



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CÁSSIA LAÍSE DAMIÃO DE QUEIROZ

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO
DA PRESEUNÇÃO DE VULNERABILIDADE COMO MEIO DE
PRESERVAR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

SOUSA - PB
2010

CÁSSIA LAÍSE DAMIÃO DE QUEIROZ

ESTUDO DE VULNERÁVEL: NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO
DA PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE COMO MEIO DE
PRESERVAR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB
2010

CÁSSIA LAÍSE DAMIÃO DE QUEIROZ

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA
PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE COMO MEIO DE PRESERVAR
GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

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

Orientadora: Prof^a. Carla Rocha Pordeus.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 19/11/2010

Orientadora: Prof^a. Carla Rocha Pordeus

Examinador interno

Examinador externo

A minha Mãe querida, que sempre me ensinou
que estudar sempre nos leva ao melhor dos
caminhos, e que com coragem e perseverança
alcança-se o objetivo almejado. Por ontem, por
hoje e sempre, obrigada por tudo, e Te Amo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me deu força, coragem e determinação para que eu conseguisse terminar esse trabalho, mesmo diante de tantos obstáculos.

A minha mãe, Odalea Holanda, que me auxiliou sempre, que se preocupou, que sempre esteve ao meu lado, mesmo com a distância, e que tanto orou para que eu conseguisse alcançar meus objetivos. Obrigada por me amar tanto, e por me ensinar a ser melhor e mais forte do que os outros podem supor, (Te amo muito Mamãe!).

Ao meu pai, Assis Queiroz, que me ajudou a seguir em frente, e ir longe quando se deseja, obrigada por tudo (Te amo Pai!).

A minha irmã, Clarissa Queiroz (minha Kzinha), que mesmo tão longe me dá força e perseverança, me alegra e me distrai com suas ligações diárias, e aos meus sobrinhos, Vinícius e Felipe, que me fazem sorrir só em lembrar seus sorrisos ou em ouvir suas vozes, por isso não me canso de dizer: — Eu amo Vocês!

A minha irmã, Larissa Queiroz, pela compreensão e pelo carinho, no momento que mais precisei, e ao meu sobrinho mais novo, Lorenzo, por cada sorriso dado, mesmo sem que eu precise fazê-lo sorrir.

A minha Prima Irmã, Mônica Nunes (a única), que me acolheu antes de chegar até aqui, por me aconselhar sempre que preciso, e por não me ouvir quando te aconselho, obrigada por me ter sempre perto, mesmo quando estou distante, Te amo minha louca preferida!

A minha Tia Márcia, e suas princesinhas, Lorena, Gabriela, e Ana Laís (minha pequena), por todo carinho, atenção e amor, amo muito cada uma de vocês.

Meus sinceros agradecimentos a, Wander Bento (Amor Meu), pela compreensão, por não reclamar, tanto, pela ausência, pelos meus estresses em excesso, enfim por me amar tanto e por me fazer te amar cada dia mais. Obrigada por tudo.

A minha segunda família, Bete, Mário, Wolmer e Aluísio (Biela), pela força e pelo acolhimento, no decorrer de todos esses anos.

Meus agradecimentos àqueles, sem os quais não conseguiria chegar ao fim desse trabalho, minhas amigas, irmãs, companheiras, e “filhas”, Priscila Dias e

Thayse Marques, pelas noites de conversas, pela força, pelo alicerce nos dias de tristeza, pelo sim quando eu só pensava no não, pelo apoio e pelo auxílio. Pelas correções no MSN, e pelas descontrações só para aliviar a tensão. Descobrir que as amo, não é nada, quando tento mensurar o quanto serão importantes para todo o sempre, obrigada por tudo. E ao *quarto elemento*, que sem ele seríamos um Quarteto nada Fantástico, Vinícius Pires (Vevé), que tanto me fez sorrir quando as coisas não pareciam tão engraçadas, pelos vou, mas que nunca chegou. Te amo de graça (como diz Pri). Sentirei saudade de cada um desses segundos ao lado de vocês. *-E a gente vive junto, e a gente se dá bem, não desejamos mal a quase ninguém. E a gente vai à luta, e conhece a dor. Consideramos justa toda forma de amor-* (Lulu Santos).

E a todos que me apoiaram, e me fizeram sorrir quando tudo parecia perdido, e sem rumo, assim como pelos momentos bons que me proporcionaram, em especial a Aline Guimarães, Bruna Cristina, Brenon Nunes, Brunno Queiroga, Clarisse Pordeus, Danielle Lucena, Jardson Trindade, João Paulo Farias, Josenilton (Bibi), Plínio Almino, Viviane Cohen, Ilka Moura, Rafael Carvalho, Rômulo Macedo, Sarita Moreira, muito obrigada a todos.

Agradeço imensamente a Juliana Linhares e Hallana Garrido, por me receberem em Sousa, e a Viviane Medeiros por fazer parte de minha vida. A Petúcia Fernandes, por me acompanhar, quando precisei de sua companhia. A vocês quatro, minha eterna gratidão.

A todos que de alguma forma fizeram parte de minha caminhada, meus amigos de perto ou de longe, mas que nunca esqueceram de mim, Carla karielly, Janny, Toninho, Helma Helena, Kessy, Adriana Amorim, Paulinha, Moisés Henrique

A professora, Monnizia Nóbrega, pelo carinho, atenção, auxílio, pela disponibilidade sempre que necessitei e pela força traduzida em uma palavra amiga. Obrigada Professora!

E a minha querida orientadora, Carla Rocha Pordeus, que em muito me ajudou para que este trabalho pudesse se concretizar.

É preciso amor
Pra poder pulsar
É preciso paz pra poder sorrir
É preciso a chuva para florir.
-Almir Sater-

RESUMO

As normas de direito penal possuem o condão de intimidar e punir a todos que cometem ilegalidades; e tais normas devem estar de acordo com o ordenamento constitucional e orientações principiológicas, o que não foi apresentado no delito de estupro de vulnerável, ao se adotar legalmente, de forma implícita, a presunção absoluta de vulnerabilidade dos sujeitos passivos. Em consonância com a sexualidade e suas influências no Direito Penal sexual, observa-se que o consentimento do ofendido tem o condão de excluir a tipicidade penal do delito em comento, entretanto para que se comprove tal assentimento, faz-se necessário a análise do caso concreto, e, portanto, a relativização da presunção de vulnerabilidade. Objetiva-se, verificar a eficácia da presunção relativa quanto à obtenção da verdade real dos fatos, desconsiderando a hipótese da análise abstrata do delito, e especificamente, demonstrar que ao adotar como válido o consentimento, pode-se excluir o delito de estupro de vulnerável. Para o alcance destes, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico, e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e o exegético-jurídico. Destarte sistematiza a pesquisa em três capítulos. Inicialmente se faz um estudo da sexualidade humana e seus aspectos na história, o comportamento sexual do brasileiro e seus reflexos na legislação penal. Posteriormente, analisa os crimes sexuais e suas especificidades, em conformidade com o Código Penal de 1940, e a presunção de violência nestes delitos. Por último abordar-se-á o estupro de vulnerável, aduzido pela Lei n.º 12.015/2009, assim como analisa o consentimento do ofendido e o erro de tipo, por fim verifica o desrespeito as garantias constitucionais e aos princípios penais e processuais penais com a adoção da presunção absoluta de vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável. Diante do exposto, indagou-se se com atual conjuntura social a viabilidade da aplicação da presunção absoluta de vulnerabilidade, no crime de estupro de vulnerável. Como resultado observar-se-á que a aplicabilidade da presunção relativa de vulnerabilidade é o meio mais viável para se analisar o delito em comento, por possibilitar uma análise mais detalhada dos fatos, além de assegurar garantias constitucionais.

Palavras chaves: Estupro de vulnerável. Presunção relativa. Garantias constitucionais.

ABSTRACT

The rules of criminal law have the power to intimidate and punish all who commit unlawful acts, and such standards must be consistent with the constitutional principles and guidelines, which was not presented in the crime of rape vulnerable, by adopting legally so implicitly, the assumption of absolute vulnerability of taxpayers. In line with sexuality and their influence on Sexual Criminal Law, it is noted that the consent of the victim has the power to exclude from the typical criminal offense under discussion, meanwhile, which is shown for such consent, it is necessary to case analysis concrete, and therefore the relativization of the presumption of vulnerability. It aims to verify the effectiveness of the presumption on how to obtain the real truth of the facts, ignoring the possibility of abstract analysis of the crime, and specifically demonstrate that by adopting a valid consent, you can exclude the crime of rape vulnerable. To achieve these, it was used the method of deductive approach, the method of historical procedure, and how the research techniques and exegetical and legal literature. Thus systematize research in three chapters. Initially there is a study of human sexuality and its aspects in history, sexual behavior and its effects on Brazilian criminal law. Then, it analyzes the sexual crimes and their specificities, in accordance with the Criminal Code of 1940, and the presumption of violence in these crimes. Initially there is a study of human sexuality and its aspects in history, sexual behavior and its effects on Brazilian criminal law. Then, it analyzes the sexual crimes and their specificities, in accordance with the Criminal Code of 1940, and the presumption of violence in these crimes. Finally we will approached the rape of vulnerable, put forward by the Law No. 12.015/2009, and analyzes the consent of the victim and the type error, finally finds a breach of constitutional guarantees and principles of criminal law and criminal procedure with the adoption of absolute presumption of vulnerability in the crime of rape vulnerable. Given the above, it was asked if with the current social viability of the presumption of absolute vulnerability, the crime of rape vulnerable. As a result it will be noted that the applicability of the presumption of vulnerability is the most viable means to analyze the offense under discussion by allowing a more detailed analysis of the facts, and ensure constitutional guarantees.

Keywords: Rape vulnerable. Presumption concerning. Constitutional guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A EVOLUÇÃO SÓCIO-CULTURAL COMO MEIO POSSIBILITADOR DA VALIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA	17
2.1 <i>Análise sociológica da sexualidade</i>	17
2.1.1 <i>A repressão da sexualidade imposta pelos mecanismos de controle social</i>	21
2.2 <i>Evolução histórica do comportamento sexual</i>	23
2.2.1 <i>O controle moral exercido pelo cristianismo</i>	25
2.2.2 <i>A revolução sexual do século XX</i>	29
2.3 <i>Comportamento sexual do brasileiro</i>	31
2.3.1 <i>O comportamento sexual da sociedade moderna brasileira e seus reflexos na legislação penal</i>	34
2.4 <i>A sexualidade humana e o controle exercido pelo direito penal sexual sobre a sociedade</i>	36
3 A PROTEÇÃO A DIGNIDADE SEXUAL SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO PENAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009	40
3.1 <i>Análise dos Crimes contra Liberdade Sexual no Código Penal</i>	40
3.1.1 <i>Análise do tipo de Estupro e suas especificidades antes da Lei 12.015/2009</i>	42
3.1.2 <i>Análise do tipo de atentado violento ao pudor e suas especificidades antes da Lei 12.015/2009</i>	48
3.2 <i>A Presunção de Violência</i>	49
4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A DISCUSSÃO ACERCA DO CARÁTER ABSOLUTO DA VULNERABILIDADE	59
4.1 <i>Aspectos gerais do crime de estupro de vulnerável</i>	59
4.1.1 <i>Definição de vulnerabilidade, e especificidades do delito de estupro de vulnerável</i>	65
4.2 <i>O consentimento da vítima sob a ótica do Direito Penal sexual</i>	66
4.2.1 <i>A capacidade de compreensão do titular do bem jurídico (liberdade sexual) ao consentir para o ato</i>	70

4.3 O erro de tipo como uma excludente de tipicidade no crime de estupro de vulnerável.....	75
4.4 A presunção absoluta de vulnerabilidade como uma ofensa aos princípios penais e as Garantias constitucionais.....	79
5 CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é um direito fundamental, inerente a pessoa humana, tal direito pode se manifestar de várias formas, dentre elas a *Liberdade Sexual*, que é reconhecida pela legislação pátria como um bem juridicamente relevante, merecendo dispositivos próprios, com o fito de punir qualquer conduta que venha a lesionar a livre manifestação da vontade sexual do indivíduo.

A liberdade sexual deve ser entendida como a capacidade volitiva que uma pessoa detém, de consentir e dispor do seu próprio corpo, devendo qualquer ato praticado com violação a esta vontade ser punido, de acordo com a legislação vigente. Algumas pessoas, dadas as condições peculiares em que se encontram não são dotadas (nos termos legais) de capacidade de consentir validamente para a prática de atos de cunho sexual, como é o caso do menor de 14 (catorze) anos, enfermo ou deficiente mental, assim como as pessoas que por uma causa, diversa, não possam oferecer resistência.

Com o advento da Lei n.º 12.015 de 7 de agosto de 2009, o legislador criou um novo tipo penal, autônomo, que versa sobre os crimes cometidos contra vulneráveis, qual seja o estupro de vulnerável, que veio substituir a presunção de violência, prevista para os crimes sexuais (na antiga redação legal).

Este novo tipo penal discorre sobre a prática de atos sexuais com menores de 14 (catorze) anos, assim como enfermos ou deficientes mentais, que não possuem discernimento acerca de tais atos, e quanto as pessoas que por causas diversas não possam oferecer resistência, pelas condições que se encontram. Diante da redação dada pelo legislador a este ilícito penal, presume-se vulneráveis quaisquer pessoas que estejam nas condições *supracitadas*, por julgarem que as mesmas não possuem capacidade de consentir validamente para a prática de tais atos.

Porém, o que ainda se questiona é se somente pelo fato de se encontrarem em qualquer das condições elencadas no artigo 217-A, *caput* e §1º do Código Penal, tais pessoas serão vulneráveis, ou se somente através da análise do caso concreto será possível declará-las ou não como tal.

Esta dúvida paira sobre o ordenamento jurídico pátrio, em detrimento do fato de que a sociedade brasileira contemporânea vive em constante evolução sociocultural e psíquica, não mais sendo possível afirmar que os adolescentes (a

partir dos doze anos completos), não tenham capacidade plena de consentir para a prática de atos sexuais, o mesmo se diz quanto ao enfermo ou deficiente mental, que possui, mesmo com algumas debilidades, capacidade de consentir validamente, ou de alguém que mesmo sem condições de oferecer resistência, consentiu de forma objetiva e expressa, para que o ato se concretizasse.

O presente trabalho monográfico se propõe a demonstrar a possibilidade da análise do caso concreto nos crimes de estupro de vulnerável, como meio mais eficaz de preservar a liberdade sexual (daqueles que possuem plena capacidade de compreensão sobre tais atos) e obtenção da verdade real dos fatos, preservando com isso as garantias constitucionais (presunção de inocência, contraditório) e a observância de alguns princípios norteadores do Direito Penal. Tal demonstração se torna necessária pelo fato de que, o tipo penal em questão (artigo 217-A do CP), traz, mesmo que de forma implícita, uma presunção absoluta de vulnerabilidade, dos seus sujeitos passivos, impossibilitando, a análise do caso, por não ser admitida prova em contrário.

Toda a pesquisa realizada neste trabalho terá como objetivo geral verificar que a análise do caso concreto no crime de estupro de vulnerável, poderá ser mais eficiente no alcance da justiça, do que a análise abstrata do mesmo, visto que o tipo não deixou lacunas para possíveis exceções.

De maneira específica os objetivos do mesmo são, compreender o novo tipo penal, autônomo, criado pela Lei n.º 12.015/2009; identificar as modificações dos costumes e de valores sócio-culturais que regem as relações humanas como meio de inviabilizar a presunção absoluta de vulnerabilidade, prevista no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro; verificar que através do consentimento válido daqueles que compreendem os atos sexuais, e se adéquam as condições objetivas do artigo 217-A do Código Penal, pode excluir a tipicidade do delito de estupro de vulnerável e demonstrar que a presunção relativa é meio mais eficaz de obtenção da verdade real dos fatos, que induzem a ocorrência da figura típica.

Evidencia-se a importância da relativização da presunção de vulnerabilidade insita ao crime de estupro de vulnerável, pois além de não privar a liberdade sexual, daqueles que têm discernimento suficiente para compreensão da sexualidade humana e o sexo em si, não punem os sujeitos que atuaram, com o consentimento das vítimas, e em determinados casos abarcados pelo erro de tipo, possibilitando para estes a preservação de garantias constitucionais.

Para tanto se adota como método de abordagem o dedutivo, o histórico-evolutivo, associado ao método de pesquisa exegético-jurídico, através da interpretação de princípios, leis e sites jurídicos, com o propósito de ampliar o tema apresentado. E a técnica de pesquisa bibliográfica, a qual decorrerá de consultas a doutrinas e artigos; para que seja possível desenvolver o tema e chegar a uma conclusão.

Estruturada em três capítulos, preliminarmente será realizada uma análise acerca da sociologia da sexualidade (conceito e abrangência social). Será abordada, também, a repressão da sexualidade imposta pelos mecanismos de controle social, estabelecidas pelas leis, costumes, moral, religião, dentre outros meios que influenciam a sociedade. Discorrerá também, sobre a evolução histórica do comportamento sexual, envolvendo o controle moral exercido pelo cristianismo e a evolução sexual do século XX.

Observar-se-á ainda o comportamento sexual do brasileiro, seguido de uma abordagem do comportamento sexual da sociedade moderna brasileira e seus reflexos na legislação pátria. Finda com a análise da sexualidade humana e o controle exercido pelo direito penal sexual sobre a sociedade (tendo o Direito como um meio de delimitar quais comportamentos são proibidos e quais são permitidos, socialmente).

Posteriormente, tratar-se-á da tutela a dignidade sexual sob a égide do Código Penal de 1940, anterior a Lei n.º 12.015/2009. O estudo será iniciado com a análise dos Crimes contra Liberdade Sexual, suas disposições legais, e de forma mais detalhada irá tratar sobre o estupro e o atentado violento ao pudor e suas especificidades, antes da Lei n.º 12.015/2009. Assim como serão apresentadas as hipóteses de presunção de violência nos crimes sexuais (seu conceito, relevância jurídica e seu reflexo na sociedade).

Por fim, será estudado o novo tipo penal, qual seja o estupro de vulnerável (criado pela Lei n.º 12.015/2009) e seus aspectos gerais, abordando, também, a definição de vulnerabilidade e as especificidades do delito em comento. Analisará também, o consentimento do titular do bem jurídico como um dos meios de excluir a tipicidade da conduta delituosa, com o mesmo fim, irá tratar do erro de tipo. Encerra-se tal trabalho monográfico com a análise de princípios penais (princípio da intervenção mínima e o da adequação social) e de Garantias constitucionais,

(presunção de inocência, contraditório) que são desrespeitados quando adotada a presunção absoluta de vulnerabilidade.

2 A EVOLUÇÃO SÓCIO-CULTURAL COMO MEIO POSSIBILITADOR DA VALIDAÇÃO DO CONSENTIMENTO DA VÍTIMA

A sociedade no decorrer dos tempos passou por muitas alterações sociais, culturais, econômicas e como consequência de tais modificações, há também uma evolução psíquica dos seus membros. Os fatores sociais que influenciam tais modificações, podem variar conforme acontecimentos histórico-culturais, políticos, tecnológicos, dentre outros.

Nesta perspectiva, se verifica as evoluções psíquicas e físicas dos “novos membros” da sociedade, assim como a modificação do modo de pensar e agir dos membros “mais antigos”, pois com o advento de novas tecnologias, a exemplo da internet, da televisão, o mundo se atualiza rapidamente, ao mesmo tempo que absorve novos conhecimentos, acerca das mais diversas matérias, dentre estas pode-se incluir a sexualidade humana.

A análise acerca dos crimes contra a dignidade sexual e a reforma promovida no Código Penal para se adequar a essa nova realidade social requer, necessariamente, uma prévia exposição dos aspectos inerentes à sexualidade humana.

2.1 *Análise sociológica da sexualidade*

A sexualidade humana é um tema de difícil compreensão, tendo em vista que na maioria das vezes a sociedade se manifesta de forma preconceituosa, através de algumas atitudes envolvendo crenças e tabus, que podem variar, histórica e geograficamente, de sociedade para sociedade.

Nos dizeres de Greco, A. e Rassi (2010, p. 3 e 4) a sexualidade se conceitua como sendo:

[...] toda manifestação do instinto sexual e todas as normas sociais, jurídicas e religiosas que a regulam ou apresentem alguma sanção. Neste aspecto, a sexologia contemporânea é um campo multidisciplinar, que une perspectivas médico-biológicas, socioculturais e psicológicas. [...] Para os

fins do presente estudo, no entanto, importa o aspecto da sociologia da sexualidade, e em especial, seu cariz sacionormativo.

