifestar a não ser que tais limites sejam ultrapassados. É com este pensamento que doutrina Rogério Sanches Cunha (2016, p.70), quando nos fala que o direito, independentemente de qualquer área, tem a finalidade de garantir a manutenção da paz social, solucionando e combatendo conflitos de forma a permitir e regular o convívio social.

Fernando Capez (2011, p.36) também faz ressalva semelhante sobre o assunto quando fala que haverá direito penal só quando a lei enquadrar o ato como crime. Assim, quando nada disser, não haverá espaço para a atuação criminal.

Luiz Regis Prado (2002, p.119), em sua obra, ensina “que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como última *ratio*”.

Fernando Capez (2011, p.36) acrescenta o seguinte:

A intervenção mínima tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal. Este se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo. Trata-se de um gigantesco oceano de irrelevância, pontado por ilhas de tipicidade, enquanto o crime é um naufrago à deriva, procurando uma porção de terra na qual possa chegar.

É importante mencionar, que pela fragmentariedade do direito, um artigo que tipifica uma conduta está, ao mesmo tempo, tipificando inúmeras situações que possam ocorrer em meio a uma gama de possibilidades. Um exemplo seria o caso de furto realizado por uma instituição bancária comprometendo milhões de correntistas e aquele operário que furta alguma peça da obra de seu empreiteiro. Tal observação feita por Capez é de grande relevância para o meio jurídico em meio a tantas disparidades (CAPEZ, 2011, p.38).

Luiz Regis Prado (2002, p.120) tem a seguinte assertiva sobre o princípio da fragmentariedade:

Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Esclareça-se, ainda, que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

A solução para esta questão, segundo Capez, está no prévio reconhecimento desta fragmentação, já que assim tanto legislador quanto ao operador do direito estariam cientes destas possibilidades antes da aplicação do direito.

Para o legislador, este deverá ter cautela antes de enquadrar qualquer conduta como delito, sabendo daquilo que poderia lesionar os bens jurídicos e então interferir no ordenamento em si. Para tal façanha, o legislador deve ter experiência anterior, principalmente dos costumes e valores morais do povo que esta tutelando.

No entanto, para o operador de direito, recomenda-se o vislumbre das opções extrapenais antes ao enquadramento da conduta. É necessário que outras áreas do direito possam ser analisadas antes mesmo da aplicação da lei penal. Não seria adequada a punição daquele que comete furto de uma barra de chocolate se logo após o ato comprometer-se

a pagar. Neste caso fica demonstrado que nem tudo precisa ser resolvido na esfera penal. O infrator simplesmente poderia recuperar o bem que foi lesionado em vez de ser denunciado e responder a um doloroso processo e receber uma possível condenação, gerando grandes efeitos a sua vida particular.

1.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU BAGATELA

Temos como desdobramento do princípio anterior o princípio da bagatela, o qual prega a ideia de que em alguns casos a ofensa possa ser diminuída ou incapaz de lesionar o bem jurídico tutelado. O direito penal não deve se preocupar com bagatelas ou meios incriminadores que não possam prejudicar qualquer bem jurídico.

Segundo Fernando Capez, a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, já que o legislador não poderia inserir no tipo penal condutas totalmente inofensivas. Assim não haverá adequação típica quando a lesão for insignificante a ponto de não conseguir lesar o interesse daquilo que deveria ser protegido.

É de suma importância o que Capez (2011, p.29) menciona em sua obra quando faz referência a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Tal decisão nos remete ao fato de que é reconhecida a tese de exclusão de tipicidade aos crimes de bagatela, aplicando-se o princípio da insignificância, uma vez que não se deve utilizar a lei penal para os crimes de mais ínfimo dano à coletividade.

Ensina de maneira similar Luiz Regis Prado em sua obra ao dizer que possui manifestação contrária ao uso excessivo da norma penal nos casos que afetam infimamente o bem jurídico alheio, devendo a conduta ser considerada atípica (PRADO, 2002, p.124).

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2016, p.71), a tipicidade deve ser analisada sobre dois aspectos: “se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico e se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal”. Afinal, não basta que a conduta se enquadre na previsão abstrata da norma e que atente contra o bem

jurídico protegido. Deverá ser feito um paralelo entre as consequências geradas e a reprimenda imposta ao infrator.

Ainda sobre o que é necessário para a aplicação do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu algumas circunstâncias que devem orientar a aplicação de tal princípio, sendo elas: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (CAPEZ, 2011, p.30).

Nesse sentido, não se deve levar em conta o valor subtraído num caso de roubo, por exemplo, mas a motivação e situação fática em si. Uma coisa seria o morador de rua que rouba um simples pão para o sustento de seus filhos em meio à crise que passa o país. Outra seria o infrator que rouba R\$50 reais de uma pequena lanchonete, apesar de ser uma quantia pequena, era o dinheiro de um dia de trabalho esforçado de um cidadão de bem. São situações em que a primeira se enquadra no princípio da insignificância e a segunda não. Devemos então sempre estar atendo as situações concretas para o enquadramento penal.

Outra afirmativa lembrada por Capez é a de que não se pode confundir delitos insignificantes com os de menor potencial ofensivo (Lei 9099/95) e contravenções penais. Estes últimos têm seu respaldo e previsão em legislações específicas e o determinado bem jurídico tutelado, necessitando da imposição da lei penal quando infringidos.

Guiando-se pelos requisitos mencionados, o Tribunal Superior afastou o princípio da insignificância em vários casos, estes mencionados na obra de Rogério Sanches Cunha (2016, p.74-80).

Ao analisar primeiramente a questão de reincidência e habitualidade temos o seguinte entendimento dos Tribunais Superiores: para o Supremo Tribunal Federal (STF), vemos que a reincidência, tema discutido amplamente no Código Penal Brasileiro, não possui relevância para a aplicação do princípio da bagatela, isso porque tal instituto não afasta os requisitos já mencionados para a aplicação do princípio. (HC 108872, Segunda Turma, DJe 12/08/2011). Quanto ao mesmo tema, o Supremo Tribunal de Justiça também confirmou que a reincidência não afastaria o princípio da bagatela em caso de subtração de 11 latas de leite pó, avaliadas em R\$76,89 reais (HC 250.122).

No quesito habitualidade dos crimes, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Supremo Tribunal de Justiça possuem entendimento semelhante a não aplicação do princípio. Para os Tribunais a habitualidade cessa a irrelevância da conduta perante o judiciário, não havendo justificativa para sua aplicação, são os casos do HC 115707 e do Agravo Regimental no AREsp 334272.

Outro tema interessante é a aplicação do princípio aos casos de subtração para o caso concreto da conduta. É de conhecimento comum dos juristas a sua aplicação quando o montante furtado ou roubado não é superior a um salário mínimo. No entanto para o STF e STJ a condição econômica da vítima tem relevância jurídica quando o montante, mesmo que pouco, seja o total que ela possuía no momento da subtração, como é o caso de roubo de todo o dinheiro de um caixa de supermercado, mesmo que a quantia fosse inferior a R\$100,00 reais, correspondia a todo um dia de trabalho honesto (RHC 96813 e REsp 1224735).

Para os crimes contra a ordem tributária, como o descaminho, os requisitos de insignificância são outros. Seria irrelevante a quantia inferior a R\$10.000,00 reais perante a União, não sendo importante a persecução penal do caso. (HC 123035, AgRg no REsp 1400187 e AgRg no REsp 1405236). Já para os crimes de contrabando vemos entendimento diverso do descaminho. Para os dois tribunais superiores, o crime mostra alto grau de reprovabilidade e desvalor da conduta, impossibilitando a aplicação do princípio em si. (HC 110.964 e REsp 1212946).

Quanto aos crimes eleitorais, o entendimento para a aplicação de tal princípio é negativo já que mostra sua reprovabilidade por causar grande dano a sociedade, principalmente aos eleitores em si, população responsável pelo futuro dos nossos representantes no poder. (Recurso Especial no 11887-16/RN, rel Min. Carmem Lúcia, em 3.5.2011)

Nos crimes contra a Administração Pública, STF e STJ discordam quando a irrelevância dos crimes. Para o STF a ínfima lesão ao patrimônio de ordem pública não possui relevante grau de reprovabilidade, permitindo o uso do princípio da insignificância (HC 104286). Porém, para o STJ, mesmo que a lesão seja pequena, não se aplica esse princípio, uma vez que a norma não visa apenas resguardar o aspecto patrimonial, mas também a moral administrativa (REsp 1275835).

O crime de moeda falsa possui entendimento pacificado em rejeitar o princípio da insignificância. Para os tribunais, a norma tange a fé pública e sua administração, não cabendo em nenhuma hipótese pequena lesão ou ínfima reprovabilidade da conduta. (HC 105638 e AgRg no AREsp 82637)

Muito já se falou em aplicação do princípio da insignificância para os crimes relacionados a droga, principalmente quanto a apenas o porte de drogas para os usuários e dependentes. Segundo o STF e STJ, apenas da quantidade apreendida ser pequena, trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato e contra a saúde pública, não tendo que se falar em sua aplicação. As condutas delitivas quando se trata de tráfico de drogas ou seu porte, mostram alto grau de reprovabilidade e lesão ao ordenamento jurídico. (HC 102940, RHC 36195, HC 97777 e HC 240258).

Quanto ao crime de rádio clandestina, mostrou-se entendimento negativo e de reprovabilidade quanto ao uso do princípio, isso porque comprovou-se grande lesão ao tráfico aéreo e dos sistemas de telecomunicação o que basta à movimentação do sistema repressivo penal (HC 111.518 e AgRg no AREsp 299913).

Por fim, quanto aos crimes ambientais, os tribunais possuem consideração positiva para o uso do princípio da bagatela, tanto nos casos em que o dano a apreensão de animais ou para o uso de apetrechos de caça. Nos casos em si, não constatou-se efetiva lesão para que a norma penal fosse aplicada ou que o judiciário se movimentasse. (HC 112563 e HC 178203)

Ainda quanto ao princípio da bagatela, é importante mencionar sua classificação quanto a bagatela própria e imprópria. A própria se refere ao ínfimo grau de reprovabilidade e pequena lesão ao bem jurídico alheio, tornando a conduta atípica aos meios penais. A imprópria considera os fatos da conduta relevantes, porém o julgador fará uma análise da situação em si e principalmente das condições do infrator com base no artigo 59 do Código Penal, deixando de aplicar a pena por ser desnecessária ao caso concreto.

1.4 PRINCÍPIO DA EXTERIORIZAÇÃO OU MATERIALIZAÇÃO DO FATO

Segundo tal princípio, somente pode-se punir as condutas voluntárias do infrator, ou seja, os fatos por ele praticados. Nunca se deve punir um agente pelos seus pensamentos, ideais ou estilo de vida.

Em outras palavras está estabelecido o direito penal do fato (princípio da responsabilidade pelo fato) e não do autor. É o que adverte Beccaria em citação realizada por Rogério Sanchez: “Se a intenção fosse punida, seria necessário ter não apenas um Código particular para cada cidadão, mas uma nova lei penal para cada crime”. (CUNHA apud BECCARIA, 2016, p.82). É o que adverte Fernando Capez (2011, p.44):

A função do Estado consiste em proteger bens jurídicos contra comportamentos externos, efetivas agressões previamente descritas em lei como delitos, bem como estabelecer um compromisso ético com o cidadão para o melhor desenvolvimento das relações intersociais. Não pode castigar meros pensamentos, ideais, ideologias, manifestações políticas ou culturais discordantes, tampouco incriminar categorias de pessoas.

No entanto, é importante mencionar que o ordenamento brasileiro adotou o Direito penal do fato, mas que considera circunstâncias relacionadas ao autor, vislumbradas no artigo 59 do Código penal, como personalidade e antecedentes criminais.

1.5 PRINCÍPIO DA AUTERIDADE OU TRANCENDENTALIDADE

O princípio da auteridade veda a incriminação de ações meramente internas e subjetivas do sujeito de direito, revelando-se incapaz de lesionar o bem jurídico alheio. O fato típico deve transcender a esfera individual do autor da conduta e lesionar bem jurídico de terceiro, assim, ninguém pode ser punido por ter prejudicado a si mesmo (CAPEZ, 2011, p. 32).

Exemplos seriam de que não a finalidade jurídica em punir o suicida frustrado ou aquele que se lesiona na escuridão de seu quarto. Como não ofendeu bem jurídico alheio, não há que se falar em fato típico. Por essa razão que a auto lesão não é punida por norma

penal, salvo casos em que a auto lesão ocorra com cometimento de fraude para lesionar interesse de terceiros, vide artigo 171, parágrafo 2º, V, do Código Penal Brasileiro.

Uma teoria interessante é referente ao artigo 28 da lei 11.343/2006; incriminar o porte de drogas seria ofensa ao princípio da alteridade penal, uma vez que o fato somente atinge o próprio autor do crime, não saindo dos limites da esfera penal própria. Outro fato importante é a questão de quem consome a droga imediatamente após receber de terceiros. Neste caso não existe a hipótese de perigo social, simplesmente o uso. É o que nos revela que a decisão do STF: “não constitui delito de posse de droga para uso próprio a conduta de quem recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, *incontinenti* a consome”.

O bem jurídico, portanto, é aquele tutelado de interesse de terceiro, não se admitindo a punição quando o indivíduo lesa bem jurídico próprio não saindo dos limites penais puníveis (CAPEZ, 2011, p.34). O Direito Penal não ultrapassa os limites de conduta que lesa o próprio autor da conduta, punindo somente aquela que atinge bem jurídico de pessoa alheia.

1.6 PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

O princípio da confiança parte da premissa de que as pessoas devem ser responsáveis perante os atos praticados, agindo conforme as normas sociais, evitando danos a terceiros.

Capez traz um exemplo em sua obra do médico cirurgião enquanto ministra uma cirurgia em meio aos seus auxiliares. É de se esperar na confiança do médico responsável perante os mesmos, naquilo que concerne a assistência devida, como a aplicação de medicamento trazido por uma das enfermeiras. Caso o medicamento errôneo leve a alguma fatalidade, o médico responsável não responderia por culpa, uma vez que sua conduta partiu da confiança que ele teria quanto as pessoas ali presentes (CAPEZ, 2011, p.34).

O cotidiano seria muito dificultoso se tivéssemos que nos preocupar com as condutas reprováveis de terceiros, assim, não realiza conduta típica aquele que age em

conformidade com o ordenamento jurídico e acaba se envolvendo em conduta ilícita executada por terceiro. Entretanto, não cabe o princípio da confiança quando era função do agente compensar eventual comportamento de terceiros. Um exemplo seria do ciclista que não toma as precauções devidas ao ultrapassar um motorista de caminhão; qualquer guinada deste poderia lesar aquele, no entanto era papel do ciclista tomar cuidado ao tomar uma conduta como ultrapassar veículo imensamente maior que uma bicicleta. Tal modalidade se trata da confiança proibida, enquanto a regra possui a nomenclatura de permitida (CAPEZ, 2011, p. 35).

1.7 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio trata do fato de que todo comportamento, mesmo sendo considerado delitivo, se não houver afronta ao sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo), não pode ser considerado como criminoso.

Neste sentido, o Direito Penal somente deve considerar conduta típica aquelas de considerável reprovabilidade social. Os crimes previstos em código adequado, geralmente, demonstram notável desprezo social, não sendo aprovado pelo nosso ordenamento, exigindo que sanções sejam impostas. As ações socialmente aceitas e tidas como justas não podem sofrer valoração negativa, sob pena da lei incriminadora, sofrer vício de constitucionalidade (CAPEZ, 2011, p.35).

Este princípio possui críticas pelo fato dos costumes não poderem revogar leis, assim não pode o juiz substituir o papel do legislador e dar como revogada uma lei incriminadora em plena vigência. Além disso, o princípio da adequação social é um tanto vago e impreciso, criando insegurança e excesso de subjetividade na análise dos fatos, não se enquadrando a dogmática penal moderna (CAPEZ, 2011, p.36).

Embora, mesmo existindo críticas, a apreciação do princípio da adequação social tem suma importância para a visão dos fatos de maneira concreta, podendo excluir a tipicidade de determinado crime quando combinado com outros princípios.

1.8 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE OU DA RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade está previsto tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

A expressão utilizada na CF é “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, inciso XXXIX), enquanto o CP utiliza a frase “não há crime que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Este princípio está classificado com um dos princípios fundamentais do direito penal e em síntese quer dizer que nenhuma sanção será imposta ao sujeito de direito sem anterior configuração da conduta como delito em si.

O princípio dá lugar a uma gama de garantias e consequências. Seria dizer que a lei formal é tão somente a fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização de outras fontes do direito como exemplo, os costumes (PRADO, 2002, p.113).

Segundo Rogério Sanchez, “a lei penal somente pode ser criada por meio de lei em sentido estrito, ou seja, lei complementar ou lei ordinária, aprovadas e sancionadas de acordo com o processo legislativo respectivo, previsto na Constituição Federal de 1988” (CUNHA, 2016, p. 85).

É o que ensina Sanchez em sua doutrina: “Trata-se de real limitação ao poder estatal, de interferir na esfera de liberdades individuais, daí sua inclusão na Constituição entre os direitos e garantias fundamentais” (CUNHA, 2016, p.83).

A garantia jurisdicional e penitenciária ou de execução nos diz a proteção do infrator como boa medida de justiça e aplicação da normal penal, sendo o criminoso processado e sentenciado por autoridade competente, também a garantia de presunção de inocência e o estabelecimento adequado para seu cumprimento de sentença. É assegurada aos presos a devida dignidade a que merecem, não permitindo excessos das autoridades já que a lei veda qualquer atuação não prevista em si (PRADO, 2002, p.113).

Vale mencionar que o princípio da legalidade possui dois princípios subsidiários: o da irretroatividade da lei e sua execução e o da taxatividade ou da determinação. O primeiro trata-se de restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial. Aqui a lei penal mais grave nunca retroagirá para desfavor do acusado, somente em seu benefício.

Assim como exclusão de tipificação penal também poderá retroagir, como também nenhuma nova lei, que tipifica nova conduta como crime, poderá fazer o mesmo: “Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua prática não forem delitivas segundo o Direito Nacional ou Internacional”.

Neste sentido, Sanches (2016, p.86) afirma:

Paulo Queiroz, citando Hobbes, esclarece que, se a pena supõe um fato considerado como transgressão à lei, o dano praticado antes de existir a lei que não o proibia não é uma pena, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão à lei.

O segundo princípio trata-se de estabelecer uma norma penal clara e objetiva, não dificultando o trabalho do intérprete quando a tipificação penal, seus agravantes e ainda sua pena, estabelecendo notável segurança jurídica ao ordenamento. É vedado que exista excessos quanto a aplicação penal, como também utilização incorreta de elementos normativos ou de conceitos indeterminados ou vagos. O legislador deve fazer uma descrição perfeita e determinada da norma para uma boa imagem do tipo penal. (PRADO, 2002, p.113).

Rogério Sanchez nos alerta mediante a obra de Cesare Beccaria (CUNHA apud BECCARIA, 2016, p. 88):

Ponde o texto sagrado das leis nas mãos do povo e, quantos mais homens o lerem, menos delitos haverá; pois não é possível duvidar que, no espírito do que pensa cometer um crime, o conhecimento e a certeza das penas coloquem um freio à eloquência das paixões.

O princípio da legalidade e da reserva legal possui três fundamentos: (a) político; possui vinculação com os poderes legislativo e judiciário as lei formuladas de forma abstrata,

impedindo o poder punitivo; (b) democrático; representa o respeito a separação de poderes, conferindo aos representantes do povo, a missão de elaborar as leis; (c) jurídico; a lei prévia e clara possui forte efeito intimidador (CUNHA, 2016, p.83-84).

1.9 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

O princípio da lesividade demanda que a conduta tida como criminosa cause lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico alheio. Este princípio não se destina somente ao legislador, como também ao aplicador da norma incriminadora, devendo esses sujeitos analisarem se houve efetiva lesão ou perigo de lesão nos fatos realizados (CUNHA, 2016, p.94)

É o que disserta Fernando Capez (2011, p. 41): “[...] não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico.”

A punição de uma agressão em sua fase embrionária pode ser deverás efetiva perante o meio social, no entanto seria grave ofensa a proteção do indivíduo contra uma conduta extremamente excessiva do Estado.

Luiz Regis Prado ensina que o Direito Penal não pode se ocupar das questões próprias de cada pessoa, como seus pensamentos, ideais, do seu modo de viver, suas atitudes internas enquanto não exteriorizada a conduta delitativa (CAPEZ apud PRADO, 2011, p.42).

Pelo princípio da ofensividade, seriam considerados inconstitucionais todos os delitos tidos como abstrato, pois não há comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.

Luiz Regis Prado nos traz clara distinção entre os princípios da lesividade e da intervenção mínima (CAPEZ apud PRADO, 2011, p. 43):

:

A função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas

de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflituosas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico. E disso, deriva, como já afirmamos, tantas vezes, a inadmissibilidade de outras formas de delito (mera desobediência, simples violação da norma imperativa etc.). Em face do exposto impede a conclusão de que não podemos mencionar tais princípios indistintamente, tal como vêm fazendo alguns setores da doutrina e da jurisprudência estrangeira.

Em resumo, o princípio da lesividade limita a pretensão punitiva estatal, de tal maneira que não pode ocorrer proibição penal sem clara lesão ao bem jurídico. O legislador deve se abster de criar normas incapazes de causar dano a um determinado bem ou ao menos o colocar em perigo de dano concreto. Assim toda norma que não vislumbrar a relevância social quanto a um bem jurídico claramente definido será nula e materialmente inconstitucional.

