

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA FRAZÃO MONTEIRO

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO:
um exame a partir dos limites do consentimento e o bem jurídico tutelado**

Recife
2021

MARIA EDUARDA FRAZÃO MONTEIRO

**O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO:
um exame a partir dos limites do consentimento e o bem jurídico tutelado**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de
Siqueira

Recife

2021

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Monteiro, Maria Eduarda Frazão.
M775c O consentimento da vítima no crime de estupro: um exame a partir dos limites do consentimento e o bem jurídico tutelado / Maria Eduarda Frazão Monteiro. - Recife, 2021.
47 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Crimes contra a liberdade sexual. 3. Estupro. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.) FADIC (2021.2-062)

ALUNO (A)	Maria Eduarda Frazão Monteiro	
TEMA	O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO: um exame a partir dos limites do consentimento e o bem jurídico tutelado	
DATA	17/12/2021	
AVALIAÇÃO		
CRITÉRIOS	PONTUAÇÃO	ATRIBUIÇÃO
A introdução e conclusão apresentam coerência metodológica?	1,0	1,0
A monografia foi construída coerentemente a partir da metodologia proposta na introdução?	1,0	1,0
Nível de aprofundamento científico da monografia e qualidade das referências	3,0	3,0
Nível de conhecimento científico demonstrado pelo discente na apresentação e arguição oral	2,0	2,0
Nível da monografia quanto às regras básicas de redação	2,0	2,0
Os critérios formais básicos (ABNT) foram seguidos?	1,0	1,0
NOTA	10,0 (máximo)	10
PRESIDENTE	LEONARDO SIQUEIRA	
EXAMINADOR(A)	SIMONE SÁ	
MENÇÃO	APROVADA	

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Cristiana, por sempre priorizar minha educação, por sonhar junto comigo e buscar o melhor de mim; pelo abrigo, colo e consolo nos momentos difíceis.

Ao meu pai, Wagner, pela torcida pelo meu sucesso, por vibrar com cada conquista e por apoiar meus sonhos.

Ao meu irmão, Carlos Augusto, pela confiança, por me passar tanta tranquilidade, por acreditar veemente em mim e por ser uma das minhas grandes inspirações.

Ao meu namorado, Hugo, por me acalmar nos momentos difíceis, alegrar-se verdadeiramente com as minhas conquistas e por me escutar “ensinando” alguns institutos do Direito (como forma de fixar o assunto), mesmo sendo de outro curso totalmente diferente.

Aos meus avós, Cristina e José Frutuoso, por se orgulharem de mim e por entenderem minha ausência em razão dos meus estudos.

Aos meus tios, tias, primas e primos, por serem refúgio nos momentos de ansiedade e de nervosismo.

Aos que já se foram, tio Joel, vovô Augusto e vovó Helena. Apesar de não estarmos no mesmo plano, ainda sinto que vocês estão presentes em cada passo.

Aos meus assistidos da Defensoria Pública da União, por depositarem tamanha confiança em mim, pelo tanto de coisa boa que me desejaram ao longo dos meus dois anos de estágio. À minha chefe e professora da faculdade, Maíra Mesquita, por me inspirar como mulher e profissional; obrigada pela oportunidade de ser sua estagiária, por me acolher tão bem em seu escritório e pela incrível relação que construímos ao longo desses anos.

Ao meu orientador, Leonardo Siqueira, por se tornar um grande amigo, por me passar tranquilidade e por acreditar tanto em mim. Obrigada por todo apoio, suporte e paciência na confecção desse e de outros trabalhos que escrevemos juntos.

Às minhas amigas e amigos que a faculdade me deu, em especial, Taís, Nayalle, Bárbara, Bianca, Bia Arruda e Camila, por tornarem esses cinco anos mais leves; pela risada, companhia e, acima de tudo, pela parceria.

Às minhas amigas e amigos do colégio, que permaneceram presentes torcendo pelo meu sucesso e pela minha felicidade, em especial, Beatriz, Carolina, Nathália, Maria Júlia e Ruy. Obrigada por serem anjos na minha vida.

Por fim, meus sinceros agradecimentos a todos e todas que não foram mencionados diretamente aqui, mas que contribuíram de alguma forma para a conclusão do meu curso em Direito. Essa vitória é nossa!

*“O sucesso verdadeiro é ser reconhecido
como alguém que melhora a vida daqueles a
quem toca – o que também significa
buscar tocar mais pessoas, pois no fundo você
sabe que faz diferença.”*

(Flip Flippen)

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o consentimento do ofendido – conceito este estudado na parte geral do Código Penal – aplicado aos crimes contra a dignidade sexual, em especial, o crime de estupro. Utiliza-se do consentimento para verificar se, na análise do caso concreto, houve o constrangimento e restou configurado o crime de estupro ou se estamos diante de uma conduta socialmente adequada haja vista que, de acordo com a Teoria do Consentimento adotada por Claus Roxin e acolhida no presente estudo, o consentimento configura como sendo uma renúncia à proteção estatal por parte do Direito Penal, representando, assim, uma causa excludente da tipicidade. Portanto, uma conduta consentida, com vontade consciente e livre de vícios, torna-se penalmente irrelevante. Sendo assim, pretende-se com a monografia estudar os critérios para um consentimento válido, dessa forma, examina-se os requisitos para que o consentimento seja justificante, tais como a vontade manifesta, a capacidade de compreensão por parte do ofendido, a disponibilidade do bem jurídico por parte do titular e, por fim, que a conduta perpetrada pelo destinatário do consentimento esteja dentro dos limites do consentimento dado pela vítima. No que tange aos objetivos específicos, pretende-se estudar, dentro do crime de estupro, o conceito de liberdade sexual, pois este é o bem jurídico tutelado; compreender a concepção acerca do consentimento do ofendido no Direito Penal; e, por fim, analisar o consentimento especificamente para o crime de estupro – o qual tem como tutela de proteção a liberdade sexual. Emprega-se o método hipotético-dedutivo para a elaboração dessa monografia, o qual consiste em construir ideias a partir de hipóteses, partindo de proposições mais gerais até o problema específico do trabalho. No tocante à metodologia aplicada, utiliza-se artigos e livros estrangeiros e nacionais, ademais, o presente trabalho traz algumas decisões judiciais passíveis de debates e de relação com a Teoria do Consentimento defendida aqui.

Palavras-chaves: Direito Penal. Crimes contra a liberdade sexual. Estupro.

ABSTRACT

The object of the present work is the consent of the victim – a concept studied in the general part of the Penal Code – applied to crimes against sexual dignity, in particular, the crime of rape. Consent is used to verify whether, in the analysis of the specific case, there was embarrassment and the crime of rape remained configured or if we are facing a socially appropriate conduct considering that, according to the Theory of Consent adopted by Claus Roxin and accepted in this study, consent represents a renounce of state protection by the Criminal Law, thus representing an excluding cause of typicality. Therefore, a consented conduct, with a conscious will and free from vices, becomes criminally irrelevant. Therefore, the aim of the monograph is to study the criteria for valid consent, thus examining the requirements for the consent to be justifiable, such as the manifest will, the ability to understand on the part of the victim, the availability of the legal asset on the part of the holder and, finally, that the conduct perpetrated by the recipient of consent is within the limits of the consent given by the victim. With regard to specific objectives, it is intended to study, within the crime of rape, the concept of sexual freedom, as this is the protected legal asset; understand the conception about the consent of the victim in Criminal Law; and, finally, to analyze the consent specifically for the crime of rape – which is protected by sexual freedom. The hypothetical-deductive method is used for the elaboration of this monograph, which consists of building ideas from hypotheses, starting from more general propositions to the specific problem of the work. Regarding the applied methodology, foreign and national articles and books are used, in addition, the present work brings some judicial decisions that can be debated and related to the Theory of Consent defended here.

Keywords: Criminal Law. Crimes against sexual freedom. Rape.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	3
2	LIBERDADE SEXUAL: DEFINIÇÃO CONCEITUAL E SUA REPERCUSSÃO NOS CRIMES PREVISTOS NO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO ...	6
2.1	A divergência doutrinária no que tange ao conceito de liberdade sexual: diferenciação do direito à liberdade em sentido amplo	6
2.2	A questão do bem jurídico sob o ponto de vista do comportamento típico no crime de estupro	12
2.2.1	Uma análise histórica: como era o crime de estupro nas primeiras civilizações e como este se desenvolveu até chegar ao conceito atualmente tipificado pelo Código Penal	12
2.2.2	O tipo penal propriamente dito: um estudo acerca do núcleo do tipo, o tipo subjetivo, como ocorre a consumação e as formas qualificadas pelo resultado	15
3	O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA ACERCA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SE VERIFICAR UM CONSENTIMENTO VÁLIDO	22
3.1	A teoria do consentimento: uma percepção histórica e a ausência de codificação expressa no Código Penal brasileiro	22
3.2	Os vícios de vontade como fatores que maculam o consentimento válido	29
4	O ELEMENTO IMPLÍCITO DO TIPO: A RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DO DISSENSO DA VÍTIMA PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO A PARTIR DE CASOS PRÁTICOS	33
4.1	Uma análise das decisões judiciais partindo dos requisitos para um consentimento válido	33
5	CONCLUSÃO	41
	REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir acerca de um conceito pouco debatido e de suma importância para o Direito Penal, que é o consentimento da vítima como forma de excluir a ocorrência dos crimes contra a dignidade sexual. Especificamente, quando se estuda o crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal brasileiro, verifica-se que o núcleo do tipo é “constranger”, implicando, assim, em um dissenso da vítima para a prática do ato de natureza sexual.

Tal temática merece destaque, pois, quando se analisa o caso em concreto, é de extrema dificuldade vislumbrar se o ato de cunho sexual havia sido consentido por ambas as partes ou se houve constrangimento por algum dos sujeitos, afinal, o consentimento é um elemento subjetivo de árdua comprovação. Dessa forma, com a presente monografia, busca-se uniformizar a análise que os operadores do Direito realizam quando se deparam com a trabalhosa verificação, no caso em comento, se restou devidamente configurado o dissenso da vítima ou, se esta consentiu com o ato. Tudo isso com o intuito de que os Tribunais e os juízes possam oferecer maior segurança jurídica através de suas jurisprudências em relação ao conceito subjetivo acima citado, assim, mantendo-as íntegras, coerentes e estáveis.

Sendo assim, surge a seguinte indagação: quais são os critérios adotados para se identificar, nos casos em concreto, se há ou não o consenso do sujeito passivo?

Ora, para responder à pergunta, é necessário entender o bem jurídico tutelado que, no caso, é a liberdade sexual. Em outras palavras, a sexualidade integra a própria condição humana, sendo assim, é de responsabilidade do Estado assegurar a todos a liberdade para exercer sua sexualidade da forma que bem entender, seja ela quanto à livre orientação sexual, bem como a disposição de seu próprio corpo. Entretanto, insta salientar que nem todo ato sexual que vai de encontro com as expectativas depreendidas é capaz de tornar-se um crime contra a dignidade sexual.

Em um primeiro momento, é possível definir a autodeterminação sexual como sendo o consentimento e a autonomia sexual da pessoa, ou seja, é quando o sujeito tem o poder de decidir sobre a prática e tolerância de atos sexuais e ainda, determinar o “quando”, “com quem” e “em quais condições” fazer ato de natureza sexual. Frisa-se, ainda, que a tutela da dignidade sexual está diretamente ligada à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, de forma a manter sua personalidade.

Dessa forma, com o contemporâneo estudo, busca-se responder ao problema de pesquisa utilizando-se da definição do direito à autodeterminação sexual e como este deve ser

exercido sem que ocorra a violação do bem indisponível. Afinal, a liberdade sexual merece uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger em toda sua dimensão a proteção genérica concedida ao conceito de liberdade em sentido amplo, pois a violência sexual é capaz de causar profundos traumas na vítima e atinge, intrinsecamente, os valores morais que dizem respeito à dignidade e à intimidade.

Com base no que foi dito, o objetivo geral da presente pesquisa consiste em estudar os critérios para se verificar o consentimento válido. Por outro lado, em relação aos objetivos específicos, intenta-se os seguintes: a) estudar, dentro do crime de estupro, o conceito de liberdade sexual; b) compreender a concepção acerca do consentimento no Direito Penal e; c) analisar o consentimento especificamente para o crime de estupro.

O trabalho desenvolvido possui natureza descritiva com o intuito de relatar, de forma minuciosa, acerca do consentimento e os seus respectivos limites e, além disso, como este elemento subjetivo interfere no bem jurídico tutelado no crime de estupro. Ademais, utiliza-se a metodologia qualitativa e o método hipotético-dedutivo para a elaboração da presente monografia, o qual consiste em construir ideias a partir de hipóteses, partindo de proposições mais gerais até o problema específico do trabalho com o objetivo de realizar uma melhor análise a respeito do assunto. No tocante à técnica aplicada, emprega-se um estudo que consiste na pesquisa bibliográfica através de artigos e livros estrangeiros e nacionais, fazendo-se uma revisão ampla e detalhada, com o objetivo de proporcionar melhor compreensão sobre o referido tema.

Com o intuito de alcançar maior entendimento do leitor acerca do tema, o presente encontra-se dividido em capítulos que partem de conceitos mais amplos (tais como a definição de bem jurídico e a liberdade sexual) até chegar em ensinamentos cada vez mais restritos (como, por exemplo, o consentimento e dissenso) aplicados ao tipo penal que corresponde ao estupro e uma análise de decisões judiciais envolvendo o referido tipo incriminador.

No primeiro capítulo, inicia-se explanando o que é bem jurídico, depois, aborda-se o princípio da intervenção mínima e o porquê do Direito Penal tutelar somente alguns bens indisponíveis, em seguida, define-se o conceito de liberdade em *lato sensu* e no *stricto sensu* – o qual diz respeito à liberdade sexual – e a diferença destes dois direitos fundamentais. Posteriormente, discute-se, de maneira genérica, os crimes contra a dignidade sexual sob a ótica do bem jurídico tutelado. Subsequentemente, saindo do plano abrangente (que são os crimes contra a dignidade sexual) e particularizando o crime de estupro, explica-se sobre os sujeitos do crime (sujeito ativo e passivo), o tipo penal, o elemento subjetivo, como se verifica a consumação do crime de estupro, a tentativa e, por fim, as formas qualificadas pelo resultado.