Desta forma, a sexualidade compreende a demonstração do impulso sexual humano, de forma espontânea, e as normas de cunho social, jurídico e religioso, que venham à regular ou impor alguma sanção a tal manifestação exteriorizada. Portanto verifica-se que o estudo da sexualidade não abrange apenas as sensações humanas quanto ao sexo em si, envolvendo também, outras áreas de estudo (médico-biológicas, psicológicas e socioculturais).

Vale ressaltar que, não há o que se confundir sexo com sexualidade. Aquele abrange a própria anatomia funcional normal e patológica, isto é, a genitália do indivíduo, em si. Enquanto que a sexualidade é a mais evidente manifestação do sexo (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 3).

Ao observar o conceito anteriormente atribuído a sexualidade, percebe-se o liame existente entre o estudo desta e do contexto social em que ela ocorre, portanto, não se pode dissociar um do outro, pois ambos estão correlacionados, como afirma Greco, A. e Rassi (2010, p. 4):

O estudo do Direito Penal Sexual, dada sua próxima relação com os valores da sociedade que regula, não poderia prescindir de uma análise mais próxima do contexto social em que se apóia. Assim, o ponto de vista sociológico tem muito a acrescentar na seara da sexualidade, principalmente para as formulações do pensamento normativo [...]. É que a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer relação entre o comportamento sexual e o tratamento que lhe é dispensado.

Através do exposto acima, percebe-se que não só há uma ligação relevante entre sexualidade e sociedade como destes com o direito penal sexual, que é o objeto desse trabalho.

De tal forma, necessita-se de uma análise da sociedade que é regulada pelo direito penal, pois este tem de compreender o contexto histórico cultural em que aquela se encontra, para poder disciplinar de maneira coerente, quanto à sexualidade. Ou seja, a sexualidade para ser regulada pelo ordenamento jurídico criminal necessita de uma verificação do comportamento social quanto ao assunto, para que não corra o risco criar normas novas, porém defasadas (por estarem em desacordo com a realidade social).

Com isso a evolução social, através da construção da sociedade se mostra bastante relevante quanto ao estudo da sexualidade, pois será a base para se estabelecer uma relação entre os comportamentos sexuais e os tratamentos que lhe serão dispensados, por não serem condizentes com a realidade sexual vigente. Como se verifica através do entender de Greco, A. e Rassi (2010, p. 4): “É que a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer relação entre o comportamento sexual e o tratamento que lhe é dispensado”.

Quanto ao sentido empregado para o termo **construção social** Bozon (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 4):

Nesse sentido, *construção social* implica, de forma inevitável, “a coordenação de uma atividade mental com uma atividade corporal, apreendidas ambas através da cultura”, e por ser construída socialmente pelo contexto cultural em que está inscrita, a sexualidade “extrai sua importância política daquilo que contribui, em retorno, para estruturar as relações culturais das quais depende, na medida em que as ‘incorpora’ e ‘representa’”. O não sexual confere significado ao sexual, e os próprios limites do sexual, por serem histórica e socialmente definidos, são moveções. (grifos do autor).

Neste contexto, afirma ser a construção social uma junção das atividades mentais e físicas dos indivíduos que compõem a sociedade, tais atividades são assimiladas através da cultura em que estão inseridos, portanto a sexualidade absorve tudo que venha a contribuir para a estruturação das relações culturais, devido a relação de dependência existente entre ambas, fazendo com que a modificação de uma venha a interferir nos conceitos e estrutura da outra. Assim pode-se dizer que a construção física e psíquica da sociedade é a principal base para a sexualidade.

Nesse diapasão, não se pode afastar o liame existente entre as figuras anteriormente citadas (construção social e sexualidade) e o Direito Penal sexual, visto que este sempre irá depender, assim como a sexualidade, da construção mental e corpórea da sociedade em que estar inserida, devendo, portanto, acompanhar a evolução desta, como forma de evitar o desequilíbrio entre a legislação vigente e o meio social em que subsiste. Como expõe Greco, A. e Rassi (2010, p. 5):

Uma abordagem sociológica da sexualidade, por ser não naturalista, recoloca a questão da representação comum como elemento significativo, aderindo à flexibilidade, à expressividade e à mobilidade da esfera sexual na época contemporânea e sua inevitável dependência dos processos sociais por ela construídos

Com isso a sexualidade tende a interferir diretamente no âmbito jurídico, através da legislação penal sexual, visto que esta depende do comportamento social, a que a sociedade aderiu no decorrer dos tempos, devendo assim, disciplinar apenas aquilo que lhe é pertinente, sem que com isso venha a ferir quaisquer princípios constitucionais, ou regular atos que são tidos como naturais para o comportamento pessoal em sociedade.

Sobre este prisma legal e social, acerca da influência da sexualidade na sociedade e na lei penal, Greco, A. e Rassi (2010, p. 5) asseveram que:

Sob esse enfoque, a sexualidade deixa de ser um fenômeno meramente biológico ou natural, que ao sofrer modificações quanto ao seu sentido, à sua função e à sua regulação, desloca-se para o plano da sociedade, da cultura e da história. Não há caráter absoluto nos comandos comportamentais de uma sociedade no que diz respeito ao comportamento sexual. A própria historicidade desses comandos, verificada em determinada época, é capaz de demonstrar a relatividade desses comportamentos.

Assim, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é "certo" ou "errado" no comportamento sexual e, estabelecido o mínimo de valoração sobre o que é "certo" ou "errado", "positivo" ou "negativo" na conduta sexual, os conceitos poderão ser modificados e condicionados pelo tempo e pela cultura em uma determinada época.

A sociedade como é sabido, é uma organização de pessoas em constante modificação e evolução, o mesmo ocorre quanto à sexualidade, havendo sempre uma variação quanto a sua função, sentido, significado e inevitavelmente, alteração quanto a sua regulamentação legal.

Desta forma, não há o que se falar em caráter absoluto quanto aos comportamentos sociais, acerca da sexualidade, pois sempre haverá diversas modificações com o decorrer do tempo, fazendo com que haja uma concomitante valoração do que é ou não permitido quanto à conduta sexual. Vale ressaltar que esta valoração também sofrerá variações no tempo e no espaço social, estando sempre condicionados a cultura imposta pela época.

Portanto, a diferença entre as ações e os motivos sexuais, assim como os não sexuais seja qual for o nível (se individual ou social), será determinada pelos

próprios indivíduos que compõem a sociedade, sendo desta forma convencional, pois irá depender dos valores gerais de uma comunidade. Nos dizeres de Kon (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 5):

Como essas formulações são relativas, dependendo do contexto, pode ocorrer que alguns padrões de comportamento considerados obviamente disfuncionais ou incorretos, como, por exemplo, a reprodução ou manutenção das relações de família, poder ser inteiramente funcionais e úteis em outro contexto, se no caso proporcionar satisfação emocional ou de bem-estar.

Com isso, percebe-se que cada comunidade pode viver em um contexto social diverso, onde o que é permitido em certa região é repudiado em outra, mostrando desta forma, a diversidade comportamental dos indivíduos de uma sociedade, e a relevância destes para a composição do pensamento social quanto a sexualidade, pois será a partir de tais formas de pensar e de agir dos indivíduos que se formará uma cultura, uma regulamentação legal e posteriormente uma modificação histórica.

2.1.1 A repressão da sexualidade imposta pelos mecanismos de controle social

Conforme apresentado em linhas pretéritas, a sexualidade compreendida como uma manifestação sexual instintiva, necessita, portanto, da aceitação do meio social para que possa ser exteriorizada livremente, porém, tais instintos necessitam de “freios” em detrimento do controle exercido pelos demais membros da sociedade.

Por este motivo tal manifestação humana é limitada ou reprimida pela sociedade, utilizando-se para tanto de diversos mecanismos de controle social, a exemplo da moral, da religião e das leis (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 6).

São estes mecanismos, utilizados para limitar ou reprimir as manifestações sexuais instintivas dos humanos, que dão origem a *repressão sexual*, esta que segundo os dizeres de Chaui (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 6) pode ser considerada como um “conjunto de interdições, permissões, normas, valores, regras estabelecidas histórica e culturalmente para controlar o exercício da sexualidade”.

Tais mecanismos são impostos a sociedade, através da história e da cultura, sendo absorvidos e interiorizados pela consciência individual, em detrimento dos inúmeros procedimentos sociais que são utilizados para controlar tais manifestações, o que em grande parte é feito pela educação e pelas normas jurídicas (GRECO, A. e RASSI, 2010, p.7).

Conjuntamente com as formas de controle da sexualidade impostas pela sociedade e pelo Direito, há as relações de poder que viabilizam, de forma eficaz, as imposições de repressão sexual, anteriormente citadas, como acontece com controle social exercido pela religião sobre seus fieis, dos pais sobre os filhos, dos homens sobre as mulheres, do Estado sobre os cidadãos. Isto se dar devido ao fato de que, as relações de poder impostas, para repressão sexual, não se refletem somente na conduta sexual individual, mas também nas instituições que se desenvolvem e crescem, a exemplo das instituições familiares.

Isto é, as imposições feitas à determinada conduta sexual não serão direcionado apenas a um indivíduo, quando a conduta praticada por ele for “repulsiva” socialmente ou juridicamente, pois a conduta irá ser refletida em todas as ações que venham a se assemelhar a esta. Havendo desta maneira, uma repressão muitas vezes extensiva, quanto aos atos, ou seja, limita-se e reprime-se os atos que vão além dos que são realmente reprovados.

Ainda quanto aos meios de controle sexual Greco, A. e Rassi (2010, p. 7) asseveram que:

E é justamente no momento da passagem do plano da natureza do sexo como fato biológico para o plano cultural que o *fenômeno* ou *fato* da repressão, atua pelos diversos meios de controle, ocultando, dissimulando ou disfarçando o caráter sexual daquilo que esta sendo reprimido. Tanto mais a repressão é eficaz, quanto mais conseguir ocultar, dissimular e disfarçar o caráter sexual do comportamento. (grifos do autor).

Desta maneira, a repressão da sexualidade só será eficaz quando o controle exercido pelas instituições for capaz de ocultar, dissimular ou disfarçar o caráter sexual dos atos que estão sendo coibidos. Mas vale ressaltar que a repressão das condutas sexuais, irá depender do tempo e do espaço em que ocorram, pois com a evolução sócio-cultural haverá, também, uma modificação dos conceitos quanto ao que é permitido ou proibido. Como dispõe Greco, A. e Rassi (2010, p. 7):

É bom que, da mesma forma que as formas de simbolização dos comportamentos sexuais de cada sociedade são variáveis no tempo e no espaço, também o são as suas respectivas formas de repressão. A repressão está atrelada às formas complexas de simbolização que diferentes culturas elaboram nas suas relações com a natureza, o espaço, o tempo, as diferenças sexuais, nas relações interpessoais, com a vida e a morte, o sagrado e o profano, o visível e o invisível.

Diante do exposto, pode-se verificar que a repressão sexual, assim como os comportamentos sexuais socialmente aceitos, são variáveis com o decorrer dos anos, e quando estes se modificam, aquela tende a acompanhar tal modificação, criando novas formas de repressão, condizente com o contexto social em que coexistem.

Assim verifica-se que, o fato de as normas sociais versarem sobre a sexualidade humana, não é uma decorrência da atividade sexual em si, mas da necessidade de refrear, restringir tais ações, em nome do controle de determinadas relações de poder (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 8), a exemplo do que ocorre com a religião, que impõem aos seus fieis, que os atos sexuais têm como fim maior, apenas a procriação.

Portanto, a regulamentação do comportamento sexual segundo os dizeres de Natscheradetz (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 8) é “uma das mais importantes realizações em toda a sociedade”, devendo desta forma a sexualidade humana ser assegurada por “todos os meios disponíveis de sanções e proibições sociais”. Neste sentido, encontra-se o Direito Penal sexual, com o fito de punir toda e qualquer conduta que venha a lesionar a sexualidade do indivíduo, através da criação dos tipos penais.

A sociedade, mesmo diante das mais diversas repressões sofridas, foi sendo modificada com o passar do tempo, acompanhando o contexto histórico-cultural de cada época, e com isso sofreu algumas alterações acerca do comportamento sexual dos membros que a compunha.

2.2 Evolução histórica do comportamento sexual

A história da sexualidade humana conduz a própria história mundial, visto que as relações humanas sempre envolveram as condutas sexuais, a exemplo da

história bíblica da criação do mundo, quando se fala de Adão e Eva, e do pecado original (como alusão ao ato sexual como meio criador de novo ser).

Quanto à figura feminina, os mais antigos registros históricos, acerca do convívio social, trazem a mulher como chefe do clã, isto se dar em decorrência dos chamados *mitos de origem*. Neste momento histórico, representação divina da Terra era a fêmea, pois se ligava diretamente a fertilidade dos animais e da terra, por este motivo cultuavam-se as deusas devido ao fato de que a crença era de que a vida emergia do corpo da mulher (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 8 e 9).

Vale ressaltar que estes mitos de origem, que acabaram por transformar a figura feminina em deusas, duraram enquanto não se sabia sobre o papel reprodutivo do homem, ou seja, julgava-se que a mulher por si, era capaz de gerar um ser, independentemente da atividade sexual masculina. Desta forma, julgava-se que o sexo servia apenas para saciar a libido e que a mulher conseguia gerar sozinha os filhos.

Na Grécia, o amor e o sexo eram vistos como algo natural, sem impor-lhes tabus ou culpas. Foram os pensamentos de Platão (428-347 ou 348 a.C.) que influenciaram o mundo ocidental, quanto a formulação de suas crenças acerca da moral sexual humana. Tal filósofo tinha o sexo, “ora como algo positivo, como uma força positiva na psiquê da humanidade, ora como algo negativo, se mostrando como uma distração da verdade e da beleza como um traço perturbador e negativo da experiência humana” (BRUNDAGE *apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 9).

Em duas de suas obras literárias (*A República* e *As Leis*), Platão afirma que as relações sexuais deveriam existir somente com o intuito de procriar, assim como para servir ao matrimônio. Com isso ele inferiorizava a mulher e supervalorizava o homem. Este ideal de superioridade masculina persistiu com Aristóteles (384-321 a.C.). Este não condenava o amor, contrariamente o julgava como sendo algo que transcende o desejo físico, mas considerava o sexo em si como um prazer corrupto, pelo fato de que ele afastaria o homem da razão, deixando prevalecer a emoção (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 10).

Em Roma, contrariamente ao pensamento grego, as condutas sexuais eram enfocadas como algo não apaixonado (“desapaixonado”), tinham as atividades sexuais como pessoais e íntimas, onde cabiam as mulheres apenas o papel de servir aos homens. Sobre o comportamento sexual romano Brundage (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 10) expõe que:

Os romanos toleravam uma variedade de práticas sexuais. Não havia qualquer estigma moral em relação à masturbação feminina ou masculina, considerada uma forma de obter prazer sexual em substituição à prática sexual insatisfatória. As relações homossexuais eram comuns, com algumas exceções importantes (os romanos, por exemplo, consideravam vergonhoso que um homem livre adotasse um papel passivo em uma relação anal). A *sociedade era patriarcal* e as relações sexuais diziam respeito mais à manutenção da propriedade.

Observa-se nos romanos um desdém quanto à mulher, sobrepondo-se sempre a figura masculina sobre aquela, principalmente quando se diz que as relações sexuais serviam somente como forma de manter a propriedade, que no contexto entende-se que a mulher seria de propriedade do “seu” homem, existindo neste caso uma total subordinação feminina e uma superioridade masculina.

Isto se evidencia também no tocante ao casamento, que se orientava (pelo menos nas classes superiores) pela preocupação com política e o poder, e não com a satisfação emocional. Desta forma, os esposos, conhecidos como *paterfamiliae*, tinham relações sexuais com suas esposas com o fim único de procriação, isto é, de produzir herdeiros de suas propriedades, para assim, possibilitar o prolongamento, no tempo, de suas famílias (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 10).

Mas foi a partir do cristianismo que a sociedade ocidental encontrou fundamentos para justificar seus atos e crenças sexuais. Durante tal período histórico surgiram três escolas pós-aristotélicas (estoicismo, epicurismo e ceticismo), dentre elas a que mais se destacou e conseqüentemente, influenciou o mundo greco-romano foi o estoicismo (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 10).

A escola do estoicismo mantinha uma visão restrita e rigorosa no tocante ao prazer sexual, tendo este como algo insignificante. Eles classificavam o sexo como pertencente a categoria dos “desejos inferiores”, isto era proveniente da ideia de que o ato sexual fazia desaparecer a razão humana, sendo recomendado aos sábios a abstinência ou a prática moderada.

Esta escola influenciou bastante o cristianismo quanto às questões sexuais, a exemplo do que ocorre, ainda hoje, com os padres cristãos, que pregam e praticam a abstinência do sexo como sendo o maior ideal cristão.

2.2.1 O controle moral exercido pelo cristianismo

Após o declínio do Império Romano, iniciou-se na Europa a formação dos feudos e com eles o advento da soberania da Igreja Católica, este período ficou conhecido pela austeridade religiosa e a restrição das liberdades. Porém, a moral cristã não se impôs de imediato, ela foi ganhando força ao longo do tempo. Foi nesse processo evolutivo que a Igreja traçou seus dogmas quanto ao casamento, à família e também, quanto à sexualidade (GRECO, A. e RASSI, 2010, p.12).

Quanto a sexualidade, a orientação da Igreja Católica se dividia em duas etapas: a primeira delas, fixava a recusa à concupiscência (desejo) e ao prazer, limitando o ato sexual à reprodução; na segunda etapa, marcada pela instituição do casamento cristão, monogâmico e indissolúvel, limitando a atividade sexual a ocorrência daquele, ou seja, atividade sexual legítima, possível apenas entre os cônjuges.

Como reflexos da atividade sexual legítima, os primeiros filósofos do cristianismo, faziam apologia à virgindade, especialmente feminina. Esta era justificada através dos dizeres dos apóstolos do Novo Testamento. Nesse período já se demonstrava uma diversidade nos tratamentos dados ao homem e a mulher, quanto à virgindade, pois a castidade para o homem era vista como um desafio ao viver casto, mas para a mulher era virtude e obrigação (GRECO, A e RASSI, 2010, p. 12).

Quanto a virgindade e a castidade Greco, A. e Rassi (2010, p. 12) asseveram que:

Nesse período, o único comportamento aceitável pelos padres era a virgindade e o ascetismo. A castidade era considerada um estado superior e possibilitava o conhecimento da fé e das vontades humanas, e aquilo que conferia parte da autoridade moral dos clérigos. O casamento era reconhecido como hierarquicamente inferior à castidade, considerado um mal, pois tinha como pressuposto o "pecado" das relações sexuais, mas o menor dos males, por impedir a diversidade de parceiros.

Destarte, verifica-se que, inicialmente o cristianismo admitia o casamento, mas mesmo assim, o considerava como um pecado, em detrimento da atividade sexual que o envolvia. Mas, nem a poder exercido pela religião foi capaz de camuflar um fenômeno social de tamanha relevância (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 12), pois independente da aceitação da Igreja, principalmente entre os camponeses, os

casais continuavam a se unir e a constituir família, independente da instituição e aceitação do casamento.

Discorrendo acerca da trajetória da sexualidade e do casamento na teologia cristã Greco, A. e Rassi (2010, p. 13) aduzem que:

A trajetória da formação da teologia cristã acerca do controle da sexualidade e do casamento é uma amálgama dos costumes germânicos, da tradição estóica grega e dos Testamentos bíblicos, o Novo e o Antigo. Os estóicos e teólogos do início da tradição cristã apegavam-se à castidade, como vimos, e à recusa do casamento, ou então a sua aceitação como um mal menor.

Portanto, vislumbra-se que, com o cristianismo a atividade sexual sofreu mais algumas restrições, algumas destas até os dias atuais ainda vigoram, para as famílias mais conservadoras e religiosas. O maior exemplo é a virgindade para as mulheres, estas devem permanecer em tal estado até o casamento, e o mesmo vale para a castidade e a celibato, ainda exigido para os padres católicos.

Quanto ao casamento e a sua aceitação pela Igreja Católica, a história percorreu um vasto caminho até o que atualmente se conhece, como dispõem Greco, A. e Rassi (2010, p. 13):

Na tradição dos guerreiros germânicos, o casamento simbolizava a transmissão de heranças e títulos, a formação de alianças políticas, e especialmente os valores das linhagens que se uniam através do casamento, por isso muitas vezes estes percorriam entre membros da mesma família. O casamento era, assim, um privilégio da aristocracia, e mesmo dentro desta camada social, não era desejável a todos os seus membros, para que se evitasse a divisão do patrimônio. Para os filhos mais novos havia, no entanto, alternativas ao casamento, que formavam um intermédio entre o "verdadeiro casamento", privilégio dos nobres, e a vida com diversas companheiras. estes poderiam se reunir a moças não pertencentes à nobreza, através do pagamento de um dote aos seus pais, sem a celebração do casamento, mas com a qual viveriam e constituiriam família por um certo período da vida. Esta união, no entanto, poderia ser desfeita por vontade do nobre, que poderia iniciar uma nova união, com outra mulher, através do mesmo sistema de dotes, o que evidencia que houve sempre uma linha muito tênue entre o casamento e o concubinato.