1.10 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Trata-se de limitador do direito de punir do estado. Para que o agente seja considerado culpado pela prática de determinado delito precisa ser imputável (penalmente capaz), com potencial consciência de ilicitude (conhecer o caráter ilícito de seu comportamento) quando dele exigir conduta diversa (agir de outra maneira). Segundo Luiz Regis Prado (2002, p.117), a culpabilidade deve ser interpretada como fundamento e limite de toda pena. Tal princípio diz respeito ao caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. Vale mencionar que encontra-se agasalhado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, prevalência dos direitos humanos, inviolabilidade do direito à liberdade e da individualização da pena, todos previstos na Constituição Federal de 1988.

Costuma-se também incluir no postulado da culpabilidade o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte de seu conteúdo. Neste último sentido, o doutrinador Luiz Regis Prado nos remete ao fato de que é impossível de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa, vide artigos 18 e 19 do Código Penal (PRADO, 2002, p.117).

Havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que integra, na verdade, o tipo injusto e não a culpabilidade.

1.11 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, quando dispõe que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção. É garantia que se estende até mesmo aos estrangeiros, mesmo os não residentes no país.

Esta igualdade, no entanto, não deve ser considerada sobre o seu aspecto formal, mas sim substancial, devendo-se tratar igual os iguais como desigual os desiguais. O jurista português J.J. Gomes Canotilho ensina que ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei, significa igualdade na aplicação do direito (CUNHA apud CANOTILHO, 2016, p.98).

Em resumo a esta assertiva, aqueles de características iguais devem ter um resultado jurídico igual. Um exemplo disso seria a lei Maria da Penha (11.340/2006) e o Estatuto Racial (12.288/2010). Aqui se encontra um tratamento desigual a grupos de pessoas que foram desamparadas socialmente ao longo da história. Foi necessária uma aplicação afirmativa da lei para amparar esses sujeitos de direito que se encontraram em situação diversa da maioria da população.

Dando vigor ao princípio da igualdade, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a Lei Maria da Penha contra alegações da parte contrária, em que afirmavam que tal lei era contrária ao princípio da isonomia. Segundo o Tribunal, devido a uma situação social diferenciada que se encontravam os destinatários dessa lei, a aplicação era adequada no tratamento diferenciado.

É o que ensina as Procuradoras, Helena Lopes de Faria e Mônica de Melo (CUNHA apud FARIA, 2016, p.99):

O sistema geral de proteção tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o sistema especial de

proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e específica, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito à diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial.

1.12 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, quando dispõe que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Note-se que a Carta Magna não nos revela que deveria ser considerado inocente perante a lei, mas impede considerar culpado qualquer pessoa até que a sentença penal seja estabelecida.

Desprende-se deste princípio dois tipos de situações: a primeira é de se presumir alguém inocente; a outra é de impedir os efeitos da condenação propriamente dita até que se de o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Há de se questionar o nosso sistema processual penal, uma vez que permite que prisões na fase de inquérito sejam decretadas mesmo antes da sentença final proferida pelo juiz competente. No entanto, quanto a esta hipótese existe entendimento de que seria plausível e aceitável a decretação de prisão preventiva havendo indícios de autoria e materialidade, assegurando tranquilidade para o transcorrer do processo (CUNHA, 2016, p.99). Trata-se, portanto de hipótese de exceção para o princípio da presunção de inocência como dispõe o Supremo Tribunal Federal:

Em virtude do princípio constitucional da não culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-se a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal (HC 101537).

Rogério Sanches (2016, p.100) ainda traz em sua doutrina três consequências extraídas deste princípio, de acordo com o Estatuto de Roma:

A) Qualquer limitação à liberdade do acusado só é aceita depois de sua condenação de fato, não evitando a prisão cautelar, desde que presentes indícios de autoria e materialidade e também a requerida fundamentação.

B) Incube a acusação a obrigação de provar a culpabilidade do réu e não este de provar sua inocência, o ônus da prova recai ao titular da ação penal.

C) A condenação deve resultar da certeza da acusação, havendo dúvida, deve-se absolver o acusado (*in dubio pro reo*).

1.13 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É a partir do cristianismo que a pessoa começa a ter qualidade espiritual, conferindo valor a si mesmo e portanto dignidade (PRADO, 2002, p.114).

Prado (2002, p.115) ainda faz a seguinte observação: “não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e ser converta em coisa”.

Sendo assim, o homem deixa de ser um mero objeto, destituído de qualquer ligação política ou jurídica. Deve se reconhecer o valor do homem, fazendo-se de frente a qualquer medida do Estado que interfira na sua honra ou a qualidade digna que cada pessoa possui. Com a criação da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi enquadrada em seu art. 1º, III, como princípio fundamental do Direito. A dignidade é qualidade inerente de qualquer ser humano, nascendo com ela e não podendo ser retirada (PRADO, 2002, p.115).

Ingo Sarlet chega a conclusão semelhante quando diz que a dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável. (SARLET, 2007, p.42)

Deste modo, o ordenamento jurídico deve funcionar a fim de respeitar tal princípio fundamental, nunca o lesando e garantindo as devidas necessidades para qualquer cidadão. É princípio positivado que influencia toda a Constituição como seus princípios derivados.

É importante lembrar que a dignidade da pessoa humana não surgiu com a Constituição de 1988, é uma qualidade anterior a qualquer lei, sendo condição para que qualquer pessoa viva com dignidade e seja tratada com respeito (PRADO, 2002, p.115-116).

Além disso, qualquer violação a princípio derivado da dignidade da pessoa humana, seria o mesmo que lesionar o próprio princípio fundamental, resultando numa conduta inconstitucional. Luiz Regis Prado (PRADO apud CEREZO, 2002, p.116) afirma que:

[...] se o Direito não quiser ser mera força, mero terror, se quiser obrigar a todos os cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, pois, no caso de infração grave ao princípio material de justiça, de validade a priori, ao respeito à dignidade da pessoa humana, carecerá de força obrigatória e, dada sua injustiça, será preciso negar-lhe o caráter de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tão importante que conduz o caráter humanitário do Direito. Deve-se sempre respeitar este princípio para obtermos uma prática jurídica legítima.

1.14 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena está disposto na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

Segundo Rogério Sanches Cunha (2016, p.100) a individualização da responsabilização estatal ao autor em fato punível deve ser observada em três momentos: a definição, pelo legislador, pelo crime e sua pena; na imposição da pena pelo juiz e na fase de execução da pena.

Luiz Regis Prado (2002, p. 120) disserta que em suma, pelo princípio mencionado, a pena deve estar proporcionada ou adequada à magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente.

1.15 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trata-se de princípio constitucional implícito, desdobramento lógico do princípio da individualização da pena. A sanção penal somente cumprirá sua função quando ajustar a relevância do bem jurídico tutelado, sem desconsiderar as condições pessoais do agente infrator (CUNHA, 2016, p.100).

Segundo Fernando Capez (2011, p.39), o princípio da proporcionalidade aparece em diversos modos em nossa Constituição Federal, sendo elas: quando abole certos tipos de sanções (artigo 5º, XLVII), exige individualização da pena (artigo 5º, XLVI), maior rigor para casos de maior gravidade (artigo 5º, XLII, XLIII e XLIV) e moderação para infrações menos graves (artigo 98, I). Capez afirma que (2011, p.39):

Para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras: a criação de tipos incriminadores deve ser uma atividade compensadora para os membros da coletividade.

A doutrina é específica em dizer que deve haver uma relação de custo-benefício, ou seja, que a sanção penal imposta a sociedade como fato limitador, deve ao mesmo tempo ser vantajosa para a mesma. O Direito Penal não pode trazer uma norma que traga um grande tremor, mais ônus, mais limitação social do que o benefício a coletividade (CAPEZ, 2011, p.40).

Ainda vale ressaltar que a criação do tipo penal que não demonstrar vantagem para a sociedade estará ferindo o princípio da proporcionalidade, devendo ser corrigida por controle de inconstitucionalidade. A pena deve ser proporcional ao mal infligido na sociedade. Deve ser proporcional a extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para tipos de lesões distintas ou para infrações dolosas e culposas.

Capez (2011, p.41) traz um exemplo em sua obra que simplifica o conceito do princípio em questão:

[...] a ação de inconstitucionalidade, na qual o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por liminar, os efeitos da Medida Provisória nº 2.045/2000, que proibia o registro de armas de fogo, por considerar não haver proporcionalidade entre os custos sociais como desemprego e perda de arrecadação tributária e os benefícios que compensassem o sacrifício.

Aqui o Supremo usou o princípio como uma balança, levando em conta os custos e benefícios da referida medida provisória.

1.16 PRINCÍPIO DA HUMANIDADE

O princípio da humanidade é de fato importante para preservar a essência do ser humano como sujeito de direito. Exemplos de seu uso seriam (CAPEZ, 2011, p.40):

[...] a vedação constitucional da tortura e de tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa (art. 5º, III), a proibição da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis (art. 5º, XLVII), o respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L) e ainda normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI [...])

Tal princípio é fundamental para manutenção da dignidade da pessoa, assim como vedar qualquer norma material ou processual que inflija dano a incolumidade física ou moral do sujeito de direito.

Também decorre dele a impossibilidade da pena passar da pessoa do infrator, com exceção de alguns efeitos extrapenais, como o caso de reparação dos danos civis, que podem atingir os herdeiros do infrator até os limites da herança (CAPEZ, 2011, p.41).

Não teria sentido responsabilizar penalmente um indivíduo pelos erros de seu pai, por mais trágicos que sejam. A infelicidade que cai sobre a família já é mais que o suficiente.

1.17 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE E IDONEIDADE

O princípio da necessidade deixa claro para o ordenamento que a incriminação de sanção penal somente pode ser realizada se demonstrar realmente necessária, de forma idônea e adequada, tendo como finalidade a total proteção do bem jurídico alheio.

Quando a conduta realizada por sujeito de direitos puder ser exaurida por outras áreas do direito, como administrativo ou civil, ou quando a sanção for extremamente excessiva e inadequada, o dispositivo incriminador poderá ser superado por vício de inconstitucionalidade, proferido junto aos princípios constitucionais regentes do sistema penal. Nenhuma incriminação excessiva poderá subsistir quando afrontar princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana (CAPEZ, 2011, p.41).

1.18 PRINCÍPIO DA IMPUTAÇÃO PESSOAL

Pelo artigo 5º, inciso XLV, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor patrimônio transferido.

Segundo Rogério Greco (2014, p.83), somente o condenado é que terá de se submeter à pena que lhe foi aplicada pelo Estado. Não existe mais aplicação de sanção para as pessoas relacionadas ao infrator.

O princípio da pessoalidade quer dizer que quando a sanção é penal, somente o infrator pode sofrer sua pena, sendo ela privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. É o que afirma Zaffaroni (GRECO apud ZAFFRARONI, 2014, p. 83):

[...] nunca se pode interpretar uma lei penal no sentido de que a pena transcenda da pessoa que é autora ou partícipe do delito. A pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, haja vista ser uma ingerência ressocializadora sobre o condenado.

Quando ocorrer o falecimento do condenado, a pena que lhe foi imputada, mesmo de natureza pecuniária, não poderá ser concedida a mais ninguém, em vista da pessoalidade da pena. Entretanto, se estivermos diante de uma sanção de natureza não penal, como a reparação de danos, por exemplo, nada impede que seus sucessores realizem tal obrigação até o limite da herança adquirida, conforme artigo 1.997 do Código Civil: “Artigo 1.997 C.C: “A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube.”

O que se confunde muita é em relação a pena de multa e seu caráter pecuniário. Para os leigos em direito, o fato de existir a presença de ressarcimento, já configuraria a transferência da sanção aos herdeiros. No entanto, a pena de multa não deixa de ser uma sanção penal, não passando a responsabilidade aos herdeiros por respeito ao princípio da pessoalidade.

Para reforçar tal entendimento, o artigo 107 do código penal trata da extinção da punibilidade em decorrência da morte do infrator. Cessada a punibilidade indivíduo, também é encerrada a pena de multa, por se tratar de sanção penal como já mencionado (GRECO, 2014, p.84).

No entanto, vale mencionar um fato corriqueiro dos condenados a sanção de multa. Muitos dos condenados não têm as devidas condições de arcar o valor fixado pelo juiz de direito, devendo recorrer aos seus familiares. Nada impede que, por exemplo, o pai do condenado, solidariamente, o auxilie no pagamento da devida multa, não constringendo o princípio da pessoalidade (GRECO, 2014, p.85).

Uma vez que a pena tem caráter pecuniário, não há problema de um familiar prestar auxílio, aqui o magistrado aplica a lei num sentido mais humanitário. Um pai não pode ter retirada sua liberdade no lugar do filho, no entanto, pode auxiliar reparando o dano em dinheiro.

2. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O título VI do Código Penal trata dos crimes contra a dignidade sexual, instituto ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, não tutelando mais os crimes contra os costumes em vista do advento da Lei 12.015/2009.

Ocorreu relevante mudança da legislação anterior, em consonância com a modernização dos costumes na sociedade (NUCCI, 2013, p.960). Para demonstrar o que era vislumbrado como costumes, Nélson Hungria (NUCCI apud HUNGRIA, 2013, p.960) nos disserta da seguinte maneira:

[...] hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais e disciplinas 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.

O mesmo doutrinador ainda ressalta que (NUCCI apud HUNGRIA, 2013, p.960): “Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela Lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação”.

A alteração observou as críticas a legislação penal, resumidas no editorial do Boletim 149 do IBCCrim (CUNHA, 2016, p.457):

Infelizmente, o nome dado ao Título VI da Parte Especial do Código Penal permanece “Dos Crimes contra os costumes”, tratando, indistintamente, do tráfico de pessoas e da liberdade sexual sob mesma rubrica, quando as condutas ali tipificadas em nada se relacionam com os costumes, mas com liberdade, segurança e incolumidade física no âmbito da sexualidade humana. Não se trata mais da eleição arbitrária de um modelo de moralidade, em prejuízo de outros igualmente possíveis. Trata-se, isso de preservar uma concepção pluralista de organização social, com respeito recíproco como padrão de conveniência dialética e de tolerância entre as diferenças.

De forma semelhante disserta Lorette Garcia Sandeville (CUNHA apud SANDEVILLE, 2016, p.457):

Assim, não é mais a moral sexual que clama proteção, e sim o direito individual da mulher (leia-se: de qualquer pessoa), sua liberdade de escolha de 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.

Por muito tempo defendíamos que não eram mais relevantes em nosso ordenamento os sentimentos éticos e morais no que se refere a sexualidade. A sociedade em si evolui na mesma medida que a humanidade, libertando-se dos apregoados costumes. Deste modo, o Código Penal Brasileiro merecia devida reforma quanto a este assunto.

O legislador deve estar atendo a infração da dignidade da pessoa humana, a luz do que consta na Constituição Federal de 1988 e não concentrar-se nos costumes e no que seria ético ou moral para a população.

Já foi o tempo em que a mulher era um símbolo de castidade e recato, e no fundo, um objeto sexual perante o homem. Andreucci ainda acrescenta dizendo que, com o casamento, o homem teria total poder sobre a mulher, exigindo um consórcio sexual (ANDREUCCI, 2010, p.339). Nelson Hungria registra tal pensamento da seguinte forma (NUCCI apud HUNGRIA, 2013, p.961):

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm - final dos anos 50- verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor (...). Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, em regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e boutades picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca [...].

Mediante este prisma que nos traz culto e sábio doutrinador, a mulher sempre foi o objeto de desejos e conquistas, sempre se sujeitando a norma sexual e nunca a condutora dos desejos. É o reflexo dos ditos costumes da sociedade. Além disso, segundo esta visão, a mulher nunca seria o sujeito ativo dos crimes de estupro, conduta tipificada em países como Argentina, Itália, Uruguai, Venezuela e México, conforme Scarance Fernades e Duek Marques na obra “Estupro- Enfoque vitimológico. (NUCCI, 2013, p.961).

O atual Código Penal Brasileiro estava a merecer uma atualização, compreendendo a situação do mundo, sem que isso represente atentado aos princípios éticos e aos bons costumes, mesmo porque tais conceitos são mutáveis e acompanham a evolução da sociedade e ordenamento jurídico. Nos tempos modernos existe relevante liberação da sexualidade e não poderia o legislador ficar as sombras do mundo real.

A violência dos crimes contra a dignidade sexual deve ser desvinculada de qualquer aspecto moral, já que estes atingem simplesmente a personalidade humana e não os costumes. Seria correto considerar tais infrações como uma invasão a privacidade da vítima, que por sua vez, teve isolada sua sexualidade (CUNHA, 2016, p.458).

Ao vislumbrar o princípio da dignidade da pessoa humana, o texto penal entra em harmonia com nossa Carta Magna de 1988, entrando em ambiente moderno com a realidade. A dignidade possui atributos de decência, respeitabilidade e compostura, ligados a honra. Ao associar ao termo sexual, insere-se na área da satisfação da lascívia ou da sensualidade. Assim, já garantidos na Constituição o direito à privacidade, intimidade e a honra, nada mais justo do que garantir a satisfação sexual de forma digna, respeitada, vedando qualquer forma de exploração, violência ou grave ameaça (NUCCI, 2013, p.961).

Vale ressaltar que a PEC 64/2016, foi aprovada em segundo turno no dia 9 de agosto deste ano. Ela propõe que os crimes de estupro se tornem imprescritíveis, cabendo sempre a ação penal não importando o tempo percorrido.

Até agora analisados os princípios fundamentais do Direito Penal, assim como realizamos uma breve introdução de como eram tratados os crimes contra a dignidade sexual. Passaremos agora a discussão destes crimes, fazendo observações detalhadas de cada um deles.

2.2 ESTUPRO

Artigo 213 CP. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. §1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena- reclusão de 8 (oito) a 12 (doze) ano. §2º Se da conduta resulta morte: Pena- reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O artigo 213 do Código Penal Brasileiro tutela a dignidade sexual da vítima constrangida mediante violência ou grave ameaça. O crime de estupro antigamente se limitava a conjunção carnal realizada pelo homem em proveito da mulher. Os atos libidinosos estavam previstos em artigo seguinte, que protegia também o homem. Resolveu- se tal problema com a Lei 12.015/09, enquadrando os dois crimes em somente um artigo, dando uma nova caracterização ao vocábulo estupro, não sendo mais só a conjunção carnal realizada por homem ou mulher, mas também a conduta de obrigar a vítima a praticar ou permitir que com ela se realize outro ato libidinoso (CUNHA, 2016, p.458).

É classificado como crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, de dano e plurissubsistente. Há quem diga que o estupro seria crime de mera conduta, assertiva deveras errônea, já que existe o resultado naturalístico por conta das possíveis lesões e até mesmo morte (NUCCI, 2013, p.974).

2.2.1 Hediondez

O crime de estupro é considerado hediondo pela Lei 8.072/90, levando em conta todas as privações da hediondez, sendo elas: o cumprimento da pena em regime fechado; a impossibilidade de obtenção de liberdade provisória, com fiança; o considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, bem como a progressão de regime; a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, dentre outros. Existia posição de que o estupro e o atentado violento ao pudor, hoje juntos em mesmo artigo, não seriam crimes hediondos, levando em conta sua ausência na lei de que trata mesmo

assunto. Pretendia-se constatar que somente o crime em sua forma qualificada, quando resulta em lesão corporal ou morte, receberia a condição de hediondo. Tal situação foi superada mediante nova redação da Lei 8.072/90 em seu artigo 1º, inciso V, dizendo que o estupro simples e suas formas qualificadas são hediondos (NUCCI, 2013, p.962).

2.2.2 Núcleo do tipo

O que se pune é o ato de libidinagem, coagido, obrigado, forçado, buscando constranger a vítima para que com o sujeito ativo realize conjunção carnal ou que com ele pratique ou permita qualquer outro ato libidinoso (CUNHA, 2016, p. 459).

A conjunção carnal é termo específico utilizado pelo legislador para demonstrar a introdução pênis-vagina. O legislador utilizou o conceito restritivo e não o amplo, assim conjunção carnal seria somente a penetração pênis-vagina, qualquer outra forma como o sexo anal estaria configurada ato de libidinagem. É importante ressaltar que não é necessária a ruptura do hímen, como também a existência de ejaculação.

O ato libidinoso é ato voluptuoso, lascivo, cuja finalidade é satisfazer o prazer sexual do infrator, sendo, por exemplo, o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina com os dedos ou de outros objetos, entre outros, Vale destacar que o beijo rápido na face ou nos lábios, conhecido como “selinho”, não se enquadra como ato libidinoso. É necessário que o beijo seja voluptuoso, com introdução da língua de forma longa e com intensa descarga de libido (NUCCI, 2013, p.969)

Segue jurisprudência a respeito do ato libidinoso (Processo: AgRg no AREsp 530053 MT 2014/0138360-2, Órgão Julgador: T5- Quinta Turma, Relator: Ministro Felix Fischer):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. DELITO CONSUMADO. I. A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Precedentes. II. No caso dos autos, configurada está a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal destinados à satisfação da lascívia do acusado, consistentes em colocar a vítima forçosamente em seu colo e beijá-la no pescoço, além de beijar seus

seios e tocar sua vagina, ainda que por sobre suas vestes. Agravo regimental desprovido.

Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir, enquanto estupro seria desonra, vergonha. Segundo Chrysolito de Gusmão, seria o ato pelo qual o indivíduo abusa de recursos físicos e mentais da vítima, mediante violência, conseguindo ter conjunção carnal. (NUCCI apud GUSMÃO, 2013, p.962).

O meio de execução do crime de estupro é a violência ou grave ameaça. A violência deve ser material e suficiente o bastante para impedir a vítima de reagir. Já a grave ameaça seria a violência moral, justa ou injusta, de modo que a vítima não encontre outro meio a não ser se sujeitar as vontades do infrator. A doutrina clássica nos ensina que a gravidade da ameaça deve ser retirada em vista a generalidade e a normalidade dos homens.

No entanto, é entendimento contrário ao de Rogério Sanches Cunha, no tocante ao fato de que a individualidade e as ações do infrator devem ser consideradas em conta para averiguar o que seria considerado como “grave” ameaça e vislumbrar se realmente ocorreu crime (CUNHA, 2016, p.460).

Nucci (2013, p.971) aponta que: “Violência é a coação física, enquanto a grave ameaça é a violência moral, consistente numa intimidação séria e grave. Quanto à ameaça, deve ser analisada objetiva e subjetivamente, sob o aspecto da suficiência.”

Sobre a ameaça, nos remete Hungria (NUCCI apud HUNGRIA 2013, p.972):

O agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta. Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que saiba tenha ela praticado (art. 66, I, da Lei das Contravenções Penais), hipótese que muito difere daquela em que a mulher, para evitar a denúncia, transige amigavelmente, de sua própria iniciativa, com o ameaçante dispondo-se à prestação de um favor em troca de outro.

Para a maioria da doutrina, não é necessário que infrator e vítima se toquem para realizar o crime de estupro. O agente poderia satisfazer sua lascívia ordenando que a vítima

toque o próprio corpo, como também não é requisito do crime que a vítima esteja sem roupas, desnuda.

É também, de suma importância, que esteja evidenciado o dissenso da vítima, não concordo com a conduta violenta até o seu término. Se o estupro começou sem a concordância da vítima, mas durante alguma etapa houve o consentimento, afasta-se o delito. Como também é plausível levantar a hipótese do ato começar com consentimento da vítima e esta não aprovar o seu prosseguimento. Evidenciado o dissenso em alguma etapa, há que se falar em crime de estupro (NUCCI, 2013, p.973).

2.2.3 Violência cometida contra pessoa diversa da vítima e contra coisa

É hipótese concretamente viável, uma vez que o delinquente pode lesionar outra pessoa, querida pela vítima ou não, para que com ela cometa o crime de estupro. É violência que se caracteriza como elemento do crime de estupro, sendo seguida do constrangimento da vítima (NUCCI, 2013, p.972).

A violência exercida contra objeto da vítima também é possível. Aqui a violência é moral, tendo a vítima a ameaça de perder objeto de valor ou por que tenha certo apreço. Trata-se de fato constrangedor para a vítima, enquadrando-se o crime de estupro.

2.2.4 Estupro como crime único de condutas alternativas

A atual redação do artigo 213 do Código Penal nos traz três tipos de verbos em associação: constranger alguém a ter conjunção carnal; constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

São três maneiras de se concretizar o estupro, de forma alternativa, sendo que o agente poderá realizar uma das condutas ou as três, desde que a vítima seja a mesma, no mesmo local e horário, constituindo um só crime (NUCCI, 2013, p. 963).

Há quem acredite em corrente diversa desta, sendo o crime de estupro misto cumulativo, assim, existiria a separação das condutas de conjunção carnal e a prática de ato libidinoso, respondendo o agente por mais de um crime em concurso material e somando-se as penas.

Rogério Sanches Cunha (CUNHA apud FILHO, 2016, p.462), em sua obra, nos remete ao pensamento de Vicente Greco Filho:

:

Vicente Greco Filho ensina que a alteração legislativa tornou o crime do art. 213 daqueles em que a alternatividade ou cumulatividade são igualmente possíveis e que precisam ser analisadas à luz dos princípios da especialidade, subsidiariedade e da consunção, incluindo-se neste o da progressão. Vemos, nas diversas violações do tipo, delito único se uma conduta absorve a outra ou se é fase de execução da seguinte, igualmente violada. Se não for possível ver nas ações ou atos sucessivos ou simultâneos nexos causal, teremos, então, delitos autônomos. Para referido mestre, não é possível aplicar a regra de continuidade delitiva no caso de conjunção carnal seguida de outro ato sexual, vez que a reunião dos fatos diversos em apenas um tipo penal não tem o condão de unificar sua natureza.

Esta diretriz não pode prosperar uma vez que estamos diante de um excesso punitivo contra a figura do estuprador. O artigo 213, em sua nova redação, traz consigo o atentado violento ao pudor, mas nunca o excluindo, tratando-se apenas de uma *novatio legis* e não *abolitio criminis*. A dignidade da pessoa humana está acima da dignidade sexual, não tendo escopo a aplicação de penas enormes a um infrator por atos ocorridos contra a mesma vítima em mesmo local e hora.

Ainda que tenha ocorrido o crime ao caso concreto, há de se respeitar as condições de dignidade do infrator, não o submetendo a uma penalidade muito além do necessário para sua recuperação ao meio social. Seria alavancar a pena dos crimes de estupro para muito acima dos crimes contra a vida por exemplo. Também é correto dizer que seria uma afronta aos princípios da legalidade e proporcionalidade, já que soma condutas de um mesmo crime ocorrido em uma mesma situação (NUCCI, 2013, p.963-964).

Segundo Rogério Sanches Cunha (2016, p. 462):

[...] desde logo defendemos que o crime de estupro passou a ser conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de um núcleo, dentro do

mesmo contexto fático, não desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade de análise do art. 59 do CP). A mudança é benéfica para o acusado, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos (art. 2º, parágrafo único, do CP).

Um exemplo comum de crime único de condutas alternativas é o crime de tráfico, previsto no artigo 33 da lei 11.343/06. O delito possui dezoito verbos para a aplicação do delito, possuindo um caráter gravíssimo contra a saúde pública e, mesmo assim, não se é cumulado as penas, em vista de que o direito penal é calcado na legalidade e a redação do tipo adotou, como fez no estupro, a forma alternativa, pouco importando se praticou mais de uma conduta do tipo, pois ainda seria um único delito.

É o que vem seguindo os tribunais do país (Ap. 2009.005512-9-SC, 2ª C.C., rel. Salette Silva Sommariva, 11.01.2011):

Com a superveniência da Lei 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no art. 214 do Código Penal, foi inserida naquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro (AgRg no REsp 1127455-AC, 6ª. T., rel. Sebastião Reis Junior, 28.08.2012, v.u). TJSC: “Com as recentes alterações operadas no Código Penal, por meio da Lei 12.015/2009, em vigor desde 10.08.2009, revogou-se o art. 214, que tratava do atentado violento ao pudor, migrando a conduta lá prevista (prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal) para a previsão legal de estupro, disposta no art. 213, transformando, assim, num tipo penal misto alternativo e subsistindo, então, a criminalização

2.2.5 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo, não existindo a forma culposa, o que ocasionaria a atipicidade do delito. Segundo Rogério Sanches Cunha seria a vontade de constranger alguém mediante violência ou grave, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Mirabete nos remete a entendimento semelhante: “A vontade de constranger, obrigar, forçar a mulher é o dolo de delito de estupro. Exige-se, porém, o elemento subjetivo do injusto (dolo específico), que é o intuito de manter conjunção carnal” (CUNHA apud MIRABETE, 2016, p.460).

Fernando Capez, por outro lado, afirma o seguinte (CUNHA apud CAPEZ, 2016, p.461):

Entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas. O que pode causar certa dúvida é o fato de que tal crime exige finalidade de satisfação da lascívia para sua caracterização. Ocorre que se trata de um delito de tendência, em que tal intenção se encontra insita no dolo, ou seja, na vontade de praticar a conjunção carnal. Deste modo, o agente que constrange mulher mediante o emprego de violência ou grave ameaça à prática de cópula vagínica não age com nenhuma finalidade específica, apenas atua com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (o até então chamado dolo genérico).

Na perspectiva de Nucci, o dolo é característica inerente dos crimes contra a dignidade sexual, mesmo quando parece que o infrator apenas quer causar constrangimento na vítima. Apesar do crime de constrangimento ilegal e o crime de estupro possuírem passagens semelhantes, neste a intenção de satisfação sexual por parte do criminoso vem de forma clara. Um exemplo seria a intenção de introduzir objetos nos órgãos sexuais da vítima, apesar de parecer somente constrangimento ilegal, é certo de que o infrator tinha a intenção de se satisfazer durante o ato (NUCCI, 2013, p.966).

2.2.6 Sujeitos do crime

Antes de surgir a Lei 12.015/09, os sujeitos do crime de estupro possuíam capacidade especial própria, ou seja, os sujeitos eram bipróprios. Posterior a referida Lei, os sujeitos do delito passaram a ter a característica de bicomum, em que qualquer pessoa possa ser sujeito do crime de estupro, tanto homem como a mulher. O delito do crime de estupro agora é classificado como crime comum (CUNHA, 2016, p.459).

Era comum, falando em termos éticos e morais, que a mulher não poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, ou seja, não teria a capacidade de constranger o homem para que com ela realizasse conjunção carnal ou praticasse atos libidinosos. Esta teoria caiu com a nova Lei de 2009 e também pelo senso comum dos tempos modernos. Seria muito comum imaginar uma mulher, portanto uma arma de fogo, render indivíduo do sexo

masculino, para que ela fizesse sexo. Assim pode-se evidenciar a posição machista que a antiga Lei, como também os entendimentos doutrinários passavam (NUCCI, 2013, p.967).

Vale mencionar que para o sujeito passivo, quando mulher, suas características pessoais não influenciam para o cometimento do crime, como disponha a antiga legislação. O conceito de mulher honesta ou não também tem origem machista, salientando que uma mulher não honesta, não poderia ser vítima de um crime de estupro. Oras, isto é de certo um entendimento originário dos ditos “bons costumes”, não podendo de forma alguma prosperar. A diferença de tratamento entre mulheres honestas e não honestas se apresentava nas penas, tendo os estupradores deste caso, uma pena mais branda, já a vítima tinha uma vida pública ou era prostituta.

Outro tema, bastante controverso é a possibilidade de o cônjuge cometer crime de estupro contra sua parceira. A luz do antigo código isto seria impossível, pois vigorava o entendimento de que o parceiro tinha responsabilidades sexuais com o outro, pelo bom zelo familiar e requisitos do casamento em si, sob a tese de exercício regular de direito. Ao negar tal situação, o parceiro ainda poderia pedir o divórcio alegando que seu cônjuge estaria lhe negando sexo. Isto se devia ao fato de que a mulher sempre foi o objeto sexual do homem, na mesma diretriz de que não poderia ser sujeito ativo do artigo 213 do Código Penal. No entanto, a mulher não é objeto sexual do homem, como também o contrário. A união de pessoas advém do amor verdadeiro e o constrangimento mediante violência ou grave ameaça não nos demonstra isso (NUCCI, 2013, 968).

No entanto, apesar de vários casos de estupro entre cônjuges serem julgados, como sua possibilidade de ocorrência ser concreta, a produção de provas para o caso é sempre dificultosa. Isto se deve pelo fato do constrangimento ocorrer em meio domiciliar, quase sempre sem testemunhas e com uma vítima totalmente desmoralizada pelo marido.

É o caso que vem sendo relatado pelos tribunais: TJSP: “Estupro- Prova- Declarações da ofendida- Insuficiência- Vítima e agente que são cônjuges- Situação de grande animosidade entre as partes indicada pelo conjunto probatório- Absolvição decretada” (Ver. 275.287-3, São José do Rio Pardo, 3º. Grupo de Câmaras Criminais, rel. Gomes de Amorim, 15.02.2001, v.u., JUBI 56/01).

2.2.7 Participação e coautoria

O crime de estupro permite tanto a participação quanto a coautoria. Nas palavras de Nucci, a coautoria se dá quando uma mulher segura outra, para que um terceiro, no caso um homem, realizasse conjunção carnal. Já a participação seria quando uma mulher instiga um homem a estuprar a vítima (NUCCI, 2013, p.968).

Outro caso recorrente nos crimes de estupro é a autoria mediata, quando uma mulher convence um homem, doente mental, a manter conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, com outra mulher.

2.2.8 Consumação e tentativa

A consumação se dá com a conjunção carnal completa, introdução total do pênis da vagina, ou incompleta, quando a introdução não é total. Como já mencionado não é necessário a ejaculação como também que a vítima esteja desnuda. Também está consumado o delito mediante o ato de libidinagem, bastando apenas o toque na vítima para gerar eficientemente a lascívia ou o seu constrangimento. Entretanto *o inter criminis* deve ser analisado, pois existe diversas formas de se obter a satisfação sexual por meio do constrangimento da vítima (NUCCI, 2013, p.969).

A tentativa também é perfeitamente possível, quando o sujeito passivo não consegue concretizar o delito por situações alheias a sua vontade (CUNHA, 2016, p.461). Um exemplo é a jurisprudência a seguir: TJSP (Ap. 70016618597, Tramandaí, 7ª C., rel Sylvio Baptista Neto, 05.10.2006, v.u):

Com relação à tipicidade do fato, é certo que o réu tentou beijar a vítima. Pela forma de abordagem, conclui-se que pretendia um beijo lascivo, que constitui ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Iniciou a execução do crime colocando a mão na virilha da garota. No entanto, o relato da vítima não foi claro se aquele toque foi, por si só, uma ato lascivo, ou se apenas o réu colocou a mão em sua perna como mera insinuação, constituindo ato preparatório para seu intento principal, a obtenção do beijo. Assim, tenho que o delito foi tentado, uma vez que o réu não consumou seu intento por circunstâncias alheia à sua vontade, em razão da fuga da vítima.

O exemplo de jurisprudência acima demonstra situação em que o beijo lascivo ficou somente nos atos preparatórios, não consumando o crime e cabendo a tentativa.

2.2.9 Estupro por inseminação artificial

Segundo Nucci, sob a ótica de René Ariel Dotti, o tipo penal exige a conjunção carnal ou que outro ato libidinoso seja praticado. Logo, se ocorreu inseminação artificial forçada, estaríamos diante de constrangimento ilegal (NUCCI apud DOTTI, 2013, p.969).

2.2.10 Impotência sexual

A impotência sexual é situação fisiológica ou até mesmo psicológica que acomete tanto os homens quanto as mulheres. No entanto, tratando-se do crime de estupro, é hipótese recorrente aos homens, uma vez que a principal forma de consumação do delito é a consumação carnal. Isto posto, existem aqueles que teriam a impotência sexual uma forma de crime impossível, já que não teria como ocorrer a efetiva penetração pelo infrator. (NUCCI, 2013, p.971).

Porém, com a Lei 12.015/09, os atos libidinosos também configuram o crime de estupro, não sendo necessário que ocorra a penetração por parte do sujeito ativo, não havendo problema algum se o agente sofrer de disfunção erétil. O constrangimento por parte vítima ainda estaria presente como também o dolo do infrator em obter vantagem sexual.

2.2.11 Exame de corpo de delito

É prescindível para a comprovação do crime. O delito previsto no artigo 213 pode ser comprovado mediante o testemunho da vítima ou de terceiros, não sendo essencial para a condenação do infrator. É nesse sentido que o TJDF decidiu (Ap. 2000 03.1.011076-7, 1ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v.u):

Irrelevante o resultado negativo do laudo de exame de corpo de delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor (hoje, estupro) prescinde da realização do exame de corpo de delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra, corroborada por provas testemunhal idônea, tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de prova.

Há ausência de lesões corporais na vítima também é irrelevante, já que o estupro pode ser consumado, por vias, de fato, sem deixar lastro probatório. O estupro pode também ocorrer por meio da grave ameaça, não deixando vestígios concretos (NUCCI, 2013, p.975).

2.2.12 Palavra da vítima como forma de condenação

Trata-se de tema bastante delicado, por mais que o testemunho da vítima quando sozinho deva ser valorado, não deixa de ser uma forma de condenação perigosa e que por muitas vezes injusta.

Para que tal fato ocorra, deve ser realizada uma análise sucinta da relação entre estuprador e vítima, seu histórico e como se deu ao fato, já que a vítima poderia muito bem mentir para se vingar de seu antigo parceiro, por exemplo. A jurisprudência possui duas vertentes. (REsp 168.369-RS, 5ª T., rel José Arnaldo da Fonseca, 06.04.1999, v.u., RT 767/547):

A palavra da ofendida, no caso em exame, não é suficiente para gerar credibilidade. Não há certeza de ser ela moça recatada. Foi ouvida uma testemunha que disse ter estado com a vítima antes, em sua casa, quando a ofendida despiu-se completamente para ele; isso ocorreu após terem retornado de um baile na localidade (...); dormiram na mesma casa; só não mantiveram relações sexuais porque a testemunha estava embriagada. Enfim, por falta de credibilidade quanto ao comportamento da ofendida, manteve-se a absolvição do pretenso estuprador.

Sobre outra vertente o STJ: “Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, delitos geralmente cometidos na clandestinidade, a palavra da vítima tem significativo valor probante. Incidência da Súmula 83/STJ” (EDcl no AgRg no AREsp 151680-TO, 5ª T., rel. Marco Aurélio Bellizze, 23.10.2012, v.u).

2.2.13 Distinção entre estupro e importunação ofensiva ao pudor

Deve-se sempre estar atendo as diferenças entre estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a diferença entre penas é gritante.

Para o estupro é elemento do crime a presença de violência ou grave ameaça, configurando o constrangimento da ofendida. Logo passadas de mão nos seios ou perna da vítima sem os elementos do crime de estupro seria caso de importunação ofensiva ao pudor. A duração do ato do indivíduo também deve ser levada em conta para o dolo do infrator de manifeste; É como salienta Delmanto: (NUCCI apud DELMANTO, 2013, p.977)

A cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor (hoje estupro) como crime hediondo (art. 1º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, desclassificar o delito para contravenção do art. 61 da LCP, que, sob o nomen juris de importunação ofensiva ao pudor, pune com multa aquele que importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato atípico.

Aqui a ressalva de Delmanto é de muitíssima importância, dando uma interpretação mais real ao simples contato corporal lascivo, ainda faz sugestão de desclassificação da conduta para contravenção penal do art. 61 da LCP.

2.2.14 Causa de Aumento de Pena

As qualificadoras do delito de estupro estão dispostas em seus parágrafos 1º e 2º, tratando-se de condutas preterdolosas, onde existe o dolo na conduta e culpa no resultado.

O parágrafo 1º trata do estupro seguido de lesão corporal grave, com pena 8 (oito) à 12 (doze) anos. Já o parágrafo 2º dispõe do estupro seguido de morte com pena de 12 (doze) à 30 (trinta) anos.

Com o advento da nova Lei, a pena do estupro seguido de lesão grave se manteve, enquanto a seguida de morte foi valorada, não podendo retroagir, pois prejudicaria o réu *novatio legis in pejus* (CUNHA, 2016, p.463).

2.3 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

Art. 215 do CP. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O artigo 215 protege a dignidade sexual da ofendida, danificada mediante a fraude do infrator. Como ocorre no crime de estupro, a violação mediante fraude (utilização do ardil, do engodo, do engano) nasce da junção dos artigos 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude) (CUNHA, 2016, p.464).

Aqui o núcleo do tipo é conseguir conjunção carnal ou outro ato libidinoso mediante a fraude ou outro meio que dificulte a livre manifestação da vítima. A fraude deve ser suficiente a ponto de poder enganar a vítima, analisando não só o meio empregado como a condição da vítima, que poderão variar de acordo com o caso concreto. Ela não pode anular a capacidade de resistência d vítima, pois estaria configurado o delito de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro (CUNHA, 2016, p.465).

Quando falamos de meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima, nas palavras de Nucci, trata-se de qualquer mecanismo disposto a conturbar o tirocínio da vítima. São meios semelhantes a fraude, por exemplo, quando a vítima, alcoolizada, concorda com ato sexual sem a completa razão dos sentidos (NUCCI, 2013, p.981).

O tipo é misto alternativo, assim, o agente ativo pode realizar a conjunção carnal ou ato libidinoso que ainda estaria configurado o mesmo artigo, em vista de o crime ser único, como acontece no crime de estupro. É classificado como crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, de dano, unissubjetivo e plurissubsistente.

Destacamos o exemplo de Luiz Regis Prado ao afirmar o seguinte: (CUNHA apud PRADO, 2016, p.465):

Tome-se, por exemplo, a mulher que, num baile de máscara, no decorrer da festividade, após separar-se momentaneamente do marido, dirige-se a outra pessoa, pensando tratar-se do cônjuge e, objetivando agradá-lo, convida-o para irem ao motel, sendo que a terceira pessoa, aproveitando-se da situação, não só aceita o convite, como sugere que o ato sexual seja realizado também de máscara e na penumbra.”

No exemplo, a fraude está no uso de máscaras pelo infrator. Este se passa pelo marido da vítima para que com ela tenha relações sexuais.

2.3.1 Sujeitos Ativo e Passivo

Trata-se de crime comum, não sendo atribuída nenhuma qualidade pessoas aos agentes para configuração do delito. O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como o passivo.

2.3.2 Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo é o dolo, que consiste na vontade de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso através de meio fraudulento ou que reduza a capacidade de persuasão da vítima. Não existe a forma culposa.