No capítulo seguinte, aborda-se as teorias do consentimento e a divergência das teorias adotadas por Claus Roxin e por Geerds – dando maior enfoque na Teoria da Imputação Objetiva. Ressalta-se que, aqui no Brasil, ainda não houve codificação expressa de qual dessas duas correntes doutrinárias deveria ser adotada, dessa forma, ambas as ideologias poderão vir a serem ratificadas, logo, torna-se relevante discorrer sobre cada teoria. Ademais, ainda no capítulo 2, conceitua-se o “consentimento” haja vista que este termo representa uma cessão do exercício do direito e, para o Direito Penal, vai além da clássica definição encontrada nos dicionários. O consentimento possui grande repercussão jurídica, pois este elemento subjetivo funciona como causa excludente da tipicidade ou da antijuridicidade – se for adotado o posicionamento de Geerds, o consentimento será capaz de excluir a antijuridicidade toda vez que o consentimento tornar a conduta socialmente adequada e excluirá a tipicidade quando o dissenso for elementar do tipo penal. Por outro lado, se for analisar sob a ótica de Claus Roxin, o consentimento sempre seria mera causa de justificação, excluindo, assim, a tipicidade do fato haja vista que o titular do bem jurídico opta pela renúncia da proteção estatal.

Para terminar, o terceiro capítulo versa sobre o dissenso da vítima e a possibilidade de caracterização do crime de estupro. Além disso, visa-se perceber, no caso em concreto, como é possível vislumbrar a oposição da vítima em relação ao ato de cunho sexual, quem pode dar esse consentimento, quais os critérios para um consentimento válido e se este deve se perdurar no tempo. Nesse capítulo, aplica-se a corrente doutrinária de Claus Roxin e, no Brasil, adotada por Juarez Cirino. Ademais, aborda-se, também, a questão dos erros essenciais que representam um erro quanto à natureza, à extensão e, até mesmo quanto à avaliação de sua abdicação em relação ao bem jurídico. Para fazer a análise proposta, o terceiro capítulo traz diversas decisões judiciais passíveis de críticas haja vista que estas vão de encontro à Teoria do Consentimento que deveria ser a adotada no Código Penal brasileiro.

2 LIBERDADE SEXUAL: DEFINIÇÃO CONCEITUAL E SUA REPERCUSSÃO NOS CRIMES PREVISTOS NO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

2.1 A divergência doutrinária no que tange ao conceito de liberdade sexual: diferenciação do direito à liberdade em sentido amplo

De início, importa definir bem jurídico como sendo o conjunto de interesses e bens do homem que o Direito busca proteger e reconhecer (LISZT, 1899, p. 94). Em outras palavras, bem jurídico também se apresenta como sendo os valores éticos-sociais que o ordenamento jurídico propõe defender, com o intuito de proporcionar paz social. Dessa forma, o Estado coloca tais direitos indisponíveis sob sua responsabilidade para que não seja possível violar os mesmos e sequer ameaçá-los (TOLEDO, 1994, p. 16). Nesse sentido, é possível perceber a importância da atuação do Direito Penal com a finalidade de impedir lesões (ou perigo de lesões) à tais bens jurídicos, afinal, o crime nada mais é do que a ofensa à um bem jurídico penalmente relevante.

Entretanto, importa destacar que nem todo e qualquer bem jurídico será tutelado no âmbito penal, afinal, esta atuação deve ser de forma subsidiária e fragmentária – ou seja, apenas quando outros ramos do direito forem insuficientes para gerar a reprimenda necessária. Sendo assim, não é certo buscar um provimento jurisdicional no âmbito penal – o qual deve ser utilizado em última *ratio* – quando for plenamente possível a utilização de outros ramos do Direito para ter sua pretensão executória atendida.

Em razão disso, surge o princípio da intervenção mínima, o qual impõe que o agente não merece sofrer reprovação no âmbito penal caso se verifique a mínima ofensividade da conduta do agente, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, a ínfima periculosidade do sujeito ativo e, por fim, a inexpressividade da lesão jurídica provocada (CONEGUNDES, 2020, p. 247). Dessa forma, observa-se que tal princípio veio para limitar e guiar o poder incriminador do qual o Estado possui. Dentre os bens jurídicos protegidos pelo Estado, podemos citar alguns que são de grande importância, tais como a vida, o patrimônio, a liberdade pessoal e a liberdade sexual.

Apesar de falar de duas espécies de liberdade, estas não se confundem. Afinal, a liberdade pessoal refere-se à liberdade que as pessoas possuem de circular livremente, e este é o bem jurídico tutelado no caso dos crimes de cárcere privado e de sequestro. Como diria Bitencourt (2014, p. 34), a liberdade individual é um dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade haja vista que este influencia os demais. Normalmente, utiliza-se a violação da liberdade pessoal para praticar outros crimes (configurando, assim, como crime meio), tais

como o roubo, extorsão mediante sequestro, o exercício arbitrário das próprias razões, a violação sexual mediante fraude e outros.

Sendo assim, a prática dos crimes acima citados viola, *a priori*, outros bens jurídicos diferentes da liberdade individual. Tal diferenciação se dá em razão destes bens jurídicos serem considerados mais significativos para a ordem sociojurídica. Logo, é correto afirmar que a liberdade individual fora violada, entretanto, a liberdade pessoal perde a sua autonomia típica e passa a receber proteção subsidiária. Em outras palavras, quando houver bem jurídico específico para um crime ou para um rol de crimes, aplica-se a liberdade somente como bem jurídico residual.

Por outro lado, a liberdade sexual possui sentido diverso que, em suma, conceitua-se como sendo o poder de decidir sobre a prática e tolerância de atos sexuais e ainda, determinar o “quando”, “com quem” e “em quais condições” fazer ato de natureza sexual. Essa distinção da liberdade geral e da liberdade sexual é necessária haja vista que a proteção genérica concedida à liberdade pessoal é ínfima quando comparada com a liberdade sexual; esta precisa de uma proteção penal específica por referir-se ao exercício da própria sexualidade e da disposição sobre o corpo (CONDE, 2019, p. 204).

Nesse sentido, observa-se que a liberdade sexual constitui um bem jurídico autônomo e distinto da liberdade no sentido abstrato, afinal, a liberdade sexual engloba o direito à autodeterminação sexual que consiste na autonomia do indivíduo de decidir sobre a prática (ou a recusa) de relações sexuais, bem como a escolha de seus parceiros, em qual momento e em quais condições. Portanto, não restam dúvidas de que a liberdade sexual é uma espécie do amplo gênero que tange a “liberdade individual”, dessa forma, percebe-se que os crimes contra a liberdade sexual, tais como estupro e violação sexual mediante fraude, afastam a incidência de crimes que violam a liberdade individual – como, por exemplo, a lesão corporal, o constrangimento ilegal e entre outros – em razão do princípio da especialidade.

Observa-se, ainda, que a liberdade sexual pode ser vista sob uma vertente positiva e outra negativa. Veja-se:

A vertente positiva liberdade sexual impõe a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, consiste na possibilidade que cada um tem de fazer as suas opções no domínio da sexualidade. Já a vertente negativa estabelece o direito de cada um a não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual contra a sua vontade (LEITE, 2004, p. 26).

Dessa forma, percebe-se que o modelo adotado pelo direito brasileiro é de que qualquer conduta praticada pelo sujeito ativo que “fuja do programado” ou que não seja dotado de anuência expressa do sujeito passivo, seria capaz para penalizar o agente em virtude da lesão

– mesmo que de forma indireta – à liberdade de autodeterminação sexual (KRAMER, 2018), conforme o disposto acerca da vertente negativa da liberdade sexual.

Afinal, os crimes contra a dignidade sexual são considerados crimes complexos e não se restringem somente à violação da liberdade alheia e sim, na utilização de violência, grave ameaça, ou até mesmo de fraude a qual repercute, diretamente, na capacidade da vítima de decidir se almeja naquele momento, naquele lugar e por aquela pessoa a realização de um ato de cunho sexual.

Ademais, a violência sexual também interfere na integridade moral e física das pessoas haja vista que o abuso sexual implica em um tratamento humilhante e degradante o qual coloca suas vítimas em uma posição de coisificação, gerando assim, inúmeras consequências do ponto de vista psíquico. Expõe-se também ao risco a integridade física da vítima considerando-se que tais atos forçados não prescindem de agressões corporais, logo, não é raro e nem distante observarmos casos de pessoas que, por exemplo, foram estupradas e tiveram como resultado morte ou lesões corporais de natureza grave/gravíssima (ACUÑA; GUZMÁN, 2018, p. 155).

Deve-se auferir a liberdade sexual e o direito à autodeterminação sexual utilizando-se de um contexto valorativo, sendo assim, é imprescindível analisar o caso concreto sob a ótica da moral sexual a fim de que seja analisado os limites dos relacionamentos entre as pessoas, ao contrário, haveria a violação a estes bens jurídicos de forma constante e demasiadamente abrangente (CONDE, 2019, p. 205).

A liberdade sexual pode ser entendida sob duas perspectivas: a primeira, é que as pessoas possuem a livre capacidade de disposição sobre seus corpos, ou seja, deve-se haver o consentimento para a realização de ato de natureza sexual com terceiros. Ressaltando que este ato deve ser desejado e almejado de forma livre e consciente. Por outro lado, temos a liberdade sexual também como sendo a capacidade do sujeito de optar por não executar alguma ação de cunho sexual que este não o deseje (DONNA, 1999, p. 384).

Ressalta-se que a tutela do bem jurídico pelo rol de crimes intitulados como “dos crimes contra a dignidade sexual” decorre de uma concepção moral, afinal, o Direito Penal Sexual se importava, inicialmente e exclusivamente, com a mulher e, só com a alteração legislativa dada pela Lei nº 11.106/2005 que se tornou possível termos a tutela da dignidade sexual do homem, por exemplo. Insta salientar, à título de exemplo, o artigo 216 do Código Penal que tipificava o delito de atentado violento ao pudor mediante fraude; este crime avançou do ponto de vista do novo direito penal sexual e suprimiu a expressão “mulher honesta” para o vocábulo “alguém”.

Ora, essa questão moral decorre de uma consagração religiosa judaico-cristão a qual colocou a mulher em uma posição discriminada e dotada de preconceito (SOUZA, 2020, p. 252). Frisa-se, por exemplo, que o antigo crime de sedução previsto no artigo 217 do Código Penal brasileiro tutelava, de maneira equivocada e discriminatória, o valor moral da mulher virgem. É nítido verificar que o conteúdo desta norma tinha como fundamento a moral predominante naquela época a qual a mulher deveria ser protegida de forma mais ampla, evidenciando, assim, a diferença de tratamento entre homens e mulheres (GRECO A.; RASSI, 2010, p. 133). Naquela época, a mulher não merecia tamanha proteção em virtude unicamente do seu gênero, mas sim em razão da honra de sua família, dos interesses patrimoniais de seu pai e da imposição e necessidade que havia de casar-se virgem, para, assim, ser considerada “mulher honesta”.

Com base no que foi dito, veja-se o seguinte trecho da obra de Souza (2020, p. 252):

[...] em matéria de crimes sexuais, de início, já há de se descartar a questão moral como objeto de tutela do Direito Penal. Preceitos de simples moralidade não podem consistir em referencial válido para a delimitação dos crimes sexuais, ou de quaisquer outros. O mais grave meio de controle estatal de condutas humanas não pode ter por referencial preceitos morais, em outras palavras, o Direito Penal não pode ser instrumento de moralismo paternalista.

Nesse sentido, é de suma importância afastarmos do bem jurídico tutelado (que, hoje em dia, é a liberdade sexual) outros termos que antigamente também eram utilizados como forma de conferir uma maior abrangência da tutela penal aos crimes de cunho sexual, tais como a “moral”, o “pudor” e a “normalidade sexual”, a “honestidade” e os “bons costumes”. Ora, estes conceitos possuem uma forte carga subjetiva e, de acordo com a citação de Luciano Anderson de Souza, o Direito Penal não pode ficar à mercê de crenças individuais, do estilo de vida adotado ou da concepção da sociedade a respeito de condutas tidas como “anormais”.

A partir de 2009, com a Lei nº 12.015, o Código Penal brasileiro deixou de fazer uso da expressão “crimes contra os costumes” – a qual mantinha a moral como elemento orientador – e passou a tratar este Título IV da Parte Especial como sendo “dos crimes contra a dignidade sexual”, dessa forma, o bem jurídico que passou a ser tutelado de forma mais clara possível foi a autodeterminação sexual das pessoas, a qual consiste na capacidade que os indivíduos tem de escolher em relação ao companheiro, ao local, de que forma o ato vai ser realizado, em qual momento, em quais condições e entre outros. Em outras palavras, o direito à autodeterminação sexual é a faculdade do indivíduo de determinar as condições e regras para a realização de ato de natureza sexual.

Apesar de substituir o termo “bons costumes” para a “dignidade sexual” ainda é possível perceber uma visão conservadora, moralista e demasiadamente ampla haja vista que o conceito de dignidade está relacionado com a honra, respeitabilidade e decência. Ou seja, apesar do Título IV da Parte Especial do Código Penal referir-se aos “crimes contra a dignidade sexual” o mais correto seria afirmar que este rol diz respeito a tutela da própria liberdade sexual, esta possuindo um valor ético-social que deve ser protegido frente à um perigo de lesão ou efetiva lesão.

Utiliza-se o “direito à autodeterminação sexual” como sendo o sentido mais categórico do bem jurídico protegido pelos crimes contra a dignidade sexual, pois este termo é mais complexo do que a mera “liberdade sexual” e é mais dogmático do que a “dignidade sexual”. Ademais, coleciona-se o trecho da obra de Luciano Anderson de Souza a qual diz respeito sobre a ótica que deve ser utilizada para analisar, no caso em concreto, se tal ato sexual merece tamanha reprovabilidade pelo Direito Penal:

Ademais, uma sociedade democrática e plural, como a brasileira, tem nos crimes sexuais o seguinte tripé de princípios: intervenção mínima, *in dubio pro libertate* e tolerância. Tais ideários auxiliam a delimitação de sentido do interesse legitimamente tutelado *in casu* (SOUZA, 2020, p. 253).

Dito isso, salienta-se que nem todo ato sexual que vai de encontro com as expectativas depreendidas é capaz de tornar-se um crime contra a dignidade sexual. Afinal, como diria Kramer e Denzel (2019, p.8): “A mera lamentação retrospectiva de um ato sexual não é comparável à experiência de um ato sexual forçado”. Logo, o poder punitivo estatal deve ser voltado para repelir comportamentos que atentam contra o direito à autodeterminação sexual, contudo, sem extrapolar o princípio da intervenção mínima presente no Direito Penal.

A respeito dos crimes de cunho sexual, importa destacar o princípio *in dubio pro reo* o qual possui a finalidade de proteger as pessoas denunciadas em virtude das arbitrariedades do Estado. Em uma breve síntese, é ônus da acusação provar que o sujeito cometeu algum crime e, caso haja dúvida acerca da autoria, materialidade ou da ocorrência dos fatos, o indivíduo deve ser absolvido ou posto em liberdade. Com base no que foi dito, repare o seguinte argumento de Nucci (2008, p. 97):

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu e sua liberdade e o direito-dever do Estado punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo está na previsão de absolvição quando não existem provas suficientes na imputação formulada.

Apesar de nos crimes sexuais a palavra da vítima possuir maior relevância, esta deve ser interpretada de acordo com outros elementos de prova que possam corroborar com tal

depoimento, tudo isso com o intuito de respeitar o pressuposto do *in dubio pro reo*. Ou seja, não é viável condenar o réu em face de um testemunho inconsistente e exclusivo da vítima.

Por fim, o respeito à dignidade sexual envolve a tolerância de atos de cunho sexual realizados por pessoas adultas, desde que tais ações sejam consentidas, livre de violência ou grave ameaça e sem contrariedades. Com base no que foi dito, qualquer pessoa pode se tornar vítima de crime contra a dignidade sexual quando sofrer coação física ou moral para praticar ato que satisfaça lascívia do sujeito ativo sem que haja a concordância do sujeito passivo para a prática da ação sexual – neste caso, restaria configurado o crime de estupro (NUCCI, 2015, p. 26).

Ainda falando sobre a liberdade sexual, é de suma importância destacar que as pessoas menores de 14 (catorze) anos não possuem discernimento necessário para consentir ou abnuir a realização de ato de cunho sexual. Deste modo, com o intuito de preservar a formação moral de crianças e adolescentes, o Direito Penal também tutela o amadurecimento sexual da pessoa menor de 14 anos sob o argumento de que este indivíduo não está apto para dispor livremente do seu direito à autodeterminação sexual. Afinal, busca-se proteger o desenvolvimento físico e psíquico dos menores, sem que este progresso sofra influências indevidas dos adultos em suas vidas sexuais (ACUÑA; GUZMÁN, 2018, p. 155).

Para finalizar o presente e introduzir um pouco o que vai ser discutido no próximo tópico, o estupro que conhecemos e que está presente no artigo 213 do Código Penal brasileiro foi desenvolvido com o passar dos anos e passou a ter um olhar mais moderno e contemporâneo. Afinal, tomando como base as Ordenações Filipinas, o estupro voluntário de mulher virgem implicava na necessidade do agressor de casar-se com a mulher virgem – mesmo sendo tal ato consentido por ambos – ou, na impossibilidade de casar-se, havia a obrigação de constituir dote a mulher. Por outro lado, se houvesse o estupro com o dissenso da mulher honesta, o agente seria punido com morte, ainda que contraísse matrimônio com a vítima. Avançando de forma lenta e gradativa, o Código Criminal do Império punia a relação sexual com mulher honesta que utilizasse de violência ou grave ameaça, daí, aplicava-se uma pena privativa de liberdade cumulada com a obrigação de pagar o dote; entretanto, se a relação forçada fosse contra prostituta, a pena de prisão era diminuída e o dote deixava de ser obrigatório (SOUZA, 2020, p. 253).

Em relação ao Código Penal brasileiro de 1890, começou a ser punível o estupro de mulher virgem ou não (sendo indispensável que esta fosse honesta), com a utilização de violência ou diminuição da capacidade de resistência. Inovando, o Código Penal de 1940 dividiu o estupro como sendo o constrangimento da mulher à conjunção carnal (ou seja, cópula

sexual) e o atentado violento ao pudor – que consistia em constranger alguém à prática ou permissão de prática de ato libidinoso.

Por fim, adveio a Lei nº 12.015/2009 a qual fundiu os delitos de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal o que acarretou em uma diminuição do preconceito e uma atenuação do machismo no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual (NUCCI, 2015, p. 18). No próximo tópico, será tratado de forma mais aprofundada sobre o delito de estupro em face da alteração legislativa acima citada.

2.2 A questão do bem jurídico sob o ponto de vista do comportamento típico no crime de estupro

Não restam dúvidas de que a liberdade sexual é o bem jurídico tutelado pelo Estado quando o legislador tipifica expressamente os crimes de estupro, importunação sexual, violação sexual mediante fraude e assédio sexual. Com o intuito de delimitar o presente trabalho e não o deixar demasiadamente extenso, opta-se por fazer uma análise minuciosa e única do crime de estupro. Nesse sentido, inicia-se estudando o crime de estupro nas primeiras civilizações e como o delito foi sendo desenvolvido, seguindo a linha cronológica, até chegar na atual tipificação. Em seguida, observa-se a redação vigente do artigo 213 do Código Penal brasileiro buscando discorrer sobre os principais elementos do tipo penal, tais como: quem pode ser sujeito ativo e passivo, o que significa o verbo “constranger”, quais elementos consistem o tipo subjetivo, como se consuma o crime de estupro e quais as formas qualificadas em razão do resultado.

2.2.1 Uma análise histórica: como era o crime de estupro nas primeiras civilizações e como este se desenvolveu até chegar ao conceito atualmente tipificado pelo Código Penal

Em um primeiro momento, percebe-se que o crime de estupro sempre foi punido de forma severa. Os hebreus, por exemplo, puniam com pena de morte aquele que praticava conjunção carnal violenta com moça prometida em casamento; e ainda, se a moça não fosse desposada, o sujeito ativo precisaria pagar 50 ciclos de prata ao pai da vítima e casar-se com ela. Por outro lado, os egípcios puniam o agente com a pena de mutilação. Enquanto na Grécia antiga, em um primeiro momento, a pena para o sujeito ativo era apenas multa, porém, com o intuito de afastar os abusos, a pena passou a ser de morte (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1891, p. 103). Em contrapartida, no direito romano, previa-se o *stuprum* a partir de duas vertentes: uma que possui sentido mais amplo e que abarcava toda a conjunção carnal ilícita (a qual compreendia, também, o adultério e a relação sexual entre um homem mais velho e um

menino novo) e o aspecto restrito o qual incriminava a união carnal com mulher virgem ou não casada, mas que fosse honesta (NUCCI, 2015, p. 29).

A seu turno, na Idade Média, também se aplicava a pena de morte para aquele que cometia o crime de *stuprum violentum*. Insta salientar o Livro V das Ordenações Filipinas que previa a pena de morte para “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher”. Ora, é importante notar que tal dispositivo não excluía a pena de morte ainda que o sujeito ativo se casasse com a vítima (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1891, p. 103).

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, no Códex de 1830, o artigo 222 deixou a reprimenda do crime de estupro ainda mais branda ao prever a pena apenas de 3 a 12 anos e dote à ofendida. Por outro lado, se a vítima fosse prostituta, tal reprimenda era diminuída para o quantum de 1 mês até 2 anos. Ressalta-se que o casamento com o sujeito ativo ainda era uma das formas de extinção da punibilidade, de acordo com o artigo 225 da referida legislação. Porém, a denominação do estupro propriamente dito somente foi prevista no Código de 1890, de acordo com o artigo 268; dispositivo este que abarcava as relações sexuais praticadas mediante violência, prevendo, novamente, a diminuição da pena caso a mulher fosse prostituta (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1891, p. 104).

Por outro lado, no Código Penal de 1940 em sua redação original, passou a prever o crime de estupro e o de atentado violento ao pudor inseridos no rol denominado “dos crimes contra os costumes”. Este Título dividia-se em cinco grupos, os quais eram: “dos crimes contra a liberdade sexual” que abarcava os tipos penais do estupro, do atentado violento ao pudor, da posse sexual mediante fraude e, por fim, do atentado ao pudor mediante fraude. O segundo grupo dizia respeito à sedução e a corrupção de menores; em contrapartida, o terceiro capítulo abarcava as modalidades de rapto enquanto a quarta parte tipificava as diversas formas de lenocínio e, por fim, o quinto capítulo versava sobre as modalidades do ultraje público ao pudor (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1891, p. 93). Ora, percebe-se que a utilização do termo “crimes contra os costumes” possui uma grande carga subjetiva, afinal, diz respeito à padrões ético-sociais vigentes na sociedade daquela época. Ou seja, a ideia deste Título era proteger a moral sexual e outros hábitos puritanos (BITENCOURT, 2014, p. 57). Critica-se essa expressão haja vista que o Direito Penal deveria ter sua intervenção limitada, ou seja, não deveria interferir na vida privada, pois a dignidade sexual não deve ser guiada sob o ponto de vista moralista, religioso ou conservador.

Destaca-se que, de acordo com o Código Penal de 1940, o crime de estupro somente poderia ter como sujeito ativo pessoas do sexo masculino e a vítima apenas poderia ser mulher.

Ou seja, originalmente, o crime de estupro era considerado um crime próprio haja vista que o tipo penal exigia a característica de “homem” para configurar como sujeito ativo (SOUZA, 2020, p. 259).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve alteração do artigo 213 do Código Penal e substituiu-se a expressão “mulher” pelo termo “alguém”, logo, previa-se a possibilidade da mulher configurar como sujeito ativo do crime de estupro e do homem configurar como vítima, com isso, o crime passou a ser considerado comum. Em relação ao concurso de agentes, atualmente, há previsão do denominado “estupro coletivo” que é uma causa de aumento de pena disposta no artigo 226, inciso IV, alínea “a” do Código Penal brasileiro. Há ainda a possibilidade de aumentar a pena até a metade caso o sujeito ativo do crime de estupro seja ascendente, padrasto, madrasta, irmão, cônjuge, companheiro, tio, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, tudo isso em conformidade com o disposto no artigo 226, inciso II da legislação em comento (SOUZA, 2020, p. 261).

Salienta-se que alguns autores tidos como mais tradicionais (Nelson Hungria e Magalhães Noronha), em meados de 1950, quando, na época, o Código Penal vigente era o de 1940, consideravam que era impossível o marido afigurar como sujeito ativo no crime de estupro, sob o argumento de que, com o casamento, surge-se o dever de coabitação e assim, os consortes tinham o dever de manter relações sexuais em face da obrigação matrimonial. Logo, caso a mulher se recusasse de forma injustificada a realizar ato de caráter sexual com seu marido, este poderia forçá-la sem que cometesse crime em virtude de estar presente a excludente da ilicitude chamada de “exercício regular do direito” (SANTOS, João, 2019). Frisa-se que esse posicionamento obsoleto é reflexo de um meio social machista, conservador, sexista, com forte influência da religião e que coloca o gênero feminino numa posição desigual, inferiorizando-a e reduzindo-a a objeto de satisfação das vontades de cunho sexual do gênero masculino.

É importante ressaltar que esse, atualmente, não é o entendimento dominante, por exemplo, Cezar Roberto Bitencourt posiciona-se de modo diverso, afinal, não há dúvidas acerca da ocorrência de constrangimento ilegal na situação ora narrada. Dessa forma, o doutrinador sustenta que: “Nenhum dos cônjuges tem o direito de subjugar seu consorte e submetê-lo, contra a sua vontade, à prática sexual, seja de que natureza for.” (BITENCOURT, 2014, p. 41).

Conforme foi dito no tópico anterior, a Lei nº 12.015/2009 passou a reunir o delito de estupro e atentado violento ao pudor em uma única figura delitiva. Em um primeiro momento, é importante frisar que não houve a *abolitio criminis* haja vista que ocorreu a

continuidade típico-normativa. Com a previsão das duas modalidades de condutas em um único dispositivo, o referido artigo passou a ser um tipo misto alternativo o qual traduz que se o agente praticar conjunção carnal e ato libidinoso dentro do mesmo contexto fático, não haverá a ocorrência de concurso de crimes, mas sim, a configuração de um único delito (BITENCOURT, 2014, p. 39).

Insta salientar que, com a edição da lei acima citada, o estupro deixa de ser crime próprio para ser crime comum, concedendo, assim, tratamento igualitário entre homens e mulheres. Logo, qualquer pessoa pode configurar como sujeito passivo deste crime, desde que seja maior de 14 anos, afinal, se for menor de 14 anos, será o crime de estupro de vulnerável. Ressalta-se que o crime de estupro pode ocorrer independentemente de ser uma relação hetero ou homossexual.

2.2.2 O tipo penal propriamente dito: um estudo acerca do núcleo do tipo, o tipo subjetivo, como ocorre a consumação e as formas qualificadas pelo resultado

Para iniciar a análise do tipo penal, coleciona-se o seguinte trecho de Nucci (2015, p. 29):

Trata-se de crime grave, por abranger a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, tais como a liberdade, a integridade física, a honra, a saúde individual e, em último grau, a vida. O estuprador subjuga a vítima, a ponto de lhe tolher a liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de lhe invadir a intimidade, por meio de relação sexual forçada, maculando sua autoestima e podendo gerar danos à sua saúde física e mental.

Ora, verifica-se que o estupro nada mais é do que um tipo penal específico da conduta descrita no artigo 146 do Código Penal – o qual se refere ao constrangimento ilegal. O estupro tem como núcleo do tipo o verbo “constranger” que remete à ideia de compelir; forçar; tolher a liberdade de alguém, utilizando-se da violência física ou grave ameaça (a qual é uma espécie de violência que incide no psíquico da vítima; ela é capaz de interferir na vontade do agente) com o intuito de ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Insta destacar que a grave ameaça se refere a um mal iminente, grave e sério o qual causa demasiado temor na vítima, a ponto de, com medo de sofrer o mal que o agente havia prometido, ele “cede” à resistência e sujeita-se à cópula carnal ou ao ato libidinoso. Ainda falando sobre a grave ameaça, é relevante levar em consideração a idade e o contexto social da vítima com o intuito de verificar se a intimidação foi tamanha que o sujeito passivo não conseguiu resistir em razão do medo proporcionado (PRADO, 2019, p. 932). Um exemplo de

grave ameaça seria o caso do agente que coloca um revólver na cabeça da filha do sujeito passivo com o intuito de obrigar a vítima (mãe da menina) a realizar ato de natureza sexual.