Nos casos expostos, percebe-se que o interesse econômico se sobrepunha a qualquer outra razão matrimonial, e dava aos nobres a escolha de "casar" e desfazer tal união, quando bem entendesse, demonstrando assim, a desvalorização da figura feminina e a superioridade masculina, estando aquela totalmente submissa aos desejos deste.

Mas foi a partir do século IX, que a Igreja passa a exercer poder sobre os reis e a aristocracia (após a queda do Império Carolíngio), e inicia a regulamentação da instituição casamento de acordo com seus dogmas.

A Igreja foi, aos poucos, incorporando algumas tradições germânicas e populares, buscando com isso uma maior aproximação dos seus fieis, e com isso estender suas influências sobre as relações sociais. Foi a partir daí que a Igreja passou a não considerar a união entre o homem e a mulher como um pecado, passando a pregar que o casamento era uma instituição divina.

Foi a partir dos séculos XII e XIII, com o casamento sendo considerado como sacramento inafastável, pela própria Igreja Católica, esta passou a interferir na estrutura de todas as relações sociais, com o propósito de regular o casamento e a própria vida dos cônjuges. Neste contexto, a Igreja Católica tratou de abolir os casamentos entre os membros da mesma família (que era uma tradição entre os guerreiros e germânicos).

Com o reconhecimento do casamento e as interferências na vida conjugal, era inevitável que as atividades sexuais não sofressem alguma restrição por parte da Igreja, pois bem, esta delimitou o comportamento sexual, posterior ao casamento, somente ao fim da procriação, e para afastar os homens de vícios diversos tidos como pecado (a exemplo da zoofilia, homossexualidade, incesto e masturbação). Desta forma qualquer atividade sexual que tivesse como objetivo o prazer e não a procriação era terminantemente proibida e tida como ato condenável por Deus, o mesmo se pensava sobre qualquer método contraceptivo (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 14).

Em meados do século XV, com o surgimento do Renascimento, ocorreram modificações políticas, culturais e econômicas, em decorrência da transição do feudalismo para o capitalismo, e com a ascensão deste inicia-se um resgate do homem como indivíduo, explorando deste o seu potencial criativo. Nesta época, os autores (de livros, pinturas, esculturas) retratavam as figuras masculinas e femininas, sem o rigor imposto pelo catolicismo, e por este motivo sofreram com a censura da Igreja, através do *Index* de Livros Proibidos (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 15).

Uma das conseqüências sofridas pela moral sexual das sociedades que foram civilizadas sobre influência *judaico-cristã*, na opinião de Natscheradetz (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 15) foi a de atribuir à sexualidade um aspecto

negativo, estabelecendo uma proposital ligação entre a moral sexual social e a moral sexual cristã, que só veio a ser modificada nas sociedades contemporâneas.

Diante do exposto, pôde-se verificar que a Igreja Católica, ao interferir na vida e nas relações conjugais, acabava por fazer uma ligação entre a moral sexual social e a moral sexual cristã, ou seja, esta acabou sendo imposta àquela. E a sociedade seguindo os dizeres cristãos sofreu conseqüências negativas (como a perda da liberdade de escolha, sexual, conjugal etc.), tal aspecto só veio a ser modificado com o transcorrer do tempo, retomando assim, os membros da sociedade, a sua liberdade conjugal e sexual.

2.2.2 A revolução sexual do século XX

A sexualidade assim como qualquer outro “fenômeno” cultural, sofreu modificações (no que se refere a normas repressivas ou permissivas) através da evolução social. O século XX foi marcado por uma das duas rupturas da história da sexualidade, aquela que segundo Foucault (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 15) ocorreu quando os mecanismos de repressão começaram a se afrouxar.

O período compreendido entre o final do século XIX e meados do século XX, alterou o conceito de sexualidade, dando a esta um novo modelo, baseado na valorização da individualidade na idade moderna (período este em que a sociedade estava voltada para o capitalismo). Nos dizeres de Castro, Abramovay e Silva (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 15) esta individualização apresentou duas conseqüências: a primeira delas é a possibilidade de constituição de um sujeito político, livre, portador de direitos de cidadania, e a segunda que elevou a subjetividade como tema central para a constituição da identidade.

Em meados do século XX, ocorreram dois eventos que se tornaram marcos para a história da sexualidade, quais sejam, o desenvolvimento de métodos contraceptivos (que desvincula a atividade sexual do fim específico imposto pela Igreja, que seria a procriação); e o surgimento de novas reflexões advindas da mobilização de alguns segmentos da sociedade civil organizada e de estudos doutrinários (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 15).

Por intermédio destes novos conceitos dados a sexualidade e a tudo que a envolve, surgiram na década de 60 (sessenta) os movimentos feministas, e posteriormente os movimentos homossexuais, ambos com o intuito de reivindicar acerca das desigualdades advindas da moral sexual. De acordo com os dizeres de Grego, A. e Rassi (2010, p. 16) o movimento feminista começa a exercer algumas influências sociais:

O movimento feminista, já a partir dos anos 70, promove um crescimento sobre os estudos de gênero, dando novas perspectivas sobre as questões teóricas e de investigação sobre a sexualidade, que passaram a ser vistas em uma complexa dimensão social e política de relação entre sexualidade, saúde, construção de cidadania e o exercício efetivo de direitos, ou seja, os "direitos sexuais".

Como consequência desse fenômeno, podem ser citadas: uma alteração do estereótipo masculinidade/feminilidade e seus respectivos papéis; maior instabilidade e *psicologização das relações* conjugais; novas atitudes liberais em relação ao corpo e às emoções, buscando maior qualidade de vida; maior tolerância social as diferenças e ao inconformismo individuais, respeitando-se a opção das minorias e também maior tolerância em relação ao sexo pré-marital e o rechaço ao duplo padrão de moralidade entre o homem e mulher; o enfraquecimento do controle familiar e institucional sobre a **sexualidade do adolescente**, que passou ao **amadurecimento sexual mais precoce**, principalmente nos países industrializados; a evolução das técnicas anticoncepcionais, libertando a mulher da gravidez indesejada; e por fim, a educação sexual, que proporcionaram, portanto, profunda alteração nas atitudes e comportamentos sexuais.(grifos nosso).

Neste contexto, os movimentos sociais ou movimentos discriminatórios (feministas e posteriormente homossexuais) se mostraram relevantes para iniciar as mudanças nas formas de agir e de pensar da sociedade moderna. Foi a partir destas alterações comportamentais que as pessoas passaram a possuir um autocontrole moral da sexualidade, deixando de se submeterem ao controle social externo, exercido por Instituições sociais (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 16).

Porém, vale ressaltar que existem dois pontos de vista, no tocante as alterações sexuais contemporâneas, um deles avalia a "revolução sexual" do século XX, como uma ofensa a moral, não tendo tais mudanças comportamentais os agradao, passando a vê-las com maus olhos, da mesma forma haviam aqueles que as defendiam como modificações que trouxeram maior liberdade aos indivíduos, reduzindo com isso a desigualdade entre as minorias existentes (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 16 e 17).

Diante de tal conjuntura social, nota-se que as alterações sociais ocorridas, a partir do século XX, através da chamada revolução sexual, refletiram em todo o

mundo, inclusive no Brasil, através das modificações no comportamento sexual individual.

2.3 Comportamento sexual do brasileiro

O comportamento sexual no Brasil, diferentemente, do que ocorreu em diversos lugares do mundo, não sofreu influência apenas de determinada instituição, como da Igreja Católica, ou de famílias conservadoras que seguiam a risca os dizeres divinos, a cultura brasileira foi influenciada por uma diversidade de cultura tão imensa quanto sua diversidade de povos, não poderia ser diferente quanto à repressão ou permissão das atividades sexuais. Estas também foram influenciadas pela vasta cultura proveniente do cruzamento de várias etnias. No tocante as influências do comportamento sexual do brasileiro Grego, A. e Rassi (2010, p. 17), asseveram que:

Em qualquer abordagem sobre o comportamento sexual do brasileiro, não se pode perder de vista a miscigenação cultural que existe no vasto território. Isso pode provocar representações sexuais bem distintas, quando se tratar, por exemplo, de regiões mais conservadoras, onde as instituições da repressão sexual atuam mais severamente, em relação a outras onde o controle repressivo é bem menor. Influenciado pela ótica positiva sobre a sexualidade, o comportamento sexual do brasileiro também sofreu profundas modificações, mesmo que tradicionalmente, por motivos históricos e culturais, sempre tenha sido mais propenso ao exercício das liberdades afetivas e sentimentais que outras sociedades.

De acordo com o exposto, observa-se que o comportamento sexual poderá ser variável com a região, isto é, irá depender das influências culturais adquiridas por aquela, podendo a população se mostrar mais conservadora ou mais liberal quanto à sexualidade. Na visão dos doutrinadores, *supracitados*, o Brasil mesmo propenso a liberdades afetivas e sentimentais, ainda passou por algumas mudanças quanto ao seu comportamento sexual.

Segundo Greco, A. e Rassi (2010, p. 18) a relação da atividade sexual com a miscigenação iniciou-se desde a colonização do Brasil por Portugal:

Ao encontro com as índias, seguiu-se o encontro com as negras e mulatas e assim formou-se o povo brasileiro. O abuso sexual de índios e escravos negros era comum e significava expressão de senhorio dos colonizadores.

As relações sexuais no tempo da Colônia se baseavam no tripé de SEXO pluriétnico, escravidão e concubinato, mas nem por isso deixavam de ser controladas severamente pela moralidade religiosa, cujas violações eram severamente punidas pela Inquisição, desde que fosse do seu interesse.

Porém, mesmo com tais abusos (as índias, negras ou mulatas) ainda se mostravam presentes os dogmas cristãos, que de muitas maneiras influenciaram as crenças religiosas dos brasileiros, no tocante aos costumes e representações da sexualidade, a exemplo da tradição patriarcalista, em que prevalece o preconceito em relação à mulher, assim como nos diferentes comportamentos sexuais, comportamentos aprováveis para os homens e socialmente reprovável para as mulheres.

Estes preconceitos foram responsáveis pelas posteriores movimentações femininas, em busca da igualdade de gênero e de direitos, onde os comportamentos permissivos para os homens assim seriam, também, para as mulheres.

Porém, com o surgimento dos movimentos feministas, *supra* citados, nos anos 60(sessenta) e 70 (setenta), a moral sexual brasileira começou a se modificar, quanto ao comportamento sexual. E parte dessa mudança é proveniente dos meios contraceptivos, que segundo Greco, A. e Rassi (2010, p. 19) tornaram a mulher brasileira mais independente em sua sexualidade, facultando o planejamento familiar e tornando plausível a inserção delas no mercado de trabalho, mesmo que não em pé de igualdade com os homens.

O patriarcalismo, também, foi responsável pela introversão feminina no tocante a sexualidade, permanecendo por um bom período na obscuridade, os seus desejos e vontades sexuais, e até a própria legislação contribuía para que esta situação se intensificasse, através da super proteção as mulheres, vendo-as, sempre como o sexo frágil.

Acerca da repressão sexual brasileira Chauí (*apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 19) assevera que: “faz-se sob o signo do chamado “duplo nó”, que consiste em afirmar e negar, proibir e consentir ao mesmo tempo”. Para explicar o que seria esse “duplo nó” citado pela doutrinadora, ela reforça que:

O duplo nó está em toda parte no Brasil. Em relação à mulher, cuja afirmação do seu destino essencial é a maternidade, desemprega-se a mulher grávida ou humilha-se a mãe solteira para não “contaminar” as

outras se está na escola, ou se é empregada doméstica para não dar mau exemplo para às filhas da família. No caso do homossexualismo, o duplo nó reside na afirmação de que se trata de uma doença (física ou moralmente), ao mesmo tempo em que devem "assumir". Nas mulheres estupradas que procuram "amparo legal", ao mesmo tempo que a lei lhes garante o direito de reparação pela violência sofrida, elas são submetidas a humilhações sofridas não só pelo exame de corpo de delito, mas também pela investigação exigida pela sexologia forense, da prova de "resistência" ou de "não consentimento" etc. no caso de prostituição e a virgindade etc.

Desta maneira o "duplo nó" representa o quão influente foi e é a repressão sexual na sociedade brasileira, levando as mulheres e os homossexuais, principais atingidos por tal censura, a sofrer preconceitos quanto à sexualidade ou quanto a escolha sexual.

Porém, mesmo com a ainda existente e persistente repressão sexual, imposta pela sociedade e pela religião, ocorreram algumas modificações quanto ao assunto, um exemplo disso é o fato de o casamento não mais ser legitimador da relação sexual (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 19), podendo esta ocorrer independente da oficialização da união de um casal, o que se percebe através do crescimento de uniões estáveis, reconhecidas judicialmente ou não, ou com casais que apenas namoram.

Vale ressaltar que as mudanças de comportamento sexual abrangem, significativamente, os jovens brasileiros, como dispõe Grego, A. e Rassi (2010, p. 20):

Também grandes mudanças sofreram o comportamento sexual do jovem brasileiro. Os métodos anticoncepcionais **anteciparam sua primeira relação sexual**. Segundo a mais abrangente pesquisa sobre a juventude e sexualidade já realizada no país, **a idade média da relação sexual do jovem brasileiro varia em torno de 13,9 a 14,4 anos, para o homem e 12 a 16 para a mulher**, sendo que em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes entre 10 e 14 anos já tiveram uma relação sexual.

No que diz respeito às minorias sexuais, **as mudanças observadas na sociedade brasileira nas últimas três décadas também aceleraram uma modernização na área dos costumes**. (grifos nossos).

Os jovens brasileiros também modificaram os seus comportamentos sexuais, como ficou demonstrado através da referida pesquisa citada anteriormente, isto se deve as alterações físicas, psíquicas e comportamentais daqueles. Isto em grande parte se deve ao acesso aos meios de comunicação e a própria educação sexual,

muito mais constante nas escolas, palestras, com o intuito de evitar danos maiores do que, mesmo, a própria relação sexual em si.

A sociedade moderna passa por uma evolução sexual, onde diversos tabus estão sendo rompidos, não mais se preza pela virgindade, por si, mas sim com as consequências de uma primeira relação sem os devidos cuidados e precauções.

O avanço tecnológico também é bastante responsável por tal alteração comportamental, pois os que não estão atualizados são de certa forma “deixados de lado”, é uma verdadeira busca pelo melhor, o mais sábio, o mais informado, e o mais experiente, e tudo isso reflete na vida sexual dos jovens. Levando-os a se informar cada vez mais sobre o assunto e a ter curiosidade, e experimentar cada vez mais cedo os “prazeres sexuais”.

2.3.1 O comportamento sexual da sociedade moderna brasileira e seus reflexos na legislação penal

Como se pôde verificar o comportamento sexual foi alterado com o decorrer dos tempos, o mesmo se pode afirmar quanto a sociedade brasileira, que desde os anos 60 vem sofrendo influência desse fenômeno, com o desejo de igualdade de direitos quanto aos gêneros, e desta forma é evidente a valorização positivamente da sexualidade (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 21), ou seja, as alterações são o símbolo maior da independência, da individualização e pessoalidade da sexualidade na sociedade, possibilitando com isso uma maior aceitação social no que se refere a prática de qualquer atividade de cunho sexual.

Com bem dispõem Greco, A. e Rassi (2010, p. 21):

Pelos novos paradigmas, há um afastamento das moralidades religiosas herdadas da época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva, que passa a ser um tema cada vez menos tratado por conceitos *a priori*.

Portanto, a sociedade evoluiu dando a sexualidade uma maior liberdade, tornando-a mais autônoma e subjetiva, afastando-a dos dogmas religiosos que foram duramente impostos em séculos anteriores.

Mas mesmo diante de tantas alterações, há um ponto nesta evolução que é bem preocupante, qual seja o menor de idade e aqueles que estão em situação de vulnerabilidade (mesmo que maiores). Como expõem Greco, A. e Rassi (2010, p.21): "Com o primeiro principalmente por causa das novas formas de tecnológicas de informação as quais acabam ficando expostos, sem proteção. Com o segundo, especialmente no que diz respeito à prostituição, atividade altamente lucrativa em âmbito transnacional".

Os menores, tidos como vulneráveis (que se encaixam na faixa etária dos menores de catorze anos) preocupam por serem considerados incapazes de compreender alguns atos, como no caso em questão, a não compreensão dos atos sexuais, não sendo capazes, portanto, de consentir, validamente, para a prática destes.

No tocante aos que se encontram em situação propícia a vulnerabilidade, refere-se ao tráfico de pessoas para o exterior, dentre outras formas de atividade laboral de risco, onde as pessoas se encontram totalmente sujeitas a condições desumanas de vida, mas este não será o objeto de estudo deste trabalho.

No que concerne aos reflexos do comportamento sexual e social da moderna sociedade brasileira, na legislação, é bem atrelado as novas concepções sociais quanto aos modernos conceitos de sexualidade. Desta forma as alterações legislativas variarão desde a exclusão de tipos, que não mais são considerados como condutas condenáveis (condutas morais atípicas), como a incriminação mais severa de alguns crimes penais sexuais.

Portanto, diz-se que os fundamentos sociais são as principais fontes para o Direito penal sexual, dando a este uma nova releitura, sempre que ocorrem mudanças de comportamento social, tidas como consideráveis e de valor para tal ramo do Direito.

Ademais, verifica-se que, o Direito Penal sexual relaciona-se diretamente com a sociedade e conseqüentemente com a sexualidade humana, visto que esta depende da evolução histórico-cultural e psíquica sofrida por aquela, como será exposto adiante, cabendo ao Direito Penal reprimir as condutas que venham a ferir a liberdade sexual dos ofendidos.

2.4 A sexualidade humana e o controle exercido pelo Direito Penal sexual sobre a sociedade

Conforme mencionado, a sexualidade no transcorrer do tempo, sofreu influências diversas, exercidas pelas relações patriarcais, pela imposição dos dogmas cristãos, assim como pela própria legislação penal sexual, que sempre regulou as imposições sociais adotadas pelo meio onde vigoravam.

O Direito é um dos principais responsáveis pelo controle social, não podendo ser diferente no tocante a sexualidade, pois é através dele que se delimita quais comportamentos são proibidos e quais são permitidos, socialmente. Deve-se observar que os comportamentos sociais, regrados pela legislação penal sexual, irão variar com a época, isto é, com os interesses, por hora vigentes, na sociedade em questão, culminando, assim, na feitura de novas legislações, que estejam em sintonia com o contexto social vigente, como ocorreu com a Lei nº 12.015/2009. Como assevera Greco, A. e Rassi (2010, p. 23):

Dentre outras formas de controle social exercidas contra a sexualidade humana, uma das mais importantes é a realizada pelo Direito. Nesse aspecto, é de se notar que todo o sistema jurídico trata da sexualidade como manifestação individual de maior ou menor importância ao longo do tempo, variando seu tratamento de acordo com os interesses éticos de uma sociedade, em uma determinada época.

Tais imposições legais são uma forma de repressão sexual, decorrente do comportamento da sociedade, que determina como uma conduta relevante a prática de atos que envolvam a sexualidade humana, ou exercício desta, reflete diretamente nas instituições sociais fundamentais, justificando assim a sua importância para o Direito (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 22).

No entendimento de Greco, A. e Rassi (2010, p. 22) é correto dizer que a repressão sexual é inevitável:

[...] porque a sexualidade humana encontra-se associada ao matrimônio, ao adultério, à prostituição, ao celibato, situações estas, entre tantas outras, que influem inevitavelmente nos interesses da propriedade, na estrutura da família, e até mesmo nos conceitos acerca da moral social de uma determinada cultura.

Nestes termos, observa-se o quão abrangentes são os reflexos da sexualidade em uma sociedade, podendo atingir não apenas os interesses individuais, mas também os coletivos, quando envolve algumas instituições relevantes para o Estado. Em decorrência disto, faz-se necessário a interferência do Direito Penal, assim como de outros ramos do Direito, como mecanismos de controle social formal, para disciplinar tais comportamentos, devendo-se aplicar sanções aos casos em que haja o desrespeito as restrições impostas.

As regras estabelecidas com o intuito de tutelar o comportamento sexual dos indivíduos de uma sociedade, através do Direito Penal, deu origem ao chamado Direito Penal sexual, que versa sobre os crimes cujo núcleo do tipo diz respeito a uma ação sexual (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 23).

Para se determinar quais ações serão abarcadas pela legislação penal sexual, faz-se necessário conceituar quais comportamentos humanos, expressam ilicitude e culpabilidade, devendo-se excluir os atos socialmente irrelevantes, como os de natureza moral, quando forem socialmente aceitos, ou quando não aceitos, não se apresentem como de relevo para o direito penal (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 23).