2.3.3 Aplicação de Multa

Quando presente a intenção de vantagem econômica pelo agente ativo, o juiz deve aplicar multa ao caso. Para Nucci tal hipótese é rara nos crimes contra a dignidade sexual, já que a principal intenção do infrator seria satisfazer sua lascívia, no entanto, não impossível. Pode-se imaginar caso em que uma mulher, visando a riqueza de certo indivíduo, o embriaga, para ter relações sexuais sem proteção e, então, gerar um filho (pensão alimentícia ou herança) (NUCCI, 2013, p.982).

2.3.4 Consumação e Tentativa

Como no caso de estupro, consuma-se o delito com a prática do ato de libidinagem, sendo perfeitamente possível a tentativa, desde que iniciado os atos executórios e interrompidos por motivos alheios a vontade do agente ativo. A tentativa é possível porque o crime é plurissubsistente (CUNHA, 2016, p.466).

2.4 ASSÉDIO SEXUAL

Art. 216-A do CP. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.

Pena- detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. (Vetado). §2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Protege-se a liberdade sexual da vítima, mas também pode ser dito, que além do bem jurídico mencionado, tutela a liberdade de trabalho e a não discriminação (CUNHA, 2016, p.466).

Segundo Nucci, o constrangimento ilegal para o caso de assédio é específico, não existe violência ou grave ameaça, mas a importunação do superior hierárquico em troca de algo que não está previsto em lei. O ambiente é laboral e a vítima não tem outra forma de manter suas condições de trabalho a não ser satisfazer a lascívia do infrator, no caso, o empregador (NUCCI, 2013, p.983).

Assédio significa perseguir com propostas; sugerir com insistência; ser importunado ao tentar obter algo; molestar. “Assédio sexual seria insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno”. (HOUAISS, p. 319).

Laerte I. Marzagão Jr (NUCCI apud MARZAGÃO, 2013, p. 984) define o assédio sexual da seguinte forma:

No Direito pátrio, a figura do assédio sexual restringe-se ao constrangimento criminoso, manifestado, única e, tão somente em um contexto laboral, por parte do chefe, patrão ou superior hierárquico contra o empregado ou subordinado, com o objetivo de se auferir vantagem de natureza sexual.

A vantagem significa ganho ou proveito, enquanto favorecimento é o benefício ou agrado. Segundo Nucci, seria suficiente a utilização de apenas um dos termos para o tipo penal, pois, no caso concreto, a diferenciação se torna dificultosa, para não dizer impossível (NUCCI, 2013, 984).

Superior hierárquico é termo utilizado para configurar indivíduo com função superior, que possui maior autoridade na esfera da administração pública, civil ou militar, aquele que possui poder de comando em relação aos outros. Não caracteriza o crime agente que possui a mesma função hierárquica que o outro agente, ou quando o assediador está em função inferior ao outro.

Ascendência seria a superioridade ou preponderância, quando o sujeito ativo possui maior poder de mando em relação ao outro empregado. Aqui o caso se enquadra no setor privado, podendo ser o dono de empresa, gerente ou chefe, também empregado (NUCCI, 2013, p.985).

O exercício de emprego se deve a relação trabalhista, com a presença de empregador que remunera seu empregado, com as devidas exigências da CLT. Cargo ou função se deve ao setor da administração pública, com denominação e padrão de vencimento, próprios.

Vale lembrar que se o assédio acontecer fora do ambiente de trabalho, o crime do artigo 216-A não acontece, for ser condição elementar do tipo penal em questão (NUCCI, 2013, p.986).

É crime próprio, formal, comissivo, instantâneo, unissubjetivo, e unissubsistente ou plurissubsistente conforme o caso concreto.

2.4.1 Sujeitos Ativo e Passivo

O assédio sexual se trata de crime próprio, exercido por superior hierárquico ou ascendente em relação de emprego, cargo ou função por parte do sujeito ativo. Caso o sujeito ativo tenha alguma obrigação de proteção como ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, curador ou irmão pode configurar aumento de pena previsto no artigo 226, II, do Código Penal. No entanto, se a condição cabe ao preceptor ou empregador da vítima, a pena não deve ser valorada por configurar *bis in idem* (CUNHA, 2016, p.467).

O agente passivo também possui condição especial, devendo ser o sujeito subalterno do autor. Note-se que a relação dos agentes independe de sexo, podendo acontecer entre pessoas do mesmo gênero.

2.4.2 Consumação e Tentativa

Quanto a consumação do delito, temos duas correntes. A primeira diz que o crime se consuma com o constrangimento da vítima, independente do favorecimento sexual, como lecionam Mirabete e Fernando Capez. Para os outros, a consumação se dá com a prática

reiterada de atos constrangedores, sendo o crime habitual. Nessa perspectiva, disserta Rodolfo Pamplona Filho (CUNHA apud FILHO, 2016, p. 469):

Como regra geral, o assédio sexual depende, para sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada. Um ato isolado geralmente não tem condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social. Todavia, excepcionalmente, há precedentes jurisprudenciais no direito comparado que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contato físico de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento desse requisito. (...) Apesar deste desprezo jurisprudencial por tal requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá brocardo *dura lex, sede lex*), é sintomática a observação de que o afastamento desse requisito se dá sempre como exceção.

A tentativa depende da corrente adotada para consumação. No caso da primeira, admite-se o *conatus*, ainda que de difícil configuração. Para a segunda não é possível pelo crime ser habitual.

2.4.3 Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, na vontade em constranger a vítima, aliado a finalidade especial de obter vantagem ou favorecimento sexual (CUNHA, 2016, p.468).

2.4.4 Relação entre Docente e Aluno

A lei foi clara que o delito se trata de constrangimento exercido em vista de emprego, cargo ou função, com a intenção de obter favorecimento sexual. Aluno não exerce emprego, cargo ou função em relação ao seu professor, apesar deste possuir ascendência em relação àquele, não se trata de vínculo empregatício (NUCCI, 2013, p. 986).

2.4.5 Relação entre Ministro Religioso e Fiel

O crime de assédio não se configura ao caso pelos mesmos motivos do professor e aluno. Aqui não está caracterizada relação de emprego entre patrão e empregado, o fiel não exerce emprego, cargo ou função em relação ao ministro religioso. Mesmo que em questão de fé, o ministro religioso pareça ter ascendência sobre o fiel, não existe o crime de assédio (NUCCI, 2013, p.986).

2.4.6 Relação entre patrão e empregada doméstica

O crime de assédio pode acontecer, já que existe a figura de um empregador (patrão) e empregado (doméstica), elementares do tipo penal em questão (NUCCI, 2013, p.986).

2.4.7 Paixão do Agente pela Vítima

A paixão e emoção não servem para excluir o crime, como dispõe o artigo 28, I, do Código Penal.

No entanto, caso o agente ativo esteja realmente apaixonado pela vítima, usando de sua condição superior hierárquico para convencê-la de seu amor, não há delito. Isto porque o agente ativo tenta demonstrar para a vítima que pretende com ela um relacionamento amoroso duradouro, sem que ocorra constrangimento. Aqui a intenção do autor não é obter vantagem ou favorecimento sexual, não utilizando de meios sórdidos para isso. Para este caso, deve-se comprovar a intenção do infrator, caso deseje apenas o contato sexual, estará configurado o crime de assédio sexual.

2.4.8 Caso de aumento de pena (§2º, artigo 216-A)

Aumenta-se de um terço a pena se o crime for cometido contra pessoa menor de 18 (dezoito) anos. Protege-se o adolescente formalmente empregado de 16 (dezesesseis) e 17 (dezesete) anos (Artigo 7º, XXXIII, CF), como também o aprendiz de 14 (catorze) e 15 (quinze) anos. É importante ressaltar que a vítima menor de 14 (catorze), apesar de ser menor de 18 anos, se enquadra no delito de estupro de vulnerável (artigo 217-A) (NUCCI, 2013, p.988).

2.5 MEDIAÇÃO DO MENOR VULNERÁVEL PARA SATISFAZER A LASCÍVIA DE OUTREM

Art. 218 CP. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único. (Vetado)

Trata-se de delito em que o núcleo do tipo é induzir, dar ideia ou sugerir algo a menor de 14 anos. Este é figura vulnerável, que segundo entendimento majoritário, não teria plena capacidade de discernir o que é certo do errado.

De acordo com Guilherme de Sousa Nucci, o crime em questão é uma forma branda da participação moral do estupro de vulnerável, sendo exceção da teoria monista, tutelada pelo artigo 29 do Código Penal. Isto porque o termo induzir estaria em semelhança com instigar ou auxiliar, verbos utilizados para configurar o concurso de crimes na forma de participe. Oras, se induzir se enquadra crime previsto no artigo 218, instigar ou auxiliar deveriam ter a mesma conotação para beneficiar o acusado (NUCCI, 2013, p.996)

Em discordância com este entendimento, reflete Bitencourt (CUNHA apud BITENCOURT, 2016, p.474):

A finalidade do induzimento é satisfazer a lascívia de outrem, por meio da prática de conduta lasciva. Trata-se, em outros termos, de práticas sexuais contemplativas, exibicionistas, expositivas (v.g., *strip-tease*), como, por exemplo, vestir-se com determinadas fantasias para satisfazer certas taras etc.

Para Sanches, o crime em questão também se refere a atos contemplativos, quando não ocorre a conjunção carnal ou atos libidinosos, já que nesta hipótese estaria configurado o estupro de vulnerável tanto para quem induz tanto para quem participa diretamente. A conclusão do referido autor se dá pelo legislador não se referir aos atos de libidinagem, não sendo, então, exceção pluralística a teoria monista (CUNHA, 2016, p.474).

O crime em si é comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente (NUCCI, 2013, p.996).

2.5.1 Sujeitos Ativo e Passivo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo considerado crime comum. Já o passivo possui qualidade especial de vulnerabilidade para que o crime ocorra, devendo ser indivíduo menor de 14 anos.

2.5.2 Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, é a vontade de induzir menor de 14 anos a satisfazer lascívia alheia. Não existe a forma culposa.

2.5.3 Consumação e Tentativa

O crime é consumado com a prática do ato para obter lascívia alheia, não importando deste se considerar satisfeito. É de suma importância ressaltar que a prática reiterada de atos não é essencial, não se tratando de delito habitual (CUNHA, 2016, p.475). A tentativa é admissível, embora de difícil configuração.

2.6 SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE

Art. 218-A do CP. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: Pena- reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

O artigo 218, antes da reforma trazida pela Lei 12.015/09, punia a corrupção sexual de menores, caso em que a vida sexual destes teria início de forma precoce, tendo como vítima, pessoa menor de 18 e maior de 14 anos. O agente, sem violência, grave ameaça ou fraude, induzia a vítima a praticar ou presenciar ato de libidinagem ou com ela praticava. A vítima menor de 14 anos não se enquadrava nesse crime, pois estaria configurada no crime de estupro ou atentado violento ao pudor.

A doutrina, com razão, observava que pessoa vulnerável, simplesmente presenciar ato sexual, sem participar, passiva ou ativamente, era um fato atípico. A Lei 12.015/09 integrou o artigo 218-A ao Código Penal, não permitindo, apesar da pena, os benefícios concedidos pela Lei 9.099/99 (CUNHA, 2016, p.476).

Nas palavras de Guilherme de Sousa Nucci, praticar seria realizar, executar ou levar a efeito; induzir significa dar ideia ou sugerir, enquanto que presenciar consiste em assistir ou ver algo (NUCCI, 2013, p.997)

O crime mencionado admite duas modalidades. A primeira se dá com a prática de conjunção carnal ou outro ato de libidinagem, na presença da vítima, querendo ou aceitando ser observado. Aqui o infrator aproveita a presença de pessoa menor de 14 anos para satisfazer lascívia própria ou alheia. A segunda consiste em induzir a vítima a presenciar conjunção carnal ou ato libidinoso. O agente ativo pretende com que o menor presencie o ato sexual para obter sua satisfação. Note-se que o menor não participa do ato sexual em nenhuma das modalidades, caso contrário haveria estupro de vulnerável, artigo 217-A do Código Penal (CUNHA, 2016. p.476).

É crime comum, formal, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubjetivo. (NUCCI, 2013, p.997)

2.6.1 Sujeitos Ativo e Passivo

O crime é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Já a vítima deve ser pessoa vulnerável, menor de 14 anos. Note-se que neste caso, o legislador não inclui no polo passivo do crime, os vulneráveis que, por enfermidade ou doença mental, não tem o total discernimento para presenciar a conjunção carnal ou o ato libidinoso (CUNHA, 2016, p.476).

2.6.2 Elemento Subjetivo

O crime é punido a título de dolo, a vontade de praticá-lo, acrescido da intenção de obter satisfação de lascívia própria ou de outrem. A idade da vítima deve ser conhecida pelo infrator, já que, caso contrário, estaria presente o instituto do erro de tipo essencial, previsto no artigo 20 do Código Penal Brasileiro.

2.6.3 Consumação e Tentativa

A consumação do crime depende da modalidade delituosa. Na primeira, praticar conjunção carnal ou ato libidinoso na presença de menor de 14 anos, o crime se concretiza com a efetiva realização do ato sexual. Quanto à segunda, induzir vulnerável a presenciar, o crime se perfaz com o núcleo do delito, sem a necessidade de ocorrer conjunção carnal ou ato libidinoso (CUNHA, 2016, p.478). As duas modalidades aceitam tentativa, uma vez que são condutas plurissubsistentes.

2.6.4 Presença de Menor e Distinção com o Delito Previsto no artigo 241-D da lei 8.069/90

Com o avanço das correntes doutrinárias ao lado da tecnologia, há de se questionar se a presença física do ofendido é necessária ou não para configuração do crime. Bitencourt (CUNHA apud BITENCOURT, 2016, p. 477) disserta da seguinte maneira:

O texto legal utiliza os vocábulos na presença de alguém menor e induzi-lo a presenciar, ou seja, com os termos presença e presenciar, fica claro que o menor vulnerável deve encontrar-se, fisicamente, no local onde se realiza a cena de libidinagem. Tais termos têm significado muito específico, iniludível de que o indivíduo deve estar, pessoalmente ou, dito de outra forma, de corpo presente onde se desenrola o acontecimento libidinoso (...) e não indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico.

Guilherme de Sousa Nucci discorda desta visão. Para ele não é necessário a presença física do ofendido no local do crime. Basta que a conjunção carnal ou ato libidinoso esteja a vista do menor, podendo estar distante, por meio virtual (câmera e vídeo). (NUCCI, 2013, p.997)

É importante mencionar a diferença do crime em questão com o previsto no artigo 241-D da Lei 8.069/90. Nesta o acesso a material pornográfico pelo menor vulnerável tem a finalidade de convencê-lo a praticar com o agente qualquer ato libidinoso. O artigo 218-A tem como objetivo o agente se satisfazer com a mera presença do ofendido (NUCCI, 2013, p.977-978).

2.7 FAVORECIMENTO DA PROTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL

Art. 218-B CP. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena- reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos

§1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§2º Incorre nas mesmas penas:

I- quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II- o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo.

§3º Na hipótese do inciso II do §2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

2.7.1 Considerações iniciais

Com o advento da Lei 12.015/09, o artigo 218-B reuniu os artigos 244-A do ECA e o 228 §1º do Código Penal, criando o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. A referida Lei também mudou o *nomem iuris* do artigo 218-B, incluindo as figuras de criança ou adolescente (CUNHA, 2016, p. 479)

Além disso, o novo diploma incluiu o artigo 218-B e todas suas modalidades no rol dos crimes hediondos, tendo importância quanto ao tema da lei penal do tempo, já que duas dessas modalidades se tratam de condutas permanentes (impedir e dificultar). Nestes casos, a consumação do delito se dá quando o ofendido decide deixar a vida de prostituição e o agente ativo a dificulta, protraindo-se a consumação até o momento em que cessar o embaraço. Assim, os sujeitos ativos que iniciaram o ato de impedir ou dificultar que a vítima abandonasse a prostituição antes da entrada do novo diploma, e ainda permanecem, sofrerão as consequências da nova Lei, como dispõe a súmula nº 711 do STF (CUNHA, 2016, p.479).

De acordo com Eva Faleiros, a exploração sexual é a dominação e abuso de corpo de crianças, adolescentes e adultos, por exploradores sexuais, organizados por redes de exploração local ou global, ou por pais ou responsáveis, e por consumidores de serviços sexuais pagos, sendo quatro as modalidades: prostituição, atividade em que os atos sexuais são negociados em troca de dinheiro ou não; turismo sexual, comércio sexual articulado em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais ou estrangeiros e na maioria das vezes mulheres jovens, originadas se setores excluídos de terceiro mundo;

pornografia, sendo a produção, venda, exibição, distribuição, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também no cinema, literatura e afins; e o tráfico para fins sexuais, movimentação clandestina de pessoas através de fronteiras nacionais com a finalidade de exploração sexual opressora, para obter lucro aos traficantes. (CUNHA, 2016, p.479-480)

A exploração de adolescentes, não menores de 14 anos, está prevista no artigo 218-B, revogando quanto a esse tema, o artigo 244-A do ECA. A exploração de adultos está presente no artigo 228 do Código Penal. O artigo 231 pune a exploração sexual quanto ao tráfico internacional de pessoas e o artigo 231-A o tráfico interno. A pornografia incluindo crianças e adolescentes foi configurada no ECA, mais precisamente nos artigos 240, 241, 241-A a 241-D, sendo que a de adultos não caracteriza crime, em regra. Por causa das penas cominadas, os benefícios da Lei 9.099/95 não são possíveis (CUNHA, 2016, p.480).

2.7.2 Conduta

A primeira parte do tipo penal nos refere aos termos submeter, induzir ou atrair, sendo estes verbos alternativos, os quais têm objetivo na prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoa menor de 18 anos ou que, em consequência de enfermidade ou deficiência mental, não tenha o completo discernimento para a prática do ato. Submeter significa subjugar, sujeitar alguém a algo; induzir seria dar a ideia, sugerir, enquanto atrair é a sedução, chamar a atenção de alguém para algo (NUCCI, 2013, p.998).

A segunda parte prevê as condutas alternativas de facilitar, impedir ou dificultar. Facilitar significa tornar acessível ou à disposição e diz respeito a prostituição ou outra forma de exploração e que de certa forma, está mal colocada no tipo penal, devendo ser integrada junto aos termos da primeira parte submeter, induzir ou atrair. Impedir seria obstar, colocar qualquer obstáculo e dificultar é tornar algo complicado.

O objetivo almejado para o artigo em questão é que em sua primeira parte, o agente coloca o ofendido no mundo da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Já na

segunda parte o sujeito ativo usa seus esforços para manter a vítima nesta situação, a impedindo ou dificultando. É de suma importância relatar que, os termos mencionados constituem um tipo misto alternativo, ou seja, a prática de mais de um dos verbos ainda implica no acontecimento de só um crime. (NUCCI, 2013, p.998).

2.7.3 Partícipe ou outra forma de participação do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

O artigo 218-B pune o cliente de vítima menor de 18 e maior de 14 anos induzida, submetida ou atraída à prostituição ou outra forma de exploração sexual, assim como tem a mencionada situação facilitada, obstada ou dificultada ao seu abandono. A pena aplicada é a mesma para o infrator do núcleo do tipo, reclusão de 4 a 10 anos. No entanto, é importante observar a condição de vulnerabilidade da vítima, cabendo prova em contrário a respeito de seu discernimento sobre a conduta sexual, como estar presente a situação de exploração do enfermo ou deficiente mental.

Cabe lembrar que a prostituição em si não é vista como crime, em regra, o dolo em se inserir na vida promíscua não é tutelada por nosso ordenamento jurídico. A pena é aplicada ao “cafetão” que introduz a vítima a prostituição ou outra forma de exploração sexual ou dificulta sua saída. Quanto ao cliente, é fundamental que tenha consciência das condições de vulnerabilidade da vítima, se possui idade ou condição mental desfavorável. Caso o legislador tivesse a intenção de punir a prostituição juvenil por inteiro, o texto normativo deveria ser mais claro e objetivo (NUCCI, 2013, p.1000).

O gerente, proprietário ou responsável também é punido caso ocorra um dos verbos alternativos previstos no caput do artigo 218-B. Do mesmo modo é essencial prova de que o ofendido participe das condutas por vontade de terceiro, não cabendo punição caso o indivíduo esteja inserido na prostituição ou outra forma de exploração sexual por vontade própria. Logo o gerente ou proprietário deve ter a plena noção de submissão de um de seus “empregados”, caso não exista o dolo, não fica configurado a infração penal (NUCCI, 2013, p.1000-1001).

2.7.4 Obtenção de vantagem econômica

Em regra, no ramo da prostituição, a obtenção de vantagem econômica é uma das finalidades requeridas tanto para quem pratica, como para o proprietário do negócio. Neste caso, cabe a pena de multa junto a privativa de liberdade. Sabemos que nem todas as formas de exploração sexual demandam vantagem econômica, por exemplo, aquela exercida mediante fraude não carece da pena pecuniária (NUCCI, 2013, p.1000).