Antes de tudo, observa-se que o dispositivo, agora, possui dois núcleos do tipo – que é “ter” e “praticar”. Note o que Luciano Anderson de Souza diz a respeito deste tipo misto alternativo:

Ter conjunção carnal traz a ideia de alcançar, lograr, conseguir ou obter a introdução total ou parcial do órgão genital masculino no feminino. Por sua vez, praticar ato libidinoso significa realizar, efetuar, perpetrar, um comportamento voluptuoso, lascivo, equivalente à cópula vagínica, como sexo oral, sexo anal, introdução de dedos ou objetos no ânus ou vagina, masturbação do agente etc. (SOUZA, 2020, p. 274)

Realizando uma análise do tipo penal, conceitua-se “conjunção carnal” como sendo a cópula vagínica, ou seja, a penetração do pênis na vagina. Dito isso, percebe-se que o sexo oral e o coito anal não se adequam à noção de conjunção carnal haja vista que o ânus e a boca não são tidos como órgãos genitais (HUNGRIA; LACERDA; FRAGOSO, 1891, p. 106). Percebe-se que essa primeira parte do artigo 213 do Código Penal preceitua o anterior crime de estupro o qual tinha que somente a mulher poderia ser vítima deste crime.

Ademais, na segunda parte do referido artigo, o agente constrange a vítima mediante violência ou grave ameaça e obriga o sujeito passivo a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Entende-se ato libidinoso como sendo elemento normativo extrajurídico e conceitua-se como ato de caráter sexual que satisfaça lascívia. Ou ainda, pode-se definir ato libidinoso como sendo ato capaz de gerar prazer sexual, segundo Nucci (2015, p. 61).

Nesse sentido, vejamos alguns exemplos de atos citados por Luiz Regis Prado que se enquadram na definição acima citada e são dignos de reprovação no âmbito penal:

Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. (PRADO, 2019, p. 931)

Insta salientar que não se enquadra como atos libidinosos os atos de cunho sexual praticados contra cadáveres (necrofilia) ou contra os animais (zooerastia). Nota-se, também, que a incriminação na segunda parte do tipo penal abrange o comportamento do agente exigir da vítima um comportamento ativo, obrigando-a a praticar algum ato libidinoso (como, por exemplo, forçar o sujeito passivo a masturbar o violentador) e ainda, prevê-se a incriminação do agente que constrange a vítima à submeter-se a uma situação passiva, tendo como exemplo

o sexo anal, onde o sujeito ativo introduz o pênis ou outros objetos no ânus do sujeito passivo (PRADO, 2019, p. 931).

É de suma importância destacar que tais atos devem possuir relevância e merecem tamanha reprovabilidade, afinal, é desproporcional punir com a pena mínima de 6 anos de reclusão atos considerados de menor importância como passar as mãos nas coxas, nos seios ou nas nádegas do sujeito passivo, um beijo lascivo ou um abraço forçado, quando praticados em ambiente público ou de fácil acesso ao público, configuram contravenções penais fazendo jus, apenas, à pena de multa (BITENCOURT, 2014, p. 45).

Entretanto, tal raciocínio dava margem a impunidades e, em razão do aumento de casos de homens ejaculando em transportes coletivos p. ex., adveio a Lei nº 13.718 que foi responsável por revogar o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais e tipificou o delito de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal o qual abarca diversas condutas como beijos, apalpadinhas, acostamentos, esbarrões e outras ações voluptuosas que não sejam tão invasivas como a conjunção carnal e o ato libidinoso (SOUZA, 2020, p. 262).

Ressalta-se que o dissenso da vítima constitui elemento cuja ausência torna impossível a configuração concreta de um fato típico e, como tal, relevante para o direito penal. Para verificar o dissenso do sujeito passivo, deve-se verificar, com clareza, um sentimento de “repulsa” e “abominação” para a prática do ato sexual, ou seja, o dissenso por parte da vítima, razoável, sincero, efetivo, visível e detectável. Com base no que foi dito, o dissenso deve ser tão real a ponto de transmitir ao ofensor a mensagem de sua contrariedade (KRAMER; DENZEL, 2019). Entretanto, tal tema é abordado de forma minuciosa e descritiva no capítulo seguinte, sendo assim, não serão feitas grandes explicações no presente momento.

Após toda a análise do tipo objetivo, procede-se com o exame do tipo subjetivo. O elemento subjetivo do tipo é o dolo e há divergência doutrinária a respeito da necessidade do “especial fim de agir” no que se refere ao ato libidinoso. Luiz Regis Prado, por exemplo, entende que o termo “libidinoso” traz uma ideia de prazer; satisfação de lascívia, logo, o agente deve constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, com o intuito de praticar ato de caráter sexual com o objetivo de satisfazer seus desejos sexuais. Assim, exige-se a presença de um ânimo lúbrico.

Por outro lado, Rogério Greco conclui pela desnecessidade de que o agente atue com o objetivo de satisfazer sua libido, sendo necessário apenas o dolo como elemento subjetivo do tipo. Dessa forma, se o agente constrange a vítima com o intuito de realizar cópula vagínica ou praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso, não há a necessidade de

verificar a motivação do agente. A finalidade, portanto, repercutiria apenas na dosimetria da pena, sendo indiferente para a configuração do delito.

Na realidade, pune-se de forma objetiva a intenção da prática de ato de natureza sexual. Ou seja, mesmo que não se reste comprovado o elemento subjetivo especial do tipo, se o crime for consumado ou tentado, haverá a devida responsabilização no âmbito penal (SOUZA, 2020, p. 263). Sendo assim, o tipo subjetivo consiste no dolo que é a consciência de praticar o tipo penal somado com a vontade de realizar ato libidinoso ou conjunção carnal com a vítima com o intuito de satisfazer-se ou de, sem motivos implícitos, praticar ato de caráter sexual.

Por fim, destaca-se que é inadmissível a modalidade culposa do crime de estupro haja vista que não há disposição legal expressa no sentido de permitir sua tipificação (GRECO R., 2017, p. 79).

Em se tratando da consumação do crime de estupro, dá-se com a introdução do pênis na cavidade vaginal – na modalidade que se refere à conjunção carnal. Insta salientar que a penetração pode ser total ou parcial, sendo a parcial suficiente para restar consumado o crime de estupro. Ademais, é de suma importância destacar que é desnecessário que o sujeito ativo satisfaça sua lascívia, porém, caso o sujeito ativo ejacule durante a cópula vagínica, tal fato será levado em consideração com o intuito de agravar a pena-base, de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (SOUZA, 2020, p. 264).

Em relação aos atos libidinosos, estes se consumam com o início do sexo oral, anal, ou de toques nas genitálias, seios, nádegas e outras partes pudendas. Ressalta-se que a consumação do estupro pode se dar sem o contato físico, que seria o caso, por exemplo, do agente coagir a vítima, com um revólver em sua cabeça, a despir-se com a finalidade de que ele se masturbe e satisfaça sua lascívia. Nesse caso, houve a prática de ato libidinoso, mediante grave ameaça, realizado sem contato físico direto, porém, sendo completamente possível a adequação típica ao crime em análise (NUCCI, 2015, p. 31).

Acrescenta-se que, quando o sujeito ativo realiza o verbo do tipo (constranger) o mesmo está dando início aos chamados de atos executórios.

Por se tratar de crime material, é perfeitamente cabível a tentativa no delito de estupro. Dessa forma, o sujeito ativo realizou o constrangimento, porém, em virtude de circunstâncias alheias à vontade do agente, não houve a consumação da conjunção carnal ou do ato libidinoso (SOUZA, 2020, p. 264). Por exemplo, há a tentativa quando o agente, após dominar a vítima com o intuito de praticar ato libidinoso, é surpreendido por policiais que

ingressaram no local e impediram a efetiva consumação do ato de caráter sexual ou ainda, quando a ofendida consegue se soltar e empreender fuga do local.

Analisando os §§1º e 2º do artigo 213 do Código Penal, é possível afirmar que o legislador previu uma qualificadora pela particularidade da vítima e duas qualificadoras do crime de estupro em virtude do resultado. A primeira diz respeito à idade da vítima, ou seja, haverá um recrudescimento da pena, prevendo, assim, um novo quantum de 8 a 12 anos caso o estupro possua como sujeito passivo menor de 18 anos, mas, sendo maior de 14 anos. Afinal, se fosse menor de 14 anos, ressalta-se, novamente, que estaríamos diante do estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A do Código Penal.

Caso o estupro resulte em lesão corporal grave (ou gravíssima), incorrerá no mesmo quantum acima citado. Entretanto, caso o estupro seja seguido de morte da vítima, o novo quantum será de 12 a 30 anos. Salienta-se que estamos diante de hipóteses preterdolosas, ou seja, quando há dolo no estupro e culpa no resultado lesão corporal grave ou morte. Caso houvesse dolo nos dois delitos, era para ter o reconhecimento do concurso formal ou material e, assim, maior reprimenda. Contudo, o crime preterdoloso do estupro com resultado morte possuirá exatamente a mesma pena na situação de dolo no estupro e dolo na morte. E, no caso do resultado lesão corporal grave, a pena mínima do somatório é idêntica à da figura preterdolosa. Portanto, evidencia-se que o legislador agiu de maneira equivocada quando colocou no mesmo patamar o resultado advindo de dolo ou de culpa (SOUZA, 2020, p. 264).

Insta salientar que, se do estupro resultar em lesões corporais de natureza leve, este delito será absorvido pelo estupro em detrimento da violência empregada pelo agente a qual é prevista no tipo penal, tudo isso em conformidade com o princípio da consunção (PRADO, 2019, p. 936).

As causas de aumento de pena dos crimes contra a dignidade sexual previstos nos Capítulos I e II estão previstas no artigo 226 do Código Penal; a primeira causa de aumento versa sobre o concurso de pessoas e, ao invés de aplicar o quantum de diminuição de pena que consta no artigo 29 da parte geral do Códex Penal, aplica-se o aumento na fração de 1/3 (um terço) até 2/3 (dois terços) se o crime é cometido na modalidade chamada de “estupro coletivo” – que é quando há o concurso de dois ou mais agentes – pune-se de forma mais severa haja vista que, quanto mais pessoas participam do delito, menor é a possibilidade da vítima resistir; ou, quando ocorre o denominado “estupro corretivo” que é quando o sujeito ativo pratica este crime com o intuito de controlar o comportamento social ou sexual da vítima. Um exemplo do estupro corretivo seria quando um homem estupra uma mulher lésbica com o intuito de que a mulher passe a adotar comportamentos heterossexuais (SOUZA, 2020, p. 265).

Seguindo a mesma linha de raciocínio de Rogério Greco, entende-se que a incidência desta causa de aumento deve ser aplicada se os agentes praticarem, em conjunto, atos executórios no intuito de obter a consumação do crime de estupro com a prática da conjunção carnal ou de ato libidinoso (GRECO R., 2017, p. 86).

Conforme já dito anteriormente, a segunda hipótese da causa de aumento está prevista no artigo 226, inciso II da legislação penal brasileira e aumenta-se metade (1/2) da pena se o estupro cometido tiver como sujeito ativo o tio, padrasto, madrasta, ascendente (pais, avós, bisavós etc), irmão, cônjuge, companheiro, curador, tutor, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela. Ressalta-se que, segundo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, a causa de aumento ora em análise incide sempre que restar comprovada a relação de autoridade do sujeito ativo e da vítima, logo, a aplicação da majorante não é restrita às relações afetivas (BRASIL, 2019).

Salienta-se que o artigo 234-A, inciso III do Código Penal também prevê causas de aumento que podem ser aplicadas em todos os delitos referentes ao Título IV, tal como o aumento de metade até 2/3 (dois terços) se, em razão do crime, resulta-se na gravidez da vítima. E também, aumenta-se a pena de 1/6 (um sexto) até a metade se o sujeito ativo transmite à vítima doença sexualmente transmissível que sabe que é portador ou que deveria saber ser ou ainda, se a vítima for idosa ou portadora de deficiência.

Para realmente ocorrer esse aumento de pena, é necessário que o agente, efetivamente, tenha transmitido a doença para a vítima; caso não haja a transmissão, o sujeito ativo responderá em concurso formal pelo delito de estupro e pelo crime de perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130 do Códex Penal (SOUZA, 2020, p. 265).

Por fim, em relação à ação penal do crime de estupro, percebe-se que na redação original do Código Penal de 1940, o estupro era considerado ação penal privada e muitas vezes, a vítima optava por não oferecer queixa e dar início ao processo penal, logo, diversos agentes se safavam e não eram devidamente punidos. Em virtude disso, a Lei nº 12.015 de 2009 alterou a redação original e o crime de estupro passou a ser ação penal pública condicionada à representação, ou seja, caso a vítima maior de 18 anos representasse, o Ministério Público iria oferecer denúncia com o intuito de instaurar o processo. Entretanto, em 2018 sobreveio a Lei nº 13.718 e estabeleceu que a ação penal do crime de estupro passa a ser pública incondicionada, conforme o disposto no artigo 225 do Código Penal. Ademais, frisa-se que os processos que versam sobre o estupro correm em segredo de justiça, de acordo com o artigo 234-B do Código Penal.

Portanto, encerra-se a presente análise do delito de estupro e passa-se a estudar acerca das teorias do consentimento e a repercussão deste elemento subjetivo para a configuração do crime de estupro como fato típico, antijurídico e o agente configurando como sujeito culpável.

3 O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NO DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE DOCTRINÁRIA ACERCA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SE VERIFICAR UM CONSENTIMENTO VÁLIDO

3.1 A teoria do consentimento: uma percepção histórica e a ausência de codificação expressa no Código Penal brasileiro

Com base no direito romano, a origem do consentimento parte da máxima jurídica romana que é: “*nulla injuria est, quae volentem fiat*”, proferida por Ulpiano (170-228 d.C) a qual significa que “aquilo que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto”, ou seja, o indivíduo possuía demasiado poder sobre seus bens jurídicos e quase não sofria limitações. Posteriormente, tal brocado foi influenciado pela teoria do direito natural e passou a ser da seguinte forma: “*volenti non fit injuria*”, isto é, se o crime é uma violação de direitos subjetivos, o consentimento seria a renúncia destes, constituindo, assim, uma cessão ao exercício do direito (ROXIN, 1997, p. 511).

De acordo com a Teoria de Feurbach, o consentimento do ofendido não atuaria nem como excludente da tipicidade e tampouco como excludente da ilicitude, mas sim como uma permissão ou uma mera faculdade. Por outro lado, na Teoria do negócio jurídico – a qual foi criada por Zitelmann – entende-se que o consentimento dado possui natureza negocial e que, se as ações forem consentidas e não forem contrárias ao direito privado, é possível ter a sua eficácia como sendo causa de exclusão da antijuridicidade, afinal, o consentimento representaria uma manifestação de vontade do titular com o intuito de autorizar o destinatário para que ele cumpra o que fora estabelecido. Em contraposição à Teoria do negócio jurídico, Ernesto Heinitz entende que nem toda manifestação de vontade seria um negócio jurídico e ainda, Edmund Mezger infere que o consentimento utilizado no Direito Penal se diferencia do consentimento como negócio jurídico haja vista que o primeiro é utilizado como causa de justificação, assim, é irrelevante que o Direito Penal leve em consideração o negócio jurídico presente no âmbito do Direito Civil (PIERANGELI, 2001, p. 73).

Sob outra perspectiva, temos a Teoria da ação jurídica a qual prevê o consentimento como forma de tornar a conduta lícita haja vista que o titular do bem jurídico consentiu com a ofensa ao seu bem, ou seja, ele renunciou a proteção jurídica conferida. Nessa mesma ótica, Hans Welzel depreende que, se a conduta estiver em conformidade com o que fora consentido pelo titular, este ato é lícito. E ainda, leciona que o consentimento deve ser sério e verdadeiro, assim, afastando a anuência dada por ébrios ou quando algum ato for consentido em virtude de

violência ou grave ameaça, ademais, o consentimento deve estar em consonância com os bons costumes, caso contrário, a conduta será ilícita (PIERANGELI, 2001, p. 79).

Hoje em dia, com a devida estruturação do crime como sendo um fato típico, ilícito e culpável, de acordo com a doutrina adotada, é possível que o operador do direito adote uma interpretação de que o consentimento da vítima caracteriza como sendo uma causa excludente da tipicidade ou causa supralegal de exclusão da antijuridicidade. Partindo do posicionamento majoritário de Geerds, evidencia-se uma concepção dualista entre “acordo” e “consentimento” haja vista que estes possuem conceitos distintos; o primeiro tem caráter de excluir a tipicidade do fato haja vista que não se verifica a lesão de um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Em contrapartida, o consentimento justificante não seria causa de excludente do tipo, mas sim, mera causa de justificação em virtude de o dissenso não ser elemento integrante do tipo. Ou melhor, entende-se que o bem jurídico realmente sofreu uma lesão e que este merece a proteção penal ainda que tenha sido consentido, pois a autonomia individual não esgota o bem jurídico, daí, o fato vai ser típico, porém, não será ilícito (ROXIN, 1997, p. 511).

Nesse sentido, Andrade (1983, p. 100) leciona que, quando a conduta típica for contrária à vontade do indivíduo, o consentimento do ofendido será suficiente para converter a conduta em um fato socialmente positivo, ou seja, seria considerado um fato como qualquer outro; sem nenhuma importância jurídica-penal. Entretanto, existem condutas que, mesmo havendo o consentimento, elas atingem valores autônomos para a coletividade, daí, o consentimento da vítima afastará apenas a ilicitude. Salienta-se que o mencionado autor é português, dessa forma, é importante destacar que o Código Penal português, em seu artigo 38.º, adota expressamente o consentimento do ofendido como sendo uma causa geral de exclusão da ilicitude.

De acordo com a doutrina minoritária encabeçada por Claus Roxin e, adotada no Brasil por Juarez Cirino, o consentimento do ofendido não configura como sendo uma causa de justificação, mas sim uma ponderação de bens jurídicos, pois trata-se de uma liberdade constitucional de ação, assim, não é viável configurar um agir típico haja vista que o portador do bem jurídico renunciou à proteção do bem tutelado pelo Estado. Nesse sentido, tal excludente configura como sendo legítimo exercício do direito de liberdade de ação do indivíduo, pois é incoerente afirmar que houve lesão ao bem jurídico, quando, na verdade, o seu titular dispôs deste (ROXIN, 1997, p. 518).

O posicionamento mais coerente e que merece acolhimento é o de Claus Roxin, afinal, o titular que dispõe de forma livre e inequívoca do seu bem jurídico protegido pelo Estado – que não se enquadre como sendo bem jurídico indisponível – exerce apenas seu direito

à liberdade individual. Desse modo, quando o ofendido opta por consentir com a deterioração (parcial ou total) do seu bem jurídico pessoal, ele demonstra a nítida renúncia à tutela penal e ainda, percebe-se também uma cooperação do titular do bem no exercício do prejuízo ou da destruição da coisa.

Nesse sentido, evidencia-se que o consciente é quem pode decidir aquilo que melhor lhe serve para a satisfação dos seus interesses pessoais e do seu bem-estar. Por fim, ressalta-se também que, conforme foi dito anteriormente, o Estado deve intervir de forma limitada haja vista que o Direito Penal não deve incidir sobre situações de cunho exclusivamente privado. Sendo assim, não há dúvidas de que o consentimento deve ser classificado como uma causa de exclusão da tipicidade em função do direito constitucional ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Ora, define-se o consentimento do ofendido como sendo a autorização inequívoca e incontestável a qual a vítima permite que um terceiro realize intervenção em um de seus bens disponíveis de tal forma que possa haver repercussões jurídicas na seara criminal. O termo “consentir” é derivado do latim e significa concordar; estar de acordo; é o exercício da autonomia da vontade; é a manifestação da liberdade. Para Moncada (1942, p. 4), o consentimento seria a manifestação ou revelação de um estado de espírito que se caracteriza através da falta de contraste entre a vontade do consciente e a realização da ação pelo destinatário deste consentimento.

Ressalta-se que tal anuência somente é possível nos crimes que tutelam bens jurídicos individuais, tal como a liberdade sexual, afinal, se, de um lado estamos diante do interesse pela liberdade individual, do outro, tem-se o interesse da sociedade em relação à conservação de bens jurídicos. Portanto, não há o que se falar em consentimento do ofendido em face de bens jurídicos coletivos (CANFÃO, 2013, p. 8). Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho:

Nessa ótica, diz Fragoso que “o consentimento jamais terá efeito quando se tratar de bem jurídico indisponível, ou seja, aquele bem em cuja conservação haja interesse coletivo. A honra, a liberdade, a inviolabilidade dos segredos, o patrimônio são bens disponíveis. A vida e a administração pública, por exemplo, são bens irrenunciáveis ou indisponíveis. A nosso ver a integridade corporal também é bem jurídico disponível, mas não é esse o entendimento que prevalece em nossa doutrina” (Lições de direito penal, p. 193). (NUCCI, 2014, p. 227)

Em outras palavras, a lesão de direitos subjetivos deve ser somente em relação à bens alienáveis, assim, caracterizando como excludente do crime. Ressalta-se que o titular não pode dispor de todo e qualquer bem jurídico em virtude da prevalência do interesse social. Desse modo, os bens jurídicos inalienáveis são dotados de valores éticos-sociais e são

insuscetíveis de renúncia em prol da estabilidade social, ou seja, quando o titular do bem jurídico for o Estado ou a comunidade, não há o que se falar em consenso. Sendo assim, se o interesse privado for predominante, o consentimento será capaz de excluir a antijuridicidade, por outro lado, se os interesses coletivos prevalecem, a antijuridicidade vai permanecer e de nada vai servir o consenso (TAVARES, 1969, p. 260)

Ou seja, em relação aos bens jurídicos alienáveis, é certo que o Estado não pode intervir na livre disposição sobre bens individuais haja vista que o próprio titular se manifestou no sentido de ser favorável à lesão, tais como o direito à honra, à integridade corporal e à liberdade pessoal, entretanto, o direito à vida, por exemplo, ele é tido como inalienável haja vista que os crimes contra a vida repercutem no meio social e o Estado possui a função precípua de proteger a vida tanto frente às lesões, quanto à ameaça de lesão (TAVARES, 1969, p. 261).

Ocorre que o consentimento pode ser dividido em real ou presumido. Adotando a distinção de Geerds, o consentimento real (conhecido também como justificante) implica na concordância/anuência do titular do bem jurídico com a conduta, assim, excluindo a tipicidade, e, por outro lado, o consentimento presumido nos remete à uma ideia de um consentimento subsidiário; se não for possível verificar a manifestação do consentimento real, será presumida a existência objetiva do consenso.

Para Claus Roxin, apenas existe o consentimento real e o efeito deste é configurar como excludente do tipo, pois o tipo penal protege o titular do bem e este opta por renunciar em virtude da sua liberdade de ação; é como se o ofendido não tivesse interesse em proteger determinado bem jurídico relevante para o direito penal, estando, assim, em uma situação onde o perigo é ausente (SANTOS, Juarez, 2008, p. 290).

Fazendo uma análise comparativa, percebe-se que no Direito Penal alemão tem expressamente a codificação do consentimento presumido que geralmente é aplicado na área das intervenções médico-cirúrgicas, tal como no caso de aborto de emergência quando a gestante não tem condições de expressar sua vontade, e ainda, no caso do direito de correção de crianças, por parte de terceiros como, por exemplo, quando uma criança apronta alguma travessura na ausência dos seus pais.

Ora, o Direito Penal brasileiro tutela o primeiro exemplo de forma expressa através do estado de necessidade, entretanto, na hipótese do direito de correção de crianças, o que exceder ao instituto do estado de necessidade ou da legítima defesa caracteriza-se como sendo uma intromissão injustificada na seara alheia. Sendo assim, em relação ao consentimento presumido, percebe-se que o Direito Penal brasileiro acaba por tutelar, ainda que de forma indireta e diferente do Direito Penal alemão (TOLEDO, 1994, p. 215)

Em relação aos crimes contra a dignidade sexual, se o homem ou a mulher consentirem com a realização de ato libidinoso e/ou conjunção carnal, não há o que se falar em crime haja vista que tal conduta constitui fato atípico, ou seja, penalmente irrelevante (GRECO R., 2017, p. 509). Ademais, Roxin critica que a teoria dualista de Geerds confunde o objeto da lesão com o bem jurídico. Veja-se o seguinte trecho que explica tal raciocínio:

Na verdade, o bem jurídico protegido no tipo é composto, não apenas pelo objeto, mas pela relação entre esse objeto e a faculdade de disposição. Por conseguinte, ainda que a lesão do bem jurídico não se esgote na falta de vontade do titular, essa ausência de vontade não deixa de ser um pressuposto da lesão. Assim, a vontade do lesado pertence ao próprio objeto protegido (SILVA C., 2018, p. 22).

Com base no que foi dito, evidencia-se que o ofendido possui a opção de dispor do objeto do tipo penal, assim, deve ser excluído o desvalor da conduta praticada em virtude da afirmação do consentimento e da ausência da intenção de produzir objetivamente o resultado do crime.

E ainda, importa destacar que alguns doutrinadores falam de uma terceira espécie de consentimento denominado de “putativo” que é quando o sujeito ativo acredita fielmente que houve o consentimento quando, na verdade, não houve de forma nítida, inequívoca e manifesta. Nesse caso, entende-se que tal condição seria uma causa excludente da tipicidade haja vista que o agente incorreria em erro do tipo (previsto no artigo 20 do Código Penal), assim, excluindo o dolo e, se houver previsão legislativa do crime na modalidade culposa, o agente poderá ser responsabilizado nessa modalidade (CANFÃO, 2013, p. 13).

Em virtude da teoria de Geerds ser predominante, a doutrina majoritária e a jurisprudência vem entendendo que, para configurar como sendo uma causa suprallegal de exclusão da ilicitude, devem estar presentes alguns requisitos: a) o conhecimento inequívoco do consenso por parte do autor; b) o consentimento deve ser anterior à prática do fato; c) o ordenamento jurídico deve permitir que o indivíduo disponha do bem jurídico ora analisado; d) deve-se analisar se o ofendido possui capacidade pessoal de consentir e; e) por fim, tal anuência deve ser livre de vícios da vontade tais como dolo, coação, fraude, erro e entre outros (JESUS, 2020).

No Brasil, o Código Criminal do Império nada dispunha sobre o consentimento do ofendido, porém, no Código Penal de 1890 previu-se da seguinte forma: “Não dirimem, nem excluem a intenção criminosa: c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite ação criminal”, entretanto, percebe-se que houve um equívoco de legislador ao confundir perdão do ofendido com o consentimento do ofendido, ora, a primeira espécie trata-se de direito processual haja vista que extingue a punibilidade do agente, de outro modo, o

segundo caracteriza-se como elemento apto para desclassificar uma conduta como crime. Insta destacar o art. 14 do Projeto Alcântara Machado constava expressamente sobre o consentimento do ofendido, porém, a Comissão Revisora do Código de 1940 optou por excluir tal disposição por considerá-la “supérflua” (PIERANGELI, 2001, p. 92).

Atualmente, no Brasil, o consentimento não foi (ainda) codificado e o consentimento da vítima não consta nas causas de justificação previstas no artigo 23 do Códex Penal, daí, inspirou-se na legislação penal italiana de 1930 a qual dispõe da seguinte forma em seu artigo 50: “não é punível quem ofende ou põe em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que dele pode validamente dispor” (PRADO, 2019, p. 411). Em razão disso, deixa-se a conceituação a cargo da doutrina, ou seja, é uma construção doutrinária a qual, predominantemente, entende que o consentimento se trata de causa excludente da tipicidade ou somente como causa supralegal de justificação – teoria esta adotada por Geerds e acima detalhada.

Aníbal Bruno, penalista brasileiro, entende de maneira semelhante ao compreendido por Mezger – conforme foi dito anteriormente – no sentido de que o consentimento do ofendido possui poder discriminante, ou seja, se o titular do bem jurídico consente na perda da defesa, o Estado não interfere, porém, se o bem for atribuído de valor para a comunidade, irá haver a proteção e a respectiva sanção penal (PIERANGELI, 2001, p. 94).

Para Rogério Greco (2017, p. 508), é possível que o consentimento seja capaz de excluir a tipicidade ou a ilicitude, dependendo apenas do caso em concreto. Veja-se as seguintes situações: 1) se no crime de violação de domicílio, o proprietário da residência permite que o suposto autor do delito ingresse em sua casa, não há o que se falar em fato típico haja vista que o terceiro não praticou o verbo do tipo, e ainda, se não houver o dissenso do proprietário, tal ato é considerado como socialmente normal, logo, o consentimento do proprietário configurou-se como sendo excludente de tipicidade; 2) em outra situação, se alguém opta por fazer uma tatuagem, não restam dúvidas de que o tatuador praticou crime de lesão corporal, ofendendo, assim, a integridade física da pessoa que quer ser tatuada, entretanto, tal conduta será típica e lícita, pois houve o consentimento daquele que almeja a tatuagem, logo, exclui-se a antijuricidade do fato.

Isso significa que nos delitos patrimoniais, no crime de violação de correspondência ou segredo e nos crimes que tutelam a liberdade sexual, se houver o consentimento do ofendido, estaremos diante de uma causa de excludente da tipicidade, entretanto, não há o que se falar em consentimento quando o fato for praticado com violência ou grave ameaça. Por outro lado, caso a ofensa seja à honra e à integridade física, o consentimento não é elementar implícita do tipo

penal, logo, configura-se como sendo causa excludente da antijuridicidade (NUCCI, 2014, p. 229).

Ressalta-se que parte da doutrina predominante entende que o consentimento, em situações específicas, pode configurar como uma causa especial de diminuição da pena. À título exemplificativo, observa-se a eutanásia. Ora, o sujeito ativo que mata com o intuito de aliviar o sofrimento e a pedido da vítima não merece tamanha reprovabilidade do homicídio simples ou do homicídio qualificado, assim, tal situação adequa-se ao crime de homicídio privilegiado em conformidade com o artigo 121, §1º do Código Penal. No caso em análise, não há o que se falar em excludente da tipicidade haja vista que o sujeito ativo possuía a intenção de matar e que a referida ação contraria valores coletivos. Além disso, não é possível caracterizar o caso narrado como sendo uma causa excludente da antijuridicidade pois a vida não é um bem jurídico disponível. Sendo assim, o consentimento do ofendido consistirá em causa de diminuição da pena (CANFÃO, 2013, p. 11).

Ademais, para que o consentimento seja válido, o ofendido deve ter capacidade natural de discernimento a fim de perceber a extensão do ato consentido, a natureza do bem jurídico e as consequências ocasionadas em virtude da renúncia aos seus direitos individuais. Para o Direito Penal, não é possível que um menor de 14 anos possa consentir; entende-se que este não possui discernimento suficiente para abrir mão de um bem jurídico individual, logo, é incapaz de consentir. Na faixa etária dos 14 aos 18 anos, é possível vislumbrar uma possível capacidade de consentir e, por fim, com 18 anos presume-se a capacidade plena de consentir (também chamada de capacidade concreta de compreensão) (SANTOS, Juarez, 2008, p. 275).

Para Maurach (1962, p. 409), o consentimento dado por um inimputável como, por exemplo, alguém que esteja fortemente embriagado, não tem importância para o direito penal. Para Luca (2005, p. 751), há uma presunção relativa acerca da capacidade de consentir das pessoas que possuem idade igual ou superior a 18 anos, contudo, é possível que, apesar da maioridade, falte o equilíbrio mental para exercer um ato de autodeterminação pessoal. Em relação à embriaguez acidental (que decorre de caso fortuito ou força maior), esta pode causar a incapacidade total de discernimento do consciente, assim, excluindo toda a capacidade de autodeterminação e de entendimento do fato.

Ademais, a influência de álcool, substâncias entorpecentes e afins são capazes de afastar a eficácia de consentimento do indivíduo em virtude da incapacidade mental – temporária ou permanente – que causa na pessoa que consome tais. Logo, nos casos de embriaguez total e involuntária, deve-se verificar se esta é capaz de gerar incapacidade absoluta de discernimento, daí, o consentimento será inválido. Contudo, se, em virtude da embriaguez,

resultar uma incapacidade parcial, ou seja, relativa, o destinatário do consentimento poderá ter sua pena minorada de um a dois terços, conforme interpretação analógica do artigo 28, inciso II do Código Penal (MARQUES, 2016, p. 64). Nesses casos, o agente que praticar ato libidinoso ou conjunção carnal com pessoa que, naquele momento, não possui plenas condições de anuir com a prática do ato sexual incorre no crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Códex Penal brasileiro.

Insta salientar que o estado de sono também é capaz de caracterizar a impossibilidade de resistência da vítima, ou seja, sua vulnerabilidade. Dessa forma, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 489.684/ES, restará configurado o crime de estupro de vulnerável.

Por fim, conclui-se que o consentimento pode configurar uma causa supralegal de exclusão da tipicidade ou da ilicitude haja vista que o Código Penal brasileiro silenciou em relação à qual teoria deve ser adotada. Portanto, cabe ao operador do direito a interpretação de como vai enquadrar o consentimento conforme o caso concreto em análise.

3.2 Os vícios de vontade como fatores que maculam o consentimento válido

Dando continuidade ao estudo do consentimento, observa-se que, o grande problema durante a análise do caso concreto, consiste em observar os critérios adotados para identificar se há ou não o consenso para prática de ato sexual.

Em razão disso, inicia-se a discussão falando sobre os chamados “vícios de vontade”; estes vícios são tidos como capazes de invalidar o consentimento nos atos de natureza sexual. Em outras palavras, para verificar o dissenso do sujeito passivo, deve-se verificar, com clareza, um sentimento de “repulsa” e “abominação” para a prática do ato sexual, ou seja, o dissenso por parte da vítima, razoável, sincero, efetivo, visível e detectável. Com base no que foi dito, o dissenso deve ser tão real a ponto de transmitir ao ofensor a mensagem de sua contrariedade (KRAMER; DENZEL, 2019). Para Wessels (1980, p. 102), o consentimento que for obtido através de coação, engano ou baseado em uma violação do dever de informações médicas, este é ineficaz por se enquadrar como sendo um vício de vontade, entretanto, o simples erro sobre o motivo não é capaz de invalidar o consentimento.

De igual modo, o consentimento deve ser livre, sério, autêntico, diferenciando-se dos meros desejos e aspirações que não possuem seriedade suficiente para que o consentimento figure como sendo expressão da autonomia. Ademais, é importante destacar que o consentimento abrange a anuência do ofendido em relação à pessoa legitimada, a forma

e a espécie de “ataque” ao seu bem disponível (MAURACH, 1962, p. 408) e sobre as demais condições para a realização do ato de cunho sexual, tais como o lugar e o momento.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho de Tavares (1969, p. 264):

Ademais, o consentimento deve ser anterior ao ato desenvolvido pelo agente. Sua verificação posterior só terá eficácia para o Direito Processual Penal, no reconhecimento da renúncia ao direito de queixa, em determinados casos.

Ora, a vertente mais coerente é a de que o consentimento deve ser anterior e, no máximo, durante a realização do ato de natureza sexual, ou seja, contemporâneo à conduta criminosa. Logo, é impossível falar em consentimento posterior, pois este nada mais é do que o mero “reconhecimento” da prática do ato típico; seria uma espécie de perdão por algo que já foi feito. Em outras palavras, observa-se que o bem jurídico estava sob proteção do Estado quando ocorreu a lesão, sendo assim, mesmo com a anuência posterior, a atividade lesiva violou a planificação normativa, portanto, não é cabível a tese de que o ofendido havia consentido de forma válida.

Destaca-se que o fato de a vítima em momento anterior ter tido relação de sedução e cumplicidade com o agente, tal situação não impede que ela diga não e manifeste seu dissenso, afinal, é possível modificar a vontade individual a qualquer tempo. Sendo assim, o único consentimento que pode ser tido como válido é o consentimento que precede de maneira imediata a conduta de caráter sexual (GRECO R., 2017, p. 91).

Por outro lado, temos também os erros relevantes e/ou essenciais – os quais são uma espécie dos vícios de vontade. Percebe-se que os erros relevantes ocorrem quando uma pessoa que consentiu com a prática de ato sexual percebe que houve um erro quanto à natureza, extensão e, até mesmo quanto à avaliação de sua abdicação em relação ao bem jurídico. Sendo assim, o consentimento inválido seria quando a vítima não tem plena consciência de que está renegando o seu direito à autodeterminação sexual (KRAMER; DENZEL, 2019, p.9). Para a doutrina portuguesa dominante, a ameaça e a violência – quando susceptíveis de punição como atentado autônomo à liberdade – são elementos capazes de invalidar a expressão da liberdade do ofendido e, conseqüentemente, nulificar o consentimento (SILVA C., 2018, p. 38).

Para Conde e Garcia (2010, p. 344), o consentimento do ofendido deve ser claramente manifesto e expresso, entretanto, seria possível o consentimento na modalidade tácita caso houvesse uma relação de confiança de forma que o destinatário permita pensar que o titular do bem jurídico anuiu com a realização do ato. Frisa-se que tal consentimento deve ser dado antes do ato comissivo ou omissivo e ainda, ele deve estar livre dos chamados vícios

essenciais, tais como coação, erro ou engano, afinal, estes são capazes de invalidar o consentimento.

A coação, por sua vez, consiste na ameaça ou na violência utilizada pelo sujeito ativo a fim de excluir a liberdade de decisão daquele que é o titular do bem jurídico. Em outras palavras, a coação bloqueia a vontade do ofendido e, em razão disso, exclui-se o consentimento (SANTOS, Juarez, 2008, p. 275).

Percebe-se que o erro é capaz de tornar o consentimento ineficaz, afinal, a origem do erro está na pessoa destinatária; o erro relaciona-se com o bem jurídico, dessa forma, o erro é relevante se houver equívoco no que tange à abdicação, extensão e ameaça ao bem jurídico (KRAMER; DENZEL, 2019, p. 9). Desse modo, o erro é observado quando o ofendido não consegue expressar sua autonomia em relação ao bem jurídico. Ou seja, o erro é quando aquele que consente tem uma noção incompleta ou inexata do fato, daí, ele consente, porém, se ele tivesse conhecimento exato, ele se manifestaria de outra forma. Entretanto, destaca-se que um simples erro sobre o motivo não é capaz de afastar a validade do consentimento dado (WESSELS, 1980, p. 102). Um exemplo de situação de erro é o caso das intervenções médicas cirúrgicas, nesse caso, é essencial o dever de informação por parte do médico, caso contrário o consentimento será tido como ineficaz devido à falta de informação e devido ao erro (ROXIN, 550, p.550).

No que se refere à fraude, esta é a provocação intencional de um erro. O sujeito ativo ou um terceiro partícipe se utilizam de artifícios para deturpar o conhecimento do consciente. A fraude é capaz de excluir o consentimento pois prejudica a compreensão do ofendido no que tange aos elementos e/ou circunstâncias do fato. Insta salientar que a fraude difere do erro, pois, na fraude, utiliza-se meio ardil por outrem, mexendo, assim, com estímulos externos, por outro lado, o erro advém de um processo intrapsíquico (LEQUES, 2014, p. 46).

Em uma outra análise, percebe-se que o destinatário do consentimento deve respeitar os limites dados pelo consciente, dessa forma, o consentimento dado por uma mulher a qual anuiu com a prática de atos libidinosos não abarca, necessariamente, a cópula carnal ou lesões que venham a ser praticadas contra ela em virtude do sadismo do seu parceiro (PIERANGELI, 2001, p. 103).

Posto isto, a validade plena do consentimento está intrinsecamente relacionada com a vontade livre e manifestada sem vícios e pela capacidade de outorga, daí, o consentimento dado pelos inimputáveis é inválido, pelos imputáveis é válido e parcialmente válido se aquele que consente for semi-imputável. Contudo, este posicionamento não deve ser adotado, afinal,

o mais coerente é que, em se tratando de sujeito passivo incapaz de consentir, recomenda-se que seja feita uma análise concreta para verificar se o ofendido, naquele momento, possuía capacidade de entender as repercussões jurídicas de seu consentimento. Insta salientar que o consentimento é personalíssimo, ou seja, é incoerente que um terceiro consista pelo ofendido (LUCA, 2005, p. 752).

Sendo assim, o titular do bem jurídico deve ter a capacidade natural de entendimento e discernimento para poder renunciar ao interesse protegido pelo Direito Penal (JESCHECK, 1981, p. 522).

4 O ELEMENTO IMPLÍCITO DO TIPO: A RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DO DISSENSO DA VÍTIMA PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO A PARTIR DE CASOS PRÁTICOS

4.1 Uma análise das decisões judiciais partindo dos requisitos para um consentimento válido

Conforme foi dito anteriormente, o dissenso da vítima deve ser externo, perceptível e ainda, não deve haver dúvidas acerca de sua discordância para a prática de ato de cunho sexual. Insiste-se em afirmar que o dissenso vai além do jogo de sedução; ora, a desaprovação deve ser intensa. Para se verificar no caso em concreto se houve consentimento ou não, deve-se analisar todo o contexto probatório, entretanto, indo em desconformidade com o que fora estudado, veja-se o seguinte trecho da obra de Nucci (2015, p. 33):

Houve época em que se exigia que a vítima tivesse gritado, sob pena de não haver estupro. Por isso, **caso houve em que a vítima do estupro, percebendo ser inevitável a agressão sexual, solicitou ao agente que usasse preservativo. Essa atitude foi suficiente para que o tribunal terminasse por absolver o agressor, sob o pretexto de ter havido aquiescência da ofendida.** A decisão não foi acertada, tendo em vista que a resistência manifestou-se e manteve-se, embora, por cautela, procurando evitar males maiores, como gravidez indesejada ou doença venérea, a vítima tenha optado por guarnecer-se. Aliás, a própria lei considera mais grave o delito sexual, quando resulta em gravidez ou há a transmissão de moléstia (art. 234-A, III e IV, CP). (grifos nossos)

O posicionamento mais coerente a ser adotado é de que, sem dúvidas, não houve o consenso por parte da vítima. Ora, ficou claro que a prática forçada do ato sexual iria acontecer e, para evitar males maiores, tais como a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis ou até mesmo a gravidez fruto de um estupro, a vítima suplicou para o uso de preservativo. É irracional afirmar que ela consentiu com a conjunção carnal, afinal, o consentimento implica na exclusão da tipicidade em virtude da renúncia à tutela penal do bem jurídico disponível e, no caso em análise, a vítima apenas pugnou pelo preservativo para tal situação não incorrer em uma situação pior, ou seja, além do estupro, a vítima poderia contrair uma doença sexualmente transmissível ou uma gravidez indesejada.