Neste contexto de relevância penal, deve-se observar três princípios basilares do direito penal, que se aplicam ao direito penal sexual, são eles o princípio da intervenção mínima, onde a lei penal sexual só deverá interferir na sociedade desde que não haja outro meio de se solucionar ou repreender o ato; o princípio *in dubio pro libertate*, em que o direito penal sexual não pode punir interesses próprios ou morais de determinados grupos sociais; e o princípio da tolerância, que tem a liberdade como um critério de interpretação através do qual se admite a existência de uma sociedade pluralista (SILVEIRA, *apud* GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 23 e 24).

São estes princípios, dentre outros, que delimitam a abrangência do direito penal sexual, disciplinando quais comportamentos não serão encarados, como ofensa a moral social e quais se refletem, realmente no Direito, por provocarem danos a sociedade, como expõem Greco, A. e Rassi (2010, p. 24):

Por estes motivos é que a intervenção do Direito Penal no comportamento sexual sempre esbarrou na polêmica existente em se estabelecer a distinção entre o direito e moral, ou seja, até que ponto o comportamento

sexual reflete interesses e concepções morais de um grupo, ou apresenta danosidade social suficiente para merecer sua tutela [...].

A sexualidade humana está estritamente relacionada com o comportamento social e sexual da época e com as disposições legais vigentes, porém o que se observa é que as normas do Direito Penal sexual, sempre tendem a serem mais morais do que propriamente jurídicas.

Neste contexto, é primordial a observação da legitimidade da criminalização de condutas ofensivas à moral social sexual (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 25), pois para que sejam reconhecidas como condutas delituosas devem afetar a sociedade de forma que o dano sofrido pela vítima seja suficiente para merecer tal proteção.

No tocante a criminalização das condutas sexuais, estas poderão ser vistas através de duas perspectivas, a missão e a dimensão da sexualidade como comportamento humano na atualidade, no entendimento de Greco, A. e Rassi (2010, p. 25):

No primeiro sentido, o que se deseja é precisar os fins do Direito Penal, de modo a delimitar sua atuação em face da moral sexual, para excluir de sua tutela aquilo que não está no âmbito de proteção do comportamento sexual, ou seja, a moral social sexual que não seja substantiva, ou que não guarde coincidência com outro bem jurídico digno de tutela.

Excluída da intervenção penal desse tipo moral social sexual, o segundo aspecto do debate se estabelecerá em torno de uma valorização da sexualidade em face do desenvolvimento e autorrealização do ser humano no mundo moderno, em uma sociedade pluralista e democrática, de modo a definir o bem jurídico que deve ser tutelado.

Estas duas perspectivas utilizadas pelos autores para tematizar a criminalização de condutas sexuais, são basilares para se compreender a abrangência do Direito Penal aos atos com contornos sexuais, tendo em vista que a missão busca distinguir quais bens devem ser realmente protegidos penalmente, enquanto que a dimensão valoriza a sexualidade humana, sob a ótica do mundo moderno, com menos preconceitos e mais liberalidades, prevalecendo sempre a realização do indivíduo.

Portanto, o Direito Penal sexual exerce um controle sobre a sexualidade humana, de modo a limitar as condutas reconhecidas como relevantes para a coletividade, não se levando em consideração a moral social sexual, que em alguns casos não irá se demonstrar digna de tutela, por atingir somente a moral individual.

Todos estes aspectos, sociais, culturais, históricos e morais, influenciam na elaboração das leis penais sexuais, contribuindo para que as condutas criminosas estejam em consonância com a época.

Sob esta perspectiva, o Direito Penal sexual se corporifica na Parte Especial do Código Penal Brasileiro, e inicia os estudos acerca do tema ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, que serão posteriormente expostos em suas minúcias.

3 A PROTEÇÃO A DIGNIDADE SEXUAL SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO PENAL ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 12.015/2009

O Código Penal Brasileiro no Capítulo I, do Título VI, da Parte Especial, dispõe acerca dos crimes sexuais, estes que primam pela proteção da liberdade sexual. Tal bem é protegido pela Carta Magna, como um dos direitos fundamentais (direito a Liberdade), inerentes a pessoa humana, esta mesma proteção é detectada em legislações internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A liberdade sexual é uma espécie, do gênero Direito a Liberdade, e se baseia na capacidade das pessoas em consentir e dispor, volitivamente, do seu próprio corpo. Nesse contexto, verifica-se que tal direito está atrelado à dignidade da pessoa humana, portanto, qualquer agressão, ao bem jurídico em questão, deverá sofrer reprimenda, no âmbito penal, como se verifica no Título VI, da Parte Especial do Código Penal Pátrio.

O direito penal sexual, é um ramo do direito que evoluiu com o decorrer dos tempos, como visto anteriormente, isto se verifica através das modificações nas legislações pertinentes, porém, mesmo com o advento da Lei 12.015/2009, faz-se necessária uma abordagem genérica, das condutas tipificadas na redação anterior, possibilitando a compreensão histórica, cultural e evolutiva da sociedade e da própria legislação.

3.1 Análise dos Crimes contra Liberdade Sexual no Código Penal

O Código Penal em seu Título VI, antes da reforma promovida pela Lei 12.015/2009, discorria acerca "Dos Crimes contra os Costumes", vocábulo este referente aos hábitos sexuais aprovados pela moral social, por intermédio de comportamentos respeitados pelo homem médio, ou seja, diz respeito a ética sexual seguida por uma sociedade, levando-se em consideração o contexto sócio-cultural vivido por esta.

O legislador propunha-se, portanto, a tutelar os costumes, levando-se em consideração o comportamento médio da sociedade, no que concerne à ética sexual (ESTEFAM, 2009, p. 16). Determinando para tanto que dado comportamento sexual fosse seguido, evitando-se com isso que algumas práticas fossem tidas como reprováveis, moralmente. Como expõe Estefam (2009, p. 16):

Cuidava-se de noção impregnada de moralismos, e, dado o contorno que possuíam os crimes contidos neste Título, em sua redação original, transmitida a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual.

Diante de tal exposição conceitual, mostra-se evidente a valoração da moral ante o verdadeiro bem juridicamente protegido pela legislação penal em evidência, pois ao se analisar os artigos do Título VI da Parte Especial do Código Penal, percebe-se que estes tutelam de maneira genérica a dignidade sexual do indivíduo (baseada na proteção a dignidade da pessoa humana), e de forma mais específica há a proteção da liberdade sexual (que é a liberdade que cada pessoa possui, de dispor, o seu corpo para os prazeres próprios ou de outrem).

Esta concepção de respeito (proteção) à dignidade da pessoa humana (refletida no direito penal sexual, pela dignidade sexual) adveio através da promulgação da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, passando a ser um dos direitos constitucionais tutelados pelo Código Penal, inclusive pelo Título VI da Parte Especial (ESTEFAM, 2009, p. 16 e 17).

O jurista Hungria (*apud* GRECO, R., 2009, p. 463) em consonância com o contexto cultural da época em que vivia, pensava de forma diversa da anteriormente exposta, como se observa em seus dizeres:

O vocábulo 'costumes' é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais. (grifos do autor).

Evidenciam-se em tais dizeres, os costumes como sendo o bem juridicamente protegido pelos artigos contidos no Título VI da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, tornando-o, desta forma, um bem mais relevante do que a dignidade

humana, que no caso dos crimes sexuais, restringe-se a dignidade sexual do indivíduo.

Mas deve-se considerar que Hungria é um jurista que analisa o direito penal sexual de acordo com a época em que a sexualidade era vista de forma mais conservadora e recatada, portanto, do ponto de vista dele, deve prevalecer a moral social, imposta pelos costumes, sobre a dignidade sexual, que não estava em evidência a época da elaboração da antiga redação do Código Penal, no âmbito do direito penal sexual.

Os Crimes contra Liberdade Sexual estavam dispostos do artigo 213 ao 216-A do CPB, tais artigos tipificavam as condutas de estupro (artigo 213); Atentado Violento ao Pudor (artigo 214); Posse Sexual Mediante Fraude (artigo 215); Atentado ao Pudor Mediante Fraude (artigo 216) e Assédio Sexual (artigo 216-A).

Neste trabalho, serão abordados de maneira mais aprofundada, apenas os dois primeiro tipos penais, quais sejam o crime de *estupro* e o crime de *atentado violento ao pudor*. Tendo em vista, que são eles os crimes de maior relevância, social e maior gravidade (tendo como base, a pena aplicada, que é bem superior aos demais tipos do mesmo Capítulo), assim como, por serem crimes mais comuns (quanto à frequência que ocorrem) e mais degradantes física e psicologicamente, para as vítimas.

3.1.1 *Análise do tipo de Estupro e suas especificidades antes da Lei 12.015/2009*

O crime de Estupro, dentre os crimes sexuais que estão previsto na Legislação Penal Pátria, é visto como um dos mais graves desde a antiga redação, uma vez que tipifica a relação sexual mediante o emprego da violência ou grave ameaça, senão veja-se: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – **reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos**”. (grifos nossos).

A conduta especificada no tipo em questão, levava em consideração o fato de violentar uma *mulher*, forçando esta a conjunção carnal (ato de penetração do pênis na vagina), sem que haja o consentimento da mesma para a prática do ato.

Neste contexto, demonstra-se o quão relevante é o amparo legal em caso de violação da liberdade sexual, da mulher, diante da ação de violência ou de grave ameaça, praticada pelo sujeito ativo, que ceifa daquela a liberdade de consentir para a prática da conjunção carnal.

O tipo discriminado no artigo 213 do Código Penal, definido com a redação *supracitada*, é composto por alguns elementos essenciais para a existência do crime, são eles a conduta de *constranger a mulher*; com a finalidade de com esta praticar *conjunção carnal*; utilizando o emprego de *violência ou grave ameaça* para alcançar o fim específico, anteriormente citado.

Diante disto, verifica-se que o estupro é uma modalidade especial de Constrangimento Ilegal, visto que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, aplicado neste caso, com o sentido de obrigar, coagir, forçar a vítima a praticar o ato sexual. Isto é, no crime de estupro somente a mulher era constrangida ilegalmente, sendo forçada a praticar conjunção carnal, privando-a, desta forma, de sua liberdade sexual, devendo tal constrangimento ter como fim especial a almejada relação sexual (GRECO, R., 2009).

A figura típica do artigo 213 do Código Penal Brasileiro deixava evidente em sua redação a existência de dois sujeitos determinados, sendo o homem identificado como sujeito ativo, que é aquele que pratica a ação, *conjunção carnal*, isto se dar, devido ao fato de esta ser entendida, somente, como a relação sexual através de cópula vagínica, que somente poderá ocorrer através de relações heterossexuais, por se fazer necessário a introdução do pênis do homem na vagina da mulher. E a mulher era identificada como único sujeito passivo

Para que tal figura típica se configure, faz-se necessário que o agente ativo, atue utilizando-se de violência ou grave ameaça. Quando se refere à violência o tipo diz respeito a *vis corporalis, vis absoluta*, isto é, faz-se necessário a utilização de força física para obtenção do fim almejado, qual seja a conjunção carnal. No tocante a grave ameaça, ou *vis compulsiva*, se expressa através da violência psicológica, com o intuito de causar na vítima algum temor. Portanto, a ameaça sofrida pelo sujeito passivo deve ser séria, de forma que quem a sofre venha a temer aquele que a fez.

Quanto à possibilidade de tentativa de estupro, será possível, visto que estar-se diante de um crime plurissubsistente, ou seja, as ações praticadas podem ser

compassadas (divididas), e desta forma podem ser interrompidas, desde que iniciada execução, por circunstâncias externas a vontade do agente.

Vale ressaltar que o crime de estupro tem como elemento subjetivo, intenção do sujeito ativo, o dolo, não sendo cabível a modalidade culposa, por falta de disposição legal.

O delito de estupro possui algumas peculiaridades que devem ser observadas e respeitadas, evitando que alguns sujeitos sejam punidos indevidamente, como no caso de haver o consentimento da vítima, afastando, assim, a possibilidade de existência de imputação do crime, tendo em vista que não houve violação a liberdade ou a dignidade sexual do sujeito passivo.

O mesmo ocorre no caso de erro do agente quanto ao dissenso da vítima, isto é, quando a negativa para a prática do ato sexual se baseia apenas em um “jogo de sedução”, nesta situação, incorreria o agente em erro de tipo, afastando o dolo e consequentemente a tipicidade do fato, porém, este é um posicionamento doutrinário, que não deve ser considerado como absoluto, veja-se o exemplo dado por Greco, R. (2009, p. 472):

Assim, imagine-se a hipótese em que o casal, depois de ficar junto num bar, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. A maneira com que a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada, insistindo na negativa durante um bom tempo. O homem, entendendo a negativa como parte de um “jogo”, retira ele próprio, de forma violenta, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal.

No exemplo acima, em consonância com o entendimento doutrinário em questão, verifica-se que o agente se enganou com o comportamento da vítima, entendendo que ela queria ter com ele relação sexual, porém estava fazendo um “jogo”, e que para conseguir concretizar o ato, conjunção carnal, “força” os acontecimentos, até conseguir o fim almejado, que para o agente seria de bom grado para ambas as partes. Desta forma ele não poderia ser punido pelo estupro, pois não havia o dolo de agir finalisticamente, a constranger à vítima a conjunção carnal, por deduzir que esta consentiu para o ato, de forma volitiva.

Porém, não significa que atos anteriores da vítima, se condescendentes com o ato, serão sempre considerados como um “jogo de sedução”, pois em algumas

situações a mulher poderá, sim, modificar a sua vontade, como bem expõe Greco, R. (2009, p. 472 e 473):

[...] não significa que, pelo fato de ter a vítima correspondido sexualmente de alguma forma com o agente, isso lhe permitirá chegar ao ato culminante da conjunção carnal. A vítima tem o direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma cumplicidade entre eles.

No caso Mike Tyson e Desiree Washington, ocorrido em 1991, nos Estados Unidos, algumas testemunhas, que não chegaram a ser ouvidas em juízo, presenciaram a vítima entrando volitivamente na limosine do conhecido boxeador, afirmando, até mesmo os viram se abraçar e se beijar no interior do veículo. A defesa, com base nesses fatos, tentou a anulação do julgamento sob o argumento de que tais testemunhas teriam o condão de comprovar que a vítima, desde o começo, consentira no ato sexual. No entanto, rechaçando essa argumentação, o Tribunal de Apelação confirmou a condenação, sob o seguinte argumento: ' Uma crença honesta e razoável em que um membro do sexo contrário consentirá com a conduta sexual em algum momento futuro não é uma escusa para o estupro ou a conduta criminal desviada. O único consentimento válido é o consentimento que precede de maneira imediata o da conduta sexual'.

Isso demonstra à importância do consentimento do sujeito passivo no momento anterior a prática da relação sexual, pois mesmo que a mulher demonstre, anteriormente, o desejo pela prática do ato sexual, ela poderá modificar a sua vontade a qualquer tempo, antes de ocorrida a penetração, e tal negativa deve ser entendida como o *não* consentimento para o prosseguimento do ato.

Desta forma, em caso de prosseguimento do ato, sem a vontade da vítima, não haverá dúvida quanto a consumação do crime sexual de estupro, pois é o dissenso que delimita a liberdade sexual de cada indivíduo, quando esta não é respeitada, o direito penal sexual age de modo a coibir tal ação.

Portanto, fica evidente que, somente o consentimento imediatamente anterior, a conjunção carnal, é que deve prevalecer, pois ao final são estes fatos que serão relevantes para efeito de provas. Devendo ser considerado estupro quando houver negativa da vítima, neste momento oportuno (anterior ao ato), não havendo o que se falar em erro de tipo do agente, pois a vítima evidenciou sua vontade de forma negativa, antes que o ato se consumasse, não havendo motivos para se alegar que a mulher estava fazendo qualquer "jogo de sedução".

Outra peculiaridade do crime de estupro é quando se tem o marido como sujeito ativo do crime. Atualmente a doutrina considera a possibilidade de consumação do estupro quando o agente for o esposo da vítima, pois ao ponderar

os bens em questão, verifica-se que a liberdade sexual é um direito subjetivo do ser humano, se sobrepondo, assim, a um direito conjugal (o débito conjugal).

Desta forma, o marido só poderá ter com sua esposa relações sexuais, somente quando esta consentir para tanto, pois supondo-se que aquele venha a constranger a “sua mulher”, a ter com ele conjunção carnal, estará incorrendo no crime de estupro, pois a esposa não estará obrigada a cumprir suas obrigações conjugais, pois isto seria uma afronta a sua liberdade sexual, e portanto a sua dignidade como pessoa humana. Conforme entendimento de Venosa (2006, p. 151):

[...] na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e a sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Neste sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente vira sob forma indireta, ensejando a separação e o divórcio e repercutindo na obrigação alimentícia. (grifos do autor).

Neste contexto, compreende-se o débito conjugal apenas para efeitos civis, podendo dar ensejo a separação e o divórcio, e posteriormente a uma pensão alimentícia, não se podendo falar, no Direito Penal, em excludente de ilicitude do fato delituoso, pois o esposo não estar protegido pelo exercício regular de um direito, devendo a prática forçada a ter conjunção carnal, incorrer no crime de estupro, pois há uma violação a liberdade sexual da esposa, onde esta não pode dispor volitivamente para a prática do ato.

Há também a possibilidade de o agente desistir voluntariamente da prática do ato, como prever o artigo 15 do Código Penal, que seria o caso de o agente desistir, voluntariamente de prosseguir na execução do delito, devendo apenas responder pelos atos já praticados, que neste caso poderiam ser considerados como atentado violento ao pudor, se os atos praticados anteriormente, por si sós, se configurarem como ato libidinoso, mas não deve incidir em tal delito se os atos anteriores forem considerados, apenas como necessários para a consumação do ato. Como assevera Greco, R. (2009, p. 480):

Imagine-se a hipótese daquele que, depois de retirar as roupas da vítima, acaba cedendo às súplicas dela e não leva a efeito a penetração. Aqui, somente deveria responder pelos atos já praticados.

E quais seriam esses atos? Se o agente, ao dar início à execução do crime de estupro, simplesmente levou a efeito atos necessários, por exemplo, à penetração, como arrancar as calças das vítima, passando-lhes as mãos nas coxas, nas pernas, etc., não poderá responder pelo delito de atentado violento ao pudor [...]

Se pensássemos assim, estaríamos diante de um verdadeiro "presente de grego", isto é, o agente deixaria de estuprar a vítima, até mesmo com finalidade de se beneficiar do instituto da desistência voluntária, e acabaria sendo condenado por atentado violento ao pudor consumado, com uma pena idêntica à do crime de estupro. Seria, portanto, um verdadeiro contra-senso.

Portanto, nos casos em que ocorra desistência voluntária do agente, deverá ele responder somente pelos atos anteriormente praticados, desde que estes não sejam considerados como libidinosos, o que caracterizaria o delito de atentado violento ao pudor. Assim, terá o sujeito ativo, cometido apenas o crime de constrangimento ilegal, mediante o emprego de violência ou grave ameaça. Mas, nos casos em que os atos praticados pelo agente, antes da conjunção carnal se consumar, forem considerados como um ato libidinoso, diverso da conjunção carnal, a exemplo do coito anal ou quaisquer atos de felação, aí deverá responder pelo crime de atentado violento ao pudor.

Uma situação bastante polêmica, é quanto ao caso do médico que realiza exame de toque na vítima com intenção libidinoso, a exemplo do caso do médico Roger Abdelmassih, que se utilizando da condição de médico, especialistas em reprodução assistida, é suspeito de abusar de mais de 50 (cinquenta) pacientes, e está respondendo, atualmente, por todos os atos libidinosos praticados com as vítimas, que sempre se encontravam numa situação de impossibilidade de defesa, por estarem quase sempre adormecidas.

É interessante ter ciência quanto aos casos, plausíveis, de crime impossível, que podem ser alegados no delito de estupro. Tal situação será possível sempre que se estiver diante de uma *impotência coeundi*, que é a incapacidade do homem de obter ereção peniana, o que o impossibilita de praticar atos que envolvam a penetração do órgão afetado, diz ser o estupro um crime impossível, porque há uma impossibilidade total de ter ereção, o que impede a existência do delito. Mas não se pode confundir a *impotência coeundi*, com a *impotência generandi*, que é aquela que torna o homem estéril, ou seja, incapaz de procriar (GRECO, R., 2009, p. 483).

Assim, após a explicação acerca do delito de estupro, deve-se fazer uma abordagem sobre o crime de atentado violento ao pudor, figura típica que foi excluída pela Lei n.º 12.015, e que teve o seu conceito unido ao daquele, fazendo surgir uma figura típica mais abrangente, porém na legislação revogada era de grande relevância jurídica, merecendo neste trabalho uma breve explanação.