2.7.5 Efeitos da condenação

É previsto para a figura do gerente ou proprietário, como efeito de condenação, a cassação da licença de localização e funcionamento do estabelecimento. No entanto, não se trata de efeito automático, assim, o juiz deve estabelecê-la na sentença condenatória, com sua execução após o trânsito em julgado. Caso omissa, na sentença, esta servirá de base instrumental na esfera civil ou administrativa, de legitimidade do próprio Ministério Público. (NUCCI, 2013, p.1001)

2.7.6 Sujeitos Ativo e Passivo

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. No caso do sujeito passivo, deve ser pessoa vulnerável, menos de 18 e maior de 14 anos, ou que seja portador de enfermidade ou de doença mental, que não tenha o completo discernimento para a prática da infração penal. Bitencourt reflete sobre o assunto, afirmando que (apud CUNHA, 2016, p.480):

Embora o texto legal não diga, faz-se necessário que o menor não tenha menos de 14 anos, pois nesse caso, o crime poderá ser o estupro de vulnerável (art. 217-A). Ainda poderá figurar como sujeito passivo quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Nessa última hipótese, a exploração sexual não pode atingir o nível da prática do ato de libidinagem, sob pena de poder configurar o estupro de vulnerável já mencionado.

2.7.7 Elemento Subjetivo do Tipo

O elemento subjetivo do artigo 218-B é o dolo, não cabendo a forma culposa para o caso. Há divergência sobre a existência ou não de finalidade específica para a conduta, sendo que Mirabete e Bento de Faria entendem que é indispensável o dolo satisfação de lascívia pelo infrator. Entretanto, Heleno Fragoso, discorda (CUNHA apud FRAGOSO, 2016, p.482):

O dolo é, na espécie, genérico. Consiste na vontade consciente de praticar qualquer das ações incriminadas pela lei (introduzir, atrair, facilitar, impedir), para levar a vítima à prostituição (ou para que nela permaneça). Os autores italianos afirmam que o dolo neste crime é específico, e não há dúvida de que lhes assiste razão em face da lei italiana, que expressamente exige que a ação praticada para servir à libidinagem de outrem (per servire all'altrui libidine), como, aliás, faz o nosso Código no art. 227. Não se apercebe, entretanto, como seja exigível o dolo específico em face da disposição legal em exame. O crime independe de qualquer especial fim de agir e estará perfeito qualquer que seja o propósito do agente.

Há que se falar quanto ao dolo nos §1º e 2º do artigo 218-B. No primeiro deve existir o intuito do agente em obter vantagem econômica proveniente da prostituição ou da exploração sexual. No entanto, aqui, a vantagem econômica não aparece como circunstância constitutiva e sim como uma forma de agravante especial do delito. No segundo o cliente deve ter a certeza de que a vítima é pessoa menor de 18 e maior de 14 anos ou que, tenha enfermidade ou doença mental, sem o necessário discernimento para a prática do delito (CUNHA, 2016, p.482-483).

2.7.8 Consumação e Tentativa

Nas modalidades submeter, induzir, atrair e facilitar, o delito é consumado a partir do momento em que a vítima entra na vida da prostituição, colocando-se sempre a mercê

dos cliente do estabelecimento, de forma constante, ainda que não tenha atendido nenhum.

Já quanto aos verbos impedir ou dificultar o abandono da prostituição, o crime se consuma no momento que a vítima decide abandonar o negócio e é impedida por seu cafetão ou pelo gerente do estabelecimento, prolongando-se a consumação até o momento do embarço (crime permanente).

A tentativa é perfeitamente possível em todos os casos, o infrator pretende introduzir a vítima no negócio ou dificulta sua saída, mas é impedido por circunstâncias alheias a sua vontade (CUNHA, 2016, p.483).

2.8 AÇÃO PENAL

Art. 225 CP. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Anteriormente a Lei 12.015/09, o artigo 225, em seu caput, estabelecia que os crimes contra a dignidade sexual se iniciava mediante ação penal privada, comportando três exceções:

- a) procedia-se mediante ação penal pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não tivessem os recursos necessários para ingressar com a ação, sem interferir com as demandas necessárias para sua subsistência;
- b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o delito era cometido mediante abuso de poder familiar, ou da qualidade de padrasto ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência exercida resultasse lesão corporal grave ou morte;

d) a ação penal era pública incondicionada, segundo a súmula 608 do STF, quando o crime de estupro for praticado por meio de violência real, também se aplicando ao atentado violento ao pudor.

Com a reforma da nova legislação, os delitos passaram a ser mediante ação pública condicionada à representação, sendo incondicionada se a vítima dor menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (CUNHA, 2016, p.484-485).

Quanto ao tempo da lei, os casos anteriores a ela, devem continuar mediante ação privada, uma vez que a nova doutrina é mais rigorosa para os infratores, classificada como *novatio legis impejus*. Ainda sobre o tema, dispensar a ação privada para estes casos, seria o mesmo que não levar em conta institutos de extinção da punibilidade, como perdão, renúncia e perempção, fato que não pode ser permitido mediante a luz dos princípios da Constituição Federal e do próprio Código Penal (NUCCI, 2013, p.1002).

2.8.1 Ação penal quando houver lesão grave ou morte

O procurador Geral da República, acolhendo manifestação da Subprocuradora-Geral da República, Débora Macedo Duprat de Britto Pereira, ingressou com a ADI 4.301, junto ao STF, solicitando o reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 225, sem redução de texto, para admitir ação pública incondicionada no caso de estupro com resultado morte ou lesão grave (CUNHA, 2016, p.486-487).

Os fundamentos levantados foram três:

- a) Grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) ofensa ao princípio da proteção eficiente;
- c) possível extinção de punibilidade em massa dos casos de estupro com resultado morte ou lesão grave, uma vez que seria necessária a manifestação da vítima.

Sob essa mesma ótica, reflete Bitencourt (CUNHA apud BITENCOURT, 2016, p.487):

Na nossa ótica, a previsão contida no art. 225 e seu parágrafo único constitui norma geral que complementa aquela, igualmente geral, segundo a qual todos os crimes são de ação pública incondicionada, salvo se houver previsão legal expressa em sentido contrário. Pois essa previsão expressa também é norma geral que complementa a anterior. Ninguém discorda, por outro lado, que o crime complexo, que, aliás, recebeu atenção especial do legislador, o qual previu norma específica determinando a natureza da ação penal [...] Essa previsão legal, como estamos demonstrando, não só é especial, como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independente do capítulo em que se encontrem insertos.

Seguindo o mesmo pensamento, escreve Guilherme de Souza Nucci (2013, p.1003):

O estupro seguido de lesões grave ou morte é crime complexo em sentido estrito, pois composto por um constrangimento ilegal para obter conjunção carnal ou outro ato libidinoso associado às lesões grave ou morte (constrangimento ilegal + homicídio). O elemento lesão grave (art.129 §§ 1º e 2º, CP) comporta ação pública incondicionada. O elemento morte (art. 121, CP), igualmente. Portanto, como nessas duas últimas situações a legalidade, incondicionada, pertence ao Ministério Público, o estupro com resultado lesão grave ou morte também comporta ação pública incondicionada.

Luiz Flávio Gomes discorda (CUNHA apud GOMES, 2016, p.487-488)

A nova norma (do art. 225 do CP) é razoável e equilibrada. Andou bem em dispor que a ação penal, nos crimes sexuais previstos nos Capítulos I e II, seja, em regra, pública condicionada à representação da vítima. Nos crimes sexuais não existem interesses relevantes apenas dos Estados. Antes, e, sobretudo, também marcantes são os interesses privados (o interesse de recato, de preservação da privacidade e da intimidade etc.) O escândalo do processo, muitas vezes, só intensifica a ofensa precedente (gerando o que se chama, na Criminologia, de vitimização secundária). O legislador não ignorou esse aspecto (sumamente importante) da questão. Nada mais sensato, nos crimes sexuais em geral (e no estupro em particular), que condicionar a atuação do Ministério Público à manifestação de vontade da vítima. Imagine (por desgraça) um juiz, um procurador, um parlamentar etc. sendo vítima de um estupro. A publicidade que acarreta o processo pode potencializar (e normalmente potencializa) a ofensa. Pode ser que a privacidade seja melhor para a vítima (para que ela não sofra a vitimização secundária).

Por fim, pode-se dizer que a ação adequada quando houver lesão grave ou morte, em síntese, é a pública condicionada a representação. Não se pode aplicar o disposto no art. 101 do Código Penal por duas razões:

a) A norma do art. 225 é especial;

b) A norma do art. 225 é posterior, o que afasta a legislação anterior.

De acordo com Rogério Sanches, não existem razões para que a Lei 12.015/09 seja alterada. A tendência publicista do Direito não pode chegar ao extremo de ignorar os interesses privados da vítima, objeto jurídico tutelado nesse capítulo (CUNHA, 2016, p.488).

2.9 AUMENTO DE PENA

Art. 226 CP. A pena é aumentada:

I- de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II- de metade, se o agente 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;

III- (Revogado pela Lei 11.106/2005.)

São duas as causas de aumento de pena trazidas pelo artigo 226 do Código Penal. A primeira condiz de aumento da quarta parte se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas. Esta atitude é a de maior temor das vítimas dos crimes contra a dignidade sexual, por causa do temor e o constrangimento serem altamente significantes.

Bento de Faria e Hungria acreditam que o núcleo do tipo deve ser executado por todos os participantes (apud SANCHES, 2016, p.489):“O concurso de agentes verifica-se quando o mesmo crime (delito singular) é praticado com o auxílio de duas ou mais pessoas. Esse concurso há de ser, pois, prestado ao agente da prática delituosa, por meio de ações simultâneas”.

De forma contrária é o pensamento de Heleno de Fragoso junto ao de Mirabete (CUNHA apud FRAGOSO e MIRABETE, 2016, p. 489):

Ainda que se admita como razão de ser da agravante o maior perigo e maior eficiência na ação criminosa (que aliás, independe da presença de todos os partícipes na execução), ou a maior imoralidade, é evidente que a interpretação teleológica não permite passar sobre o texto a lei. O legislador sabe expressar-se, e se pretendesse exigir a presença de todos em atos de execução, poderia empregar uma fórmula semelhante à do art. 143 §1º, CP.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, está a teoria de Nucci (2013, p.1003):

[...]não se exige sejam todos coautores, podendo-se incluir nesse contexto, para a configuração da causa de aumento, os partícipes. Portanto, se duas ou mais pessoas tomaram parte na prática do delito, antes ou durante a execução, é suficiente para aplicar-se a elevação de pena.

A segunda causa de aumento de pena está ligada ao parentesco da vítima com o infrator, como também com suas relações pessoais, no caso quem tenha autoridade sobre ela. Aqui se pune o agente que se aproveita das ligações familiares e de confiança, resultando em grande reprovabilidade moral perante o ordenamento jurídico. Com a aplicação deste aumento de pena, fica vedado a utilização da agravantes previstas no art. 61, II, letras “e”, “f” e “g” do Código Penal, sob pena de ocorrer *bis in idem* (CUNHA, 2016, p.489).

3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA COMO CAUSA DE VULNERABILIDADE RELATIVA

3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

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

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

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

§2º. (Vetado)

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

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

§4º Se da conduta resulta morte:

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

O estupro de vulnerável consiste em ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso como ocorre no estupro comum. A diferença está na ausência da violência ou grave ameaça e na presença da figura da pessoa vulnerável. O menor de 14 anos vem figurado já em seu caput, as outras figuras vulneráveis em seu parágrafo primeiro. O núcleo do tipo é misto alternativo, praticando o infrator mais de um dos verbos o crime ainda será único, não cabendo concurso das condutas. Vale lembrar que a presença de violência grave ameaça é irrelevante, tendo ela presumida nas figuras vulneráveis que, não possuem o completo discernimento para a conduta sexual (NUCCI, 2013, p. 993)

Trata-se de crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, de dano, unissubjetivo e plurissubsistente. É qualificado pelo resultado, quando lesão grave, a pena é de 10 a 20 anos. Quando o resultado for morte, a pena será de 12 a 30 anos.

3.1.1 Sujeitos Ativo e Passivo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, uma vez que o crime em questão é comum. O sujeito passivo é específico, devendo ser pessoa menor de 14 anos, que tenha enfermidade ou doença mental ou ainda incapacidade de resistência perante o infrator.

3.1.2 Elemento Subjetivo

O elemento subjetivo do estupro de vulnerável é o dolo, não cabendo a forma culposa. O agente ativo deve ter a plena vontade de praticar ato sexual ou outro ato libidinoso contra vulnerável. A condição de vulnerabilidade deve ser conhecida pelo infrator. Na hipótese de enfermidade ou doença mental, permanece a atual doutrina de Hungria, alertando que a qualidade da vítima, quando não espetacular, deve ser ao menos aparente, de forma que qualquer leigo em psiquiatria possa reconhecer (CUNHA, 2016, p.472).

3.1.3 Hediondez

Muito se discutiu se o estupro de vulnerável, cometido sem violência ou grave ameaça, possuía caráter hediondo. A Lei 12.015/2009 colocou fim a discussão ao colocar o art. 217-A no rol dos crimes hediondos. Para aqueles que negavam a sua hediondez, a mudança é irretroativa (CUNHA, 2016, p.471-472):

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor, cometido mediante violência presumida. Conduta anterior à Lei 12.015/2009. Afastamento da hediondez. Agravante da reincidência. Constitucionalidade. Roubo circunstanciado. Emprego de arma. Necessidade de apreensão. Afastamento da causa de aumento. 1. A partir do julgamento do Habeas Corpus 88.664/GO, houve mudança no entendimento da Sexta Turma, para que não mais se considerassem hediondos os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor praticados antes da Lei 12.015/2009 quando cometidos mediante violência presumida.

A 3ª Seção da Corte Superior firmou entendimento contrário, aplicando as consequências da Lei 8.072/90 para os crimes sexuais praticados com violência presumida, mesmo, anteriores a Lei 12.015/2009 (CUNHA, 2016, p.472):

Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 2. Embargos de divergência acolhidos a fim de reconhecer a hediondez do crime praticado pelo Embargado” (EREsp 1225387/RS, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04/09/2013).

3.1.4 Consumação e Tentativa

O crime consuma-se com a prática do ato de libidinagem, sendo perfeitamente possível a tentativa, ocasião em que iniciados os atos executórios, não se consuma o delito por circunstâncias alheias a sua vontade (CUNHA, 2016, p.473).

3.1.5 Erro de Tipo e Erro de Proibição

Como qualquer outro crime, o estupro de vulnerável comporta situações de erros escusáveis, que levam a absolvição do acusado. No caso do erro de tipo específico, é possível que o agente infrator esteja com pessoa de 12 ou 13 anos e imagine estar com alguém maior de 14 anos, em vista da sua figura avantajada para a idade. O erro deve ser razoável, aplicando-se o erro de tipo previsto no art. 20, caput, do Código Penal. Quanto ao contexto do erro de proibição, é plausível que pessoa leiga, sem cultura e simples, não imagine que seja crime praticar ato sexual contra pessoa doente mental. É preciso verificar se houve erro de proibição escusável, se sim, o caminho correto é o da absolvição (NUCCI, 2013, p.994).

3.1.6 Vulnerabilidade

Com a criação da Lei 12.015/09, alterou-se o antigo diploma, ao eliminar o conceito sobre presunção de violência e sua classificação, valendo-se, então, das situações fáticas. O artigo 224 do Código penal foi revogado e criou-se o artigo 217-A. Aquele trazia em seu texto normativo que a presunção de violência restava configurada quando a vítima era menor de 14 anos; alienada ou débil mental e o agente conhecia sua condição; e que por qualquer outra causa, não poderia oferecer resistência. A finalidade deste artigo era demonstrar que tais pessoas, mediante as situações descritas, não poderiam consentir com o ato. A presunção de violência se enquadrava ao fato, pois, segundo o diploma na época, não tinha como a vítima aceitar o ato sexual por vontade própria, assim, a conduta do sujeito passivo teria sido violenta ainda que indiretamente (NUCCI, 2013, p.988-989).

Por anos, a presunção de violência, mostrou-se polêmica, uma vez que todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A alteração na legislação penal foi válida, mostrando eficientemente os indivíduos incapazes de realizar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. A presunção para estas condutas ainda existe, mas melhor evidenciada nas figuras dispostas no artigo 217-A. São vulneráveis os menores de 14 anos, portadores de enfermidade ou de doença mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, como também presente causa em que não possam oferecer resistência.

A tutela trazida pelo legislador tornou o ato sexual conduta perniciosa, pelo menos quando exercida sem o devido consentimento do ofendido, deste modo, pune-se severamente o infrator com penas acima de oito anos. Uma relação sexual pode trazer inúmeras consequências, como gravidez indesejada, transmissão de doenças (DSTs), lesão a honra e dignidade, entre outras. Atualmente se lida com um nova corrente integrada ao Código Penal, qual seja o da vulnerabilidade, a qual também possui pontos controvertidos (NUCCI, 2013, p.989).

3.1.7 Outras pessoas vulneráveis

O parágrafo 1º do artigo 217-A traz outras formas de vulnerabilidade além de pessoa menor de 14 anos. Também são vulneráveis o enfermo ou deficiente mental e aqueles que não podem oferecer resistência perante o infrator. Como tais situações independem do consentimento da vítima, presume-se que houve alguma forma de coerção pelo sujeito ativo. No entanto, o grau de vulnerabilidade deve ser analisado, se absoluto ou relativo.

Não se pode indagar que pessoas enferma ou deficientes mentais possuem desejo sexual como qualquer outra pessoa, em vista do princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vida sexual saudável é direito inerente a qualquer indivíduo, independente de qual for sua condição. Estas pessoas também sentem a necessidade praticar atos sexuais e manter relacionamentos estáveis, visto o caso concreto.

A incapacidade de oferecer resistência, da mesma maneira, deve ser analisada quanto a possibilidade de haver prova em contrário. Existem casos em que a suposta vítima coloca-se em situação de risco sabendo das possíveis consequências dos atos seguintes, não podendo alegar depois, que sofreu estupro. Um exemplo seria a pessoa que se embriaga voluntariamente para então participar de orgia sexual, envolvendo vários indivíduos.

Apesar da “vítima” realizar ato sexual completamente embriaga, tinha a necessária noção do que estava fazendo antes de praticar o ato. Essa incapacidade de resistência deve ser vista com reserva e cabendo prova em contrário de que a pessoa estava por se embriagar antes mesmo do ocorrido. Comprovada a prévia situação da pessoa, afasta-se a vulnerabilidade ou tem ela como relativa. Se o agente se embriaga voluntariamente responde pelo crime do art. 28, II, do Código Penal, o mesmo critério deve ser aplicado a vítima, conferindo responsabilidade pela embriaguez desejada (NUCCI, 2013, p.994).

3.1.8 Vulnerabilidade Absoluta e Relativa

Durante o crescimento de nosso ordenamento jurídico, discutiu-se tanto em doutrina e jurisprudência a eficácia da presunção de violência disposta no artigo 224 do Código Penal, agora vangloriada no caput do artigo 217-A. Era pertinente saber se a

vulnerabilidade do menor de 14 anos seria absoluta, que não comporta prova em contrário, ou relativa, comportando prova em contrário. Em outras palavras, era necessário saber se, em alguma hipótese, a pessoa vulnerável tinha condições de saber o que seria uma relação sexual e consentir com ela.

Em muitas avaliações jurisprudenciais, os juízes competentes afastavam a presunção de violência para garotas já corrompidas pela prostituição, demonstrando um caráter relativo da conduta. A lei 12.015/09, eliminando o conceito de presunção de violência e inserindo o da vulnerabilidade parece, em primeiro momento, ter dado fim a discussão. Porém para esta obra, como para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a situação não parece correta. A mera mudança de roupagem na descrição de presunção de violência não teria o condão jurídico necessário para definir de uma vez por todas a vulnerabilidade como absoluta. Portanto, a nova redação no diploma legal não tem força suficiente para alterar a realidade dos delitos contra a dignidade sexual contra menor de 14 anos, como a discussão sobre o assunto (NUCCI, 2013, p.989).

A teoria de Nucci parte da premissa que nosso diploma penal continua ultrapassado e retrógrado, não se adaptando a realidade dos fatos quanto aos crimes sexuais. Os costumes, por sua vez, demonstram-se incompatíveis com atual comportamento de nossos jovens. Um exemplo seria que o Código Penal não está de acordo com as outras legislações de sistema jurídico, cravando sempre como vulnerável indivíduo menor de 14 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) enquadra como criança aquela menor de 12 anos e adolescente a de 12 e 13 anos. Logo a idade de 14 anos deveria ser eliminada deste cenário. Ainda assim, Nucci concorda que a criança menor de 12 ainda estaria na situação de vulnerabilidade absoluta, mas relativamente quando possuir 12 ou 13 anos, no contexto de estupro de vulnerável. Ocorrendo prova de que a vítima tinha plena noção do que estaria fazendo, concordando com o ato sexual, sem a presença de violência ou grave ameaça, ou ainda, ausente qualquer forma de pagamento, o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação (NUCCI, 2013, p.990). Rogério Sanches faz alusão a teoria de Nucci em sua obra (CUNHA apud NUCCI, 2016, p.471):

Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos,

absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Há que se analisar o grau de enfermidade ou deficiência mental da vítima do mesmo modo. Será relativa ao grau de vulnerabilidade da vítima aquela que demonstra pelo menos discernimento mínimo para a realização do ato sexual. Assim, é desativado a figura do artigo 217-A, desclassificando a conduta para o artigo 215 do Código Penal ou ainda tornando a atípica. Do mesmo modo cabe análise do caso concreto para a causa a gerar a incapacidade da vítima. A teoria absoluta resta aos casos em que a incapacidade da vítima se mostra completa, sem chance para a vítima reconhecer a conduta delitiva.