Ainda analisando o caso relatado, percebe-se que o sujeito ativo se utilizou do constrangimento para destruir o consentimento da vítima e, assim, realizar conduta de natureza sexual, dessa forma, a postulação da ofendida para que o agente usasse preservativo não pode ser considerada como um consentimento válido em virtude da obtenção deste elemento subjetivo mediante o vício de vontade denominado de coação. Portanto, o caso em questão vai de encontro com os requisitos elencados por Nucci (2014, p. 231) para absolver o réu em razão do consentimento do ofendido, haja vista que a concordância do ofendido deve ser obtida livre

de qualquer tipo de vício, artifício, coação, erro ou fraude e, no caso em tela, o consentimento torna-se maculado por causa da coação.

Observando tal situação sob o ponto de vista de Matus, Politoff e Ramírez (2005, p. 252), a resistência não precisa ser de forma continuada, afinal, a maior ou menor resistência da vítima não configura como sendo elementar do tipo penal, constituindo, assim, como mero elemento probatório.

Alguns autores como Salanueva (2015, p. 130) entendem que a vítima deve defender-se de forma heroica, ou seja, devem negar com o extremo de suas vidas; devem arranhar, morder e chutar o agressor, pois, caso o contrário, na hipótese de resistir de forma mais sutil do que a mencionada, poderia restar verificado o consentimento para a prática do ato. Por outro lado, verifica-se o Tribunal de Justiça de São Paulo (AC – Rel. Azevedo Franceschini - RT 523/363) manifestando-se da seguinte forma: “Exigir-se como regra que as estupradas lutem contra seus ofensores até “o último momento” é inteiramente desconhecer reações psicossomáticas femininas” (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3317). Dessa forma, o melhor posicionamento a ser adotado é de que as vítimas não precisam se tornar mártires e enfrentar o sujeito ativo arriscando pôr em risco a sua vida haja vista que estariam renunciando à sua vida (bem jurídico indisponível) para proteger a liberdade sexual que, conforme foi dito anteriormente, é um bem jurídico disponível.

Entretanto, é notório perceber que, quando o agente se utiliza de violência física ou moral para a prática do ato sexual, o mesmo está maculando o consentimento haja vista que este será obtido em razão da coação utilizada. Dessa forma, percebe-se um vício de vontade, caracterizando, assim, a invalidez do consentimento da vítima e, conseqüentemente, nulificando os atos autorizados e suportados pela vítima.

Sendo assim, não é necessário um dissenso heroico, enérgico, peremptório por parte da vítima, basta, apenas, que o sujeito ativo invalide, através do emprego de violência física e/ou psíquica, o consentimento e a possibilidade da vítima de decidir ou não para a prática do ato de natureza sexual. Ou seja, a mera privação (mediante coação, erro ou fraude), por parte do agente, da capacidade de consentir da vítima já é o suficiente para observar um vício no consentimento e, assim, configurar o crime de estupro ou outro crime contra a dignidade sexual.

Agora, analisa-se a seguinte situação: um casal se conhece durante uma festa e, após ficar demonstrada nítida atração por parte de ambos, optam por realizar atos de natureza sexual de forma protegida, ou seja, utilizando-se de preservativo. E se, durante a realização do ato, o parceiro retira o preservativo sem o consentimento ou sequer o conhecimento do outro? Esta conduta poderia ser considerada como estupro?

Percebe-se que há nítida violência sexual e a notória quebra do acordo de vontades previamente estabelecido, ou seja, a manifestação da vontade da vítima torna-se maculada a partir do momento em que o parceiro retira o preservativo e, com isso, há repercussões no consentimento anteriormente dado, haja vista que, conforme fora discorrido, a liberdade sexual individual abrange o “em quais condições” fazer ato de cunho sexual. Por mais comum que seja a situação acima narrada, é difícil relatar, em números e dados estatísticos, a ocorrência desses casos em virtude da cifra oculta da criminalidade e pelo fato de tal ato não ser reconhecido, expressamente, como crime (MUNIZ, 2020).

Contudo, tal conduta não pode ser enquadrada no crime de estupro, pois para a prática do artigo 213 do Código Penal brasileiro, é necessário que a conjunção carnal e/ou o ato libidinoso sejam resultados da violência ou grave ameaça praticados pelo sujeito ativo. Ou seja, a execução do crime de estupro inicia-se a partir do constrangimento em razão da violência ou grave ameaça – o que não é possível perceber no caso em análise. Por outro lado, discute-se se tal situação poderia ser classificada como violação sexual mediante fraude (prevista no artigo 215 do Código Penal), porém, este crime diz respeito à utilização de meios fraudulentos, que induzem a vítima à uma falsa percepção da realidade, em momento anterior à prática do ato sexual. No caso ora narrado, observa-se que a vítima consentiu de forma prévia e livremente para o ato de cunho sexual, logo, não existe indução feita de forma fraudulenta (TANCREDO; PERUZZO, 2018).

No momento, passa-se a observar a seguinte situação julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (AC – Rel. Fiuza Campos - ADV 731):

É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga. Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, **poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos**. De um modo geral, pode afirmar-se que **um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima** – sendo esta mulher adulta, normal e sã – e possui-la sexualmente. (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3318) (grifos nossos)

Ora, apesar de ser um único sujeito ativo, este é capaz de gerar uma sensação de pavor em suas vítimas, obrigando-as a não reagirem sob risco de serem mortas. Dessa forma, é irrazoável, desproporcional e obsoleto considerar que a vítima do estupro tem obrigação de se defender da violação sexual ou que ela é culpada por não ter resistido bravamente a fim de evitar a cópula carnal (GRECO R., 2017, p. 105). Nesse sentido, insiste-se em dizer que não é necessária uma resistência heroica por parte da vítima, basta que o sujeito ativo se utilize de

força ou de grave ameaça, a qual provocará desabilitação da relutância oferecida por uma pessoa comum (DONNA, 1999, p. 402) e, em razão destes elementos objetivos, haverá a invalidação do consentimento de qualquer ato anuído pela vítima em razão da ocorrência do vício de vontade.

De acordo com Donna (1999, p. 401), a força é utilizada pelo sujeito ativo com o intuito de vencer a resistência da vítima e, dessa forma, conseguir realizar o ato de cunho sexual. O uso da força caracteriza-se como sendo o emprego de violência material; o autor a define como sendo uma energia física, mecânica e até mesmo animal exercida sobre a vítima.

Ainda analisando a decisão judicial acima citada, percebe-se o conteúdo machista e a influência da sociedade patriarcal no Direito Penal da época, ora, a integridade física, psicológica e a liberdade sexual da vítima não era devidamente respeitada e, conseqüentemente, não mereciam ser objeto da tutela penal.

Em contraposição ao argumento utilizado pelo Relator Fiuza Campos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se o Tribunal de Justiça de São Paulo (AC – Rel. Nélon Fonseca – RT 603/311) atuando de forma contrária e considerando que a resistência à agressão sexual varia de mulher para mulher haja vista que tal reação depende do seu temperamento, sua força física e até mesmo do temor causado – principalmente o receio causado nos casos em que há relação de parentesco entre o sujeito ativo e a vítima (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3317).

Dessarte, percebe-se que o constrangimento é o artifício usado para burlar e superar a resistência e o dissenso oferecido pela vítima. Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (AC – 121.065-3/0 – Rel. Márcio Bártoli):

Esse crime, segundo a descrição típica art. 213 do Código Penal, se constitui na prática de conjugação carnal, *mediante violência ou grave ameaça*. Na primeira hipótese, o modo de execução consiste no desenvolvimento de força física para vencer resistência da vítima. Na segunda, é caracterizado pelo constrangimento ameaçador. A conjugação carnal deve ser obtida mediante violência ou grave ameaça. Em qualquer caso exige-se o franco, positivo e militante dissenso da vítima. **Não há estupro sem que tenha havido violência (física ou moral) grave, exercida de modo a impossibilitar a resistência da vítima.** (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3317) (grifos nossos)

Portanto, para configuração do crime de estupro, basta que o agente se utilize de violência ou grave ameaça, pois, conforme foi visto no capítulo anterior, essa coação já retira o consentimento da vítima e a sua validade por se tratar de um “vício de vontade”.

Imagine a seguinte situação: um homem constrange, mediante violência, utilizando-se de corda colocada no pescoço da vítima para que ela tolere que se pratique ato libidinoso, qual seja, o homem beijar seus seios e passar as mãos em seu órgão genital. No caso em exame, o agente utilizou-se de uma corda atada no pescoço da vítima – objeto este capaz de causar

profundo temor, pois, corre o risco de o sujeito ativo puxar e quebrar o pescoço da vítima ou matá-la asfixiada. Ou seja, a violência utilizada pelo agente foi capaz de invalidar qualquer forma de consentimento que poderia ser dado pela vítima, afinal, para haver a anuência da vítima, esta deve possuir capacidade de discernimento, o consentimento deve ser livre, manifesto e a conduta do agente deve estar dentro dos limites do consentimento dado. Portanto, percebe-se a caracterização do crime de estupro pelos seguintes motivos: 1) o agente utilizou de violência para praticar ato libidinoso com a vítima; 2) os beijos e toques praticados pelo agente foram realizados com sucesso, pois o sujeito ativo se utilizou de coação, assim, invalidando qualquer possibilidade de consentimento; 3) sequer é possível falar em consentimento e limites deste, pois a vítima somente tolerou que com ela se praticasse o ato libidinoso porquanto estava com uma corda amarrada em seu pescoço.

Ressalta-se também que a vítima não precisa se esgoelar para ficar demonstrado o dissenso no caso concreto, porém, há julgados fundamentando que o dissenso deve ser enérgico, positivo e manifestado através de inequívoca resistência. Contudo, tais decisões não levaram em consideração o temor fundado causado pela vítima e a possibilidade de esta não conseguir ter uma resistência firme em virtude de toda perturbação causada.

Portanto, deve-se adotar a ideia de que o dissenso não precisa ser enérgico, basta que ele esteja presente, mesmo que de forma sutil. Como exemplo, imagina-se o caso de um homem que mediante grave ameaça, utilizando-se do emprego de arma de fogo para causar pavor na vítima, obriga uma mulher, maior de 18 anos de idade, a tirar suas roupas para satisfazer lascívia do agente e praticar atos libidinosos. Sendo assim, a vítima, em silêncio, retira suas vestimentas. Ora, no caso narrado, é nítido perceber que houve vício no consentimento da ofendida haja vista que o sujeito ativo obteve a anuência dela para remover suas vestes mediante o emprego de arma de fogo (ou seja, coação), portanto, tornando-se inválido o consentimento para o ato de tirar o traje e, assim, restando configurado o dissenso.

Em contraposição ao que foi dito, observa-se precedentes que absolveram o sujeito ativo sob o fundamento de ser insuficiente a recusa meramente verbal, a platônica ausência de adesão, uma oposição passiva ou até mesmo a inércia da vítima (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3317). Nesses casos, tais julgamentos vão de encontro com a finalidade preventiva do Direito Penal haja vista que, ao invés de buscar meios que inibam os agentes a optarem pela prática delituosa, acaba por adotar posicionamento que facilita a execução, pois a vítima precisará se opor veemente à prática do ato e ainda, terá que provar a sua relutância ao ato sexual. Na verdade, o que deve ser feito pelo operador do direito é verificar se o agente se utilizou de algum meio (erro, fraude ou coação) para nulificar a capacidade de consentir da vítima e, caso haja a

presença desse vícios, deve-se tornar como inválido os atos sexuais que vierem a ser anuídos pela vítima.

Apreciando o crime de estupro sob a perspectiva da autoria, participação e concurso de agentes, percebe-se que é impossível ter a figura do autor mediato, pois, o delito de estupro é de atuação personalíssima e sua execução é indelegável, ou seja, quando o agente contrata uma terceira pessoa para que pratique o crime de estupro, o agente não possui o domínio do fato, portanto, deve ser punido apenas como autor-cooperador (MATUS; POLITOFF; RAMÍREZ, 2005, p. 261). No caso de concurso de agentes onde duas ou mais pessoas se juntam com o liame subjetivo de estuprar alguém, por exemplo, no caso de ter três agentes e enquanto dois seguram a vítima, o terceiro realiza a penetração – havendo, assim, um “rodízio criminoso” – estaríamos diante de três crimes de estupro em continuidade delitiva haja vista que sempre terá um autor e dois partícipes, sendo estes indispensáveis para o sucesso da empreitada delituosa (GRECO R., 2017, p. 95). Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo (AP – Rel. Canguçu de Almeida – RT 761/586) se posicionou pela aplicação do concurso material no caso em que o agente constrange a vítima, mediante violência, para praticar com ela cópula carnal e ainda, colaborou com um terceiro para que este pratique o mesmo ato, dessa forma, responde por dois estupros consumados; sendo um como autor e no outro como coautor (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3322).

Outra situação para se debruçar é a seguinte: a mulher pode configurar como sendo sujeito ativo, coautora e partícipe do crime de estupro. Ora, evidencia-se que as mulheres também podem constranger um homem a praticar conjunção carnal com ela. Por exemplo, uma mulher que quer ter relação sexual com um homem, porém, ele não possui interesse, daí, ela se utiliza de arma de fogo com o intuito de intimidar e gerar grave ameaça à pessoa. Nessa situação, segundo Rogério Greco (2017, p. 95), é possível a ocorrência de crime impossível haja vista que, em face da situação de pressão, o homem não consiga ter ereção, logo, excluindo a tipicidade em razão da ineficácia absoluta do meio. Entretanto, é importante destacar que o crime do estupro não se restringe apenas à penetração, também abrange os atos libidinosos, ou seja, no exemplo acima citado, apesar de o homem não conseguir realizar a cópula carnal, seria possível o constrangimento por parte da autora para que o ofendido realizasse sexo oral nela ou outro ato lascivo diverso. Atuando como coautora, seria o caso da mulher que pratica violência material ou intimida alguém para que o agente do sexo masculino realize a penetração peniana, por exemplo. Corroborando com o que foi dito, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso (HC – Rel. Mário Ateyeh – RT 704/369) o qual frisa que, mesmo o estupro sendo um

crime próprio, não há óbice para que a mulher seja partícipe desse delito contra a liberdade sexual (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3324).

Criticando a decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (AC – Rel. Érico Barone Pires – RJTJRS 168/90), não parece ser a melhor interpretação a de que não houve estupro somente pelo fato de a vítima ter demorado para revelar o fato, assim, inviabilizando a prova da violência e, conseqüentemente, o constrangimento ilegal (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3318). Ora, o Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados frisando que a palavra da vítima possui valor expressivo probante haja vista que esses crimes de natureza sexual, geralmente, não possuem vestígios e não há testemunhas. Dessa forma, se a palavra da vítima estiver em consonância com as demais provas, é plenamente possível a condenação. Em consonância, veja-se o seguinte trecho do julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

A materialidade do delito de estupro, **ocorrido há quase três anos antes da comunicação do fato pela vítima**, não é comprovado somente através do exame de corpo de delito, mormente quando da ação do réu resultou no comportamento pervertido da vítima, que teve relações sexuais com outros homens, não se extraindo vestígios, razão pela qual a existência material do crime pode ser comprovada por outros meios inequívocos de prova(...) (NUCCI, 2015, p. 51) (grifos nossos)

Ora, o crime de estupro pode ser cometido sem violência, de modo que o constrangimento se dê em virtude da grave ameaça – elemento este que não apareceria em exame de corpo de delito em face do caráter psíquico. Em outras palavras, a grave ameaça age sobre o psiquismo da vítima que, em razão do temor e terror provocado, cede ao ato sexual, entretanto, sem consenti-lo. Insiste em dizer que alguns atos libidinosos também não seriam possíveis de serem comprovados pelo exame de corpo de delito como, por exemplo, nos casos em que o sujeito ativo constrange a vítima para que ela pratique toques em si mesma.

Ademais, é imprescindível destacar que a violência que trata o caput do artigo 213 do Código Penal brasileiro pode se dar através de lesões corporais ou vias de fato. No caso deste último, dificilmente haveria a presença de vestígios. Sendo assim, encontra-se equivocado o fundamento utilizado pelo Relator Adalberto Spagnuolo no RT 533/326 e RJTJSP 59/404 do Tribunal de Justiça de São Paulo o qual argumenta que, inevitavelmente, haverá vestígios e lesões características da resistência oferecida pela vítima se o agente houver se utilizado de violência para a prática de ato sexual (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3315).

Coleciona-se, ainda, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Rel. Maércio Sampaio – RT 400/138) para discussão:

Não é normal a conduta da jovem que esconde a violência sofrida e o faz durante vários meses. Não é de se exigir da mesma a veemência dos gritos do “João me fez isto” adequado ao tempo das Ordenações, mas é razoável que, não tendo consentido

no ato sexual, manifesta a vítima aos seus familiares o que lhe acontecera, para que o fato seja levado ao conhecimento das autoridades. (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3313)

De acordo com a teoria do consentimento, deve-se analisar, caso a caso, a validade do consentimento, não podendo se utilizar de critérios fixos e rígidos (PIERANGELI, 2001, p. 126). Sendo assim, é inviável afirmar que o dissenso da vítima depende que ela conte para seus familiares o que aconteceu, conforme fora exposto no julgado acima citado.

Conclui-se que, para verificar no caso em concreto, se houve ou não o dissenso da vítima, é imprescindível analisar se a atitude por ela perpetrada foi cometida contendo um dos vícios da teoria do consentimento, tais como a coação, o erro e a fraude. Caso estejam presentes um desses, o consentimento será inválido e estaremos diante de um dissenso por parte da vítima. O erro, por ser um elemento subjetivo e intrapsíquico, é de árdua comprovação; a fraude é difícil de ser analisada no caso concreto, pois é um ato intencional do agente com o intuito de manipular a vítima, ou seja, também possui uma carga subjetiva. Dessa forma, a coação seria o critério mais objetivo e mais fácil de ser verificado nos casos concretos haja vista que a coação se dá ante a ameaça, violência e intimidação e estes elementos geralmente deixam vestígios como, por exemplo, o emprego de arma de fogo apto para ameaçar, um hematoma causado em virtude da violência, a intimidação através de mensagens no celular etc.

Outro caso interessante a ser apreciado é o julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (AC – Rel. Juarez Távora de Azeredo Coutinho – RT 712/437):

Aceitando a vítima sair em companhia do réu **logo depois** da prática do ato sexual e dele se despedindo de forma carinhosa, com beijo na face, tais circunstâncias evidenciam a inexistência do crime de estupro. Recurso improvido. (FRANCO; SILVA T., 2007, p. 3313) (grifos nossos)

Parece equivocado o fundamento utilizado pelo magistrado. Ora, conforme foi dito anteriormente, de acordo com a Teoria do Consentimento, a anuência do ofendido deve ser antes da prática da conduta pelo agente ou, no máximo, durante a conduta lesiva; nunca podendo ser dado de forma posterior (ECHANDÍA, 1997, p. 260, apud GRECO R., 2017, p. 510). Para Roxin, o consentimento é a renúncia aos bens jurídicos disponíveis, portanto, quando há o consentimento válido, não se discute a aplicação do Direito Penal haja vista que o bem jurídico não estava sob a proteção jurídica. Entretanto, o consentimento posterior configura como sendo um mero “reconhecimento” da prática de uma conduta que já foi consumada; seria uma espécie de “perdão” por parte do ofendido pelo ato perpetrado (GALVÃO, 2013, p. 322).

5 CONCLUSÃO

Com base no trabalho apresentado, é possível afirmar que a questão do consentimento possui extrema relevância jurídica para os operadores do direito haja vista que muitas decisões, ainda, possuem rasa fundamentação e análises superficiais acerca deste elemento subjetivo.

Nessa esteira, foi levantada a hipótese de que é basilar o estudo do bem jurídico tutelado, antes de adentrar no exame da Teoria do Consentimento, tendo em vista que nem todos os bens jurídicos são disponíveis e o consentimento não é capaz de ser uma causa supralegal de justificação em relação às condutas que vão de encontro com a razoabilidade e que possuem como objeto bens jurídicos indisponíveis. No caso dos crimes contra a dignidade sexual, a liberdade sexual é um bem jurídico disponível e, desde que o titular seja maior de 14 anos, é admissível que ele renuncie à tutela penal e consinta com atos sexuais, ainda que estes sejam sadomasoquistas. Afinal, conforme foi dito anteriormente, aquele que consente deve possuir capacidade de determinar em quais condições, como, com quem e quando a relação sexual deve ser perpetrada. Desse modo, se o destinatário do consentimento extrapolar essas “exigências” impostas, poderemos falar em vício de vontade do consentimento e, em decorrência de coação, restar configurado o crime de estupro.

Portanto, para se ter um consentimento válido, é importante que este seja manifesto, livre, inequívoco; que o bem jurídico seja individual e disponível; que o destinatário do consentimento respeite os limites impostos pelo consciente e que seja indubitável a renúncia do titular do bem jurídico em relação à proteção penal de competência do Estado; que seja pessoa capaz de consentir e que possua discernimento das repercussões de sua renúncia; e, por fim, que não haja a incidência dos vícios de vontade (erro, fraude, coação, embriaguez completa e involuntária etc).

No presente trabalho, restou nítida a utilização do método hipotético-dedutivo haja vista que fora levantado hipóteses, as quais foram eliminadas por parecerem falsas e contrárias ao atual ordenamento jurídico. Dessa forma, conclui-se a presente monografia confirmando a hipótese erguida, pois o consentimento depende, primordialmente, do bem jurídico tutelado.

Percebe-se que os crimes contra dignidade sexual ainda possuem uma carga valorativa relacionada à moral e aos “bons costumes”, assim, é importante afastar tais conceitos para permitir a aplicação do Direito Penal apenas aos casos em que ocorra a violação manifesta da liberdade individual e, especificamente, a liberdade sexual, tudo isso em conformidade com o princípio da intervenção mínima.

Ademais, observou-se que a Teoria do Consentimento que fora adotada de forma majoritária pelos doutrinadores brasileiros é a encabeçada por Geerds a qual relata que o consentimento é capaz de configurar como sendo causa supralegal de excludente da ilicitude e, a depender do tipo penal, o elemento subjetivo pode ser uma causa de exclusão da tipicidade, como no caso do estupro, haja vista que o dissenso constitui elemento típico do artigo 213 do Código Penal brasileiro.

Apesar de termos a referida divergência em relação a Teoria do Consentimento, entende-se pela aplicação da Teoria do Consentimento de Claus Roxin – a qual foi adotada neste trabalho como sendo a corrente que deveria ser acolhida e expressa, futuramente, no Código Penal brasileiro. Partindo dessa premissa, nos crimes contra a dignidade sexual, é imprescindível a análise do bem jurídico tutelado e o estudo dos fatores objetivos do caso concreto. Afinal, o consentimento é um elemento subjetivo de árdua comprovação, dessa forma, o melhor a ser feito é a utilização de componentes físicos e objetivos para averiguar se, de fato, houve o consentimento da vítima. Havendo, assim, a exclusão da tipicidade ou a configuração do crime de estupro se o sujeito ativo tiver utilizado de erro, coação ou fraude para tolher a liberdade sexual da vítima e obrigar a mesma a consentir com a prática de atos de cunho sexual. Nesse caso, o consentimento seria tido como inválido e não seria possível excluir a tipicidade do fato.

Sendo assim, é incoerente e até mesmo inviável estabelecer critérios rígidos e fixos para analisar o consentimento, pois, o mais coerente é analisar o caso concreto, ou seja, verificar se houve o emprego de violência ou grave ameaça, analisar qual foi o comportamento do sujeito ativo antes de efetivamente praticar o ato libidinoso ou a conjunção carnal, averiguar se a vítima anuiu apenas em virtude de coação ou se ela, efetivamente, desejava o ato sexual, apurar se o dissenso dela, mesmo sendo em silêncio e de forma sutil, é passível de constatação e entre outras condutas que cabe ao operador do direito examinar de forma pormenorizada e individual.

Portanto, a presente monografia visa fornecer maior segurança jurídica em relação às decisões judiciais que envolvem o crime de estupro. Durante a elaboração do presente, foi possível perceber julgamentos conflitantes, muitos sujeitos ativos saindo impunes e até mesmo a condenação de agentes que não haviam, no caso concreto, características suficientes para a condenação. Observou-se também julgados absurdos, utilizando-se de suposições morais, religiosas e conservadoras em relação à vítima, de tal forma, o magistrado optava pela absolvição do agente em virtude da vítima ser “mulher experiente” ou por ela não ter clamado furiosamente e até mesmo sob o argumento de que ela não resistiu ao ato sexual de forma heroica. Dessa forma, sugere-se a observação dos elementos objetivos do consentimento

(violência ou grave ameaça) e a investigação do consentimento, pois este poderia ter sido exprimido contendo vícios – o que resultaria na nulificação do consentimento – e poderia, mais facilmente, ser visualizado no caso em concreto.

REFERÊNCIAS

- ACUÑA, Jean Pierre Matus; GUZMÁN, Maria Cecília Ramírez. **Manual de derecho penal chileno: parte especial**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- ANDRADE, Manuel da Costa. **Para uma nova justiça penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 4 - crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1699724/SP**. Relator: Min. Jorge Mussi, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870359831/edcl-no-agrg-nos-edcl-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-nos-edcl-no-resp-1699724-sp-2017-0246828-2/decisao-monocratica-870359841>. Acesso em: 25 maio 2021.
- CANFÃO, Olívio Albino. Requisitos e limites de validade do consentimento. **Revista Eletrônica Unifacs**, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2689/1940>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal Parte Especial**. 22. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CONDE, Francisco Muñoz. ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal Parte General**. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- CONEGUNDES, Karina. A Dignidade Sexual à Luz da Teoria do Bem Jurídico. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, vol. 15, n. 2, p. 245-269, dez., 2020.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho Penal: Parte Especial**. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 3.
- HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C.; FRAGOSO, H. C. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 8.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Barcelona: Bosch, 1981.

JESUS, Damásio. O consentimento do ofendido em face da teoria da imputação objetiva. **IBCCRIM**. São Paulo, set. 2000. Notícias. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/2782/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

KRAMER, Renato. **Proteção à autodeterminação sexual no Direito Penal brasileiro e alemão: os modelos de consentimento como forma de delimitação da responsabilidade penal**. 2018. Disponível em: <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/77/51>. Acesso em: 29 out. 2020.

KRAMER, Renato; DENZEL, Moritz. A punibilidade da fraude sexual à luz do Direito Penal alemão (§ 177 Abs. 1 StGB). **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 18, n.75, p. 107-125, out./dez., 2019.

LEITE, Inês Ferreira. **Pedofilia, Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção**. Coimbra: Almedina, 2004.

LEQUES, Rossana Brum. **O consentimento do ofendido como excludente do tipo no direito penal brasileiro**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-03102017-103035/pt-br.php>. Acesso em: 16 nov. 2021.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. Traduzido e comentado por José Hygino Duarte Pereira.

LUCA, Heloiza Meroto. O consentimento do ofendido à luz da teoria da imputação objetiva. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 100, p. 739-815, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67689>. Acesso em: 29 out. 2021.

MARQUES, Rodrigo de Oliveira. Consentimento do ofendido: posição atual do Direito Penal brasileiro. **Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Centro Universitário de Marília**, 2016. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1674/DISSERTAC%cc%a7A%cc%83O_Rordigo%20de%20Oliveira%20Marques.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 nov. 2021.

MATUS, Jean Pierre. POLITOFF, Sergio. RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de **Derecho Penal Chileno Parte Especial**. 2. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de Derecho Penal**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MONCADA, Hugo Cabral. **O Problema do “Consentimento do Ofendido” em Direito Criminal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1942.

- MUNIZ, Lamanda Marques. **Stealthing e a Adequação Ao Direito Penal Brasileiro. Âmbito Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/stealthing-e-a-adequacao-ao-direito-penal-brasileiro/>. Acesso em: 31 out. 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na Teoria do Delito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 249 do CP)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.
- SALANUEVA, Olga Luisa. **Violencia sexual y discurso jurídico: análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual**. Argentina: EdUNLPam, 2015.
- SANTOS, João Luiz Miguel Ferreira. **Estupro marital sob a ótica do ordenamento jurídico**. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/180/estupro-marital-sob-a-otica-do-ordenamento-juridico/>. Acesso em: 21 maio 2021.
- SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Carlota Vilaça Bastos. **O consentimento do ofendido na dogmática jurídico-penal**. Universidade do Porto, 2018. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=306686. Acesso em: 30 jul. 2021.
- SOUZA, Luciano Anderson. **Direito Penal: Parte Especial: arts 155 a 234-B do CP**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 3.
- TANCREDO, Isabella Guarino. PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Você sabe o que é “Stealthing”? Justificando**, 2018. Disponível em: <https://www.justificando.com/2018/11/06/voce-sabe-o-que-e-stealthing/>. Acesso em: 02 nov. 2021.
- TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **O consentimento do ofendido no Direito Penal**. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 12, n. 12, 1969.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal Parte General**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.