3.1.2 Análise do tipo de atentado violento ao pudor e suas especificidades antes da Lei 12.015/2009

Dos crimes que atentam contra a liberdade sexual, o atentado violento ao pudor se encontrava entre os de mais destaque, tendo em vista as condutas que podem ser realizadas, com o fim de consumir o delito. Este crime em muito se assemelhava ao estupro, apenas se distanciando quanto aos sujeitos e a diversidade das condutas que incidiam na figura típica.

O delito em questão, demonstra sua relevância sócio-cultural, através do bem juridicamente protegido pela legislação penal, que é a liberdade sexual, de forma restrita, e de forma geral a *dignidade sexual*, devendo desta forma, proteger as pessoas de qualquer ato que venha a atentar a vontade, consciente de praticar atos libidinosos, diversos da conjunção carnal; e a punir todo aquele que desrespeite tais atos de vontade da vítima. A gravidade da conduta fica evidenciada no preceito secundário (*pena*) do artigo 214 do Código Penal, que é de reclusão e poderá variar de seis a dez anos, o que demonstra certa severidade punitiva para os sujeitos ativos.

O crime de atentado violento ao pudor encontram-se tipificado no artigo 214 do Código Penal Brasileiro, e apresentava a seguinte redação:

Atentado violento ao pudor

Art.214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Na figura típica, acima exposta, há a presença do *verbo constranger*, como núcleo do tipo, desta forma o atentado violento ao pudor, era tido como uma

modalidade especial de constrangimento ilegal fazia-se necessário, também, a existência de um fim específico na conduta em questão, qual seja a satisfação da libido do agente, através da prática de atos libidinosos, que sejam diversos da conjunção carnal.

Outro elemento existente no tipo é a utilização de *violência ou grave ameaça* como meio de alcançar o fim almejado, obrigando a vítima a praticar ou a permitir que com ela se pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Quanto à grave ameaça, ou *vis compulsiva*, entende-se como aquela que poderia se dirigir diretamente a vítima; ou a atingir indiretamente, por se dirigir a coisas ou pessoas que lhe são próximas ou estimáveis, com capacidade de produzir efeitos psicológicos, passando a vítima a ficar temerosa, quanto ao agente.

No tocante, a classificação do delito em comento era um crime comum tanto para o sujeito ativo como para o sujeito passivo, pois podia ser praticado por qualquer pessoa, sem se fazer necessário a presença de determinada qualidade ou condição especial, pois o texto legal deixava evidente a intenção de a figura típica abarcar qualquer pessoa, quando utilizava a expressão, *constranger alguém*. Era um crime que tinha como elemento subjetivo somente o dolo, pois não previa a possibilidade da modalidade culposa.

O crime de atentado violento ao pudor consuma-se instantaneamente, ou seja, no momento que se pratica qualquer ato qualificado como libidinoso, que seja diverso da conjunção carnal, desde que o agente tenha constrangido a vítima, por intermédio de violência ou grave ameaça, há a consumação do delito. A tentativa é possível por ser o crime plurissubsistente, permitindo a divisão do *inter criminis*.

Portanto, a conduta delituosa de atentado violento ao pudor, baseava-se no ato de constranger alguém através de violência ou grave ameaça, a praticar, ou a permitir que com ela se pratique um ato libidinoso, que se qualificasse como diversamente da conjunção carnal. Porém, tal figura típica não mais persiste após a alteração realizada pela Lei n.º 12.015/2009, que coaduna as figuras do estupro com a do atentado violento ao pudor e transformou em uma só figura típica, estupro.

3.2 A Presunção de Violência

A presunção é parte de um processo do intelecto humano, através do qual o conhecimento de um fato deduz-se como uma provável existência de um outro, ou o estado de uma pessoa ou coisa (DINAMARCO, 2000). Desta forma poder-se-ia presumir a violência nos crimes sexuais sempre que o ato sexual fosse praticado com menores de 14 (catorze) anos, com pessoa alienada ou débil mental, ou quando por uma causa diversa o ofendido não puder oferecer resistência, pois estaríamos diante de um estado da pessoa, onde haveria a probabilidade de que estas não possuam consciência do ato que praticam. Como assevera Dinamarco (2000):

A experiência pessoal do homem e a cultura dos povos mostram que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de certos fatos e a de outros, o que permite formular juízos probabilísticos sempre que se tenha conhecimento daqueles. Daí por que o homem presume, apoiado na observação daquilo que ordinariamente acontece. O momento inicial desse processo psicológico é o conhecimento de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado, é a aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto.

Diante do exposto, percebe-se que a presunção da violência, nada mais é que uma proteção aquelas pessoas que se encontram em uma condição desfavorável para total compreensão dos atos que praticam, esta conclusão adveio através dos costumes, da história e até da própria religião, que são os formadores de pensamento da sociedade em que aquelas vivem.

Por este motivo, presume-se que as pessoas anteriormente citadas, não são capazes de discernir acerca dos atos sexuais que venham a praticar, por não possuírem desenvolvimento psicológico pleno, mesmo que tenham demonstrado alguma maturidade sexual (MIRABETE, 2001, p. 445).

Portanto no caso do menor de 14 (catorze) anos ele não poderá consentir validamente, quanto à prática de atos sexuais, por desconhecer estes, assim como desconhece as suas conseqüências (*innocentia consilii*), devendo o seu assentimento para tanto ser, absolutamente, nulo (MIRABETE, 2001, p. 446). Porém, ai se analisar a presunção de violência nos crimes sexuais desta maneira, subtende-se que ela é de natureza absoluta, não se admitindo prova em contrário.

As Disposições Gerais trazidas pelo Capítulo IV, dos Crimes Contra os Costumes (Título VI da Parte Especial do Código Penal), em seu artigo 224 refere-

se à *Presunção de Violência*, ou *violência ficta*, esta como o próprio nome sugere, é uma violência presumida, não se fazendo necessário que ela realmente se concretize, para que o delito venha a se consumar.

Nos dizeres de Dinamarco (2000) a ficção trazida pelo texto legal nada mais é que: “assumir a ocorrência de um fato ou existência de uma situação, prescindindo-se da efetiva aderência desses juízos à verdade real. Fingir é, como dito, fazer de conta”. Isto é, nos casos que envolvem a violência ficta, ou presumida, não se faz necessário a real existência de um ato forçado, violência real, basta apenas que a relação sexual ocorra com menores de 14 (catorze) anos, com pessoa alienada ou débil mental, ou aquelas que por uma causa diversa não possa oferecer resistência.

Por se remeter a violência, o artigo 224 era aplicado somente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Diz o artigo, *supracitado*, que:

Presunção de violência

Art.224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de 14 (quatorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Por intermédio da análise do texto legal, percebe-se que haverá uma presunção de violência, nos casos de estupro ou de atentado violento ao pudor, se as vítimas encontrarem-se em qualquer das condições expostas nas *alíneas* do artigo 224.

Isto significa que, mesmo nos casos em que a *vítima consentir* para a prática de atos que se qualifique como libidinoso, seja ou não a conjunção carnal, se ela for menor de 14 (quatorze) anos, alienada ou débil mental (e o agente tinha ciência disto) ou não pudesse oferecer resistência, por qualquer outra causa que não as anteriormente citadas, deverá o agente responder pelos crimes sexuais, pois supõe-se que a violência, presumidamente, ocorreu. Desta maneira, qualquer pessoa que se adéque as condições trazidas neste artigo, não possuem capacidade para consentir.

Nos dizeres de Greco, R. (2009, p. 549), presume-se a violência:

O Código Penal, tratando-se de vítima menor de 14 anos, ou que seja alienada ou débil mental, ou que não possa oferecer resistência, despreza o seu *consentimento* para o ato sexual, uma vez que entende que, em virtude de sua particular condição, não possui a necessária *capacidade para*

consentir, seja por não ter maturidade suficiente para entender as coisas do sexo, ou mesmo por não compreender o ato que pratica. (grifos do autor).

O legislador ao prever a presunção de violência para as pessoas com tais qualidades, certamente julgou que elas não teriam capacidade plena ou parcial de consentir para a prática de atos sexuais, por não possuírem maturidade suficiente para saber o que estão fazendo, ou por não compreender tais atos, por este motivo se mostra tão essencial a proteção a estas vítimas. Portanto tal presunção visa à proteção da *indenidade sexual*, termo esclarecido por Jiménes (*apud* GRECO, R., 2009, p. 550):

Indenidade sexual é um conceito que se utiliza para abarcar as hipóteses nas quais a vítima não goza de liberdade sexual, seja momentânea, seja por um espaço de tempo mais ou menos permanente. A pessoa adulta que, por qualquer causa, se haja privada de sentido, uma criança de nove anos ou um sujeito que sofre qualquer tipo de transtorno psíquico, nenhum deles pode em um momento determinado dispor sobre sua liberdade sexual. E se alguém mantivesse relações desta índole com a pessoa que se encontra na situação, atacaria sua indenidade sexual. **E se entende por tal o direito que todo ser humano tem a manter incólume sua dignidade humana frente a consideração de seu corpo como mero objeto de desejo sexual.** Desta forma, a indenidade sexual está intimamente relacionada com a dignidade humana e com o livre desenvolvimento da personalidade. A dignidade humana se reflexa na auréola de respeito que todo ser humano merece pelo mero fato de ter nascido, e que impede que seja considerado como um objeto, como uma coisa, neste caso, como um mero instrumento dos instintos sexuais do outro. (grifos nosso).

Portanto, a presunção de violência, a partir de suas causas, explícitas nas *alíneas*, do artigo 224, do Código Penal, visa proteger as possíveis vítimas, devido as suas limitações, sejam elas permanentes ou temporárias, de agressões à indenidade sexual, buscando desta forma, a preservação da dignidade humana, restringindo, porém a sua liberdade sexual.

As vítimas são impostas três condições, para que se adéquem a determinação legal, são elas: ser a vítima menor de catorze anos; alienada ou débil mental (devendo o agente ter ciência de tais circunstâncias); e se por qualquer outra causa, a vítima não venha a oferecer resistência.

Nos casos em que a vítima for não maior de catorze anos, a proteção se dá devido ao fato de se presumir que não apresentam maturidade suficiente, em consequência da idade que possuem, sendo por este motivo, transformadas em

presas fáceis para qualquer agente que deseje praticar com elas atos sexuais (GRECO R., 2009, p. 550).

Como meio esclarecedor, dos motivos para salvaguardar tais sujeitos, o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, dispõe que:

Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, nos casos dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa incidência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre se se prestar à lascívia de outrem. Estendendo a presunção de violência aos casos em que o sujeito passivo é alienado ou débil mental, o projeto obedece ao raciocínio de que, também aqui, há ausência de consentimento válido, e *ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*.(grifos do autor).

Diante dos motivos elencados pelo legislador para determinar os menores de catorze anos como vítimas nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, por presunção de violência, isto é, mesmo nos casos em que haja consentimento da vítima, e a violência real inexistir, em detrimento da idade que apresentam, a violência será ficta, e, portanto, presumida. Tais motivos se fundamentam no fato de considerá-los como imaturos para assuntos sexuais e para a efetiva prática de atos sexuais, desta forma terão os menores de catorze anos, sua liberdade sexual restrita legalmente, através da presunção de violência, imposta pelo artigo 224 do Código Penal.

Mas, deve-se observar que na época em que a Exposição dos Motivos da Parte Especial foram redigidos, já havia uma conscientização, de que os conhecimentos acerca da sexualidade encontravam em expansão, ou seja, pessoas cada vez mais jovens, tinham ciência dos atos sexuais, e por este motivo houve uma redução da idade para que se pudesse presumir a violência, que antes era de 16 (dezesesseis) anos e passou a ser de 14 (catorze), por julgar que aqueles já teriam plenas condições de compreender tais condutas.

Ainda no tocante aos esclarecimentos acima expostos, verifica-se que a presunção de violência só perdurará até a vítima completar os catorze anos completos, não havendo mais do que se falar em violência presumida após isto, pois

o direito penal passará a reconhecer a sua capacidade de consentir para a prática de atos sexuais.

Um ponto controverso quanto às vítimas menores de catorze anos, é acerca de a presunção de violência ser *absoluta* ou *relativa*, inicialmente o entendimento que prevalecia era de ser absoluta, *iuris et de jure*, neste caso não se admitiria prova em contrário, porém em detrimento da evolução sócio-cultural a generalização das vítimas, quanto a imaturidade e a falta de capacidade para consentir, por falta de ciência do que são os atos sexuais, seria um ato imprudente, tendo em vista que muitos adolescentes com seus 12 (doze) ou 13 (treze) anos já compreendem o que são os atos sexuais, e muitos já o praticaram, desta forma tornar a presunção absoluta poderia ser inviável em algumas situações.

Mas atualmente, a doutrina majoritária, a exemplo de Greco, R., assim como os Tribunais Superiores, tem entendido a presunção de violência como *relativa*, admitindo-se prova em contrário, o que possibilita a análise do caso concreto, permitindo uma análise mais aprofundada de cada caso, o que dar mais garantias para o agente que, supostamente, tenha praticado o delito. Conforme se verifica nas ementas abaixo, citadas por Greco, R. (2009, p. 551), que assim são elencadas:

Recurso especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência presumida.

1. É relativa a presunção de violência contida na alínea 'a' do art. 224 do Código Penal.
2. Recurso conhecido e improvido. STF (REsp. 206658/SC; Recurso Especial 1999/0020268-6, 6ª Turma, publicado no *DJ* em 10/3/2003, Relatos Ministro Vicente Leal).

Estupro – Configuração – Violência presumida – Idade da vítima – Natureza. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça – art. 213 do Código Penal. A presunção desta última, por se a vítima menor de 14 anos, é relativa. (*HC* 73662/MG; 2ª Turma, publicado no *DJ* em 20/9/1996, Relator Ministro Marco Aurélio).

A aplicação da presunção relativa de violência, nos crimes sexuais violentos, enfatiza outro ponto relevante, qual seja a alegação, por parte do agente, do *erro de tipo*, tendo este o fim de afastar a existência da violência ficta no ato sexual praticado com menor de 14 (catorze) anos de idade. Como pode-se verificar no exemplo dado por Greco, R. (2009, p. 552):

Como se sabe, há pessoas que demonstram ter uma idade muito superior àquela que efetivamente possuem, e isso não deixa de acontecer também

com pessoas que ainda não atingiram a plena capacidade. Pode ocorrer, por exemplo, que uma menina de 12 anos de idade, em razão de seu corpo avantajado e de outros fatores (roupas, maquiagem, etc.), aparente ter, pelo menos, 16 ou 18 anos de idade. Assim, o agente, imaginando que a vítima tinha, pelo menos, 16 anos de idade, manteve com ela conjunção carnal. Nesse caso, poderia se alegado o erro de tipo, afastando-se a presunção de violência e, conseqüentemente, o delito de estupro, uma vez que a vítima havia consentido o ato sexual.

Nos casos em que se estiver diante do erro de tipo (*erro* quanto a idade, exteriormente aparentada, da vítima), não se pode dizer que há consciência do agente quanto à prática do delito sexual, visto que este supõe que a vítima possui condições plenas de consentir e conseqüentemente de realizar o ato sexual, desde que volitivamente.

Ainda quanto as qualidades necessárias das vítimas, para que o ato se enquadre como violência presumida (*ficta*), tem-se a vítima alienada ou débil mental, se fazendo necessária a ciência do agente quanto a tal circunstância. Neste caso evidencia-se novamente a intenção do legislador de proteger tais pessoas, devido as condições em que se encontram (alienadas ou com debilidade mental), não sendo, portanto, capazes de consentir validamente para a prática do ato sexual.

Maranhão (*apud* GRECO, R., 2009, p. 552) delinea as distinções existentes entre alienação e debilidade mental, ao expor que:

O débil mental é aquele cujo potencial de inteligência está abaixo da média. Até há pouco, os infranormais (oligofrênicos) eram classificados de acordo com o *coeficiente de inteligência* (QI). Quando a relação entre a idade mental (IM) e a idade cronológica (IC) até o limite de 14 anos em base centesimal era inferior a 60, considerava-se a pessoa infranormal. Modernamente esse conceito vai sendo substituído por outros de melhor base matemática: percentil 25. Isto significa que essas pessoas resolvem os problemas usuais como somente 20% das de sua idade o fazem, quando se situam abaixo da média (percentil 50). Podem adotar os *conceitos clássicos*:

- débil mental QI 65 a 40;
- idiota QI 40 a 20; e
- imbecil QI abaixo de 20.

[...]

Se a vítima não tinha condições de inteligência para compreender a situação sexual proposta pelo agente ou não podia se determinar de acordo com esse entendimento, as condições para configurar a violência (*ficta*) estão satisfeitas.

Da mesma forma, a expressão *alienada* tem uma conceituação própria. Significa perturbação mental que compromete as funções psíquicas superiores. Nessas condições, tanto o entendimento como a determinação estão totalmente comprometidos. Não há, aqui, por que se cogitar a configuração de processo psicótico (progressivo e irreversível) ou surtopsicótico (transitório e recidivante) ou episódio psicótico (transitório e não recidivante). É necessário verificar que a perturbação era efetivamente

vigente ao tempo dos fatos, pois a evolução por surtos comportava intervalos lúcidos e o episódio tanto pode ser posterior como anterior ou concomitante. Provada a vigência de perturbação mental de qualquer natureza ao tempo dos eventos, a exigência legal está satisfeita. (grifos do autor).

Os termos determinados por Maranhão são bem específicos e determinantes para designar as pessoas alienadas ou débeis mentais, porém se faz necessário uma análise psíquica das mesmas para que elas possam assim serem qualificadas. Diante de tal exposição conceitual, verificamos que o estado de alienação poderá ser transitório, devendo, portanto, a vítima se encontrar perturbada mentalmente, no momento que o ato sexual for realizado, não podendo estar lúcida. Quanto a debilidade mental, ela se determina a partir da verificação do *coeficiente de inteligência*, o popularmente conhecido QI.

O estado de alienação ou de debilidade mental, não quer dizer, necessariamente, que a pessoa está incapacitada de manter uma vida sexual normal, tal incapacidade somente ocorrerá, na hipótese de a pessoa alienada ou débil mental, não possuir capacidade de compreender o comportamento sexual, dela própria e do agente.

A proteção as pessoas que se encontram nesse estado psíquico, tem o fito de salvaguardar a indenidade sexual das vítimas, não gozando estas de sua liberdade sexual, em nenhuma hipótese fática, só havendo a possibilidade de tal liberdade ser respeitada, se cessada a alienação ou a debilidade mental.

Acerca da proteção a indenidade sexual Greco, R. (2009, p. 553) observa que:

A lei não teve a intenção de proibir que os alienados ou débeis mentais se relacionassem sexualmente. Seria, indiretamente, uma espécie de punição indevida do Estado. O que se procura é resguardar a indenidade sexual daqueles que são incapazes de expressar o seu consentimento, por não entenderem, efetivamente o ato que praticam. Busca-se, mediante a aludida presunção de violência, evitar que os alienados e débeis mentais sejam tratados como se fossem simples objeto de satisfação dos desejos sexuais de alguém, sem que possam se defender, justamente por não compreenderem o que fazem.

Vale ressaltar que há a necessidade do conhecimento do agente da condição da vítima, quanto ao estado de alienação ou debilidade mental desta, devendo, portanto, ter ciência da incapacidade de discernir sobre assuntos sexuais.

Isso se dá devido ao fato de que, o que se proíbe é a prática de atos sexuais com quem não compreende os atos que pratica, portanto, se a pessoa, alienada ou débil mental, tiver consciência e compreender a atividade sexual, não há o que se questionar a legalidade do ato, desde que se adote a presunção como relativa, admitindo-se a possibilidade de interposição de prova em contrário.

Por fim, a última qualidade plausível para que um agente cometa o crime em que se presume a violência do mesmo, é quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer alguma resistência.

Neste diapasão, o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, justifica a proteção as pessoas que se encontram impossibilitadas de oferecer resistência, alegando que:

[...] se a incapacidade de consentimento faz presumir a violência, com a maioria de razão deve ter o mesmo efeito o estado de inconsciência da vítima ou sua incapacidade de resistência, seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidades, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).

A explanação dos motivos que levaram o legislador a proteger as pessoas que se encontram em tal situação se mostra condizente com a realidade, pois muitos agentes utilizam-se da condição em que se encontra a vítima, ou seja, sem condições de oferecer qualquer resistência, para com ela praticar atos sexuais, que serão presumidamente violentos, por inexistir o consentimento da vítima, que se encontra impossibilitada de oferecer resistência, não podendo se valer da sua vontade real, para a prática do ato sexual.

Uma situação que se enquadra como violência ficta, é aquela que o médico, se valendo da condição em que se encontra a paciente, muitas vezes desacordada, ou anestesiada, não podendo oferecer qualquer resistência a não realização do ato sexual, até porque, em alguns casos a vítima não terá nem como ter conhecimento que o ato efetivamente ocorreu, como na hipótese de está desacordada. Outro exemplo que demonstra a possibilidade de ocorrência de tal crime é o citado por Greco, R. (2009, p. 554):

[...] uma pessoa em estado de coma engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida, mesmo que vegetal; ou ainda daquele cirurgião plástico que,

depois de anestesiar suas pacientes, fazendo-as dormir, tinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de ministrar-lhes algum sedativo.

[...]

Poderão ser reconhecidos, também, como hipóteses em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade temporária ou definitiva, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégico, etc.

[...]

Também há os casos em que o agente, por exemplo, almejando ter relações sexuais com a vítima, faz com que esta se coloque em estado de embriaguez completa, ficando, conseqüentemente, à sua disposição para o ato sexual. Se a embriaguez for parcial, podendo a vítima de alguma forma dissentir com relação à prática do ato sexual, não haverá violência ficta.

Por intermédio dos exemplos dados, percebe-se o porquê, de se proteger as pessoas que se encontram impossibilitadas de oferecer resistência, para ocorrência do ato sexual, por este motivo considera-se que há violência ficta, isto é, presume-se que o ato foi praticado com a utilização de violência.

Desta forma, assim como nas outras espécies de presunção de violência, há o intuito de proteger a indenidade sexual da vítima, visto que esta se encontra impossibilitada de expor as suas vontades.

Destarte, com vigência da Lei n.º 12.015/2009, o Direito Penal sexual, sofreu significativas modificações, dentre elas a criação do tipo penal autônomo, estupro de vulnerável, delito este que suscita o estado de vulnerabilidade em que a vítima se encontra, admitindo como vulneráveis os sujeitos passivos do delito.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A DISCUSSÃO ACERCA DO CARÁTER ABSOLUTO DA VULNERABILIDADE

Com o intuito de promover as adaptações necessárias da atual conjuntura social a Lei n.º 12.015/2009, realizaram algumas alterações no Direito Penal sexual, e uma delas foi à criação de um novo tipo penal para disciplinar as situações que envolvam pessoas tidas como vulneráveis, ou seja, os menores de 14 (catorze) anos, os que possuem alguma deficiência ou enfermidade mental (permanente ou provisória), ou aquelas que, por qualquer outra causa, se encontrem incapazes de oferecer resistência.

Neste trabalho, o foco é direcionado, especificamente, para os atos que se enquadram na conduta delituosa de estupro de vulnerável, que compila duas situações que se mostram bastante relevantes para o Direito Penal sexual, são elas o delito de estupro, e a proteção a pessoas que se mostrem incapazes de consentir para a prática de atos sexuais, por se julgar, não possuírem discernimento suficiente para tanto.

Porém, há uma controvérsia, no tipo em questão, que merece atenção, esta se baseia no fato de generalizar a vulnerabilidade para todas as pessoas que se enquadram em um desses fatores (ou condições), acima expostos, considerando-as como tal, independentemente da análise do caso concreto.

4.1 Aspectos gerais do crime de estupro de vulnerável

Conforme apresentado, o Código Penal de 1940 trazia em seu texto, no artigo 224, a presunção de violência nos crimes sexuais, desde que atendidas algumas condições, predispostas no mesmo dispositivo legal. Porém, com a evolução sócio-cultural da sociedade contemporânea, iniciou-se a partir da década de 80 (oitenta) nos Tribunais Superiores, alguns questionamentos acerca da presunção de violência prevista, se seria relativa ou absoluta (GRECO, R., 2009, p. 63).

Tais Tribunais passaram a entender que em detrimento das modificações sociais ocorridas, no final do século XX e início do século XXI, não mais se podia

dispor e analisar tais situações, presumindo-se absolutamente que os menores de 14 (catorze) anos mereciam a mesma proteção que aqueles que viviam a época da edição do Código Penal de 1940, por não se situarem em um mesmo contexto sócio-cultural (GRECO, R., 2009, p. 64). Contrariamente aos menores, protegidos pela legislação penal de 1940, os que são tutelados pela nova redação, estão em constante atualização (educacional, cultural, e até sexual), em decorrência das novas tecnologias, facilitando e ampliando cada vez mais o conhecimento acerca dos mais variados assuntos, inclusive sobre a sexualidade humana e o sexo, em si.

Entretanto, os posicionamentos jurisprudenciais e os doutrinários não eram, como um todo compatíveis, pois havia aqueles que não concordavam com a relativização da presunção da violência, que eventualmente foi adotada pelos Tribunais, nos dizeres de Greco, R. (2009, p. 64):

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. (grifos do autor).

Alguns doutrinadores julgavam o entendimento jurisprudencial como sendo *contra legem*, pelo fato de que a lei deixava clara a natureza absoluta da presunção da violência, visto que tal norma tinha o intuito de proteger pessoas que se encontravam em desenvolvimento, ou nos demais casos, pessoas que não se encontravam em condições de discernir sobre a natureza do ato, e que por estes motivos não poderiam consentir validamente, independente da vida pregressa ou desregrada que viviam.

Tendo em vista tais divergências, surge a Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, que deu origem a um novo Capítulo II, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, que disciplina os crimes sexuais contra vulnerável, que auxiliou, mas não expurgou a dúvida quanto a abrangência da norma (se relativa ou absoluta), porém não mais quanto a presunção de violência, e sim quanto a vulnerabilidade dos sujeitos passivos.

A nova redação dada pela Lei n.º 12.015/2009, criou um tipo penal autônomo em seu artigo 217-A, qual seja o delito estupro de vulnerável, com o fito de identificar uma situação de vulnerabilidade em que a vítima se encontra, devendo esta estar

diante de algumas das condições elencadas no §1º, assim como no *caput* do artigo em comento, este que assevera que:

Estupro de vulnerável

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

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

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

Tal descrição legal, não deixou evidente a extensão dessa vulnerabilidade, isto é, se ela será aplicada, indistintamente, a todos os que se enquadram nas condições determinadas, ou se haverá a possibilidade analisar o caso em si, antes de imputá-lo como crime, valendo-se da premissa que o consentimento da vítima poderá, em algumas situações, ser válido, mesmo que a vítima seja tida como vulnerável.

O artigo apenas explicita a conduta reconhecida como delituosa, ter com menor de 14 (catorze) anos, conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, tal ação se estende aos que possuem deficiência mental ou outra enfermidade, e aqueles que por uma causa diversa não podem oferecer resistência. Mas em nenhum momento especifica, expressa ou tacitamente, se há a possibilidade de se analisar o caso concreto, ou se todos que se encontram nestas condições estão tutelados por tal imposição legal, mesmo nas situações em que se possa demonstrar que a vítima possui discernimento acerca do ato sexual e, portanto, capacidade para consentir.

O que se percebe é que o intuito do legislador foi à proteção àqueles que não são capazes de assentir, de forma consciente, para a prática do ato sexual, ou de qualquer outro que a ele se equipare. Por este motivo, quanto à proteção ao bem juridicamente protegido, Estefam (2009, p. 64) afirma que:

A proteção penal volta-se a liberdade sexual e ao pleno desenvolvimento das pessoas vulneráveis, ou seja, aqueles que, em face de alguma condição pessoal (transitória ou perene), não dispõem de forças ou de compreensão para resistir a um ataque contra sua dignidade sexual.

Quando aos menores de 14 anos, sustenta um setor doutrinário que a tutela penal também se dirige à defesa da candura, da inocência e da falta de maturidade mental no que se refere à própria sexualidade.

Por intermédio do bem, tido como relevante para o Direito Penal sexual, pode-se compreender o intuito da tutela, que se baseia na proteção da liberdade sexual daqueles que, supõem-se não possuírem capacidade para discernir sobre o ato sexual, e desta forma, são conhecidos como pessoas vulneráveis, seja pela idade, pela condição mental, ou por alguma causa que impossibilite de resistir ao ato, são portanto, pessoas indefesas por natureza ou por condição pessoal (ESTEFAM, 2009, p.58).

Para reforçar os motivos do legislador em tutelar as pessoas que se encontrem nas condições, *supracitadas*, Nucci (2009, p. 33 e 34) assevera que:

A tutela penal no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena.

[...]

Afinal as pessoas incapazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer coação física, porém teria ocorrido uma coação psicológica, diante do estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado.

O doutrinador enfatiza em seu texto a condição psicológica inferior dos menores de 14 (catorze) anos, julgando-os incapazes de consentir de forma plena, em detrimento do fato de que os atos sexuais não são tão facilmente compreendidos, necessitando para tanto de um pouco mais conhecimento empírico, ou seja, quanto maior a idade mais capaz, ele será, de entender a complexidade de tais atos.

Diante do que foi exposto, é importante frisar o fato de que, mesmo nos casos em que a "vítima", venha a assentir a prática do ato, tal consentimento não será válido, pois a vulnerabilidade retira daqueles que preenchem as condições, a capacidade de consentir validamente, quanto aos atos sexuais. Como reforça Greco, R. (2009, p. 66):

[...] esses comportamentos previstos na pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente,

que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.

Como ficou demonstrado nos dizeres do autor, mesmo que a prática do ato sexual seja consentida pelo menor de 14 (catorze) anos, não terá valor jurídico algum, pois tal consentimento será desconsiderado, frise-se, porém, que na opinião do mesmo a conduta sexual aprovada, pelo vulnerável, só poderá ser punida nos casos em que o agente conhecer a condição de menor (de catorze anos), da vítima, caso contrário não terá cometido o crime de estupro de vulnerável, o mesmo é válido para as demais condições expressas no §1º do artigo 217-A.

No caso de o sujeito ativo desconhecer essa condição da vítima, pode-se estar diante de um erro de tipo (dependendo do caso concreto), esta possibilidade será comentada posteriormente.

Vale ressaltar, que o tipo não engloba somente os menores de 14 (catorze) anos, inclui, também como vulneráveis aqueles que por deficiência ou enfermidade, não possuem o discernimento necessário para praticar o ato, ou aqueles que por uma causa diversa, não possam oferecer resistência.

Estas condições são mais facilmente compreendidas, e menos polêmicas, porém ainda assim, requerem atenção, principalmente devido à necessidade de se analisar o caso concreto, visto que a deficiência mental não existe em um só grau, variando de uma pessoa para outra, e por este motivo não se pode aplicar uma regra geral, o mesmo se aplica para os que apresentam alguma enfermidade. Como reforça Nucci (2009, p. 38 - 40):

Quanto à enfermidade ou deficiência mental pode-se sustentar o mesmo. Deve-se avaliar a falta de discernimento (caráter absoluto) ou o discernimento incompleto, mas existente (caráter relativo), aplicando-se conforme a situação o art. 215 ou o art. 217-A, §1.º. Em outros termos, se a vulnerabilidade é absoluta ou relativa.

[...]

Porém, o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental, incluindo-se nesse cenário o retardado, desde que consentido, entre adultos, é ponto problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muito cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relações sexuais? Alguns chegam a conviver como companheiros, em união estável. O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se una a outra, considerada normal. Dir-se-ia ter feito o tipo penal referência ao fato de o enfermo ou deficiente mental *não possuir o necessário discernimento para a prática do ato*. Em outros termos, então, a única interpretação que nos parece lógica e justa é conceber possibilidade de divisão de enfermos e

deficientes mentais nesse campo. Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhe retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa [...]

A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou de deficiência mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do art. 21 do Código Penal. (*grifos do autor*).

Nestes termos, percebe-se que é essencial no caso dos que possuem alguma deficiência mental ou enfermidade, a realização da análise de cada caso, em detrimento das diversas situações que envolvem tais pessoas, evitando desta forma que, em certos casos a liberdade sexual delas não seja suprimida indevidamente, privando-as de sua sexualidade.

Portanto, há a possibilidade, em alguns casos, de os deficientes mentais ou enfermos consentirem e/ou expressarem as suas vontades afetivas e sexuais, devido ao fato de possuírem, mesmo que com algum retardo ou deficiência, a capacidade de consentir, por terem ciência dos atos realizados.

Porém, o que faltou ao legislador foi deixar explícita a possibilidade de se fazer uma análise psíquica de tais pessoas, permitindo a estas, quando comprovada a capacidade de consentir e compreender a prática de atos sexuais, uma vida sexual ativa e equiparada a de qualquer pessoa que não possua doença mental ou enfermidade, demonstrando com isso, a necessidade de se adotar a presunção relativa de vulnerabilidade de tais sujeitos.

No tocante aqueles que são ou estão incapacitados de oferecer qualquer resistência, o que se deve examinar com atenção é o grau de vulnerabilidade, que segundo os dizeres de Nucci (2009, p. 40), pode ser relativo ou absoluto:

A incapacidade relativa permite a desclassificação da infração penal para a figura do art. 215. A incapacidade absoluta faz incidir o art. 217-A, §1.º. Nesse campo, costuma-se mencionar como exemplo a pessoa que está completamente embriagada ou sob efeito de drogas, incapaz, portanto, de oferecer resistência.

Diante da explanação, verifica-se que o grau de vulnerabilidade para os que não podem oferecer resistência, é útil, para especificar em qual conduta delituosa o agente se enquadra. Mas assim, como ocorre com os demais sujeitos tidos como vulneráveis, necessita-se de uma análise do caso concreto para se ter certeza da

verdade dos fatos, e para se definir qual tipo penal é cabível, ou se a conduta é punível. Para se determinar o quanto ou se, estas pessoas são vulneráveis, faz-se necessário compreender o que seria o termo em comento, assim como as suas peculiaridades, facilitando desta forma, o entendimento dos motivos do legislador para disciplinar tal tutela a estas pessoas.

4.1.1 Definição de vulnerabilidade, e especificidades do delito de estupro de vulnerável

Com a novel redação atribuída ao Código Penal Brasileiro, através da Lei n.º 12.015/2009, o legislador criou um tipo penal autônomo (artigo 217-A) para substituir a previsão da presunção de violência (antigo artigo 224 do Código Penal), esta inovação trouxe para o Direito Penal sexual uma nova definição para as pessoas que, anteriormente se presumia violência, conceituando-as como vítimas vulneráveis (Capítulo II – Dos Crimes contra vulnerável).

Isto posto, se alguém preenche as condições expressas no artigo 217-A da legislação penal, é porque, supõe-se, se encontrar numa situação propícia a ser vulnerada, atacada, por não ser capaz de se defender, são tidas como frágeis, são, portanto, fáceis de ser enganadas. De acordo com os dizeres de Estefam (2009, p. 58), o Brasil não é o único a utilizar este termo para definir as vítimas que se encontram em tal situação, ele assevera que: “A expressão já se encontra em outras leis penais, caso do Código Penal espanhol, para o qual a pena do crime de “agressões sexuais” será agravada quando cometido contra vítima “especialmente vulnerável””.

No tocante a classificação do delito de estupro de vulnerável, este será um crime comum, quanto ao sujeito ativo (autor da infração), podendo ser praticado por qualquer pessoa. Para o sujeito passivo (vítima) o crime é próprio, pois exige do ofendido uma condição especial, quais sejam, ser pessoa menor de 14 (catorze) anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou aqueles que por causa diversa não podem oferecer resistência (§1º).

No que concerne ao elemento subjetivo, deverá o autor do ato delituoso, agir com dolo, ou seja, deverá o agente ter a ciência de que o ato por ele praticado é em face de uma pessoa tida como vulnerável, para os termos legais. Por fim, o crime de estupro de vulnerável, se consuma através da prática do ato libidinoso ou da conjunção carnal, desde que tenha como sujeitos passivos os elencados no *caput* e no §1º do artigo 217-A, vale ressaltar que será cabível a tentativa, visto que estar-se diante de um crime plurissubsistente, pois é possível se fracionar o *inter criminis*, ou seja, quando “existe a possibilidade real de se percorrer, “passo a passo”, o caminho do crime” (GRECO, R., 2008, p. 126).

Quanto à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, menores de 14 (catorze) anos, há um detalhe importante para se frisar, pois se alterou a situação do sujeito passivo no dia do seu 14º aniversário, como assevera Cunha (2009, p. 37):

Se a vítima for violentada no dia do seu 14º aniversário não gera qualificadora, pois ainda não é **maior de 14 anos**. Também não tipifica o crime do art. 217-A, que exige vítima **menor de 14 anos**. Conclusão: se o ato sexual for praticado com violência ou grave ameaça haverá estupro simples (art. 213. *Caput*, do CP); se o ato for consentido, o fato é atípico, apurando-se a enorme falha do legislador. A alteração legislativa, nesse caso, é benéfica, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos. (grifos do autor).

Ao analisar o tipo penal em comento por intermédio do que foi acima exposto, observa-se que a vulnerabilidade da vítima somente subsistirá até o dia em que ela completa 14 (catorze) anos, portanto, a partir deste dia o adolescente poderá consentir, validamente para quaisquer atos sexuais, visto que se subentende que passará a possuir o necessário discernimento para a prática de tais atos, e por não haver previsão quanto a tal situação, o fato será atípico, desde que haja o assentimento da “vítima”.

Desta forma, verifica-se que mesmo nos casos em que as condições, expressas no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, desconsidere o consentimento do ofendido, este deverá ser analisado, para melhor compreensão de sua importância, no tocante a liberdade sexual.

4.2 O consentimento da vítima sob a ótica do Direito Penal sexual

O Direito Penal sexual é uma vertente do Direito Penal que envolve as condutas que ferem a dignidade sexual da pessoa. Esta dignidade envolve de maneira mais restrita a liberdade sexual individual, que se baseia na capacidade das pessoas em consentir e dispor, volitivamente, do seu próprio corpo.

Esta liberdade poderá ser expressada através do consentimento para o ato sexual, ou seja, nos casos em que alguém consente para que com ele se pratique determinada conduta, tida como sexual, não há o que se falar em infringência a liberdade sexual do mesmo. Como assevera Greco, A. e Rassi (2010, p. 72):

A missão do Direito Penal é a prevenção à lesão de bens jurídicos. Corolário dessa opção é de se aceitar o conceito de bem jurídico diretamente atrelado à ideia de autodeterminação da personalidade decorrente do fundamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Com isso se quer dizer que o conceito de bem jurídico serve a melhor expressão da personalidade que cada um pretende obter a partir da sua autonomia de vontade. A partir do momento que este conceito de bem jurídico impede o exercício da autonomia da vontade, o Direito Penal perde toda a sua legitimidade punitiva, não havendo mais fundamento para que o sistema repressor como *ultima ratio* da intervenção do Estado atue.

Nestes termos, se a “vítima” compreender e aceitar a prática do ato sexual, não há o que se falar em punição penal, visto que não haverá legitimidade punitiva para o Direito Penal, pois a ação seria um mero exercício da autonomia da vontade, não havendo motivo para proteger o bem jurídico em questão. Por este motivo, o estudo do consentimento do ofendido é importante, principalmente para os delitos que afrontem a dignidade sexual, pois o dissenso da vítima é o fundamento para tais injustos penais típicos (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 72).

O Direito Penal sexual é um ramo que depende muito do meio social em que subsiste, visto que a valoração de determinadas condutas sexuais, irá culminar ou não na proteção normativa, visto que se certo ato não é socialmente punível, assim deverá ser quanto a sua ilicitude, pois se subtende não ser igualmente relevante para o Direito Penal, não merecendo tipificação legal. Portanto, Greco, A. e Rassi (2010, p. 76) ao expor a opinião de Camargo aduzem que:

Outra decorrência da inserção de critérios valorativos para determinar a imputação do tipo penal, e o que mais importa nessa abordagem, é a admissão do consentimento como causa de exclusão da tipicidade nos

casos em que o titular do bem jurídico assente para que haja interferência da conduta de terceiro na esfera de um bem seu, desde que o ordenamento jurídico reconheça essa capacidade de disposição.

Essa possibilidade é evidente nos crimes contra liberdade sexual em que o consentimento do ofendido pode ser considerado a base de todo o sistema desses crimes, sendo o primeiro referencial para o legislador na tarefa de tipificar condutas e, principalmente, para o interprete na concretização do fenômeno da subsunção típica.

Nesse sentido, deve-se valorar as condutas que são relevantes para o ofendido, ou seja, em caso de o assentimento ser dado por este, não há o que se falar em conduta típica. Portanto, o consentimento para o ato deve ser reconhecido como uma excludente de tipicidade, partindo-se do pressuposto que o próprio titular do direito aceitou que este fosse "violado", através de uma conduta, que para ele é permitida (GRECO, A. e RASSI). Insta ressaltar, que parte da doutrina, Greco, R., avalia o consentimento do ofendido como uma das causas supralegais de exclusão da ilicitude ou antijuridicidade (GRECO, R. 2007, p. 317), de todo modo seja reconhecendo a exclusão da tipicidade ou da ilicitude, o consentimento do ofendido, em se tratando de direito disponível, como é o caso, exclui o crime.

Partindo desta premissa, observa-se que nos crimes contra liberdade sexual, o consentimento é basilar para a consumação ou exclusão do delito, visto que é através dele que a liberdade sexual é exteriorizada, permitindo a escolha do titular do bem em dispor ou não de tal liberdade, e em caso de violação desta, sem o devido assentimento para tanto, estar-se diante de um ilícito penal (sexual).

Desta forma, ao analisar o consentimento como causa de exclusão do tipo, e não como uma mera justificação para os atos praticados, deve-se levar em consideração a "teoria liberal do bem jurídico", que se refere a pessoa humana (GRECO, A. E RASSI, 2010, p. 92). Tal teoria refere-se aos bens jurídicos que servem para o desenvolvimento livre de cada pessoa no contexto social, como especifica Greco, A. e Rassi (2010, p. 92):

Sendo assim, jamais poderá existir qualquer tipo de lesão "quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui sua expressão", Optar de forma contrária é confundir objeto material com objeto jurídico.

Portanto, para os autores, não há o que se falar em lesão a um bem jurídico, relevante para o direito penal, se para o titular deste, não houve qualquer ofensa a tal direito, visto que ele consentiu para que o ato fosse praticado, por este motivo

não se deve entender tais atos, consentidos, como ilícitos penais, pois o bem a ser protegido em tais delitos, é a liberdade sexual de cada indivíduo, se este dispõe de sua liberdade assentindo a prática do ato, não a bem a ser tutelado, pois seu titular dispôs do mesmo. Completando tal raciocínio, Greco, A. e Rassi (2010, p. 93) dispõem que:

[...] o efeito excludente do tipo reside imediatamente da liberdade de ação garantida constitucionalmente, cujo exercício por parte de quem consente impossibilita a lesão simultânea de um bem jurídico que a ele corresponde e consequentemente a realização típica. A liberdade de ação por quem consente, garantia constitucional, é o fundamento da exclusão do tipo.

A exclusão do tipo se dá com a ocorrência do consentimento eficaz, já que não há desvalor do resultado e, com isso, o desvalor da ação. Até porque, na maioria das vezes, o titular do bem se beneficia com a ação consentida que no mais, é socialmente normal e aceita pela sociedade. [...] Em sede de bem jurídico, o que vale é a vontade real de seu titular e não o "bem-estar real" do portador do bem, aliás, é exatamente ele quem vai dizer o que é bom para seu bem estar. (grifos nosso).

Portanto, como foi explicitada, a liberdade do indivíduo em decidir acerca do consentimento para o ato, consiste em uma impossibilidade de lesão ao bem jurídico protegido pelo Direito Penal sexual, visto que se o titular do bem o dispõe a outrem, não há infringência de qualquer conduta penal, pois que houve a exteriorização da vontade do portador do bem tutelado. Por este motivo, em consonância com a opinião dos autores, o tipo deve ser excluído, nos casos em que se comprovar que houve consentimento, eficaz, do titular do bem.

Porém, é importante frisar que nem todos os bens jurídicos podem ser objeto do consentimento, visto que nos casos em que forem coletivos ou difusos, não se pode dispor dos mesmos, para que qualquer titular, de forma específica, possa exteriorizar a sua vontade, portanto, só será objeto do consentimento os bens jurídicos individuais, possibilitando assim, a cada indivíduo, envolvido na conduta praticada, exteriorização da sua vontade.

Vale ressaltar que, não é sempre que o consentimento do titular do bem jurídico irá surtir o efeito de exclusão do tipo, como asseveram Greco, A. e Rassi (2010, p. 94 e 95):

[...] o consentimento não irá excluir a tipicidade nas seguintes hipóteses: (a) crimes sexuais em que o legislador denega desde o princípio, com uma presunção, a faculdade para uma livre e responsável decisão da vítima, seja pela sua inexperiência, debilidade mental etc. Nesses casos, o legislador já declara no tipo a ineficácia do consentimento; [...]

A hipótese em comento se enquadra perfeitamente no estudo deste trabalho, qual seja o estupro de vulnerável, pois é justamente neste tipo penal que o legislador desconsidera o consentimento dos titulares do bem jurídico (liberdade sexual). Nesse contexto, percebe-se que o consentimento daqueles que preenchem as condições especificadas no artigo 217-A, *caput* e § 1º, do Código Penal, não será capaz de excluir o tipo.

4.2.1 A capacidade de compreensão do titular do bem jurídico (liberdade sexual) ao consentir para o ato

Quando fala-se em capacidade de compreensão para consentir, estar-se diante da hipótese de uma manifestação válida de um “querer” subjetivo, ou seja, é a exteriorização de cada indivíduo, quanto ao assentimento para que certa conduta ocorra. Seria, portanto, tal capacidade um dos pressupostos de validade do consentimento, pois para que este tenha validade jurídica, faz-se necessário que ele tenha valor legal. Contrariamente é o que ocorre com os crimes contra vulneráveis, pois estes são predeterminados pelo legislador como incapazes de consentir, validamente, para a prática de atos sexuais. Como assegura Greco, A. e Rassi (2010, p. 98 e 99):

Outro pressuposto de validade é que exista, por parte do consenciente, capacidade de compreensão, uma vez que o consentimento deve sempre ser visto como expressão da liberdade de ação em geral, que se torna eficaz somente quando houver o entendimento suficiente do sentido e das consequências da sua expressão.

Mas qual seria essa ideia de capacidade de compreensão? “A ideia de capacidade de compreensão para o consentimento eficaz vai ficar numa zona tênue entre a vontade natural e o da capacidade de celebrar negócios jurídicos”.

Portanto, em consonância com o que foi exposto, os sujeitos passivos elencados no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, são incapazes de consentir, de acordo com os legisladores, pelo fato de não possuírem entendimento suficiente quanto ao sentido e as consequências da prática de atos, de cunho sexual, por

serem inexperientes, fáceis de influenciar, de iludir, em suma, por não possuírem capacidade de discernir o que é certo e o que é errado, e muito menos de compreender a sexualidade e o sexo, em sua essência. Desta forma Greco, A. e Rassi (2010, p. 99) afirmam que, no entender de Roxin:

[...] a concreta capacidade de compreensão e juízo é uma questão de fato, o que não depende de limite de idade. Exemplifica, dessa forma, o caso de alguns menores que mesmo com 17 anos de idade, têm a capacidade de compreensão muito menor que outros de 14 anos, mas amadurecidos.

Neste olvidar, nota-se que tal critério etário, no entender dos autores, não é o melhor para definir a capacidade de compreensão do ato, e portanto a de consentir para o mesmo, pois em alguns casos pessoas mais jovens irão ser mais maduras, do que alguém mais velho, entendendo muito melhor do que esta quais serão as conseqüências e em que se baseia os atos por ela praticados (ou pretendidos praticar).

Diante disto, percebe-se a necessidade da análise do caso concreto para se determinar a capacidade de compreensão de cada sujeito passivo, que supostamente sofreu o crime de estupro de vulnerável. Tendo em vista que, para se determinar a vulnerabilidade, seria necessário, saber qual a capacidade de compreensão de tais atos, sexuais, do titular do bem jurídico protegido. Ao passo que, mesmo sendo menor de 14 (catorze) anos isto não quer dizer que é alheio aos assuntos de cunho sexual, e que não compreende a natureza e as conseqüências de tais atos.

Contrariamente ao posicionamento acima exposto, Pierangelli, citado por Greco, A. e Rassi (2010, p. 99):

[...] entende que diante da ausência de disposição legal em nosso ordenamento fica claro que o critério a ser seguido é o da inimputabilidade, ou seja, 18 anos, "até porque os menores dessa idade ficam sujeitos a normas estabelecidas na legislação especial (art. 27)".

Destarte, para Pierangelli, não há o que se questionar quanto a incapacidade prevista na lei, visto que o legislador não previu de forma diversa, ou seja, não determinou a possibilidade de se analisar a capacidade do suposto ofendido (analisar o caso concreto). Portanto, para o mesmo, deve-se levar em consideração apenas a idade da vítima, e não a sua capacidade de consentir para o ato.

Desta forma a Lei n.º 12.015/2009, em seu artigo 217-A, alterou o dispositivo 224 do Código Penal de 1940, que dispunha sobre a presunção de violência nos crimes sexuais, porém, a nova redação dada a legislação penal, não mais utiliza-se de tal presunção, visto que criou um tipo penal autônomo para os delitos sexuais cometidos contra pessoas vulneráveis. Portanto, de acordo com o entendimento de Greco, A. e Rassi (2010, p. 103): “[...] as hipóteses do art. 217-A não se tratavam de verdadeira presunção e sim que a qualidade de menor integrava a descrição típica, e criou o estupro do vulnerável”.

Diante do entendimento doutrinário externado, percebe-se que a novel redação trazida na Lei n.º 12.015/2009, tem o intuito de excluir qualquer dúvida quanto à presunção, passando a tratar os sujeitos nela elencados (artigo 217-A, *caput* e §1º), como uma descrição do tipo, ou seja, são tidos como elementos do crime. Como dispõem Greco, A. e Rassi (2010, p. 103):

[...] a menor de idade passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade. O critério é biológico, portanto.

Não se trata, contudo, de um elemento de natureza absoluta. Como elemento do tipo, ele é normativo, no caso específico, poderá ser interpretado de acordo com o que foi estabelecido como critério legal da menoridade no Estatuto da Criança e do Adolescente, o ou seja, é considerado menor, ou criança, aquele que não atingiu 12 anos. A previsão estatutária da idade de 12 anos abre ensejo para que o interprete utilize aspectos da sociologia da sexualidade [...]

Assim, pela interpretação literal do dispositivo, o titular do bem, liberdade sexual, sempre que preencher qualquer das condições elencadas no artigo 217-A do Código Penal, não terá seu consentimento considerado válido, como dito anteriormente, e nos casos que se considere a idade da “vítima”, isto ocorrerá em decorrência de um critério biológico, ou seja, exclusivamente devido à idade em que se encontra, não podendo, portanto, externar sua vontade, validamente, acerca de quaisquer atos sexuais.

Mas vale ressaltar, que há uma ressalva, de acordo com os autores, que se referente à natureza relativa de tal critério. Tendo como base a relatividade do elemento do tipo, deve-se levar em consideração o que foi disciplinado no Estatuto da Criança e do Adolescente, este que por sua vez, elenca como criança os

menores de 12 (doze) anos e como adolescente, aqueles que possuem 12 (doze) anos completos (até os dezoito anos).

Ante o exposto, quanto à idade da vítima, Greco, A. e Rassi (2010, p. 103) acordam que:

Assim, a elementar da idade da vítima não é absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, reforçando a afirmação de ROXIN já acolhida de que a capacidade de compreensão é matéria de fato. No entanto, em se tratando de menor de 12 anos, mantém a presunção de vulnerabilidade, *jure et de jure*, havendo a tipicidade.

Desse modo, entende-se que seria relativa à presunção de vulnerabilidade para as vítimas elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como adolescentes (dos doze anos, completos, aos dezoito anos), e portanto, teriam estas capacidade para realização de atos de relevância social e individual. E por este motivo, deve-se analisar o caso concreto, julgando cada caso a partir da análise fática vivida por cada pessoa (titular do bem jurídico em questão).

Mas, vale ressaltar que quanto aos menores de 12 (doze) anos, a presunção de vulnerabilidade, independerá da análise do caso em si, por se tratar de crianças, necessitando, assim, de uma tutela jurídica mais rigorosa.

No que se refere às outras hipóteses trazidas no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro (ato sexual praticado com alguém que, por enfermidade ou doença mental, não tenha o discernimento para a prática do ato, e aquele que não pode oferecer resistência), é interessante que seja relativizada a sua presunção de vulnerabilidade, pois estar-se diante de uma matéria de fato, em que não existem restrições, portanto, é primordial a análise de cada caso concreto. (GRECO, A. e RASSI 2010, p. 103)

Nestes termos, em observância a sistemática trazida pela nova redação do Código Penal (Lei n.º 12.015/2009), quanto às condições exigidas, no § 1º do artigo 217-A, para os sujeitos passivos, discorre Greco, A. e Rassi (2010, p. 104), acerca do consentimento do ofendido para a prática de ato sexual, que:

[...] se aquele portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para a prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa a sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorreria na revogada lei, acolheu o legislador a postura de que o doente

tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual. Se a vítima não puder oferecer resistência é porque não consentiu, ainda que se questione o fato de mesmo podendo não oferecer resistência, mas, no seu íntimo, possuir assentimento ao ato, se esta vontade não foi exteriorizada no mundo objetivo, de nada vale o assentimento interno, com base na “teoria intermediária” ou “mediadora” [...]

Compreende-se que para os sujeito que possuem enfermidade ou deficiência mental, porém tiverem capacidade para discernir sobre o ato praticado, não há o que se questionar quanto a validade de sue consentimento, devendo este ser avaliado, a partir da análise do caso concreto, evitando que a liberdade sexual de tais pessoas seja-lhe retirada sem que haja motivos para tanto.

Entrementes, quanto aos casos que envolvem pessoas que não podem oferecer resistência, a relativização da vulnerabilidade, se mostra mais delicada, visto que, a vítima não estará em condições de exteriorizar suas vontades, e portanto, sem condições de dispor de sua liberdade sexual.

Por este motivo os autores remetem-se a “teoria intermediária”, esta exige “que o consentimento seja demonstrado de qualquer forma conclusiva na realidade dos fatos, ou seja, em uma manifestação qualquer do íntimo que se exteriorize de forma objetiva” (GRECO, A. e RASSI, 2010, p. 97).

Um exemplo para estes casos em que a vítima não pode oferecer resistência é o caso do médico Roger Abdelmassih (especialistas em reprodução assistida), que se aproveitando desta condição, supostamente abusou sexualmente cerca de 60 (sessenta) pacientes, estas que em sua maioria se encontravam impossibilitadas de expressar qualquer vontade (por se encontrarem desacordadas, ou anestesiadas), isto é, não podiam consentir para a prática de qualquer ato de cunho sexual, havendo assentido apenas para que os devidos procedimentos médicos fossem realizados (FOLHA DE S. PAULO, 2009).

Neste caso, não houve o consentimento válido por parte das vítimas (as pacientes, no caso *supracitado*), pois se encontravam em circunstâncias tais que não podiam oferecer qualquer resistência aos atos abusivos praticados pelo médico. O mesmo se aplica em outras situações, como por exemplo, no caso de uma mulher que se encontrando tetraplégica, e incapaz de expressar sua vontade no mundo exterior, e com ela praticam ato sexual, não podendo a mesma assentir ou não para tal ato, incorrendo o agente no crime de estupro de vulnerável.

É interessante outra hipótese elencada por Greco, A. e Rassi (2010, p. 104 e 105), quanto a impossibilidade de a vítima oferecer resistência, que seria o caso de utilizarem contra esta, o medo, como forma de alcançar o fim almejado, ou seja utiliza-se do temor (*timor reverentiae*). Desta forma, não haverá consentimento válido, pois a vítima estará em um estado de vulnerabilidade, impossibilitada, assim de oferecer resistência. Portanto, tais autores incluem o medo como umas das condições que se aplica nos dizeres legais “por qualquer outra causa”.

Portanto, fica evidente a necessidade, de se analisar o caso concreto na maioria das situações elencadas pelo artigo 217-A, visto que há circunstâncias fáticas que serão melhor analisadas se levadas em consideração o caso em si, e não somente se presumida a vulnerabilidade de tais sujeitos passivos, especificados no *caput* e no §1º do artigo *supra* citado. Assim, poderá o consentimento excluir o tipo, mesmo nos casos em que o legislador determine a incapacidade de determinadas pessoas de consentir, validamente, desde que se analise de forma concreta o caso.

Há também, outra hipótese de se excluir a tipicidade da conduta delituosa, defendida por alguns doutrinadores, que é o caso do erro de tipo, nos crimes sexuais contra vulneráveis.

4.3 O erro de tipo como uma excludente de tipicidade no crime de estupro de vulnerável

Ao se analisar as peculiaridades do crime de estupro de vulnerável, verifica-se a necessidade de o sujeito ativo agir com ciência de que a vítima é uma pessoa tida como vulnerável nos termos legais. Ao passo que, tal delito tem como elemento subjetivo o dolo do agente infrator, não sendo possível a hipótese de culpa, por falta de previsão legal.

Portanto, via de regra, o erro poderá conduzir o agente a desconhecer a condição de vulnerável em que se encontra o sujeito passivo, principalmente o menor de catorze anos, culminando assim em uma exclusão do tipo, e com isso a isenção da pena referente à conduta, que supostamente seria delituosa para o

ordenamento jurídico, e que para o sujeito ativo, não passa de um ato normal e comum para qualquer homem, considerado de conhecimento médio.

Neste caso só haveria punição para tal conduta, se o agente utiliza-se de violência ou grave ameaça, o que configuraria estupro (artigo 213, do Código Penal) ou de fraude, que se enquadraria no delito de violação sexual mediante fraude (artigo 215, do Código Penal).

No que concerne ao erro de tipo, é um dispositivo legal previsto no artigo 20 do Código Penal Brasileiro, assim disposto:

Erro sobre os elementos do tipo

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Descriminantes putativas

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo.

Erro determinado por terceiro

§ 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro.

Erro sobre a pessoa

§ 3º - O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.

O erro de tipo, a que se refere o artigo, *supracitado*, é aquele que incide sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que esteja atrelado a um tipo penal. Nos dizeres de Wessels (*apud* GRECO, R., 2007, p. 300), ocorre um “erro de tipo quando alguém não conhece, ao cometer o fato, uma circunstância que pertence ao tipo legal. O erro de tipo é o reverso do dolo do tipo: quem atua ‘não sabe o que faz’ falta-lhe, para o dolo do tipo, a representação necessária”.

Desta forma, não se pode afirmar que o agente tenha consciência de que está praticando uma infração penal, afastando assim, o dolo, ou seja, “a vontade livre e consciente” (GRECO, R., 2007, p. 300) de praticar uma conduta delituosa.

Portanto, no caso dos crimes sexuais cometidos contra pessoa vulnerável, quando o sujeito ativo desconhece tal condição, da vítima, estará incorrendo na hipótese de erro de tipo, pois não haverá o dolo em praticar qualquer ato sexual com alguém que esteja incluída, nos dizeres do artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, como vulnerável.

Vale ressaltar, que nos crimes sexuais, o erro de tipo é uma excludente de tipicidade, e pelo fato de não haver previsão legal de conduta culposa em tais

delitos, o sujeito ativo, não pode sofrer punições, como previsto na segunda parte do *caput* do artigo anteriormente citado (que permite a punição por delito culposo, nos casos em que haja uma previsão legal, expressa).

Nos dizeres de Greco, R. (2007, p. 301) o erro de tipo pode ser *invencível* (escusável, justificável, inevitável) ou *vencível* (inescusável, injustificável, evitável), aquele ocorre nos casos em que o sujeito ativo, não tinha como evitar, mesmo com as devidas precauções, desta forma, percebe-se que é um erro que qualquer homem médio cometeria, portanto, quando o erro for escusável afasta-se o dolo e a culpa, tornando o fato atípico.

Quando o erro de tipo for vencível, ele será evitável, e assim, deduz-se que poderia ser evitado, mesmo diante das circunstâncias em que se encontrava o agente, isto porque, se este tivesse agido com a diligência exigida, o resultado poderia ser evitado (GRECO, R., 2007, p. 302). Esta espécie de erro, não será cabível nos crimes sexuais, mais especificamente, no estupro de vulnerável (objeto de estudo deste trabalho) visto que não há possibilidade de ocorrer na modalidade culposa.

Portanto, verifica-se que, no caso de o erro ser invencível ou essencial (por recair sobre as elementares, circunstâncias ou outro dado qualquer associado ao tipo penal), ele irá afastar o dolo e a culpa (quando a lei a previr), e concomitante a isto, excluirá o tipo.

Ao se analisar o conceito de erro de tipo, percebe-se o quão importante é a observância do caso concreto, para o delito de estupro de vulnerável, principalmente no que concerne aos menores de 14 (catorze) anos, visto que haverá situações em que não se poderá saber a idade da vítima só em observá-la, visto que nada obsta que esta omita a sua idade. Greco, R. (2009, p. 66) ratifica o exposto ao afirmar que:

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como ao modo como se vestia e se comportava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc, quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um Motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o

erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Com isso, reforça o autor a possibilidade de ocorrência de erro de tipo, no delito de estupro de vulnerável, nos casos em que o agente desconheça a condição de vulnerável da vítima, pois o tipo em comento exige o conhecimento, por parte do sujeito ativo, da idade da menor (de catorze anos).