Sob esta ótica, estão jurisprudências trazidas por Guilherme de Souza Nucci: TJSP (2013, p.990):

Apelação. Atentado violento ao pudor. Absolvição. Necessidade. Vítima que conta com 13 anos de idade. Vulnerabilidade relativa. Vítima prostituída. Inexistência de violência presumida. Recurso defensivo provido. (AP 990.10.333018-8, 16ª C., rel. designado. Souza Nucci, 15.6.2011, m.v); “Estupro- Vítima menor de 14 anos- Fato ocorrido em agosto de 2006- Análise sobre a legislação vigente à época dos fatos- Violência presumida decorrente da idade- Presunção de violência que não é absoluta- Menor que, à época dos fatos, possuía plena consciência sobre assuntos relacionados ao sexo- Conhecimento e consentimento da família para manter namoro anterior- Quadro probatório que autoriza afastar a presunção absoluta de violência- Absolvição- Recurso provido- (voto n. 12.899) (AP 993.08.035868-0, 16ª C., rel. Newton Neves, 25.10.2011, v.u).

O Acórdão do Supremo Tribunal Federal, após a edição da Lei 12.015/09, mostra entendimento contrário (HC 99.993-SP, 2ª T., rel. Joaquim Barbosa, 24.11.2009, v.u.,

grifamos) (NUCCI, 2013, p.991): “O eventual consentimento da ofendida- menor de 14 anos- e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do delito de atentado violento ao pudor”.

Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor alegava que o fato de a ofendida já ter mantido relações anteriores e haver consentido com a prática dos atos imputados ao paciente impediria a configuração do mencionado crime, dado que a presunção de violência prevista na alínea a do art. 224 do CP seria relativa.

Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações.

Em seguida, esclareceu-se, contudo, que a situação do paciente não fora alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passara a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa. Considerou-se, por fim, que o acórdão impugnado estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte. Em caso particular e muito interessante ocorrido no Supremo Tribunal Federal, temos dois votos favoráveis à corrente relativa dos Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek e desfavoráveis pelos ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira.

Segue o inteiro teor do caso, começando pelo ministro Marco Aurélio:

“O quadro revela-se estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando com apenas doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos. A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal (atualmente revogado pela Lei 12.015/2009) cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas

décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral, e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. Ora, passados mais de cinquenta anos- e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos -, não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes podem advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria. Portanto, é de se ver que já não socorrem à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez. Ao fim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não? Ora, enrijecida a legislação – que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a-, cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada – tecnológica, social e

espiritualmente. De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento, e, à medida que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo à mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. *A presunção não é absoluta, cedendo às peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no seu depoimento e era de conhecimento público*” (grifo do autor). Votou no mesmo caso, o ministro Maurício Correa, argumentando: “Sr. Presidente, a jurisprudência é construída em cada caso concreto, e por isso mesmo não estou generalizando este meu entendimento para a incidência a outras hipóteses, como precedente *erga omnes*, reservando-me, evidentemente, na análise de novo julgamento de que eventualmente venha a participar, para traduzir minha visão, quem sabe sob outro ângulo, que é aqui restrita a tal *quaestio*, ressalva essa que faço questão de anotar”. O ministro Carlos Velloso também participou: “O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta de seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto sexual tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a presunção de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Código Penal, art. 224, a (atualmente revogado pela Lei 12.015/2009). A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não se sabe ainda querer. (...) O paciente é que, com vinte e quatro anos de idade, deveria ter pensado duas vezes antes de realizar o coito, de induzi-la ao coito. Ao que leio das declarações, foi ela induzida, levada à consumação do ato sexual mediante beijos, abraços e outras carícias. Diz ela, ainda, está nas declarações que li para os eminentes Ministros, que não tem medo de pegar AIDS e que depois veio a se relacionar com outro homem. Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas, em que a menina-moça se preocupa em parecer mulher de vida livre. Isto decorre da imaturidade.

Fosse ela mulher feita, pudesse ela discernir como adulta, e suas declarações seriam outras, ela tentaria se defender, parecer moça austera, circumspecta” (STF, HC 73.662-MG, 2.ª T., rel. Marco Aurélio, 21.05.1996) (NUCCI, 2013, p.991, 992 e 993).

Diante das jurisprudências demonstradas a favor da vulnerabilidade relativa, pode-se evidenciar como a Lei 12.015/2009 influenciou o pensamento dos juízes e ministros. Estes relatam como a mídia e o comportamento dos jovens na atualidade se mostra diferente do que era a cinquenta anos atrás. Não se trata mais de crianças que foram surpreendidas ou que não possuem o discernimento suficiente para a prática de ato sexual, mas sim de moças de 12 e 13 anos.

Na atualidade a juventude tem mostrado crescimento precoce, tendo conhecimento do mundo da sexualidade que ocorre ao seu redor. A simples presunção de inocência já não é mais suficiente para se admitir como prova para a teoria absoluta. Além disso, os jovens tendem a cada vez mais ter conhecimento sobre as práticas sexuais, fator favorável a teoria relativa. Outro fator a ser considerado é a invocação dos princípios da intervenção mínima e da lesividade, que, segundo os juristas, justificam a prática de atos sexuais pelos vulneráveis, já que cabe ao Estado intervir somente quando necessário e com a presença de dano. O Estado não pode exercer a tutela penal de maneira exagerada e sem fundamento.

O Supremo Tribunal de Justiça tem concordado com a corrente da vulnerabilidade absoluta: “A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (catorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea “a”, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta” (HC 224174, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 18.10.2012, v.u.) (NUCCI, 2013, p.998).

No entanto, mesmo após a decisão do Supremo, muitas decisões tem adorado a teoria relativa de vulnerabilidade, como ocorre nos casos retirados do *site* consultor jurídico. Em decisão ocorrida na cidade de Goiânia (Fonte: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/juiza-goias-sexo-menina-13-anos-nao-estupro>), a juíza da 10ª Vara Criminal absolveu o réu que mantinha relacionamento amoroso com menor de catorze anos.

Ela argumenta que a idade meramente não é suficiente para demonstrar a vulnerabilidade da ofendida, uma vez que o pensamento dos adolescentes evoluiu muito com o tempo, inclusive com temas relacionados a sexualidade.

Outro caso se mostra pertinente, tendo ocorrido 6ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Fonte: http://www.conjur.com.br/2017-mai-06/consentimento-familia-afasta-tipificacao-estupro-vulneravel?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook). Aqui o réu se envolvia com adolescente de 12 anos, mas já com o consentimento da família. O juízo considerou a conduta atípica, dizendo que o mero dispositivo penal não é suficiente, sem levar em conta a evolução da sociedade.

3.2 ANÁLISE SOBRE O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

A palavra consentimento tem origem no latim *consentire*. Significa concordância entre as partes ou uniformidade de decisão (PIERANGELI 2001, p.72).

Por muito tempo, os penalistas empregaram a sabedoria de Ulpiano para justificar que o consentimento do ofendido excluía a culpabilidade da conduta delituosa. No entanto, tal regra era aplicada normalmente nos crimes de natureza privada. Assim, tanto no passado como no presente, o consentimento no ofendido não passou de tema jurídico limitado, caso que poderia ter mais relevância se considerado e regulamentado em princípio geral de nossa Constituição. Por estes motivos, o consentimento do delito perdeu grande significado na teoria do delito (PIERANGELI, 2001, p. 72-73).

Apesar das dificuldades que a teoria do consentimento enfrenta perante a prática jurídica e o caso concreto, nunca deixou de ser tema bastante repercutido em âmbito penal.

3.2.1 Histórico no Brasil

O consentimento na teoria penal não possuía nenhuma disposição durante o período do Império, mas o Código Penal de 1980, o primeiro da república, continha a seguinte

disposição em seu art. 26: “c”) O consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite ação criminal.” (PIERANGELI, 2001, p.91). No entanto, o referido Código tinha erros apontados pelo doutrinador Villalobos, equívocos estes, bem observados por Costa e Silva e por Galdino Siqueira.

Por outro lado, o Código de Bento de Faria recebeu boas críticas em relação aos anteriores e ressaltava que o consentimento na teoria do delito não deveria receber validade jurídica, já que, segundo ele, seria um fato imoral. Para Bento de Faria, era inaceitável que crimes como o de homicídio e outros contra a pessoa humana, aceitassem o instituto do consentimento para melhorar a situação jurídica dos acusados. Sua conclusão final é interessante: “não é permitida a renúncia de direitos, na manutenção dos quais a ordem pública é interessada: *jus publicum privatorum voluntate mutari nequit*”. Entretanto, o que o jurista esqueceu, foi que os bens indisponíveis, podem, eventualmente ser procedidos mediante queixa-crime e o conteúdo em matéria processual é de pouca validade (PIERANGELI, 2001, p.92)

O projeto Alcântara Machado continha disposição sobre o consentimento do ofendido em seu art. 14, mas a Comissão Revisora do Código de 1940 decidiu excluí-la sob o argumento de ser supérfluo. Néelson Hungria, membro da Comissão Revisora, assinalava (PIERANGELI apud HUNGRIA, 2001, p.91-93):

O dispositivo era evidentemente supérfluo, e assim entendeu a Comissão Revisora, que o suprimiu. Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social, mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime ao dissenso do lesado. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o constrangimento, o engano ou o arbítrio por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o não consentimento do ofendido é elemento constitutivo do crime. Ora, se o inc. I do art. 15 do Projeto Alcântara a eles se referia, sua superfluidade chegava a ser incomodativa. É meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições sine quibus da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisava de ser trazido para o texto de lei. Em crítica ao projeto revisto, porém, Alcântara Machado argumentou que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente de crime. Quais seriam eles? Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter publicístico do Direito Penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de livre disponibilidade de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas questões elegantes de interpretação do jus positum em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre Projetista.

Salgado de Martins afirmou em sua primeira análise que poderia existir em matéria penal uma causa que afastasse a antijuridicidade, ainda não prevista em lei. Porém, em momento posterior, afirmou (PIERANGELI apud MARTINS, 2001, p.93):

[...] a valoração do ilícito penal ou do injusto previsto na lei há de operar, não segundo critérios farisaicos, dentro de um positivismo jurídico seco, estéril e infecundo, mas chamando à colação os grandes princípios éticos-sociais que se encontram na base do sistema ou ordenamento legal. Assim, ampliar-se-á o elenco das eximentes, para acolher casos de excepcional licitude, não contemplados explicitamente na lei, mas que, pelo teor de eticidade, afastam qualquer traço de ilicitude e se conciliam com os fundamentos da própria lei.

Aníbal Bruno pesquisou a fundo do consentimento da teoria do delito, aproximando-se muito do pensamento de Mezger. Bruno ensina que um bem jurídico recebe a proteção do Estado quando tratar-se de interesses públicos e sociais, valorados em comunidade. Mas em muitos casos, o interesse público entra em conflito com o privado, sendo este último preponderante em alguns casos. O interesse do Estado é somente indireto ou mediato, assim entrega o interesse da tutela ao interesse do ofendido. Se aquele que foi lesado na esfera penal pretende renunciar seu direito, o Estado não pode mais interferir. Fora estes casos, existem aqueles bens jurídicos que o poder público deixa a disposição do titular, no entanto, dentro de certos limites, caracterizando o poder discriminante do consentimento do ofendido (PIERANGELI, 2001, p.94).

O pensamento de Bruno muito se enquadra ao consentimento em relação aos crimes sexuais. São casos em que o interesse do Estado entra em conflito com o privado, em vista das figuras vulneráveis. Estas configuram a parte privada e que é preponderante ao interesse público. Assim, o vulnerável, ciente dos atos que pretende praticar, não tem sua dignidade sexual lesada, não podendo o Estado nada fazer.

Délio Magalhães, outro estudioso sobre o consentimento do ofendido, alerta que é supérfluo invocar tal teoria mesmo quando presumido ou efetivo. Ainda ressalta que a sua aplicação é muito comum em ordenamentos jurídicos em a lei é omissa sobre o exercício regular de direito. (PIERANGELI apud MAGALHÃES, 2001, p.94).

Por fim, Francisco de Assis Toledo, em doutrina mais recente, ensina que o consentimento na teoria do delito, quando opera além do tipo para excluir a ilicitude do

fato, como ocorre no art. 163 do Código Penal, é causa de justificação supralegal não expressa em lei, como acontece no Direito Brasileiro (PIERANGELI apud TOLEDO, 2001, p.94).

3.2.2 O Consentimento como causa de exclusão de tipicidade e como causa de antijuridicidade

O exame de diferentes tipos na parte Especial demonstra a existência de numerosas figuras penais em que o consentimento ora se apresenta como elemento expreso, ora como elemento tácito da descrição. Nestas hipóteses, a tipicidade do delito resta excluída. Segundo Aníbal Bruno, quando um dos elementos do crime é o não consentimento do ofendido, se este consente, o tipo não se configura e, portanto, não existe crime. Exemplos seriam o rapto (art. 219 do CP), invasão de domicílio (art. 150 do CP), a violação de correspondência (art. 151 do CP) e a inviolabilidade dos segredos (art. 152 do CP) (BRUNO apud PIERANGELI, 2001, p.97). Causiño Mac adverte em sua doutrina (PIERANGELI apud CAUSIÑO, 2001, p.97):

[...] en todos estos tipos hay una referencia expresa a la voluntad del presuntamente ofendido, de tal manera que su consentimiento em el caso de la vida real hace desaparecer eo ipse la tipicidad. Em el fondo, si bien se examinan, puede advertirse que lo que ocurre es que se desvanece la antijuridicidad material, esto es, la ratio legis que condujo al legislador a configurar como delictiva una conducta contraria a la voluntad del afectado. Por tanto, en un lenguaje jurídico amplio, puede uno referirse al consentimiento como causa de justificación (a nível de la tipicidade).

O pensamento de Aníbal Bruno muito se assemelha ao de Nucci quanto ao consentimento nos crime de estupro de vulnerável. Nucci salienta que quando haver prova em contrário sobre a vulnerabilidade do ofendido (teoria relativa), o constrangimento ilegal não ocorre. Como o constrangimento é elemento do tipo penal mencionado, existe exclusão de tipicidade da conduta.

É importante salientar que no caso de errônea suposição, o erro de tipo é usado. Na hipótese do infrator ignorar o consentimento existente, a doutrina inclina-se para a tentativa inidônea.

Diferente é o que ocorre nos delitos de rapto consensual (art. 220 do CP) e aborto com consentimento da gestante. Aqui o consentimento é elemento que constitui o tipo penal, tendo os sujeitos passivos concorrido com sua aquiescência para a configuração do crime. O consentimento pode também aparecer de forma tácita na descrição típica, eliminando toda e qualquer possibilidade de adequação típica, como, por exemplo, o art. 151, parágrafo 1º do CP, sonegação ou destruição de correspondência (PIERANGELI, 2001, p.97-98). Parte da doutrina, no entanto, acredita que o consentimento do ofendido trata-se de causa de antijuridicidade.

Segundo Pierangeli, tal hipótese se enquadra no delitos em que o único bem jurídico a ser lesado é da pessoa que aquiesce (acordo) e que pode livremente dele dispor. Tais delitos podem ser enquadrados em quatro grupos: a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física; c) delitos contra a honra; e d) delitos contra a liberdade individual (PIERANGELI, 2001, p.98).

Os bens patrimoniais são bem disponíveis, uma vez que podem ser transmitidos, constituir em objeto de compra e venda, dação em pagamento, doação e empréstimo, tendo seu proprietário o direito de uso, gozo e disposição. O possuidor, entretanto, não possui o direito de disposição, além disso, só quando o possuidor for também proprietário que o consentimento adquire importância jurídica (PIERANGELI, 2001, p.98-99).

Este posicionamento permite concluir que o consentimento do ofendido em crimes patrimoniais exclui a ilicitude, mas não é o que ocorre. Há casos que não importa a preponderância do interesse do particular, já que tutela da lei extrapola esses limites por interesse também do setor privado, tornando o consentimento do ofendido irrelevante. É o que acontece nos crimes de roubo (art. 157 do CP) e de extorsão (art. 158 do CP), pois a subtração passa para um plano secundário, preponderando o ataque ao bem jurídico tutelado.

O mesmo ocorre no crime de incêndio, o consentimento do ofendido poderia, até mesmo, configurar co-autoria, uma vez que se trata de crime de perigo comum, lesando não somente uma única pessoa, mas toda uma comunidade em si. Em termos gerais o esbulho possessório (art. 161, parágrafo 1º, II, do CP) e o de usura (Lei 1521/51, art. 4º) também podem ser enquadrados nos delitos em que o consentimento não produz efeito jurídico.

Porém, no caso do crime de furto (art. 155 do CP), o consentimento válido pode ser levado como causa excludente de ilicitude. Isto também ocorre no crime de usurpação de águas; caso o proprietário surpreenda o agente infrator, consentindo, no entanto, a retirada se transformará em doação de água, não configurando crime. Estes casos podem ser estendidos aos crimes de alteração de limites (art. 161 do CP), supressão ou alteração de marca em animais (art.162 do CP), dano simples (art. 163 do CP) e introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164 do CP) (PIERANGELI, 2001, p.99-100).

Quanto ao caso de falsificação de documento particular (art. 298 do CP), mesmo estando no capítulo de crimes contra a fé pública, não é de toda negativa o valor de consentimento quando as circunstâncias da conduta não podem lesar terceiros, existindo resultado cortado em seus atos, como lembra Cousiño Mac. Welzel vai além desta assertiva, dizendo que não importa se o documento é particular ou público. Para Pierangeli, tais teorias não podem prosperar, já que a fé pública é bem indisponível, devendo a fé recair sobre qualquer documento (PIERANGELI, 2001, p.100).

No caso do consentimento nos crimes contra a integridade física, trata-se de caso complexo, porque não encontramos qualquer assertiva na legislação penal brasileira como também na maioria das leis. É o caso dos crimes de homicídio e lesão corporal, onde a punição é clara perante o Estado, comportando algumas exceções como o suicídio e a autolesão. No entanto, no âmbito militar, estes casos encontram punição quando a lesão é realizada como crime-meio, para se adquirir certo benefício, por exemplo, amputar um membro do corpo em vista de recebimento de seguro. Até mesmo a eutanásia ou o homicídio piedoso, embora privilegiados, são passíveis de punição. (PIERANGELI, 2001, p.100-101)

A punibilidade de condutas contra a integridade física ocorre pois os bens tutelados são indisponíveis. Bens indisponíveis são aqueles em que a utilidade social se manifesta de imediato, já os disponíveis são aqueles que não revestem de uma imediata utilidade social e o Estado reconhece ao particular a exclusividade do uso e gozo (PIERANGELI, 2001, p.119).

É de suma importância mencionar lesões que ocorrem corriqueiramente mas de forma lícita. São aquelas produzidas nas atividades desportivas e as intervenções médico-

cirúrgicas. Nestes casos há o consentimento das partes ou de terceiros, ainda que tratem-se de esportes violentos e perigosos, como por exemplo, o boxe, alpinismo e o automobilismo. De forma contrária, está o posicionamento de Wegner, quando assinala que a intervenção médico-cirúrgica só é causa de justificação quando realizada com sucesso e coroada com êxito, não se cogitando qualquer hipótese de maus-tratos (PIERANGELI apud WEGNER, 2001, p.102).

Boa parte da doutrina não vislumbra diferença entre a lesão consentida e a autolesão, mas sabe-se que o consentimento possui certos limites. O consentimento dado por início não se prolonga para ato seguinte, a permissão da prática de atos libidinosos não exclui a antijuridicidade de um estupro posterior, como também o ato sexual consentido não autoriza lesões corporais graves contra o parceiro em questão (PIERANGELI, 2001, p.103).

Quanto aos delitos contra a integridade moral, podemos citar três: calúnia (art. 138 do CP), difamação (art. 139 do CP) e injúria (art. 140 do CP). Como a honra é um conceito subjetivo, o consentimento do ofendido pode ser classificado como causa de justificação. A honra também é bem jurídico disponível, e só deixa de ser quando entra na esfera do Estado e comprometendo outros bens jurídicos ou o senso ético de uma comunidade. (PIERANGELI, 2001, p.103).

Por fim a doutrina se refere a liberdade individual, estando presentes a liberdade sexual e a liberdade de gozar a privacidade. Nestes casos, segundo Pierangeli, o consentimento é válido, já que o particular pode dispor deles livremente. Uma observação sobre o estupro de vulnerável aqui é pertinente. Em tese as figuras vulneráveis não teriam a livre disposição de sua sexualidade, mas novamente a teoria relativa serve como ponte para a legalidade, uma vez que, o discernimento sobre a conduta sexual restaria adequada, assim, não teria nada de errado na disponibilidade de seus bens.

3.2.3 O consentimento e os bons costumes

O consentimento como já foi visto, não se encontra em artigos de lei específica mas no campo da metafísica, cabendo, portanto, a interpretação do texto normativo. Além disso, o

Estado está sempre à frente das ações de cunho social ou que concernem a coletividade, protegendo os bens chamados indisponíveis. Dentro deste contexto é que entra o tema dos ditos bons costumes.

Os bons costumes encontram uma atuação bem mais limitada no Direito Penal do que no Civil. Neste último os bons costumes são vistos como um princípio conjugado as exigências éticas de uma conduta, sob determinado momento. Já no Direito Penal a doutrina se limita a atuação da decência e à moral sexual. Neste capítulo é importante ressaltar até que ponto os bons costumes podem influir na esfera da disponibilidade do bem jurídico e se podem tão somente serem examinados em referência a moral sexual ou se pode ser estendido aos demais ramos do direito.

Para Pierangeli a segunda solução parece ser mais adequada, pois, a renúncia de um bem pode ser contrário aos bons costumes no civil, mas de acordo com o direito penal. Em vista disto, se cria duas hipóteses de antijuridicidade, negando a uma ilicitude referente a todo o ordenamento jurídico. Caso ocorresse o contrário, o instituto do consentimento seria de quase impossível aplicação, uma vez que teria de estar em conformidade com todas as leis, ou seja, uma exagerada limitação de individualizar os interesses disponíveis. Parece ser aceitável concluir que todos os tipos penais são contrários aos bons costumes, não sendo, quando o titular do bem jurídico tutelado realiza o consentimento diretamente, tornando o que era ilícito em lícito (PIERANGELI, 2001, p.123).

Para Pierangeli, para se estimar a validade ou não do consentimento, é importante constatar se a disposição do bem jurídico não se encontra em conflito com os bons costumes, enquanto é irrelevante esse contraste em relação a conduta do agente. Esta conclusão fundamenta-se no fato de que ausentes as causas de justificação, o fato antijurídico permanece como tal, independentemente de ser ou não contrário aos bons costumes, enquanto a existência de um consentimento válido, que não os contrarie, exclui a ilicitude do fato. Quanto a esta última assertiva, é a que deve ter relevância jurídica, pois o consentimento quando contrário aos bons costumes, não exclui a antijuridicidade (PIERANGELI, 2001, p.123).

Roland Riz, por outro lado, diz ser a conclusão de Pierangeli inaceitável, uma vez que muitas condutas se apresentam contrárias aos bons costumes, e diante do consentimento

válido do ofendido, são consideradas causas de justificação. O referido autor ainda exemplifica o caso, citando hipótese em que um sádico libera seus instintos, espancando o consciente durante a prática de ato sexual. Além disso, afirma que se o consentimento não fosse válido, toda vez que ocorre uma conduta contrária aos bons costumes, muitas das práticas sexuais seriam dadas como antijurídicas, não sendo necessário recorrer a distinção entre consentimento válido e inexistente (PIERANGELI apud RIZ, 2001, p.124).

Na realidade, o ordenamento jurídico não considera contrário aos bons costumes o consentimento daquele que quer dispor bem jurídico tutelado, em razão da sua liberdade de disposição, ainda que sujeita a atos imorais. Desta forma, toda pessoa pode dispor livremente de um bem, quando este for renunciável, encontrando limites quando viola as exigências e princípios éticos e morais da sociedade, como ocorre no consentimento para atos sexuais que decorrem de lesões corporais graves (PIERANGELI, 2001, p.124).

A eficácia do consentimento válido deve considerar a forma e motivo do Estado querer se interpor quanto ao bem jurídico tutelado. Sempre que esta tutela for referente a interesses sociais ou públicos, o consentimento será ineficaz. Em outras palavras, o consentimento será válido quando não resultar em perigo ou dano social.

Alguns autores discutem a hipótese do consentimento do ofendido e os bons costumes terem ligação com a natureza da ação penal. Este entendimento tem fundamento no fato de que as ações privadas comportam bens jurídicos disponíveis e de não interesse do Estado. No entanto, para Pierangeli, tal hipótese apresenta os mesmos problemas de disposição já apresentados, dizendo que a relação dos bons costumes, com a natureza da ação penal não tem fundamento (PIERANGELI, 2001, p.125).

Diante das ramificações da teoria do consentimento contra os bons costumes, Pierangeli chega ao seguinte pensamento (PIERANGELI, 2001, p.126):

A solução mais aceitável nos parece ser a que fixa a necessidade de se valorar, caso a caso, a validade do consentimento em face de sua conformidade com a moral social em um determinado momento histórico, partindo-se do pressuposto de que um juízo de moralidade é sempre relativo e contingente, variável no tempo. O critério é, à evidência, relativo, por não poder ser valorado objetivamente, ficando, sempre, como fruto de um juízo de valor fundado num conceito de moralidade média. A valoração é também contingente, na medida em que o juiz deverá, em cada oportunidade em que isso se fizer necessário, estabelecer se o

consentimento é, ou não, contrário aos princípios que norteiam a moralidade social, que uma comunidade expressa naquele momento em que o fato ocorreu.

Diante da palavra de Pierangeli, pode-se concluir que não podem ser fixados parâmetros rígidos quando ao consentimento e os bons costumes, uma vez que sofrem constante mudança e evolução em frente a sociedade, assim como o direito. Um exemplo é o pudor, que só pode ser levado em consideração diante do conceito médio da sociedade, no entanto os costumes sofrem uma rápida e incontável evolução no sentido de liberalidade.

Enquanto os princípios fundamentais se mantem inalterados, os bons costumes apresentam constante mudança, em consequência da valoração moral e ética de nosso ordenamento, se ajustando sempre aos novos paradigmas de moral sexual. A teoria de Roland Riz resta como aceita, já que os bons costumes não possuem disposição concreta em lei, mas presente no contexto fático e histórico da conduta praticada (PIERANGELI apud RIZ, 2001, p.126-127).

3.2.4 O Agente e o Consenciente

Para a doutrina, a teoria do consentimento se vale das figuras do agente, pessoa que cumpre o fato justificado e o destinatário do consentimento. As duas primeiras se valem da manifesta impropriedade da última, já que esta não precisa ser pessoa determinada (PIERANGELI, 2001, p.129).

Não pode se negar a validade do consentimento mesmo que seja direcionado de forma genérica, incidindo a todas as pessoas que o queiram. Segundo alguns autores, o consentimento será direto ainda que genérico, de forma a abranger toda uma coletividade, por exemplo, o proprietário de terreno que permite a colheita dos frutos de sua lavoura a um grupo de pessoas, ainda que algumas sejam desconhecidas. (PIERANGELI, 2001, p.129-130).

A primeira vista, parece se tratar de um negócio jurídico na área do Direito Civil, como sustenta Zitelmann ou de Direito Penal, que segundo Delogu, renuncia determinado bem jurídico de titular de direito, enquadrando-se no caso de atipicidade.

É importante mencionar que aquele que pratica o ato consentido só pode ser pessoa física, pois a pessoa jurídica é incapaz de tal conduta: “*societas delinquere non potest*”. O que resta esclarecer é se a imputabilidade reclama o agente do consentimento. Para maioria da doutrina, como para Delogu, a resposta é positiva, afirmando que este deve ser capaz de praticar uma conduta delituosa ou ser juridicamente apto a cometer um crime.

Em sentido contrário está o pensamento de Grispigni, dizendo que a capacidade daquele que consente prescinde a capacidade do agente. No exemplo citado acima, não haveria problema do proprietário autorizar que pessoa inimputável recolha as frutas de sua propriedade, caracterizando situação de atipicidade (PIERANGELI apud GRISPIGNI, 2001, p.130).

3.2.5 Concurso de pessoas e o consentimento

Quando duas ou mais pessoas concorrem pela prática consentida, a justificação se estende a todos. Não se pode lesar um bem jurídico que foi renunciado por seu titular. No entanto quando o consentimento for dado para uma pessoa determinada, a solução já não é tão simples. Quando a conduta é comunicável a todos os praticantes, o consentimento aproveita a todos, não importante estes serem autores, co-autores ou partícipes. Diverso será o entendimento quando o consentimento for dado a apenas uma pessoa ou grupo determinado de pessoas. Aqui a conduta não pode ser cumprida por outras pessoas além daquelas expressas pelo consenciente, tratando-se então, de situação de incomunicabilidade (PIERANGELI, 2001, p.131).

A comunicabilidade pode ser explícita ou implícita. A explícita acontece quando o titular do bem jurídico consente expressamente a uma pessoa ou grupo determinado de pessoas, enquanto a implícita ocorre quando o consentimento fica condicionado a uma ou

mais pessoas perfeitamente determinadas, como por exemplo, no caso em que um boxeador só aceita subir no ringue contra determinada pessoa, ficando excluídas quaisquer outras (PIERANGELI, 2001, p.131).

É importante mencionar a hipótese de erro também nos casos de concurso quando ao consentimento, uma vez que um grupo de pessoas atuam em face de um consentimento válido que inexistente, ou não ser a pessoa que consente apta a consentir. Quando ocorre erro sobre os pressupostos de justificação, tais agentes ficam vislumbrados pelo erro de tipo permissivo, disposto no art. 20 do Código Penal, excluindo o dolo da conduta em questão. Há também erro quando na interpretação dos dispositivos legais ou sobre a existência dos limites da justificação. Neste caso está configurado o erro de proibição, vislumbrado pelo art. 21 do Código Penal (PIERANGELI, 2001, p.131).

3.2.6 A Falta de Consciência do Consentimento por parte do Agente

De maneira geral, os doutrinadores defendem a falta de consciência do consentimento em seu sentido objetivo, ou seja, se justifica pelo fato da conduta praticada, não importando a consciência do agente da hora de praticar a conduta. Em outras palavras, a teoria objetiva se resume pelo fato em si, qualquer que seja o caráter subjetivo do agente, sua convicção ou as causas de exclusão de antijuridicidade, excluindo as hipóteses que a própria lei reclama uma vontade dirigida (PIERANGELI, 2001, p.132).

Para Pierangeli, a teoria a ser aceita é a subjetiva, reclamando do agente a consciência do consentimento do titular do bem jurídico. Graf zu Dohna também afirma a teoria da subjetividade, alertando que tal situação deveria partir da vontade do agente (PIERANGELI apud DOHNA, 2001, p.132).

Por fim, conclui Welzel: “[...] el requisito que el autor tenga conocimiento del consentimiento; la acción sólo estará justificada si el autor la ejecuta em razón del consentimiento otorgado” (PIERANGELI apud WELZEL, 2001, p.132).

O agente deve ter a plena noção de que o consentimento exista, mas, além disso, só agir em função desse consentimento.

3.2.7 A pessoa que consente

Quem consente só pode ser aquele titular do bem jurídico a ser “lesado”, podendo ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

A pessoa física adquire personalidade jurídica assim que nasce, porém comportando alguns direitos, já como nascituro. No entanto, para consentir, assim como dispõe o art. 82 do Código Civil, tem de ser pessoa capaz, dotada de consciência e vontade, sendo apta para exercer qualquer negócio. Quanto ao caso em que mais de duas pessoas são titulares de um mesmo bem jurídico, como é na hipótese de duas pessoas serem proprietárias de um mesmo imóvel, o consentimento deve vir de ambos (PIERANGELI, 2001, p.132).

Segundo Altavilla, pode ser titular do bem jurídico até mesmo indivíduo diverso daquele que constitui o objeto material do crime, diferenciando-se daquele que tem o direito de consentir. Ele afirma sua tese por meio de três exemplos: na subtração de incapazes, quem detém o bem material é o menor, mas o titular do direito é seu genitor; na violação de domicílio, todos os moradores tem o direito de exclusão, porém na hipótese de conflito, prevalece aquele que tem o pátrio poder; o consentimento da adúltera não exclui a infração, pois, a proibição pertence ao marido. (Hipótese levantada antes da alteração do diploma penal) (PIERANGELI apud ALTAVILLA, 2001, p.134).

De forma contrária é o pensamento de Pierangeli e Roland Riz, uma vez que uma pessoa diversa daquela que pode legitimamente consentir, possa concordar na realização da conduta pelo agente, em outras palavras, o sujeito passivo pode ser pessoa completamente diferente daquela que recai o bem material lesado.

Diante dos exemplos acima citados, Pierangeli faz as seguintes referências: no caso de subtração de menores, a conduta não recai sobre estes indivíduos, já que a pessoa que possui capacidade de consentir é aquela que exerce o pátrio poder; quanto a violação de domicílio, se todos os presentes são titulares do direito, resta a todos o direito de exclusão; no caso da mulher adúltera, esta não consente, mas adere e participa da situação, não cabendo, neste caso, a existência de consentimento legítimo para que se exclua a ilicitude do fato (PIERANGELI, 2001, p.134-135).

Partindo para o consenciente ser pessoa jurídica, Pierangeli aceita que tanto empresa pública como privada pode consentir na disposição de seus bens jurídicos. A pessoa jurídica exercita tal poder por meio de seu representante legal, na forma e limites estabelecidos por lei.

Existem ocasiões em que a pessoa jurídica não pode consentir no delito, como é o caso dos delitos de natureza exclusivamente pessoal, inerentes a integridade física, à família, aos costumes, ao sentimento religioso e respeito aos mortos, Outros casos, em virtude de sua composição patrimonial, hipótese em que os bens da empresa não se confundem com a de seus sócios, há disponibilidade do bem jurídico. Assim, só a pessoa jurídica pode ter a livre disposição de seus bens e dar consentimento para lesão ou exposição de perigo destes. Os sócios simplesmente poderão ser considerados como terceiros lesados pelo crime (PIERANGELI, 2001, p.135-136).

3.2.8 Capacidade do Consenciente

O nosso Código Penal não contempla o consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude, o que torna difícil fixar uma idade mínima para o consenciente. Sob esse aspecto nem os Projetos Sá Pereira e Alcântara Machado mencionaram a respeito, nem mesmo o Código Penal Italiano, esta fonte primária de nosso legislados para formulação do Código em questão. Quanto ao consentimento como causa de exclusão de antijuridicidade, poucas legislações dispuseram sobre a capacidade de forma plena, apenas excepcionalmente, como é o caso do Código da Índia (art. 51) e do Kwait (art. 39), fixando a idade de 18 anos; e o Código de Portugal de 1982, estabelecendo a idade de 14 anos (art. 38.2) (PIERANGELI, 2001, p.136).

Na Itália, a omissão do legislador possibilitou a diversas interpretações pelos doutrinadores. Para aqueles que veem o consentimento como negócio jurídico, não poderia ser outra idade que não a de 18 anos, tendo em vista os delitos patrimoniais e a idade estabelecida no Código Civil, teoria esta aceita por Delitalla. Tal entendimento ganhou o reconhecimento de Altavilla, dissertando que a capacidade de consentimento do ofendido é diferenciada no penal, devendo ser aceita nos conceitos do Direito Civil. (PIERANGELI, 2001, p.137).

Na Itália prevalece entendimento de que uma idade-limite deve ser abolida, permitindo o titular de bem jurídico dispô-lo livremente, devendo o juiz valorar, caso a caso, a capacidade material de seu consentimento, hipótese esta plausível a abordagem de Nucci quanto aos crimes sexuais contra vulneráveis (teoria relativa de vulnerabilidade). Além disso, a legislação italiana vem servindo como tese de fundamentação pelos juízes, nos casos em que a vulnerabilidade relativa resta demonstrada. Rolando Riz, por outro lado, fixa a idade mínima de 14 anos, seguindo a dogmática da imputabilidade penal. (PIERANGELI apud RIZ, 2001, p.137).

Segundo Pierangeli (2001, p.137-138), a idade a ser adotada é a de 18 anos, disposta na questão de imputabilidade de nosso Código Penal em parte Geral. Vale lembrar que o referido Código ainda estabelece idade mínima de 14 anos nos crimes contra vulneráveis. Em tais situações lembra Nelson Hungria que o consentimento é de menor de 14 anos não é validado, em decorrência da presunção de violência (teoria absoluta de vulnerabilidade). Assim tanto o agente quando o consenciente assumem capacidade aos 18 anos.

3.2.9 Incapacidade Natural do Consenciente

O juiz criminal deve estar atento a capacidade do consenciente, se tem plena noção do que acontece ao seu redor e também do bem jurídico de que pretende dispor. No entanto existem causas naturais em que o indivíduo pode até realizar o ato de consentimento, mas este não seria válida em vista de uma condição patológica, como é o caso da doença mental, surdimutismo, entre outras.

Como regra, o portador de enfermidade ou doença mental, não possui capacidade de consentir ou dispor de bem jurídico ao agente (art. 26 do CP). No entanto podem ocorrer duas hipóteses quando a esta patologia: uma completa falta de noção de realidade ou apenas uma redução em seu discernimento. A diferença, portanto, está no grau (PIERANGELI, 2001, p.142).

Para Pierangeli, é inquestionável que quando a doença ou enfermidade mental produz uma completa falta de noção ou discernimento da realidade, o consentimento não pode

ser validado, em vista de seu caráter de imputabilidade. Oras, mesmo que o doente mental consinta com a conduta, pode não saber do que está sendo proposto a ele, agindo o agente de má-fé para conseguir o que procura.

Diverso pode ser o entendimento quando o enfermo possui apenas uma capacidade reduzida. A imputabilidade reduzida, em regra, gera a aplicação de pena inferior ou medida de segurança pelo juiz. Optará por tais opções quando o indivíduo em questão necessitar de tratamento especial (art. 98 do CP). Pierangeli ainda disserta (2001, p.142-143):

Em termos da teoria aqui estudada cumpre o juiz proceder a uma valoração acerca da capacidade de entendimento e de determinação de acordo com esse entendimento que possa o consciente possuir, desenvolvendo sua pesquisa a partir das alterações das funções volitiva e intelectual que apresenta e, sobretudo, sobre a percepção, a representação, o juízo, a vontade. Isto porque, como adverte Antolisei, para o reconhecimento da imputabilidade diminuída, não basta doença mental que crie uma redução da capacidade de querer e de entender, mas sim que produza uma diminuição da imputabilidade “grandemente diminuída” (grandemente seemata), decorrente de “um estudo patológico verdadeiramente sério.

Diante desta perspectiva, existem aqueles estados anormais que não se inserem no ramo das doenças mentais, não chegando a diminuir ou excluir a capacidade de consentimento. São as chamadas doenças da vontade, como por exemplo, os defeitos éticos-sexuais, a mania de aparecer, a resistência a dor, pessoas consideradas como levianas pelo povo, indiscretas, metidas, frívolas, ou chamadas personalidades instáveis. Tais exemplos tem sua capacidade de consentir validade nas causas de justificação. Em jurisprudência da Corte de Cassação de 1º de julho de 1955, conclui-se que a perversão sexual seria uma doença da vontade, não afastando a capacidade de consentir do indivíduo (PIERANGELI, 2001, p.143).

A surdo-mudez possui semelhança com a doença mental por caracterizar lesão dos centros nervosos. No entanto, desde que estes indivíduos tenham alguma forma de exteriorizar seus pensamentos, o discernimento se torna válido, portanto, o surdo-mudo não é incapaz. No Direito Penal, o surdo-mudo está incluído no rol dos inimputáveis, mas com uma educação adequada, esta inferioridade de discernimento pode ser enfrentada, tendo seu consentimento perfeito efeito, excluindo a antijuridicidade (PIERANGELI, 2001, 143-144).

É válido lembrar da capacidade daqueles que possuem deficiência psíquica decorrente de outras enfermidades que não chamadas de doenças mentais, e decorrente de bebidas alcoólicas e substâncias estupefacientes. O termo outras enfermidades envolvem aquelas que caracterizam uma redução no estado de espírito, excluídas as doenças mentais. Dão lugar a uma doença psíquica e podem ser consequências de alguma lesão (traumatismo craniano), como também variadas moléstias físicas, como a arteriosclerose, mas que influenciam na redução da capacidade intelectual.

É de suma importância a avaliação do quadro clínico do paciente para averiguar a extensão da lesão, e, portanto, sua capacidade de consentir. Segundo Pierangeli, é oportuno assinalar que o consentimento, em algumas hipóteses pode apenas configurar uma redução na pena do caso concreto, como acontece no homicídio piedoso e na eutanásia. (PIERANGELI, 2001, p.144-145)

O consumo de bebidas alcoólicas e outras substâncias estupefacientes colocam o indivíduo em situação de deficiência psíquica, derivando da habitualidade ou do uso ocasional. A embriaguez pode resultar de bebidas fermentadas como destiladas ou alcoolizadas, já que é importante averiguar o grau da deficiência psíquica produzida.

No entanto, o uso de bebidas alcoólicas ou substâncias estupefacientes não considera o consentimento de todo inválido, uma vez que não permitiria uma conclusão segura de que o consentimento é em razão de uma deficiência psíquica. Há necessidade de avaliação da condição do consenciente para dizer se houve ou não o consentimento, se o grau de incapacidade é realmente absoluto.

Por fim, é necessário analisar se a incapacidade é preexistente ou superveniente. Para que o consentimento seja ineficaz, a incapacidade deve existir no momento que ela foi exteriorizada. Rolando Riz apresenta duas hipóteses que estima ser interessante (PIERANGELI apud RIZ, 2001, p.145-146):

A primeira diz respeito à incapacidade subsequente à manifestação consensual, mas antes de iniciada a execução do fato, ou seja, durante a realização da conduta. Em tal hipótese, é de se considerar válido o consentimento, não se podendo deduzir que a incapacidade sobrevinda possa ser equiparada a uma implícita revogação do consentimento, antes regularmente concedido. E não é só, porquanto permanece válido o consentimento ainda quando o estado de incapacidade de entender e de querer se apresenta como preordenado e previsto

pelo consenciente. Exemplo: o consentimento de uma pessoa que se deixa colocar em estado de hipnose com fins científicos ou em estado de narcose para efeitos terapêuticos. A segunda envolve o consentimento dado durante o intervalo lúcido ou momento lúcido, ou seja, durante um período em que a pessoa, conquanto padecendo de uma doença mental possui capacidade de entender e de querer. Consoante anterior manifestação, sustentamos ser válido o consentimento expedindo tal situação.”

Visto a palavra do autor, o consentimento se torna válido se o momento do consentimento é durante período de lucidez do consenciente, podendo tanto ser anterior ao fato praticado pelo agente, ou em momento posterior, quando retoma o discernimento, apresentando uma trégua em sua atividade patológica.