No exemplo suscitado, se a menor de 14 (catorze) anos, fosse realmente capaz de ludibriar qualquer outro homem que se encontrava na festa, e se for considerada a conduta como um erro de tipo, deve-se remeter tal conduta como sendo uma excludente de tipicidade. Porém, para que isto seja possível, faz-se necessário a análise do caso concreto, e portanto, a relativização da presunção de vulnerabilidade impressa pelo legislador no artigo 217-A do Código Penal.

Da mesma opinião, corrobora Nucci (2009, p. 38) quando diz que:

Em todos os casos (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento, ou acometido de outra causa de redução da capacidade de resistência), é fundamental a abrangência do dolo do agente. O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der, ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Nos dizeres do autor, devem ser incluídas nas hipóteses de erro de tipo as demais pessoas elencadas no artigo 217-A do Código Penal, tendo em vista que as mesmas situações podem ocorrer quando o sujeito passivo for um enfermo ou deficiente mental, assim como no caso de estar acometido por outra causa que o impeça de oferecer resistência.

Isto ocorre, devido ao fato de que nem sempre será possível, de pronto, reconhecer uma pessoa que se encontre em alguma destas situações, e mesmo as reconhecendo, elas poderão ter capacidade de consentir, havendo assim mesmo a exclusão do tipo, como foi visto anteriormente.

No tocante, ao erro ele ainda pode ocorrer, como visto, pela ausência de consentimento da vítima, mas tendo o autor suposto a existência deste. Portanto sempre que se admitir o consentimento, este excluirá a tipicidade, no entendimento de Greco, A. e Rassi (2010, p. 119) há possibilidade de se configurar o erro de tipo nos casos em que: “[...] a crença errônea na existência de um consentimento será

um erro de tipo, nos termos do art. 20 do Código Penal, o que implica na exclusão do dolo [...]”.

Por fim, verifica-se que há a possibilidade de o erro de tipo tornar uma conduta delituosa, a exemplo do estupro de vulnerável, em atípica, visto que o desconhecimento das condições elencadas no artigo 217-A da Legislação Penal Pátria, excluirá o dolo e conseqüentemente o tipo.

Porém, para que isto seja possível, faz-se necessário a análise de cada caso, em si, mesmo quando a vítima for menor de 14 (catorze) anos, pois em alguns casos o consentimento dado por ela poderá ser considerado válido, a partir de uma análise minuciosa da pessoa que assentiu para o ato.

4.4 A presunção absoluta de vulnerabilidade como uma ofensa aos princípios penais e as Garantias constitucionais

O Direito Penal é um ramo do Direito que se preocupa com a tutela dos bens mais relevantes e necessários a vida em sociedade, ou seja, os bens imprescindíveis para preservação da dignidade da pessoa humana. Desta forma, cabe ao Direito Penal interferir nos bens que os demais ramos do Direito não forem capazes de tutelar, tal interferência, contida, é baseada no Princípio da Intervenção Mínima, ou *ultima ratio*, este é tido como “limitador do poder punitivo do Estado” (GRECO, R., 2007, p. 49). Para conceituá-lo Greco, R. (2007, p. 49) assevera que:

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mudanças da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores. (grifos do autor).

Diante de tal conceito, percebe-se a importância deste princípio para o Direito Penal, posto que, visa limitar a abrangência deste ramo do Direito, a questões relevantes para o convívio em sociedade, desta forma, sempre que esta não mais

julgar determinado bem relevante, deve-se retirá-lo do ordenamento, pois socialmente seria visto como um injusto penal, onde não se há motivos para punição.

Portanto, não deve o Direito Penal, interferir em demasia nas relações sociais, somente sendo solicitado nos casos em que os demais ramos do Direito, não forem capazes de tutelar os bens de grande relevância.

No caso do delito de estupro de vulnerável, o que se mostra incoerente é a delimitação de uma idade, para se presumir absolutamente que determinada pessoa é vulnerável, mesmo que ela demonstre ter capacidade de consentir validamente.

Vale ressaltar que o critério de idade, utilizado pela legislação penal especial, é contrário as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, este assegura que: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Desta forma, enquanto o Estatuto determina que adolescente é aquele que possui, 12 (doze) anos completos, subtendendo-se assim, que possui capacidade de discernir sobre alguns atos da vida cível, contrariamente, posiciona-se o Código Penal, ao tratá-lo como se criança fosse, retirando-lhe totalmente a sua liberdade sexual, ao torná-la incapaz de consentir validamente para tais atos. Coaduna deste entendimento Nucci (2009, p. 37) ao afirma que:

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 penal 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. [...] A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entender, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual.

Porém, não se pode afirmar que qualquer pessoa menor de 14 (catorze) anos, desde que, dentro da faixa de 12 (doze) ou 13 (treze) anos, terá discernimento acerca de atos sexuais, por este motivo, deveria o legislador ter presumido relativamente a vulnerabilidade de tais sujeitos passivos, possibilitando assim, uma análise própria e detalhada, do caso em si. Ao passo que, entende-se que nos casos que envolvam crianças (na forma da lei), a proteção deverá permanecer mais rígida, em detrimento formação física e psíquica, ainda em formação, podendo estas serem

consideradas muito imaturas para compreender a essência e as conseqüências da prática de atos sexuais.

Outro princípio norteador do Direito Penal é o da Adequação social, este que nos dizeres de Prado (*apud* GRECO, R., 2007, p. 57) assevera que:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

Nestes termos, o princípio em comento, baseia-se em condutas aceitas ou adequadas socialmente, mas que ainda se encontram tipificadas no diploma penal, com isso, verifica-se que o objetivo de tal princípio é limitar a abrangência do Direito Penal, restringindo a interpretação de suas normas, ao mesmo tempo que exclui condutas que seja consideradas aceitáveis socialmente.

Outra função intrínseca ao princípio da adequação social é orientação do legislador, para a tutela de condutas, realmente, relevantes para o convívio social, assim como, fazê-lo repensar se os delitos tipificados carecem de tal tutela penal, ou se são considerados socialmente normais, e, portanto, desnecessária a sua proteção. Como ratifica Greco, R. (2007, p. 58) ao afirmar que:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, [...], é a de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que estiver na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. [...] A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente a evolução da sociedade.

Neste sentido, cabe ao princípio da adequação social a orientação do legislador quanto às condutas sociais aceitáveis e adequadas, assim como fazer com que ele analise os tipos penais e os retire do ordenamento jurídico, por não condizerem mais com a realidade vivida socialmente, não podendo ser mais considerado como bem relevantes para permanecerem protegidos.

Quando o autor se refere às condutas que se adaptaram a evolução social, pode tal afirmação refletir nos crimes sexuais contra vulneráveis, mais especificamente o estupro de vulnerável. Isto ocorre, devido ao fato de que os jovens adolescentes contemporâneos acompanham a evolução tecnológica do mundo, onde as informações são adquiridas de forma mais rápida e eficaz, permitindo a eles, um amadurecimento precoce acerca dos mais diversos assuntos, inclusive sobre a sexualidade humana.

Em virtude da expansão de conhecimento, os pais, a escola os meios de comunicação em geral, todos se preocupam cada vez mais, com a educação sexual dos seus filhos, e mesmo com a criação do estupro de vulnerável, a realidade é que a vida sexual dos jovens está se iniciando cada vez mais cedo. Como dispõe Taquette (2005):

Na atualidade, a sociedade tem fornecido mensagens ambíguas aos jovens, deixando dúvidas em relação à época mais adequada para o início das relações sexuais. Ao mesmo tempo em que a atividade sexual na adolescência já é vista como um fato natural, largamente divulgado pela mídia [...] Outro aspecto importante é a defasagem existente entre a maturidade biológica, alcançada mais cedo, e a maturidade psicológica e social que cada vez mais tarde se torna completa.

Desta maneira a autora expõe seu posicionamento, quanto ao início das atividades sexuais na adolescência, ela enfatiza o fato de que atitudes estão sendo iniciadas cada vez mais cedo, em virtude da maturidade biológica precoce, ou seja, através da expansão do conhecimento sobre as relações sexuais, pela mídia, pela internet, assim como pela educação escolar ou familiar, eles tomam conhecimento cada vez mais cedo sobre o assunto, e em decorrência das condições físicas (hormonais) que se encontram, buscam a descoberta do sexo ou da sexualidade de forma precoce.

Portanto, diante da evolução sócio-cultural e psíquica dos membros que compõem a sociedade, não se deve presumir absolutamente a vulnerabilidade de alguém, mesmo que ela apresente qualquer das condições exigidas no artigo 217-A do Código Penal, visto que o titular do bem juridicamente protegido (a liberdade sexual do vulnerável), pode em determinados casos discernir acerca de sua liberdade sexual, validamente.

Desta forma, a adoção de uma presunção relativa da vulnerabilidade de tais sujeitos passivos, se adéqua melhor, socialmente, do que a generalização de

incapacidade de consentir dos mesmos. Não necessitando de tamanha severidade penal, quanto à presunção absoluta de vulnerabilidade, pois que em alguns casos estas condutas típicas são tidas como “comuns”, para determinados sujeitos passivos, e para determinados membros da sociedade. Ratifica este entendimento Estefam (2009, p. 59) ao afirmar que:

Quanto à vulnerabilidade decorrente da faixa etária, o que se alterou foi a situação do sujeito passivo no dia de seu 14º aniversário. [...] Agora ela deixa de ser vulnerável exatamente no dia em que completa a idade mencionada. Persistirá, desta feita, a crítica fundamental ao critério rígido eleito, ou seja, pode haver indivíduos que, apesar de não terem atingido a idade citada, possuam consciência e maturidade sexual. **Justamente por esta razão, entendemos que o conceito de vulnerabilidade não pode ser absoluto** (apesar da nítida intenção do legislador em assim considerá-lo) **admitindo prova em contrário, notadamente quando se tratar de adolescentes** (indivíduos com 12 anos já completados). Isto porque, se a suposta vítima possui 13 anos de idade e a vida sexual ativa e, voluntariamente, pratica ato libidinoso com outrem, não há violação ao bem jurídico protegido no Título VI (isto é, sua “dignidade sexual”). (grifos do autor).

Coaduna tal entendimento, para a verificação de que em algumas situações, que envolvam adolescentes devam ser analisadas de maneira mais detalhada e concreta, visto que haverá sim, a possibilidade de o sujeito passivo consentir validamente para a prática do ato sexual, mesmo que não tenha 14 (catorze) anos, ao passo que, alguns minutos ou horas não tornará o mesmo mais ou menos consciente das suas ações.

Assim como alguns dos princípios basilares do Direito Penal, a presunção de vulnerabilidade, de forma absoluta, reflete também em algumas garantias constitucionais que devem ser asseguradas ao agente do ilícito penal.

Uma das garantias constitucionais violadas é a *presunção de inocência*, esta é assegurada na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LXII, ao afirmar que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A violação a tal garantia, se baseia no fato de se presumir absolutamente a culpa do sujeito ativo, nos crimes contra vulneráveis, visto que, não dá ensejo a oportunidade de se analisar o caso concreto, imputando uma culpa anterior a sentença condenatória. Como especifica Rubianes (*apud* PACHECO, 2008, p. 134), ao comentar tal garantia: “[...] b) o réu não tem o dever de provar a sua inocência;

cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito [...]”.

Nos dizeres do autor, pode-se observar que caberá ao acusador comprovar a culpa, e não ao réu provar sua inocência, porém ao se presumir a vulnerabilidade da vítima (impossibilitando a apresentação de prova em contrário), acaba-se por presumir a culpa do sujeito ativo. Além de que, sem a análise do caso concreto, não poderá o juiz ter a convicção necessária sobre a responsabilidade do ilícito, para se posicionar contra ou a favor da absolvição, de forma livre, em decorrência da presunção estabelecida no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro.

Outra garantia Constitucional violada pela adoção da presunção de vulnerabilidade absoluta é o *contraditório*, disciplinado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esta garantia assegura as parte do processo a “ocasião e a possibilidade de intervir no processo, apresentando provas” (PACHECO, 2008, p. 134), dentre outras. Tais provas possibilitam as partes o direito de “não apenas produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional” (CAPEZ, 2010, p. 62).

Diante desta afirmação conclui-se novamente, que a adoção pela presunção absoluta nos casos de estupro de vulnerável, impossibilita a devida apreciação dos fatos e das provas a serem apresentadas, pois ao mesmo tempo que não se admite a análise do caso concreto, ela limita o livre convencimento do juiz na apreciação das provas (ferindo ao mesmo tempo, um outro princípio o do livre convencimento do juiz, que se ver impossibilitado de valorar a prova), visto que estas não se farão necessárias, em virtude da presunção.

Por fim, a adoção da presunção *juris et de jure* (forma absoluta), fere um dos princípios informadores do processo penal, qual seja a *verdade real*, este tem como fito a obtenção da realidade dos fatos, ou seja, desvendar o que realmente ocorreu no local do crime, nos dizeres de Capez (2010, p. 73): “o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”.

Diante disto, caberá ao juiz a busca da verdade real dos fatos, porém nos casos em que se aplica a presunção absoluta de uma condição do ofendido (de

vulnerável no estudo em questão), a realidade dos fatos, não será possível de ser alcançada, tendo em vista que o legislador desconsiderou tal possibilidade.

Portanto, para que se possa assegurar todas essas garantias e a observância de alguns princípios norteadores do Direito Penal e processual penal, faz-se necessário a admissão de prova em contrário (*presunção relativa de vulnerabilidade*), no crime de estupro de vulnerável, ao passo que nos casos dos menores de 14 (catorze) anos, na faixa etária entre 12 (doze) e 13 (treze) anos, não haveria crime se se comprovar a capacidade destes em consentir validamente para o ato sexual, baseando-se no fato de que “o menor nos dias de hoje possui maior experiência a respeito dos atos sexuais, ainda que teórica, tendo condições de consentir” (GOMES, 2001, p. 75).

O mesmo entendimento é válido para os enfermos e deficientes mentais, que demonstrem discernimento (comprovado) para a prática do ato, e nos casos em que, por causa diversa a vítima não possa oferecer resistência (neste caso, é mais improvável que haja consentimento válido, mas mesmo assim, requer uma análise do caso em si, para que se comprove tal incapacidade).

Diante do exposto, insta ressaltar, que a análise do caso concreto no delito de estupro de vulnerável, é a melhor maneira de se obter a verdade real dos fatos ocorridos, e imputados como conduta delituosa, assegurando ao sujeito ativo, as garantias constitucionais, anteriormente exploradas, assim como a observância de princípios penais e processuais penais.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente observou-se o conceito de sexualidade e suas influências no Direito Penal sexual e foi constatado que aquela interfere diretamente no âmbito jurídico, por intermédio da legislação penal sexual, pois esta surge em detrimento do comportamento social, aderido pela sociedade no decorrer dos tempos, devendo assim, o Direito Penal sexual disciplinar apenas aquilo que lhe é pertinente, evitando com isto, que venha a ferir quaisquer princípios constitucionais, ou regular atos que são tidos como naturais para o comportamento individual em sociedade.

A relação da sociedade com o Direito Penal sexual contemporâneo se mostrou de certa forma precário, visto que enquanto aquela evoluiu sócio-culturalmente, de forma mais evidente, a partir do final do século XX, a legislação de certa forma regrediu, pois permaneceu a disciplinar de maneira “arcaica” assuntos que não mais merecem tanto rigor em sua análise jurídica. A sociedade sofre influências das mais variadas vertentes institucionais e tecnológicas, visto que ao mesmo tempo que o cristianismo influencia as decisões sociais, as tecnologias alteram a forma de pensar e de agir dos membros da sociedade, através das mais diversas informações que podem ser obtidas de forma ágil e muitas vezes didática.

Em sequência, diante da análise realizada acerca da antiga redação do Código Penal de 1940, de forma específica, quanto aos delitos sexuais, observou-se de forma evidente os traços do contexto histórico em que os tipos penais foram elaborados, prevalecendo a proteção aos costumes em detrimento da tutela a dignidade humana (que abarca a dignidade sexual). Desta forma, analisou-se os conceitos e especificidades dos principais tipos, estupro e atentado violento ao pudor, e como consequência a presunção de violência estipulada para os casos em que estes crimes ocorram contra vítimas não maiores de 14 (catorze) anos, alienada ou débil mental e aquela que por motivo diverso não pudesse oferecer resistência. Presumia-se nestes casos que o ato sexual praticado, mesmo que consentido, havia ocorrido com o uso da violência (que nestes casos, era *ficta*, irreal), devendo o sujeito ativo do delito, independente de prova em contrário (presunção *juris et de jure* ou absoluta) ser julgado pelo crime de estupro com presunção de violência.

Por fim, foi analisado o novo tipo penal criado pela Lei n.º 12.015/2009, estupro de vulnerável (artigo 217-A), principal objeto do trabalho, em seus aspectos

gerais, verificando que a sua redação não se mostrou em conformidade com a realidade contemporânea, visto que, permaneceu com a essência da presunção de violência, porém com uma nova roupagem, dizendo ser as vítimas pessoas vulneráveis, e, portanto, incapazes de consentir validamente para os atos de cunho sexual. Porém, verificou-se que em algumas situações fáticas, tais vítimas terão capacidade de consentir validamente (possibilitando a exclusão do tipo), visto que possuem discernimento acerca dos atos que querem praticar, devendo, portanto, realizar-se uma análise do caso concreto (presunção relativa ou *juris tantum*), antes de se presumir tal falta de ciência sobre os atos praticados. Além disto, verificou-se que a presunção absoluta de vulnerabilidade desrespeita a essência de alguns princípios penais e processuais penais, assim como garantias constitucionais.

Verificou-se, assim que há a possibilidade de algumas pessoas, mesmo que se adequem ao tipo penal como vulneráveis, em consentir de forma consciente e válida, assim como compreender os atos que dizem respeito à sexualidade humana.

Assim através dos métodos de abordagem dedutivo, e por intermédio dos métodos de procedimento histórico se realizou o objetivo proposto, por meio da análise e apreciação histórica da sexualidade humana e sua relação com a sociedade e com o Direito Penal sexual. Utilizou-se como técnicas de pesquisas a bibliográfica, a qual decorreu do estudo de doutrinas e sites jurídicos; e o exegético-jurídico, que foi aplicado por meio de consultas a legislação, com a propositura de ampliar o tema ora apresentado pelo qual fez-se uma interpretação das normas existentes, buscando compreender o sentido e alcance destas disposições legais, atingindo-se assim a finalidade da pesquisa.

Portanto, constatou-se através do estudo da sexualidade e de suas influências na sociedade, que o Direito Penal, em muito depende das modificações ocorridas no decorrer dos tempos, devendo acompanhar a evolução sociocultural e tecnológica sofrida pela sociedade contemporânea, possibilitando assim uma melhor compreensão quanto à capacidade de cada indivíduo que a compõe.

Por intermédio do estudo do consentimento do ofendido, verificou-se que nos casos onde se considere válido o consentimento da vítima, haverá a exclusão da tipicidade da conduta delituosa, visto que, não haverá objeto jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal. Portanto, nos casos em que a vítima for considerada vulnerável, pelo tipo, deve-se ter como mais viável a possibilidade de se apresentar prova em contrário (presunção relativa), ao passo que, ao se comprovar que a vítima tem

capacidade para consentir para a prática de atos sexuais, a tipicidade da conduta será excluída.

Portanto, constatou-se que a análise do caso concreto no crime de estupro de vulnerável se mostrou como meio mais eficiente de assegurar ao sujeito ativo, as garantias constitucionais, visto que possibilita uma análise mais segura quanto a ocorrência do delito, através da apresentação de provas em contrário, impossibilita, também, a presunção de culpa do agente, resguardando assim a sua presunção de inocência e dar ensejo ao livre convencimento do juiz, através da apreciação dos fatos e das provas a serem apresentadas, além de que assegura a observância ao princípio da verdade real, onde se almeja, através da análise do caso em si, a obtenção da realidade dos fatos ocorridos.

REFERÊNCIAS

Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n.2848/40. **Vade Mecum Saraiva**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2010.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Brasília: Senado, 2010.

DINAMARCO, Cândido. A presunção e a prova, 2000. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/prova6.htm>>. Acesso em: 27. ago. 2010.

ENTENDA o caso que envolve o médico Roger Abdelmassih. Folha Online, São Paulo, 17. ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u610910.shtml>>. Acesso em: 14. ago. 2010.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais**: Comentários à Lei n. 12. 015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 9. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 5. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2008.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 6. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

_____. **Adendo Lei nº 12. 015/2009: Dos crimes contra a dignidade sexual**. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

Lei Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 25. jan. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra Dignidade Sexual: comentários à Lei 12.015 de agosto de 2009**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista Tribunais, 2009.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 5. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2008.

TAQUETTE, Stella. **Sexualidade na adolescência**, 2005. Disponível em:<
http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/multimedia/adolescente/textos_comp/tc_14.html>. Acesso em: 14. abr. 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.