3.2.10 Forma

O consentimento, pela teoria de Pierangeli, deve apresentar três assertivas: 1º) a vontade do consenciente deve ser direcionada somente quanto a conduta, devendo eventualmente ser captada pelo agente, o que resulta na desnecessidade de um expreso consentimento; 2º) não se considera lesão de bem jurídico disponível quando este é renunciado de livre e espontânea vontade pelo consenciente; 3º) sendo o consentimento perceptível, o agente motiva-se para realização do fato (PIERANGELI, 2001, p.153).

O consentimento pode ser tácito, quando não expreso diretamente pelo consenciente e entende-se haver o consentimento para a prática da conduta delitiva. Cabe mencionar que a simples inércia do consenciente não é válida para consentir com o ato. Um exemplo disso é o ladrão que é surpreendido pelo dono da casa, mas este, em situação de desespero, permanece inerte. Não é porque o dono da residência ficou sem fazer nada quanto a conduta do ladrão que permitiu realizar a conduta delitiva. A falta de discernimento claro não é o mesmo que um consentimento tácito ou não expreso. (PIERANGELI, 2001, p.153).

O problema quanto ao consentimento tácito está na chamada “tolerância consuetudinária”. Neste caso o titular de bem jurídico conscientemente consente na prática de atos reiterados que em tese, lesionariam seu direito. Um exemplo seria a típica

festa do pendura realizada por estudantes de direito. Os alunos consomem alimento e bebidas sem fazer qualquer pagamento. O dono do bar, mesmo que ciente do que irá acontecer, atende o pedido feito pelos estudantes. O juiz presidente do caso deve avaliar se houve consentimento tácito ou atos reiterados de violação de direito (PIERANGELI, 2001, p.154).

O consentimento, ainda que em silêncio, no entanto, deve ser claro e reconhecível. A doutrina, porém não é pacífica quanto a este entendimento. Alguns autores afirmam que não precisa ser reconhecível, não sendo necessário que o consenciente tenha ciência do que foi concedido, uma vez que, para esse entendimento a circunstância de ser ou não reconhecido cabe somente quando a sua prova e não a real existência do consentimento. Para Pierangeli, tal teoria não pode prevalecer, o consentimento deve ser claro e não possuir contradições, demonstrando a vontade interna do consenciente.

Na verdade a teoria de que o consentimento não precisa ser reconhecida vai contra a doutrina mais pacífica da teoria, que é a subjetiva. As condições do consenciente devem ser levadas em conta para a validade do consentimento e não se limitando somente ao fato praticado. A falta de reconhecimento restaria plausível quanto a teoria objetiva. (PIERANGELI, 2001, p.154-155).

Afastada a hipótese de que o consentimento não precisa ser reconhecível, é necessário que a forma também seja discutida.

A forma para o consentimento é livre desde que seja reconhecível, o consentimento independe de forma determinada. No entanto, aqui o consentimento expresso possui importância pois pode influenciar no erro, quanto a renúncia do ato consentido praticado, como também a condição, o termo e modo. As formas de consentimento expresso podem ser resumidas em: comunicação direta ao destinatário ou por comunicação feita por meio de intérprete ou mensageiro, em sua forma mediata; pode ser expresso por meio de escritos, carta, bilhete, telegrama, publicação impressa, ou qualquer outra forma de comunicação escrita; por fim, pode ser manifestado através de qualquer ato conclusivo que permita sugerir a sua real existência (PIERANGELI, 2001, p.156).

3.2.11 Tempo

A doutrina aceita como perfeita a teoria de que o consentimento deve ser executado de forma anterior ou coetaneamente a conduta do agente é praticada. Assim, quando o consentimento for posterior ou, ao mesmo tempo que a conduta é realizada, não possui eficácia e o ato ainda resta como ilícito. É o caso, por exemplo, do consentimento por pessoa embriagada mencionada por Nucci no capítulo da vulnerabilidade. Quando o consentimento é anterior ao estado de embriaguez ou incapacidade, este instituto é plenamente válido no ordenamento jurídico, uma vez que a manifestação de vontade foi clara quando exercida.

Muito tem se discutido quanto ao consentimento dado no momento da execução do ato delituoso. Para parte da doutrina, o consentimento prestado durante a realização da conduta apresenta-se como válido para justificação. A outra parte da doutrina entende que tal hipótese não apresenta elementos de justificação, por terem as ações ou omissões sido realizadas antes ao consentimento da vítima. Portanto, os atos realizados anteriormente ao consentimento restam como antijurídicos, tendo o consentimento manifestado ao decorrer da ação somente efeitos futuros (PIERANGELI, 2001, p.156-157).

Grispigni propõe a seguinte solução: “Se a ação já foi iniciada quando do consentimento e já se manifestam não só atos preparatórios, mas também os de execução, o fato constitui uma tentativa e como tal deverá ser punido.” (PIERANGELI apud GRISPIGNI, 2001, p.157). Por outro lado, Delogu visualiza da seguinte forma (PIERANGELI apud DELOGU, 2001, p.157):

Ponderando que só existe tentativa quando o fato não se realiza, mas a ação foi concretamente efetuada, acrescenta que a tentativa possui um caráter subsidiário em relação ao crime consumado. E ajunta que um pressuposto semelhante falta na hipótese da teoria do consentimento, onde a conduta deve, por definição, ser cumprida e o evento realizado, e, então, não é possível considerar-se incompleto um fato que, pelo contrário, é integralmente cumprido, razão pela qual não é de se aplicar as regras de tentativa.

Para aqueles que aceitam a renúncia do bem jurídico disponível, a solução se coloca em outros termos. O consentimento é válido quando precedente a conduta delitiva, restando em tal condição todos os atos idôneos verificados em anterioridade ao cumprimento do consentimento (PIERANGELI, 2001, p.157).

É evidente que o consentimento já não possui mais eficácia quando a conduta não se desenvolve mais ou resta caracterizada como tentativa. O consentimento posterior também não poderá criar qualquer efeito jurídico, somente em caso processual, quando a ação por privada e o consenciente se mantém inerte. Segundo alguns doutrinadores, fica caracterizado uma forma de consentimento tácito.

3.2.12 Revogação do consentimento

O consentimento é revogável até o momento de execução da conduta delitiva, não configurando vínculo obrigatório e também não transfere ao agente à execução do ato. O consentimento é válido até o momento que a revogação pode intervir na paralisação do fato ou, antes que se complete o fato consentido. Desta forma, se o consentimento cessa durante a prática do ato consentido, o agente não pode mais prosseguir, restando os atos anteriores justificados.

No entanto, se a conduta não pode ser interrompida, o fato estará justificado, não tendo a renúncia qualquer validade jurídica. Conseqüentemente, se o consenciente não interpôs qualquer contramedida depois da revogação do consentimento, o agente não é responsável, a não ser que a lei lhe imponha dever de atuar ou impedir o resultado (PIERANGELI, 2001, p.158).

A doutrina estabelece os mesmos requisitos do consentimento para a sua renúncia, devendo ser, portanto, clara e reconhecível, não importando se é expressa ou tácita. Porém estas duas formas comportam exceções: a renúncia tácita pode ser feita expressamente, enquanto que o contrário também pode acontecer. A revogação deve ser perfeitamente apropriada.

3.2.13 Condição

Nas palavras de Luiz da Cunha Gonçalves: “condição é qualquer facto futuro e incerto de que depende a efetivação (senão o efeito) do acto jurídico, ou realizado o qual, esse acto fica sem efeito” (PIERANGELI apud GONÇALVES, 2001, p.160).

Existem várias definições estabelecidas para a condição, mas a principal se divide em condições suspensiva e resolutiva. A condição suspensiva é aquela que decorre de fato futuro e incerto, de que depende de efetiva realização. Tratando-se de condição suspensiva, o consentimento não terá validade até que a condição se realize. Deste modo, qualquer ato anterior a condição mencionada não possui validade jurídica. Mesmo que aconteça da condição se estabelecer posteriormente, a invalidade continua, pois como vimos, o ato já se consumou, restando a eventual ratificação, ineficaz. Resumindo, a conduta consentida derivada de condição suspensiva é ilícita se realizada antes de verificar-se a condição firmada.

Condição resolutiva é ato futuro e incerto, no qual o ato ficará sem eficácia, revertendo tudo que é possível a condição anterior. Trata-se de consentimento dado em virtude de uma condição resolutiva, essa anuência terá eficácia quando a condição vier a ocorrer. O ato consentido realizado antes a verificação da condição é fato lícito e é irrelevante que a condição resolutiva aconteça ou não. Neste caso não há que se falar em efeito retroativo e a eventual realização da condição não invalida os atos realizados a esse tempo (PIERANGELI, 2001, p.160).

3.2.14 Termo

O consentimento pode também estar vinculado a um termo ou prazo estabelecido pelo consenciente. É um momento cronologicamente especificado no qual o titular de bem jurídico disponível consente na conduta praticada. Em outras palavras trata-se de um aditamento da eficácia da conduta consentida (PIERANGELI, 2001, p.161).

No primeiro caso o consentimento é dado até um prazo final, o consenciente permite o ato até momento previamente fixado, não comportando validade jurídica após sua

consumação. Já o termo é estabelecido entre termo inicial e final, situação evidenciada nos campos de futebol de nosso país, uma vez que as lesões ocorridas durante uma partida, são válidas perante o ordenamento. Existem casos em que o termo fica vinculado a uma condição específica, como é o caso do consentimento durante tratamento médico, prolongando-se até quando cessar os sintomas de determinada doença (PIERANGELI, 2001, p.160).

3.2.15 Modo

O consenciente pode estabelecer o modo de como o ato consentido deve ser realizado. É a hipótese de como determinado bem deve ser lesionado ou o modo de como deve ser retirado (PIERANGELI, 2001, p.160).

3.2.16 Consentimento Presumido

O grande problema do consentimento presumido é a não existência de um consentimento real, mas um que atua em vista das circunstâncias. Tal problema é confrontado perante as teorias objetiva e subjetiva do consentimento presumido. Ambas partem da premissa da prática de um ato não só de interesse do ofendido, mas também em face da presunção do consentimento diante de uma situação fática (PIERANGELI, 2001, p. 162).

Para a teoria objetiva, o consentimento parte de três fatores: presença de todos os pressupostos objetivos requeridos para o consentimento; falta de um consentimento real; contraposição de dois ou mais bens jurídicos que pertencem a um único titular de direito, um prevalece maior, que deve ser protegido, e o outro menor, de maneira secundária, que é lesado pelo agente (PIERANGELI, 2001, p.162).

A teoria subjetiva reclama os mesmo pressupostos objetivos, mas tem o agente, em adição, a consciência de que o consentimento é presumido e, além disso, que o consenciente teria aprovado a conduta se soubesse a plena realidade dos fatos. Em vista disso, a teoria subjetiva apresenta vários problemas em relação à objetiva. Deve então, o

juiz avaliar se na época em que o ato foi praticado, se o agente poderia presumir que o titular de direito teria consentido se estivesse em condições de prestá-lo (PIERANGELI, 2001, p.164).

Quanto ao consentimento presumido, é pertinente ressaltar sobre seus excessos, partindo sob dois aspectos. A primeira ocorre quando a lesão for maior do que aquela previamente consentida. Esta resta como lícita, pois seguiu os pressupostos de justificação, reclamando contudo, uma avaliação caso a caso, equivalendo a um exame de mérito. A segunda aparece de maneira bem diversa, quando o agente lesa, além dos limites do interesse do consenciente, não tutelando o bem jurídico maior. Aqui, segundo Roland Riz, a causa não se justifica, não será lícito tentar recobrar a consciência da vítima após nocauteá-la por exemplo. Por sim, o excesso pode ser doloso, respondendo o agente a título de dolo, ou culposo, respondendo por culpa quando prevista em artigo específico (PIERANGELI apud RIZ, 2001, p.164).

3.2.17 O consentimento putativo

O consentimento putativo é aquele decorrente de erro do agente em relação ao consentimento do ofendido. Aqui o agente pensa estar em situação jurídica plenamente plausível e lícita, tendo sua conduta justificada no art. 21 do Código Penal. É deste pensamento que se permite concluir que o consentimento putativo deriva de causa de justificação subjetiva, enquanto a presumida deriva de causa objetiva (PIERANGELI, 2001, p.165).

Pedrazzi ainda ressalta: “atua sem dolo quem lesa um direito disponível na errônea suposição de que o seu titular havia prestado o consentimento” (PIERANGELI apud PEDRAZZI, 2001, p.165). Tal afirmativa é perfeitamente plausível para aqueles que reconhecem a teoria causal da ação, excluindo a culpabilidade pela ausência de dolo. No entanto, para Pierangeli e os adeptos da teoria normativa pura da culpabilidade, trata-se de erro de proibição.

Mirabete disserta o seguinte: “o agente, em decorrência da situação de fato, supõe que sua conduta é lícita, mas age com dolo. Este é a mera vontade de concretizar os

elementos do tipo, não se fazendo indagação a respeito da antijuridicidade da conduta”. (PIERANGELI apud MIRABETE, 2001, p.166).

O erro que exclui a culpabilidade deve estar configurado em caso que o agente interpreta mal os elementos jurídicos, achando estar em situação fática em que o consentimento atende todos os pressupostos objetivos, como a disponibilidade do bem jurídico e a capacidade do titular para consentir. Só diante de tais pressupostos que o consentimento putativo passa a ser válido.

Pierangeli adverte que o erro sobre a disponibilidade do bem jurídico não exclui a culpabilidade, como também o erro sobre a capacidade do titular do direito, uma vez que se equipara a ignorância da lei. Cumpre assinalar que um convencimento hipotético e eventual também não cria validade para o ato consentido (PIERANGELI, 2001, p,166).

Por fim, é importante mencionar que o erro derivado de culpa é o erro permissivo, abrangendo todas discriminantes putativas (PIERANGELI, 2001, p.166).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo do presente trabalho, foram analisados diversos princípios penais, os quais serviram como escopo e introdução para a pesquisa. Dentre os princípios, o da intervenção mínima do Estado, legalidade, lesividade e dignidade da pessoa humana foram fundamentais. Isto porque são ferramentas para prova em contrário contra a vulnerabilidade, dizendo que o direito a uma vida sexual também cabe aos vulneráveis se mostrarem o necessário discernimento para o ato. Além disso, ficou claro que o interesse público não pode interferir quando não se consta lesão alguma para com o ofendido, esta que deve sempre ser evidenciada para a atuação da tutela penal.

No segundo capítulo ocorreu estudo sobre os crimes contra a dignidade sexual para uma melhor ambientação da pesquisa, solucionando as várias teorias como também os termos referentes aos delitos em questão.

Já no terceiro capítulo, focou-se o estudo sobre o estupro de vulnerável e o instituto do consentimento. Foram abordadas as duas correntes, absoluta e relativa, de vulnerabilidade, como suas devidas jurisprudências, estas com decisões para ambos os lados.

Quanto à análise do consentimento, vimos a abordagem de Pierangeli sobre o consentimento como causa de exclusão de atipicidade (vertente que aborda Nucci), e antijuridicidade, além dos requisitos básicos para as figuras presentes na teoria do consentimento, sua capacidade, tempo, condição, termo e modo do consentimento.

A partir da pesquisa realizada, conclui-se que o consentimento como causa de vulnerabilidade relativa é tema que ainda não foi pacificado e deve ser abordado novamente na Suprema Corte, em vista de que a lei penal não vislumbra a realidade dos fatos. O direito evoluiu junto a sociedade e a norma penal não pode ser a única forma de interpretação do caso concreto.

No entanto, o instituto do consentimento deve ser utilizado como dispõe Nucci, aos adolescentes de 12 e 13, aos doentes mentais e enfermos que apresentam a devida noção de sexualidade, ou, apenas, ínfimo grau da doença. Aquele que consente com

aquele que pratica o ato delituoso deve possuir a capacidade penal necessária, como também respeitado o tempo hábil necessário para a concessão do consentimento.

Ainda que o pensamento de Pierangeli sobre a disponibilidade do bem jurídico seja interessante, não é aquela que vem sendo adotada nas decisões dos juízes singulares e tribunais, no entanto suas observações quando ao discernimento do vulnerável caso a caso devem ser incorporadas.

Tais assertivas constituem plenamente a teoria relativa de vulnerabilidade, ainda que sua ideia de confronto entre o interesse do Estado e o privado não seja comumente aplicada nas jurisprudências. Já a doutrina de Nucci, como a legislação italiana, sempre é lembrada e utilizada como argumentação pelos juristas, tendo como escopo a idade de adolescente enquadrada no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) como aquela maior de 12 e menor de 18 anos. Além disso, o conceito de vulnerabilidade por Nucci possui um ar mais humanista e flexível, sempre atento aos relacionamentos amorosos dos jovens e a prática de atos sexuais pelos deficientes mentais quando possível (entendimento mínimo do caso concreto).

A finalidade do trabalho nunca foi buscar a impunidade dos estupradores, mas afirmar que em certos casos ela não existe. Não cabe ao Direito Penal punir os casos amorosos da atualidade ou impedir que doentes mentais não tenham uma vida sexual saudável. Requer-se que esta pesquisa esclareça como vem ocorrendo os casos de estupro de vulnerável e esperar uma abordagem mais justa e adequada para os injustiçados.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, RICARDO ANTONIO, **Manual de direito penal, caderno especial**: resumo de toda a matéria, 6ª edição, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Código Penal e Constituição Federal**. 54 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral Volume 1, 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÓDIGO CIVIL. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 20 ago 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 4 ed. Editora JusPODIVM, 2016.

_____. **Manual de Direito Penal, Parte especial** (artigos 121 ao 361), Volume Único, 8ª Edição, Editora JusPODIVM, 2016

Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Instituto Antônio Houaiss, Rio de Janeiro, Objetiva

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. v. 1. 16. ed. Editora Impetus, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte**: A Ação Penal é Pública Condicionada. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 28 setembro de 2009.

IBCCRIM. Diferenças de gênero: liberdade e igualdade. **Boletim**.n. 149, abr. 2005.

_____. Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico. **Boletim**. n. 25, jan.1995.

Lei 11.343/2006, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 20 ago de 2017.

Lei 12.015/09, Disponível em:<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818585/lei-12015-09>. Acesso em: 21 ago de 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte especial arts. 235 a 361 do CP. v.2. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Manual de Direito Penal** (parte geral). São Paulo, Atlas, 1985.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13. ed. Revista dos tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal, 12ª Edição**, Editora Forense, 2016

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 3.ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002

PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito**. 3. ed.: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

Sites

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621487/habeas-corpus-hc-108872-rs-stf/inteiro-teor-110022372>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23952946/habeas-corpus-hc-115707-ms-stf/inteiro-teor-111846763>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24125355/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-334272-rj-2013-0152680-4-stj/certidao-de-julgamento-24125358>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613641/recurso-em-habeas-corpus-rhc-96813-rj>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18175726/peticao-de-recurso-especial-resp-1224735/decisao-monocratica-103930535>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25215254/habeas-corpus-hc-123035-pr-stf>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25076013/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1400187-pr-2013-0299468-2-stj/certidao-de-julgamento-25076016>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25122224/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1405236-rs-2013-0310732-2-stj/certidao-de-julgamento-25122227>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21472836/habeas-corpus-hc-110964-sc-stf/inteiro-teor-110362178>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23028211/recurso-especial-resp-1212946-rs-2010-0178524-3-stj/inteiro-teor-23028212>

<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19665185/recurso-especial-eleitoral-respe-1188716-rn>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19732763/habeas-corpus-hc-104286-sp>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21283804/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1275835-sc-2011-0212116-0-stj/certidao-de-julgamento-21283807>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21917154/habeas-corpus-hc-105638-go-stf/inteiro-teor-110474841>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23099969/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-82637-mg-2011-0261633-2-stj/certidao-de-julgamento-23099972>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18697747/habeas-corpus-hc-102940-es>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23926460/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-36195-df-2013-0077548-0-stj/certidao-de-julgamento-23926463>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17486004/habeas-corpus-hc-97777-ms>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23942152/habeas-corpus-hc-240258-sp-2012-0081813-2-stj/certidao-de-julgamento-23942155>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23955374/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-299913-ba-2013-0056870-3-stj/certidao-de-julgamento-23955377>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869369/habeas-corpus-hc-112563-df-stf/inteiro-teor-111144574>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15678651/habeas-corpus-hc-178203>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20760149/habeas-corpus-hc-101537-ms-stf>

<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/102834/medida-provisoria-2045-1-de-28-junho-2000>

https://niinafreire.jusbrasil.com.br/noticias/486872298/senado-aprova-projeto-que-torna-o-crime-de-estupro-imprescritivel?ref=topic_feed

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205217470/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-530053-mt-2014-0138360-2/certidao-de-julgamento-205217480>

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/59641130/stj-27-09-2013-pg-3733>

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/40820251/djpa-25-09-2012-pg-844>

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/143188791/djce-judiciario-12-04-2017-pg-628>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8399735/recurso-especial-resp-168369-rs-1998-0020679-5>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22768575/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-aresp-151680-to-2012-0062646-9-stj/certidao-de-julgamento-22768578>

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24124457/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1225387-rs-2012-0047362-2-stj/certidao-de-julgamento-24124460>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14701759/embdeclno-habeas-corpus-hc-73662-mg>

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22904051/habeas-corpus-hc-224_174-ma-2011-0266327-0-stj/inteiro-teor-22904052

<http://www.conjur.com.br/2016-mar-05/juiza-goias-sexo-menina-13-anos-nao-estupro>

http://www.conjur.com.br/2017-mai-06/consentimento-familia-afasta-tipificacao-estupro-vulneravel?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook