

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

MARÍLIA GABRIELA RIBEIRO DE ARRUDA

**ANÁLISE DO CONSENTIMENTO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL À
LUZ DE ASPECTOS VITIMOLÓGICOS**

Recife
2010

MARÍLIA GABRIELA RIBEIRO DE ARRUDA

**ANÁLISE DO CONSENTIMENTO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL À
LUZ DE ASPECTOS VITIMOLÓGICOS**

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

Área de Concentração: Ciências Penais.

Orientador: Prof^o Ms Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

Co-orientadoras: Prof^a Ms^a Ana Clara Fonseca
Prof^a Ms^a Érica Babini Amaral

Recife
2010

Arruda, Marília Gabriela Ribeiro de
Análise do consentimento no crime de estupro de vulnerável à luz de
aspectos vitimológicos. / Marília Gabriela Ribeiro de Arruda – Recife: O
Autor, 2010.

152 folhas : il., fig.

Orientador: Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução
Cristã. Bacharelado em Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1.Direito 2. Vitimologia 3. Direito Penal 4. Lei 12.015/09
I. Título.

340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)

Faculdade Damas
TCC 2010- 0022

Marília Gabriela Ribeiro de Arruda

ANÁLISE DO CONSENTIMENTO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL À LUZ DE ASPECTOS VITIMOLÓGICOS

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

Área de Concentração: Ciências Penais.

Orientador: Prof^o Ms Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

Co-orientadoras: Prof^a Ms^a Ana Clara Fonseca
Prof^a Ms^a Érica Babini Amaral

DEFESA PÚBLICA em:

Recife, _____ de _____ de 2010

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob presidência do primeiro, submeteu a candidata, em nível de graduação, e a julgou nos seguintes termos

MENÇÃO GERAL

PRESIDENTE: Professor Mestre Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira

Julgamento _____ Assinatura _____

1º EXAMINADOR: Professor...

Julgamento _____ Assinatura _____

2º EXAMINADOR: Professor...

Julgamento _____ Assinatura _____

Recife
2010

*Dedico ao meu avô, que tanto quis ver um dos seus se
formar em Direito.*

Aos meus pais, razão da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Não faltam agradecimentos...

Inicialmente a Deus, por em tantos momentos de dificuldade me carregar nos braços e me fazer continuar, dando-me forças a cada passo. A minha família: meus amados pais, Roberto e Alda, e irmãos, Roberta e Cláudio, base sólida, constante incentivo no meu caminhar. Minha avó Terezinha e querida Tia Haila, que desde o início estão ao meu lado.

Ao admirável Professor Cláudio Brandão, exemplo de profissional e de integridade, que me concedeu a honra de chamá-lo de padrinho e possibilitou que concluísse meu curso: obrigada mestre pelos ensinamentos, atenção e compreensão nesta caminhada.

As minhas co-orientadoras, Professoras Ana Clara e Érica Babini, profissionais dedicadas, pessoas maravilhosas, que fazem cair por terra a figura de seriedade do Direito, pela competência atrelada a simpatia, dando aulas com paixão, expressando suas idéias com veemência e acima de tudo humildade.

A todos os professores da Faculdade Damas, em especial: Aerton Carvalho, Belize Câmara, Danielle Spencer, Juliana Teixeira, Leonardo Siqueira, Luciana Medeiros, Renata Andrade e Teodomiro Noronha, mais que professores, verdadeiros amigos, que fizeram a Faculdade nestes anos uma segunda Casa pra mim, me dando “bronca”, quando necessário, apoio e incentivos constantes. A todos os funcionários, na figura de Expedito, Lilian, Margarete (Marga) e Rosana (Rô): obrigada pelo carinho nestes cinco anos, sem vocês a faculdade, certamente, não teria sido tão boa.

As irmãs Alcilene, Graça e Rosimar, por quem sinto um profundo afeto.

A famosa “turma do Greg”, na pessoa de Edilázio Wanderley e Epaminondas Neto: agradeço as divertidas e incansáveis conversas na “famosa caixa d’água”... sentirei falta das reuniões dos amigos. A minha amiga-irmã Tamires Fernandes, que, não sei como, agüentou escutar minhas incansáveis conversas e sempre me aconselhou ao melhor: estaremos sempre juntas. As minhas grandes amigas Adma Cristynne, Andressa Tavares e Natacha Brasilino: obrigada pelo carinho nestes anos.

A Flávia Dantas, profissional admirável, pessoa de tamanha humildade, que me orientou no estágio, fazendo dele uma experiência proveitosa, hoje posso chamá-la de amiga: obrigada por me dar coragem diante das minhas inseguranças.

A todos que de algum modo me ajudaram nesta caminhada.

Julgue seu sucesso pelas coisas que você teve que renunciar para conseguir.

Dalai Lama

O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem perder entusiasmo.

Winston Churchill

RESUMO

O presente trabalho discute a capacidade de consentimento do adolescente com idade entre 12 e 14 anos em relação à prática de atos sexuais. O objetivo dessa pesquisa é estudar a conduta da vítima do crime de estupro de vulnerável e sua contribuição para a gênese do delito, assim como seus reflexos na seara jurídico-penal. Foge-se da visão simplista da relação criminosa, que de um lado tem a vítima como totalmente inocente, e de outro o autor culpado. Analisam-se as conseqüências do efeito jurídico do consentimento (exclusão da antijuridicidade ou do tipo). Nesse diapasão, questiona-se acerca da necessidade ou não de proteção de um bem jurídico ao qual o próprio titular (vítima potencial) dispensa a sua tutela, observando alguns requisitos basilares de uma tutela penal legítima e Direito Penal mínimo (subsidiariedade e *ultima ratio*). Nota-se, portanto, através do estudo feito, que a Lei 12.015/09, que modificou o Código Penal vigente é discrepante em relação à sociedade atual, pois nem sempre a norma penal consegue acompanhar a evolução dos costumes e da moral de uma sociedade, havendo necessidade de uma reforma do artigo 217-A do Código Penal ou uma aceitação, por parte da judicatura, de uma interpretação em cada caso concreto posto a julgamento. Com tudo isso, busca-se encontrar medidas fidedignas, próximas da realidade social, minimizando a falta de equidade do sistema penal.

Palavras-chave: Vitimologia. Capacidade. Consentimento. Menor 14 anos.

ABSTRACT

The current work discusses the capacity of consent given by adolescents between the ages of 12 to 14 regarding the practice of sexual intercourse. The objective of this research is to study the behavior of victims of child abuse and their contribution to the origins of the crime, as well as its reflexes in the criminal-legal field. This kind of crime is far from the simplistic vision of the criminal relation; if on one side there's the victim as a sheer innocent, on the other there's the guilty author. The consequences of the effect of the consent law are being analyzed (exclusion of the anti-juridical act or the like). In this panorama, it is questioned whether the necessity of protection of a legal right at which the own victim resigns its protectorship, observing some basic requirements of a real criminal guardianship and minimum legal right (subsidiarity and *ultima ratio*). It is observed, then, through the study done, that the Law 12.015/09, that has modified the current Criminal Code in Brazil is discrepant from the current Brazilian society, because it's not always that the criminal norm gets to follow the evolution of manners and moral. Thus, there's a need of change in the article 217-A of the Brazilian Criminal Code or an acceptance, through the judiciary, of an interpretation in each actual case being judged. Based on all this, this work seeks to find reliable measures, close to the social reality of each place, in order to minimize the lack of equity of the Criminal Code.

Key words: Victimology. Capacity. Consent. 14-year-old minor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 SEXUALIDADE, MENORIDADE E DIREITO PENAL	
1.1 Sexualidade e controle social.....	11
1.2 Breve reflexão sobre a precocidade dos adolescentes.....	16
1.3 O obsoleto tipo penal do estupro de vulnerável pela idade.....	19
1.4 Bem jurídico Penal e o crime de estupro de vulnerável.....	23
1.4.1 Funções de garantia e fundamentação do injusto do Direito Penal: disfarce de uma moralização social.....	28
1.5 Liberdade sexual: bem jurídico tutelado nos crimes sexuais.....	30
1.5.1 Estupro de vulnerável: tutela do bem jurídico sexual do menor.....	32
CAPÍTULO 2 VÍTIMA E GÊNESE DO CRIME	
2.1 Vítima: acepção etimológica e doutrinária atrelada a uma irreal passividade.....	34
2.1.2 <i>Iter victimae</i> : processo de vitimização.....	37
2.1.3 Tipologias vitimais.....	38
2.2 Breve relato da vítima na história: “glamour”, ostracismo e redescobrimto.....	42
2.3 Vitimologia: o movimento e seus impactos.....	45
2.3.1 Aportes da vitimologia para a criminologia e para o Direito Penal.....	48
2.4 Vitimodogmática: redescoberta da força da vítima na teoria do delito.....	50
CAPÍTULO 3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	
3.1 Análise do consentimento.....	53
3.1.1 Fundamento do consentimento: teorias e critérios doutrinários para sua utilização.....	54
3.1.1.1 Critério de Mezger: ausência de interesse.....	54

3.1.1.2 Critério de Welzel: renúncia da norma à proteção jurídica.....	55
3.1.1.3 Teoria dualista: acordo e consentimento.....	55
3.1.1.4 Teoria unitária ou da atipicidade.....	57
3.2 A legitimação do consentimento da relação sexual na esfera penal.....	58
3.2.1 Requisitos de validade do consentimento.....	59
3.2.1.1 Manifestação do consentimento.....	60
3.2.1.2 Capacidade de compreensão do consentimento.....	60
3.3 Capacidade de consentimento do menor de 14 (catorze) anos: da “vulnerabilidade” prevista no art. 217-A do Código Penal.....	61
3.3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente: confirmação da inadmissibilidade da invalidade do consentimento do menor.....	64
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	69
ANEXOS	

INTRODUÇÃO

O Direito, como regulador das relações sociais, está em constante mutação, isto porque, para manter a ordem e a segurança, pelas quais a sociedade doou parte de sua liberdade, faz-se necessário sua invariável atualização normativa para acompanhar a dinâmica das relações.

Por vezes, essas inovações não alcançam os resultados pretendidos devido ao generalismo trazido pela norma, que, por mais que tente, não tem como abarcar todos os possíveis casos realizáveis no mundo do ser, acabando, em verdade, por suscitar dúvidas ou imprecisões que causam, por vezes, injustiças.

A pesquisa abordará a alteração do Código Penal, porém especificamente quanto à modificação do crime de estupro por violência presumida, que nossos tribunais tratavam

CAPÍTULO 1 SEXUALIDADE, MENORIDADE E DIREITO PENAL

1.1 Sexualidade e controle social

Falar sobre sexualidade pressupõe a utilização da história através da observação da modificação da sociedade, e mais especificamente, da moral social. As relações sexuais são relações construídas em consonância com um contexto social, determinadas por estruturas e valores que observam interesses de épocas diferentes.

O controle da sexualidade humana é perpetrado desde os primeiros grupos de organização social e se delineava, a princípio, com a quebra do Tabu, que era dotado de cunho sagrado. O Tabu tinha por base uma ação proibida e dirigia-se, principalmente, contra a liberdade de prazer.

Com o passar dos séculos, e a grande influência da religião na vida em comunidade, a sexualidade passou a regular-se pelos dogmas da Igreja Católica, que instituiu que o sexo deveria existir apenas para fins procriativos (TREVISAN, 2010). A idéia de moralidade religiosa estava ligada ao afastamento do prazer nas relações sexuais.

No Brasil Colônia, havia forte influência da moralidade exigida pela Igreja e por visitantes da Inquisição. Nesse contexto, era comum a mulher branca desempenhar o papel de dona de casa e criadora dos filhos, enquanto o marido buscava nas outras a satisfação de seus desejos sexuais. Sexo pluriétnico, escravidão e concubinato formaram o tripé das relações sexuais na colônia e constituíram a base da sexualidade no Brasil. (SIQUEIRA, 2008, p.3)

A cultura sexual brasileira, na Colônia, permeava-se por um falso moralismo religioso, cercado de preconceito e machismo, onde as escravas e as indígenas eram fonte de prazer sexual dos seus senhores, enquanto a esposa recatada era apenas a fêmea FB80315imt.eEcravas a10()-1r

científico médico. Isso se dá devido à construção e consolidação do positivismo criminológico, que tem o paradigma biologista como postulado. (MOLINA; GOMES, 2006).

Com o intuito de regular condutas, estabelecendo padrões comportamentais a serem cumpridos, o positivismo criminológico enquadrava determinados comportamentos como desvios sexuais, criando para os indivíduos o rótulo de doente (anormal, histérico, etc.). (PEDRINHA, 2009).

Na contemporaneidade, busca-se desestigmatizar os resquícios conceituais religiosos interiorizados nos indivíduos, mas se outrora a Igreja era a fonte maior do controle, agora novas formas de controle se apresentam, dentre as quais a mídia é uma das mais influentes.

A mídia edifica-se pela difusão da notícia. A notícia não tem compromisso com a formação, alega-se preocupar-se com a informação. Embora cumpra lembrar que a própria informação pode ainda ser duvidosa, equivocada e alarmista. Contudo, é contundente o controle que a mídia exerce sobre as pessoas, as quais acreditam no que lhes é (im) posto e ainda reproduzem tais idéias. Nessa esteira, repete-se em uníssono o discurso punitivo. (PEDRINHA, 2009, p.10).

A indução de pensamentos irrefletidos, no campo da sexualidade, vem sendo papel marcante da mídia, que assim como a família, a educação, a medicina e a religião, é forma de controle social difuso, que não se dissocia do controle institucionalizado do Direito Penal.

A busca de uma limitação da sexualidade através das práticas punitivas é galgada pela mídia e inculcada de modo convincente na população, que repete a idéia de Direito Penal como solução e forma de controle da sexualidade de jovens capacitados a decidir sobre sua vida íntima.

De se evidenciar, que o moralismo religioso ainda é imperante na sociedade, mesmo que, por vezes, possa ser referenciado como um falso-moralismo, não se referindo aqui com um viés negativo, mas simplesmente observando o sentimento de culpa, devido à contrariedade à religião cristã, externado legalmente pela população, que culturalmente tem outras práticas.

Nos dias atuais procura-se uma vivência sexual mais liberta, com respeito à individualidade e maturidade de cada um, principalmente no que diz respeito à juventude. O mundo vive um período de modificação moral, onde os valores da sexualidade, antes repudiados, passaram a ser alvo dos mais variados debates, do âmbito educacional até o âmbito da medicina existiram alterações conceituais,

Vivemos um período de intensa revolução em matéria de moral pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição que a

mulher vai adquirindo na sociedade. Passa a ser duvidosa a conveniência de proteger penalmente a moral pública sexual, numa sociedade pluralística, em que o interesse social em torno da sexualidade passa a se orientar por outros valores. (FRAGOSO, 1981, p.1).

Diante de uma sociedade plural, manter uma legislação caracterizada por um rigor excessivo, dotada de uma carga moral desarrazoada quando se olha pra as condutas praticadas na vida comum, traz mais malefícios do que benefícios.

O problema que se põe é que a idéia de poder aplicada ao público juvenil que vem se difundindo na sociedade é a idéia de poder punitivo, que reprime, por vezes, práticas comuns a esse grupo. Por isso, na contemporaneidade tem-se como forma de controle principal o Direito Penal.

Não se usa do poder como “capacidade ou a possibilidade de agir, produzir efeitos” (BOBBIO, *et al*, 2004, p.933), estruturando políticas públicas de apoio e educando sexualmente esses indivíduos. Prefere-se punir diretamente, os agentes maiores de 18 (dezoito) anos que se relacionam sexualmente com menores de 14 (catorze) anos que sabem o que estão fazendo, e sendo assim, punir indiretamente, o adolescente que consente com a relação.

Essa postura do legislador, que por vezes, estrutura os tipos penais sem possibilitar que eles se adéqüem a realidade traz muito mais problemas do que soluções. As Casas legislativas brasileiras apontam soluções grosseiras, baseadas num momento de forte emoção, afundadas no senso comum, e principalmente, influenciadas por uma mídia inflamante.

O medo fundado pela mídia, forma de controle social extremamente atuante na atualidade, faz mais do que revelar o real, constrói, desconstrói, silencia e oculta. (PEDRINHA, 2009, p.9).

A realidade cotidiana, que serve de cenário para a apresentação da informação sobre o fato, vem conceituada e confirmada como se fosse um ‘consenso’. Mas, nem sempre a opinião pública é a opinião publicada. Nem sempre o que se alardeia representa a verdade vivenciada na sociedade. Dificilmente, a relação entre o público e publicado é linear. O que temos é verdadeiramente um processo e condicionamento mútuo. (SILVA, 2000, p. 61-62).

A mídia manipula a realidade de modo à sempre produzir mais notícias, não presta informações para que a própria sociedade observe e tire suas conclusões, procura induzir um raciocínio do jeito que melhor lhe convém. As práticas que ocorrem de fato acabam destoando, por vezes, daquilo que é demonstrado nos meios de comunicação.

Isso se dá porque o meio de comunicação despersonaliza a ação do emissor, além de modificar o conteúdo ideológico da mensagem, apresentando em seu lugar uma ator imaginário chamado “opinião pública”, que contrabandeia a opinião do emissor e transmite as opiniões como sendo as das grandes maiorias. (CASTRO, 2005).

Observa-se assim, que não há de fato “comunicação”, pois não há resposta por parte de quem recebe a informação, o que a mídia realiza, em verdade, “ trata-se de um trabalho de engenharia social, no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares”. (CASTRO, 2005, p.201).

A mídia na realidade é detentora de poder, pois “a comunicação é poder, porque reduz complexidades, entrega o produto pronto, proporciona a ilusão de participação e assume a tarefa de legitimar o mandato”. (CASTRO, 2005, p.201).

Notável que a publicidade faz mais do que tornar um fato algo público: ela produz representações, cria noções e mergulha o receptor numa reiteração de situações, de maneira que direcione sua atenção para determinados fatos, fazendo-o acreditar neles. (CASTRO, 2005). Constrói com isso uma realidade social que gera um sentimento seletivo de insegurança, provocando pressões sociais sobre os detentores de poder legislativo.

O problema é que com as pressões sociais sobre o legislador, estes tomam por base aquele discurso maniqueísta, e passam a agir em resposta a um falso dado, para satisfazer uma ânsia punitiva desentoadada com os fatos culturalmente estabelecidos.

Pode-se dizer que foi isso que aconteceu com a reformulação do Código Penal no que tange ao antigo título “Dos crimes contra os costumes”, agora, “Dos crimes contra a dignidade sexual”, especificamente no que diz respeito ao novo tipo penal nomeado “estupro de vulnerável”, previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro.

Incentivado pelas repercussões de inúmeros casos de prostituição infantil e pedofilia apontados nos canais midiáticos, o legislador imbuído pelo sentimento de impunidade, incutido na sociedade pelas notícias televisivas, quis mostrar uma maior severidade da lei, exterminando de vez qualquer questionamento doutrinário sobre a presunção de violência que existia no antigo tipo incriminador, se absoluta ou relativa, e estabelecendo a menoridade (14 anos) como elemento do tipo.

O que fomentou também tal mudança legal foi a crítica, em junho de 2009, lançada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em comunicado oficial, ao Superior Tribunal de Justiça, quando da absolvição, pelo crime de exploração sexual, de dois homens que haviam se relacionado com três adolescentes. A decisão do STJ foi chamada pela UNICEF de “absurda”, argumentando ainda que “causa a indignação em razão da insensibilidade do

Judiciário para com as circunstâncias de vulnerabilidade as quais as crianças estão submetidas". (BACHEGA, 2009).

Após tais fatos, o controle social institucionalizado, perpetrado pelo Direito Penal, sobre a conduta do maior que se relaciona com o menor de 14 anos tornou-se extremamente rígido, impossibilitando, de acordo com Gênova (2009), qualquer discussão sobre a maturidade do menor em assuntos sexuais.

A nova versão do crime, dada pela Lei 12.015 de 07/08/2009, foi uma versão retrógrada, que não atende a precocidade sexual dos adolescentes brasileiros, que cada vez mais cedo dão início a sua vida sexual. Perdeu uma grande oportunidade o legislador de permitir, diretamente, que haja uma avaliação da maturidade sexual do menor de 14(catorze) anos no caso concreto.

O controle do Direito Penal, por ser ele a *ultima ratio*, para ser efetivo deve regular situações do modo mais limitado possível. Se se estabelece uma lei para regular de modo rígido fatos que já passaram por mutações antes mesmo do nascedouro desta, esta lei cairá no mundo do simbólico e prevalecerá socialmente um falso sentimento de impunidade, fazendo com que o Direito Penal perca sua força coercitiva.

As alterações sociais, com sua surpreendente mobilidade, vão sobrepassando amplamente os esquemas jurídicos e terminam por deixá-los de lado como coisa inútil e perturbadora do progresso de uma humanidade que parece haver alcançado um dos seus pontos culminantes em seu esforço pelo domínio da natureza. Se quisermos que o direito continue firme norma de conduta nas sociedades modernas, capaz de assegurar a todos os homens a livre possibilidade de desenvolvimento integral, os juristas temos de convencer-nos de que não temos outra saída se não a de modernizar o direito e reestruturá-lo sobre bases que o permitam ir-se adaptando, com a flexibilidade necessária, às nova e seguramente mais aceleradas alterações que haveremos de ver na vida futura dos povos. (MONREAL, *apud* GOMES, 2001, p.35/36).

Acompanhar a realidade social é uma necessidade normativa. A legitimação e efetividade do Direito Penal dependem da forma que atua socialmente, se os indivíduos não temerem sua aplicação perde seu caráter preventivo. No campo do Direito Penal Sexual o problema torna-se latente cada vez que se busca punir condutas por meros preconceitos morais, sem observar as práticas sociais.

A mudança social, definida como qualquer alteração não repetível nos modos de conduta estabelecido na sociedade, é ubíqua. A mudança é uma característica penetrante da sociedade humana; em verdade, a mudança social é tão normal como a ordem social [...] A mudança social está enraizada nos esforços conscientes das pessoas para resolver problemas mútuos, através de ações coletivas. (FRIEDMAN, *apud* CARVALHO, 2006, p.85).

Tem-se na sexualidade um dos mais importantes atributos do ser humano. Segundo Pedrinha (2009, p.16), baseada nos estudos de Freud, a sexualidade humana é moldada desde a infância; a criança tem latente a potencialidade sexual, que ganha contornos a partir do contato com o mundo exterior.

Sendo assim, a conduta de uma grande quantidade de jovens que dão início a vida sexual antes dos 14 (catorze) anos é uma conduta cultural, de desenvolvimento pessoal agregado ao contato com o que é moral, amoral, certo ou errado na sociedade. Não se pode impedir de modo tão rígido o aflorar da sexualidade dos jovens, até porque as relações sexuais devem ser exercidas segundo a livre vontade da pessoa, qualquer pessoa, observando, apenas, no caso concreto, se tem condições de consentir conscientemente para o ato.

Só se deve proteger o indivíduo que não pode exercer sua vontade, por não entender ou por não ter meios para resistir, e aí deve estar à atuação do controle institucionalizado do Direito Penal.

No mundo moderno, não se pode ignorar que há jovens com menos de 14 (catorze) anos com pleno desenvolvimento físico e psíquico, capazes plenamente de discernir sobre os atos da sexualidade, e, perfeitamente, aptos a exercê-la com plena liberdade, que, por essa razão, não podem ser proibidos de ter vontade.

É evidente que nenhuma lei pode impedir alguém com capacidade plena de exercer livremente a sua sexualidade. O que a lei deve é proteger o menor que não esteja apto a exercer a sexualidade livremente.

Insta reconhecer que houve uma mudança de paradigmas, a sexualidade ganhou, nos contornos atuais, autonomia individual e subjetiva, afastando-se das moralidades religiosas do medievo e dos conceitos apriorísticos, tornando-se aspecto positivo da sociedade.

1.2 Breve reflexão sobre a precocidade dos adolescentes

Nos tempos modernos, a sexualidade e o comportamento sexual, outrora muito difundido por Freud, tornaram-se um dos assuntos mais debatidos do mundo. Após a segunda grande Guerra e suas transformações o tema passou a ser alvo de constantes divulgações, adquirindo maior relevo social, principalmente, com a aquisição de uma “liberdade sexual” pela mulher.

Durante o decorrer dos séculos houve várias fases da sexualidade na história humana, desde a fase onde o sexo tinha o único fim da procriação, passando pela etapa de extrema influência cristã, com o dogma do casamento, da qual ainda hoje se tem resquícios,

despontando com a fase de grande influência cultural, política e econômica, na qual a “revolução sexual” feminina teve intensa manifestação e culminando na fase onde a prática sexual tornou-se efetiva pela fonte de prazer.

A abertura ao tema se deu em meados da década de 50, quando surgiram o “movimento *beat*” e o “movimento *hippie*”, que representava uma contestação dos jovens ao modelo social vigente, trazendo em seu bojo a “revolução sexual” e pregando a concepção de sexo desvinculado de compromisso. A partir daí o homem passou a avaliar seu comportamento sexual e repensar a constante opressão que vivia. Segundo Nunes citado por Trevisan (2010) “A libertação sexual era, em muitos casos, o símbolo e o matiz de outras liberdades exigidas”.

A libertação sexual era uma resposta as opressões políticas vividas naquela época. Buscava-se demonstrar o individualismo de cada um através do sexo, por ser esse a maior demonstração de personalidade própria, decisão íntima, particularizada do ser humano.

Atualmente, a questão da sexualidade, como já afirmado acima, encontra-se cada vez mais em evidência, possibilitando aos jovens um conhecimento que em outras épocas era restrito e quase “proibido” de chegar a debate. Neste sentido, retrata Suplicy, citado por Cano e Ferriani (2000, p.21):

A questão da sexualidade mudou tão rapidamente, nas últimas décadas, que deixou os pais meio perdidos. Antigamente as famílias não tinham muitas dúvidas em saber o que era certo ou errado; o que podiam permitir ou não. Hoje vivemos um momento difícil para a construção de um sistema de valores sexuais.

Com a intensificação dos debates nas escolas, a gama de comunicação em massa sobre a temática e a abertura de muitas famílias que deixaram de ver o sexo com o Tabu os adolescentes por inúmeros fatores tem iniciado sua vida sexual cada vez mais cedo, independentemente de autorização dos pais.

A realidade, mesmo que não a ideal, é que muitos jovens com pleno domínio do que querem optam por iniciar a vida sexual mais cedo. Assim é que Rappaport (1998, p.48) aponta:

Por muitas razões (falta de comunicações, cobrança dos grupos, mensagens transmitidas e incentivadas pelos meios de comunicação de massa, falta de diálogo com os pais, solidão, etc.), é freqüente o início de uma vida sexual precoce.

Ora, se a realidade é de jovens com a idade média de 15 (quinze) anos, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2009), ter dado início a

sua vida sexual em acordo de vontade com seu parceiro, como vir o direito agora para reprimir uma conduta espontânea desses indivíduos?

Nesta ótica é que Foucault, citado por Trevisan (2010) aponta a tentativa de censura do Direito a realidade das práticas sexuais postas, amoldando-se o discurso à atual perspectiva dos jovens brasileiros:

O poder sobre o sexo, no Ocidente, se estabeleceu através do impositivo da negação: o ‘não pode’, contra o ‘pode’, num discurso emprestado do Direito. A censura, nesse contexto, se estabelece de três formas: afirmando o que é proibido e permitido (através de um discurso autorizado), impedindo que se diga (desautorizando o discurso) e **negando simplesmente a existência de uma dada realidade**. O principal instrumento deste poder é o castigo, que nada mais é do que a supressão. Todos os modos de dominação, submissão, sujeição, se reduzem ao efeito da obediência. Isso porque, desde a Idade Média, o poder sempre se apoiou ao menos nas sociedades ocidentais, no Direito. (grifos acrescidos)

Ora, se o Direito nasce para suprimir uma prática já evidente na sociedade e que culturalmente impõe-se, ele já nasce para morrer. Se a realidade existe, mas o Direito simplesmente a nega, ele estará sendo autoritário, arbitrário, e não democrático e regulador como deve ser.

A modificação da Lei só veio a criminalizar condutas, com a afirmação do “não pode”, que já ocorriam anteriormente a sua elaboração, por livre e espontânea vontade, principalmente numa realidade de pobreza e falta de instrução, e isso só faz com que o Direito perca sua força coativa e marginalize ainda mais as camadas socialmente desprovidas de maiores recursos financeiros, que não terão a devida defesa técnica nos tribunais.

Pesquisa da Unesco (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), realizada no ano de 2004, revela a realidade social sobre o comportamento sexual dos jovens no Brasil. De acordo com ela, em quase todas as capitais, mais de 10% das crianças e adolescentes com idade entre 10 (dez) e 14 (catorze) anos já tiveram uma relação sexual. No mesmo estudo, constatou-se que em quase todas as capitais, o índice de crianças que tiveram iniciação sexual aos 10 (dez) anos foi maior que o esperado. (ABRAMOVAY *et al*, 2004).

Observando essa realidade é que, antes mesmo da reforma legal, mais adiante estudada em detalhes, é que magistrados como Márcio Bártoli (*apud* GOMES, 2001, p.34/38) já se manifestavam demonstrando o grau de mutações culturais refletidas no campo da sexualidade:

A realidade demonstra que, no campo da liberdade sexual, muita coisa se transformou, muitos preconceitos foram extirpados, pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e os anos 90, vários

acontecimentos modificaram o mundo. Guerras e conflitos. Mísseis, satélites, computadores de alta definição etc. No campo das ciências humanas, a medicina avançou, célere, dos transplantes até a investigação da fecundação *in vitro*. A psicanálise vem desvendando, com muita nitidez, os caminhos do desconhecido, que guiaram muitas das decisões do homem. Mutações espantosas atingiram a vida social, política e familiar. Apenas esses exemplos servem para indicar que, diante de tantas e importantes transformações que afetaram a sociedade, o tema sexo, evidentemente não podia continuar sendo tratado da mesma forma de antes: um assunto proibido, porque, evidentemente, também a mulher mudou, a duras penas, é verdade, crescendo, impondo-se, dimensionando seu espaço, igualando-se ao homem, em muitas vezes. Mas o assunto sexo, que para alguns ainda continua sendo um verdadeiro tabu, é uma realidade presente na sociedade; presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo mudou, a visão das pessoas sobre tal tema também se modernizou. Afastadas idiosincrasias banais e conservadorismo hipócrita.

É mais do que evidente que nos dias de hoje um adolescente não mais é alheio a idéia de sexo como era décadas atrás. Como já afirmado, o sexo deixou de ser algo imoral, e passou a ser discutido de forma mais livre, não havendo mais justificativas para proibir a disponibilidade pelos adolescentes do próprio corpo quando demonstrarem ter entendimento para tanto.

1.3 O obsoleto tipo penal do estupro de vulnerável pela idade

Antes de falar propriamente do novo crime de estupro de vulnerável, é necessário que seja feita uma sintética abordagem de como se encontrava, antes da alteração legislativa, nossa lei no que diz respeito aos menores de 14 (catorze) anos.

Em agosto de 2009, com a publicação da Lei 12.015 houve uma significativa alteração do Título VI do Código Penal Brasileiro, passou este título, que era nomeado por “Dos crimes contra os costumes”, a ser denominado “Dos crimes Contra a dignidade sexual”, com a reformulação de diversos tipos que se encontravam no seu bojo.

Dentre as mudanças ocorridas, houve a revogação do artigo 224 do Código Penal, que estatuiu as hipóteses da ocorrência de violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual, dentre os quais se encontrava aqueles cometidos contra o menor de 14 (catorze) anos. Em contrapartida, criou um novo delito, previsto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, o "estupro de vulnerável", tipificando como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos e culminando pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Veja-se:

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

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

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

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Em resumo, trata-se de tipo penal que substitui o "antigo" estupro e o revogado atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida, que era previsto nos arts. 213, 214 e 224, do Código Penal.

Antes da renovação do Título VI, entretanto, havia amplo debate tanto na doutrina quanto na jurisprudência sobre a natureza daquela presunção de violência, se presunção absoluta (*iuris et de iure*) ou presunção relativa (*iuris tantum*).

A discussão se estabelecia em torno da possibilidade de haver exceção à regra do art. 224, alínea “a”, ou seja, de, diante de casos concretos, em que a vítima demonstrasse possuir conhecimento e experiência em relação à prática sexual, haver o afastamento da presunção e ser considerada atípica a conduta.

Para os que defendiam a teoria da presunção absoluta, não interessava a realidade, pouco importava se o jovem tinha ou não experiência sexual, pois a lei era rígida e inflexível, punindo de forma indistinta o agente que praticasse relações sexuais com um menor de 14 (catorze) anos. Para os que defendiam a tese da presunção relativa adotavam como norte a anterior vivência sexual da vítima. (GOMES, 2001)

Na doutrina, preponderava o entendimento pela natureza relativa da presunção¹, já na jurisprudência, porém, era firme o entendimento de que a presunção de violência era absoluta, havendo apenas alguns julgados divergentes. (GOMES, 2001, p. 19/21).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. VÍTIMA NÃO MAIOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA.

- A norma inserida no art. 224, I, do Código Penal é expressa no sentido de que **sendo a vítima menor de 14 anos, a violência é presumida pouco importando as suas condições individuais.**

¹ Neste sentido: **ESTUPRO – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – INEXISTÊNCIA DE PROVA DO USO DE VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A PRÁTICA LIBIDINOSA – OFENDIDA QUE, EM RAZÃO DA SUA ROBUSTA COMPLEIÇÃO FÍSICA, OCULTA SUA VERDADEIRA IDADE E TINHA PLENO CONHECIMENTO DA VIDA SEXUAL – DECRETO ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE, POIS A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NÃO É ABSOLUTA.** (TJDF – Ap. 16.599/96 – 1ª Turma – j. 01/10/1998 – relator Des. Pedro Aurelio Rosa de Farias [RT 765/649].) (grifos acrescidos)

- A circunstância de haver o réu estabelecido concubinato com a vítima não afasta a presunção de violência para a caracterização do estupro.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 94683/GO, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Rel. p/ Acórdão Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/1997, DJ 15/03/1999, p. 295) (grifos acrescidos).

ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – CARACTERIZAÇÃO – VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS – IRRELEVÂNCIA DA OCORRÊNCIA DE ASSENTIMENTO DA VÍTIMA E DE EVENTUAIS PROVOCAÇÕES POR PARTE DELA – DESCABIMENTO DE PERQUIRIZAÇÃO ACERCA DE TER SIDO DEFLORADA, OU NÃO, PELO ACUSADO, SE O DESVIRGINAMENTO NÃO É ELEMENTO ESSENCIAL DO ESTUPRO – CONDENAÇÃO CONFIRMADA. TJSP – Ap. Criminal 140.383-Itapeva – Apelante: S.P. – Apelada: Justiça Pública – relator Camargo Sampaio (v. RJTJESP *Lex* 60/360). No corpo do acórdão, depois de se invocar o bem jurídico tutelado, enfatizou-se a natureza absoluta da presunção, *in verbis*: “**No estupro, com é cediço, protege-se a liberdade sexual da mulher e não sua virgindade. A presunção de violência decorre da menoridade da vítima, de vez que esta não contava quatorze anos de idade.** É possível que a vítima tivesse anuído às práticas sexuais, mesmo porque, caso se opusesse, difícil teria sido ao réu com ela relacionar-se na própria casa, quando a esposa se encontrava em outro cômodo. Contudo, **em se tratando de vítima de estupro, menor de quatorze anos, seu eventual assentimento não tem maior significado. Não tem ela condições de consentir. Seu querer é desprezado pelo legislador que, pela sua idade, a tem como incapaz de discernimento**”. (grifos acrescidos).

ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE, VIRGEM E HONESTA – RÉU QUE TINHA AUTORIZAÇÃO PARA NAMORÁ-LA, USUFRUINDO-A SEXUALMENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – INTELIGENCIA DOS ARTS. 213 E 224 DO CÓDIGO PENAL. Somente em casos de “prostitutas de porta aberta” poderá cair a presunção legal do art. 224 do Código Penal, não porque a jovem marafona ganha capacidade de consentir, mas porque o agente poderá ser levado a eventual erro de fato. Fora disso quem, com mulher menor de 14 anos, mantém relações sexuais, estupra-a e, de conseqüência, sofre os rigores da lei. TJSP. Ap. 131.038-Itapetininga – Apelante: J.B.B. – Apelado: J.F. – relator Des. Camargo Sampaio (RT 506/335). (grifos acrescidos).

Na fundamentação deste último voto está dito o seguinte: “Despicienda a circunstância de a vítima ter consentido na prática do ato sexual. No caso, a lei presume a violência porque a vítima é menor de 14 anos. Seu consentimento não é considerado e nenhum significado possui. Era ela absolutamente incapaz e não podia anuir validamente à prática do ato sexual.”

Com a alteração da Lei nº 12.015/2009, a discussão, para alguns, parece ter perdido o sentido, uma vez que a lei não fala mais em presunção de violência. Atualmente, o delito é tipificado independentemente do meio de execução e mesmo que haja consentimento da vítima.

A lei presume, de forma absoluta, *iuris et de iure*, que o menor de 14 (catorze) anos não tem discernimento para a prática de atos sexuais e pune, como crime hediondo o maior que se relacione com ele, ainda que haja o consentimento da vítima.

Como o artigo 217-A do Código Penal não prevê em sua descrição típica o emprego de violência, diz-se que a menoridade da vítima passa a integrar o tipo penal, não cabendo qualquer discussão sobre a sua maturidade e experiência em assuntos sexuais do adolescente.

Diante desses fatos, é visível que houve um retrocesso penal, esqueceu o legislador de aspectos vitimológicos, da vítima interativa outrora falada, pois o tipo retira a autonomia do magistrado de, em frente aos casos concretos, ponderar com razoabilidade a decisão mais acertada. A consequência da reformulação foi um tipo penal mais abrangente e com penalidade mais severa, que não corresponde a realidade social.

Indubitável que o procedimento daquele que mantém relações sexuais com menor de 14 (catorze) anos é mais marcante, mas o é quando a conduta envolve um jovem sem maturidade sexual e é regida pela violência ou grave ameaça, e não quando o adolescente consente com a relação.

O legislador falha ao generalizar o tipo penal, desconsiderando as peculiaridades do caso, como, por exemplo, o consentimento para o ato por parte da vítima. Não se pode fechar os olhos para a realidade social, os dados estatísticos demonstrados acima, de fontes seguras como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e a própria UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) revelam que menores de 14 anos possuem vida sexual ativa e que a precocidade de nossos jovens marca a vida da sociedade. (ANEXO I E II).

Ainda que reprovável a conduta do maior que se relacione sexualmente com o menor de 14 (catorze) anos, é no mínimo desarazado punir aquele que se relaciona com o jovem que consente e quer o ato sexual do mesmo modo daquele que obriga uma relação através de violência ou grave ameaça com quem não a deseja.

O conceito de vulnerabilidade deve ser observado casuisticamente e não de forma abrangente, ao verificá-lo deve-se ter em conta o discernimento do menor para a prática de ato libidinoso, assim como, sua possibilidade de resistir. Sendo assim, o adolescente só será vulnerável, e conseqüentemente, exigirá a proteção penal, se não tiver discernimento ou não possuir capacidade para resistir, isto é, não possuir sua vontade de forma livre e desembaraçada.

De outra banda, quem sabe discernir entre a prática ou não de um ato sexual, tendo plena capacidade de entendimento, e não está, de qualquer forma, impedido de resistir, dispensa a proteção penal e deve ter o direito de exercer livremente a sua sexualidade.

Portanto, a vulnerabilidade deve ser considerada diante do menor de 14 (catorze) anos que não tem capacidade de entendimento para a prática do ato libidinoso ou que não tem como oferecer resistência.

O artigo 217-A do Código Penal é retrógrado, regulando de forma irreal o contexto social vivido na atualidade, deve ser considerado um retrocesso para o Código Penal Brasileiro, uma vez que não está em sintonia com as práticas sexuais dos jovens brasileiros.

Pode-se dizer que, mais uma vez, a má técnica legislativa impera no Brasil. Tutelar de forma inadequada um direito é dar azo à injustiças e fazer com que o Direito Penal perca sua força coercitiva. A desconsideração, por parte do legislador, das inúmeras situações que podem ocorrer e da realidade social relacionada com o novo tipo penal, torna-o incongruente e problemático.

Assim, deve ser afastada a criminalização do maior, quando houver, no caso concreto, a observação de maturidade e experiência, com constatação de capacidade de discernimento e autodeterminação sexual do menor de 14 (catorze) anos, com seu consentimento para prática de atos sexuais.

Ora, se faz necessário que as normas se adaptem, de maneira razoável, à realidade que vive grande parte da sociedade. A precocidade da vida sexual dos jovens brasileiros é demonstrada estatisticamente e é de conhecimento notório, não sendo proporcional o legislador se distanciar dela, criminalizando uma conduta que é comum aos adolescentes.

Apesar de não ser o modelo sonhado para uma sociedade, principalmente, que tem aspectos religiosos marcantes como a brasileira, a precocidade sexual de menores de 14 (catorze) anos, o fato é que ela é real e não se pode dar as costas para tal situação.

Se não deseja a iniciação sexual precoce dos adolescentes, o Estado deve utilizar-se de atividades educativas e sociais, e sendo assim, adotar medidas administrativas, dando ao Direito Penal o seu devido lugar, de *ultima ratio*, só sendo ele usado em casos extremos, quando não há como sanar o problema por meio de outras medidas.

1.4 Bem jurídico Penal e o crime de estupro de vulnerável

Pelo princípio da proteção dos bens jurídicos o Direito Penal tem por finalidade proteger os bens jurídicos, significa que, “toda norma penal existe para proteger algo que o

direito considera ser um bem, não sendo possível proibir apenas por proibir”. (GRECO, 2006, p.151). Na conceituação de bem jurídico é que reside o processo de legitimação da norma penal. (TAVARES, 2003).

A idéia de Direito Penal como um Direito que protege bens foi suscitada pela primeira vez por Birnbaum, como crítica a Feuerbach e sua teoria do crime como lesão ao Direito. Mas similarmente aos termos que é abordado hoje, foi com Binding que pela primeira vez foi retratado o conteúdo de “bem jurídico”. (GRECO, 2006).

O conceito de bem jurídico de Birnbaum foi elaborado “em oposição à tese iluminista de que o delito constituiria uma lesão de direito subjetivo”. (TAVARES, 2003, p.182/183). Era Feuerbach quem afirmava que o delito tratava-se de uma violação a um direito subjetivo, sendo este uma lesão ao direito individual do ofendido de exercer sua própria liberdade em face da ação de outra pessoa.

Com Feuerbach deixavam-se de lado os propósitos políticos do Estado, afastando-se a idéia de simples violação a um dever, observando no crime uma lesão de bens materiais. Com isto, delimitava-se o arbítrio estatal e a incriminação de tipos penais, o Estado não poderia incriminar qualquer conduta, mas só aquelas que violassem um direito subjetivo e causassem um dano social. (TAVARES, 2003).

Birnbaum tratou de substituir a idéia de violação de direito subjetivo, por violação do bem jurídico, adequando a teoria jurídica do delito as normas de Direito Penal então vigentes, dando clareza a incriminação de condutas e contornos a zona de intervenção estatal, o que legitimava o Direito. (TAVARES, 2003).

Binding, por sua vez, impregnado pela tradição dogmática, considera o bem jurídico uma criação legislativa, nada mais do que aquilo que a norma protege, algo implícito a qualquer norma vigente. (GRECO, 2006). Portanto, o seu pensamento pressupunha existir uma total congruência entre a norma e o bem jurídico.

A visão de Binding não é a melhor para este estudo, tendo em vista que, por vezes, o que é considerado pelo legislador quando da elaboração da norma é diverso das expectativas que se tem do bem jurídico a ser protegido.

A perspectiva contemporânea de bem jurídico é diferente das formulações iniciais do seu conceito. Inicialmente os autores preocupavam-se com a criação da própria idéia de bem jurídico, que, por vezes, se mostrava superficial e subjetiva. Na atualidade, idéias antes apresentadas no Direito Penal sexual, como moral e bons costumes, passam a ser deixadas de lado.

Com os autores contemporâneos o bem jurídico penal dos crimes sexuais ganham contornos mais claros, observando as necessidades sociais ou a limitação constitucional sobre o Direito Penal.

Na concepção finalista, que tem como expoente Welzel, há a afirmação que “o direito penal teria como finalidade a proteção de valores éticos sociais apreendidos na própria sociedade” (GRECO; RASSI, 2010, p.48), o Direito Penal teria uma função positiva, de prevenção geral, criando no cidadão uma consciência ética para a formação da ordem social.

Welzel tem uma visão ontológica do bem jurídico, estabelecendo à origem das determinações e proibições a um dever incondicional transcendente, que se vincula ao sentido da ação humana. Os valores-éticos, neste sentido, são valores de orientação de conduta, constituído do dever transcendental e da condição do indivíduo como pessoa responsável. Sendo assim, uma sociedade juridicamente organizada orienta seus cidadãos a incorporarem a obediência ao dever, que está dentro de uma decisão de valor, que é constituída de valores éticos sociais. (TAVARES, 2003).

A teoria welzeliana não é muito adequada em vista da grande carga subjetiva que possui, já que a proteção jurídica se confunde com a proteção moral, pois é inseparável de cada indivíduo o dever de respeito, sendo a sua consciência diversa para cada um. Com isso, a proteção de valores ético-sociais torna-se a incriminação de condutas anti-sociais, tendo em vista que os valores que prevaleceram serão valores escolhidos pelas camadas dominantes da sociedade. (TAVARES, 2003).

Com o pós-finalismo, surgiram outras linhas de pensamento, com posicionamentos diversos, dentre as quais escolheu-se neste trabalho dar destaque a de Hassemer, Jakobs e Roxin.

Para Hassemer o principal objetivo do Direito Penal seria a proteção individual, sendo lesões ao bem jurídico apenas as condutas que apresentam danosidade social, servindo o sistema penal à orientação de condutas. Ao retomar como centro das atenções da dogmática penal a proteção do bem jurídico, Hassemer possibilita a retomada da importância da vítima ao sistema penal. (GRECO; RASSI, 2010).

Já Jakobs, com seu normativismo, ancorado numa visão funcionalista, sob os influxos de um Estado mínimo, que vê o crime como a quebra das expectativas sociais, entende ter o Direito Penal a função de vigência da norma, independente de proteção de bens jurídicos, só interessando assegurar a expectativa de uma conduta correta. (TAVARES, 2003). Aponta que o Direito Penal não deve procurar evitar a lesão do bem jurídico, mas sim a uma norma de

Direito. (GRECO; RASSI, 2010). O autor “nega importância de bem jurídico e o substitui pelo critério de validade da norma” (TAVARES, 2003, p.182).

Roxin, por sua vez, atende a uma concepção teleológica funcional de bem jurídico, ancorada em preceitos constitucionais, como limitação a poder de punir. (TAVARES, 2003). Para o autor o conceito de bem jurídico antecede à lei penal, atendendo a um critério de política criminal, onde são escolhidas as condutas que devem ser punidas. Afirma que a Constituição é que limita a concepção de bem jurídico, já que toda legislação a ela deve se adequar. (GRECO; RASSI, 2010).

Como consequência desse limite não se pode punir meras imoralidades, principalmente no campo sexual, onde a mesma é tão proeminente. Pelo princípio da lesividade não há a tutela da moral sexual, mas sim da autodeterminação sexual. O conceito de bem jurídico estabelecido por Roxin (*apud* GRECO; RASSI, 2010, p.51) é de “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e o seu livre desenvolvimento num marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”.

Deste modo, para o autor em evidência, o conceito de bem jurídico deve ser observado no caso concreto, em consonância com o objeto de ataque ao agente, sendo, portanto, um conceito formal. (GRECO; RASSI, 2010).

Ocorre que atribuir ao Direito Penal uma função de proteção de bens jurídicos implica em assumir o ônus de dizer com clareza o que é um bem jurídico. Busca-se nesse trabalho uma concepção de bem jurídico capaz de servir de diretriz político-criminal para o legislador, e não só de instrumento de compreensão do direito vigente como falava Binding. Neste sentido

[...] o conceito político-criminal de bem jurídico confere ao princípio uma dimensão transcendente ao direito positivo, tornando-se este objeto de crítica com base no parâmetro de que, em princípio, apenas são legítimos aqueles tipos que protegem um bem jurídico, algo que nem todo tipo, só por fazer parte do direito legislado, necessariamente faz. (GRECO, 2006, p.154).

Isto posto, por bem jurídico deve se entender “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. (GRECO, 2006, p.160). Torna-se, então, o bem jurídico condição necessária para legitimar uma proibição, impossibilitando a proibição penal de condutas meramente imorais.

[...]a tutela de bens jurídicos não pode ser realizada de qualquer modo e a qualquer preço. Em primeiro lugar, essa tutela somente poderá ser realizada e considerada como legítima se forem observados os requisitos impostos pelo Estado de Direito (v.g. Legalidade, Culpabilidade, Intervenção Mínima). Em segundo lugar, porque a pena retira direitos constitucionais da pessoa humana, somente haverá proporcionalidade se o bem jurídico tutelado tiver guarida constitucional, isto é, se se situar entre aqueles bens protegidos pela Carta Magna, quer sejam de natureza individual (vida, patrimônio etc.) ou supra-individual (meio-ambiente, ordem econômica etc.). (BRANDÃO, 2008, p.13).

Em acordo com Brandão, e não deixando de lado o pensamento de Roxin, as idéias que melhor se encaixam a este trabalho é a de uma visão garantista, onde a função do Direito Penal é a proteção do bem jurídico, limitando o poder de punir do Estado dentro do contexto constitucional que se assenta a norma jurídica.

Deve-se observar então que o garantismo se estrutura a partir da restrição à intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos, de forma a estabelecer um sistema no qual prevaleça a proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado. (DARGÉL, 2006).

O bem jurídico deve ser, deste modo, não um valor abstrato, mas sim um valor concretizável decorrente da realidade social e subordinado a suas condições, o que afasta deste modo a idéia de restrição da liberdade sexual, quando quem a detem a dispõe livre e conscientemente.

Assim, o bem jurídico serve para delimitar o agir estatal, que deve ser regido pelo princípio da subsidiariedade e da lesividade.

A lesividade se estabelece a partir de uma necessária seleção dos bens jurídicos a serem protegidos, no sentido de que só se punirão as condutas lesivas a bens de significativa relevância penal.

O Estado, portanto, deve abster-se de interferir, coercitivamente, na vida moral dos cidadãos, nem tampouco promover coativamente sua moralidade, senão promover sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros.

O Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, sua intervenção só deve se dar em situações extremas da conflituosidade social. Com vistas a tal fato o princípio da lesividade tem por objetivo afastar a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. (DARGÉL, 2006).

Incompatível se faz então a idade como elementar do tipo no crime de estupro de vulnerável, tendo em vista que ela limita o agir do indivíduo, intervindo em sua liberdade sexual, bem jurídico tutelado pela lei. Tal elementar se contrapõe aos ditames garantistas delineados pelo princípio da lesividade, uma vez que, quando consentida a relação sexual pelo

menor de 14 (catorze) que tenha maturidade para tanto, não há qualquer ameaça ou lesão a direito.

Assim, considerar praticado um delito sem haver a violação de um bem jurídico, já que seu titular dispôs do mesmo transforma o artigo 217-A do Código Penal em um instituto inteiramente antigarantista, confrontando-se com os preceitos do princípio da lesividade.

Tal fato retira toda a efetividade da norma penal, uma vez que a própria realidade social, já se determinou no sentido da existência da vida sexual das menores de 14 (catorze) anos.

Deste modo, essa elementar não se justifica na realidade social brasileira, uma vez que o número de jovens que iniciam a sua vida sexual antes dos 14 (catorze) anos é expressivo, motivo pelo qual a fixação dessa idade para o início das atividades sexuais só se mantém apoiada em conceitos morais, revelando o caráter indeterminado da proteção estabelecida pela norma.

Dessa forma, a impossibilidade do consentimento de um menor de 14 (catorze) anos torna o artigo 217-A uma norma retrógrada, sem qualquer apoio na realidade social e contrária ao direito penal garantista, devendo por isso ser combatida.

1.4.1 Funções de garantia e fundamentação do injusto do Direito Penal: disfarce de uma moralização social.

Dentre as funções atribuídas ao Direito Penal interessa estudar, ao menos resumidamente, as funções de garantia e de fundamentação do injusto, tendo em vista que através delas consegue-se demonstrar a latente moralização social existente no Direito Penal Sexual.

Pela função de garantia é possível observar que o bem jurídico penal é uma forma de limitar a atividade legiferante estatal, de modo a impedir o legislador de criminalizar condutas que não sejam ofensivas a um bem jurídico, pois se o fizer ofenderá o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e da liberdade. (AMARAL, 2009).

Em consonância com esta função cabe ao intérprete inquirir qual é o legítimo bem jurídico tutelado pela norma, limitando o avanço do controle social através do poder punitivo. Neste sentido, Prado (2003, p.60) afirma que “o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal”. Observa-se com isso que o bem jurídico tem uma função informativa na formulação do tipo penal, limitando o poder do legislador, diante do que deve ou não ser criminalizado.

O fundamento de garantia reside na condição democrática do estado no qual o sistema penal está inserido, pois o conceito guarda estreita relação com o Poder Legislativo indicando as barreiras intransponíveis que o poder punitivo estatal esbarra, concretizando o limite axiológico expresso pela Constituição, expressos pelos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. (AMARAL, 2009, p.68).

Com isto, quer se dizer que onde outras áreas do Direito forem capazes de permear o conflito de interesses existente, o Direito Penal deve bater em retirada, pois a punição é a forma mais agressiva de intervir na esfera do indivíduo, devendo ser pensada como último modo para a resolução de conflitos.

Se vê, assim, que o bem jurídico serve como garantia aos indivíduos, legitimando a atuação do Estado e da criação e legitimação da norma penal. Mas não só serve como limitação do *jus puniendi*, cabe ao Direito a proteção de valores, evitando comportamentos que os neguem, utilizando-se para tanto de parâmetros políticos-criminais. Na atualidade, os seres humanos são construtores da realidade, e por isso, devem ser levados em consideração na atitude delitiva os discursos e influências, sejam elas jurídicas ou não.

Já no que diz respeito a função fundamentadora, esta refere-se aos fins do Direito Penal, “voltado à proteção de valores, excluindo apreciações subjetivas e morais, consagrando o princípio da lesividade [...]”. (AMARAL, 2009, p.136).

Acontece que, a função fundamentadora do injusto termina por sofrer cortes subjetivos de esteriótipos, acabando por negligenciar a tipicidade material como requisito que é do tipo, punindo de forma independente à lesão ao valor.

Neste ponto, insta reconhecer, que deve-se ter em mente que Direito e moral são coisas distintas e apesar de pontos de intercessão não devem ser confundidos. Ocorre, no entanto, que na busca de proteção, o bem jurídico reflete condições mínimas de resguardo da sociedade, e eles são eleitos por aqueles que representam a comunidade, que tem valores próprios, pré-concebidos e, por vezes, diversos da maioria dos indivíduos que representam.

Deve-se ter em mente, ainda, que a cada época há a incorporação de conceitos políticos e valores diferentes, haja vista que a sociedade está em constante mutação, evolução, fazendo que, em muitos casos, a norma não alcance o real estado social. Com isso, não se quer dizer que o Direito Penal não proteja valores, mas que utiliza-se deles para disfarçar uma moralização que nega a autonomia e individualidade das pessoas.

[...] ao se elevar uma valor à categoria de bem jurídico, esta se buscando programar na mente dos destinatários que aquela conduta é contrária ao Direito, e que todos

devem manter fidelidade ao mesmo, assim, protege-se a consciência moral coletiva e assegura-se o juízo moral ético. (HASSEMER, *apud* AMARAL, 2009, p.140).

Constata-se, deste modo, que ao ser determinado um valor a ser tutelado pelo Direito Penal estar-se, na realidade, realizando uma moralização social, haja vista que a seleção de valores não é alvo de um consenso, mas se dá por aqueles que tem o poder e que, em muitos casos, atendem a interesses próprios e não anseios sociais.

É possível constatar-se essa moralização, em geral, nos crimes contra a Dignidade sexual e marcadamente, no crime de estupro de vulnerável, onde, dentre outros casos, o menor de 14 (catorze) anos é considerado incapaz e absolutamente proibido de manter relações sexuais com quem for de seu interesse.

Tem-se nessa norma uma generalização absurda, principalmente quando se analisa o grau de discernimento dos jovens nos dias de hoje, impedindo o ato sexual por aquele que ainda jovem, e com pleno endedimento dos seus atos, escolheu consentir numa relação sexual. Neste caso é razoável exigir, como modo de manter uma efetiva e legítima atuação do Direito Penal, uma análise do caso concreto, para a devida aferição da capacidade de consentimento do adolescente, excluindo, quando constatada sua maturidade, a tipicidade ou ilicitude da norma penal.

Em consonância com o esposado, deve-se admitir que, do ponto de vista punitivo, a moral age criando tabus e estimulando posturas extremamente rígidas e drásticas, tentando encobrir fatos recorrentes na sociedade através de um irreal puritanismo.

Por fim, deve ser evidenciado que declara-se como função fundamentadora do Direito Penal a proteção de valores, que, em verdade, ofendendo a liberdade e autodeterminação do indivíduo, sobrepõe-se ao princípio da lesividade, usando de uma moralização para justificar o *status quo*.

1.5 Liberdade sexual: bem jurídico tutelado nos crimes sexuais

A doutrina moderna vem afirmando que o único bem jurídico passível de tutela nos crimes sexuais seria a liberdade sexual. Procura-se se estabelecer quais são as relações existentes entre o Direito Penal e a moral social de modo a excluir do âmbito do Direito Penal Sexual valores estritamente moralistas de cunho exclusivamente ético-social.

Natsceradetz (*apud* GRECO;RASSI 2010) afirma que para definição do objeto de proteção do Direito Penal Sexual deve-se ter em mente os seguintes pressupostos: para o Estado ter legitimidade para intervir deve haver a existência de um dano, de modo a não se

confundir uma mera imoralidade com valores éticos-sociais, nem com o comportamento dominante da sociedade; no âmbito da sexualidade há uma diversidade de condutas muito grande, não havendo um consenso a respeito de quais comportamentos são valiosos; a sexualidade é forma de autorrealização do ser humano, sendo uma área que a liberdade humana se manifesta, o que torna legítimo as mais variadas expressões da sexualidade.

Para o autor o objetivo do Direito Penal Sexual é garantir a maior liberdade possível, só podendo ser punidas aquelas condutas que afetem gravemente a liberdade do indivíduo e sua autodeterminação sexual.

[...] a liberdade sexual é o único bem digno de tutela nos crimes sexuais; o Direito Penal sexual tutela bens individuais, vale dizer a liberdade sexual individual, e não bens coletivos como a ordem social da vida sexual ou a moral sexual pública, conforme limitação constitucional; sendo a liberdade sexual o bem jurídico protegido e sabendo-se ser a liberdade pessoal tutelada pelo Código Penal, deve a liberdade sexual, com suas especificidades, se tratada no seio da dos crimes contra a liberdade geral. (Natsceradetz *apud* GRECO; RASSI 2010, p.57).

Sendo assim, a liberdade sexual é o objeto que merece e justifica a ação do Estado, através da intervenção penal na sexualidade do ser humano. A sexualidade insere-se dentre as manifestações que possibilitam a realização pessoal do indivíduo, tendo um caráter positivo. Nessa perspectiva, o Direito deve evitar condutas que venham a tolher o livre exercício da sexualidade, protegendo a liberdade sexual do cidadão.

Contrariando a idéia de proteção da liberdade sexual é que a legislação brasileira restringe tal liberdade através de um marco etário, impossibilitando por parte da vítima a disponibilidade sobre o seu corpo, neste sentido,

Determinar o conceito de liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a uma determinada faixa etária. Mas o que se tem é que tal critério é de manifesta impropriedade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade para decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente prefixada, mas está proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Essa postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação de liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade. A conquista da liberdade sexual é uma processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador. As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de uma determinado marco etário. Superando o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito de sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo [...]. (BÁRTOLI, *apud* GOMES, 2001, p.36).

A idade não pode ser um marco absoluto e inflexível para o exercício da sexualidade, a mesma deve atender critérios da personalidade do indivíduo, respeitando sua liberdade sem privá-lo da sua autodeterminação sexual.

Sendo assim, busca-se com a eleição da liberdade sexual como bem jurídico possibilitar a autodeterminação do indivíduo, evitando a tutela de meras imoralidades. O papel do Direito Penal é de fornecer limites para o exercício dessa liberdade, devendo ser útil e servir ao livre desenvolvimento do indivíduo, protegendo sua dignidade, o que passa pelo princípio da intervenção mínima, já que ao Direito Penal não cabe punir condutas puramente morais.

1.5.1 Estupro de vulnerável: tutela do bem jurídico sexual do menor

Objeto de grande polêmica, no tocante aos menores, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Sexual sofre, mais do que qualquer outra conduta sexual, a incidência da moral social, principalmente quando se observa a desconsideração do seu consentimento, se menor de 14 (catorze) anos, diante da prática de algum ato sexual.

A confrontação sexual, de acordo com Ripollés (*apud* GRECO;RASSI, 2010), pode trazer prejuízos ao natural desenvolvimento da formação do jovem, provocando perturbações no seu equilíbrio psíquico, devido a incompreensão do seu comportamento.

A liberdade sexual é parte do exercício da liberdade geral, direito garantido constitucionalmente, e possibilita o desenvolvimento da sexualidade. Não se pode, de forma tão rígida, restringir a liberdade sexual por conta de conteúdos morais. Ora, a doutrina reconhece o consentimento do menor quando este se dá de forma negativa, ou seja, quando não consente com o ato sexual, mas o contrário não pode acontecer?

Estabelece-se dois pesos e duas medidas no que diz respeito ao consentimento do menor sem nenhuma razão demonstrável. Não existe razão legítima para tolher de tal modo, sem nenhuma avaliação do menor no caso concreto, sua liberdade. A liberdade sexual trata-se apenas de um tipo de liberdade e não deve, de forma tão rígida, ser obstacularizada.

A lei 12.015/09 quando estabelecida entendeu que os menores não gozam de liberdade sexual, pois considera que a situação objetiva que eles se encontram não os possibilita terem capacidade de conhecimento e vontade para tanto. Em verdade a lei retirou a liberdade sem deixar opção, quando inseriu a idade como elemento normativo do crime capitulado no artigo 217-A do Código Penal, que tem como bem jurídico não a liberdade sexual, mas a intangibilidade sexual, incorrendo em erro constitucional.

Neste sentido, Sanchez Thomas (*apud* GRECO; RASSI, 2010) alegando a igualdade de todos perante a lei, afirma não poder existir qualquer tipo de discriminação, tendo o menor assim como o maior direito a gozar de sua liberdade, oferecendo um consentimento relevante.

E continua o autor, afirmando que assegurar o conteúdo moral da igualdade não significa esquecer as condições pessoais do indivíduo a eles será dada uma proteção diferenciada.

Valora-se com determinadas cautelas a capacidade cognitiva e volitiva daqueles que estão em situação de desvantagem, de modo a que não se tornem objetos de abuso por parte dos outros e possam exercer sua liberdade como qualquer outra pessoa.

Portanto, o consentimento daqueles que estão em posição diferenciada é válido embora limitado por certas circunstâncias. E é por esse caráter limitado que o 'Estado está obrigado a articular todo um elenco de precauções para evitar que sejam objeto de abuso que interfira no seu processo de formação de vontade para o exercício dos mesmos'. (SANCHEZ THOMAS, *apud* GRECO; RASSI, 2010, p.66-67).

Busca-se, com tudo isso, demonstrar que todos, inclusive os menores tem direito de gozar de sua vontade, como meio para o exercício da liberdade. A valoração do consentimento de forma genérica, pelo simples fato de ser menor, limitando a liberdade sexual de forma inflexível, afeta o livre desenvolvimento e dignidade dos adolescentes.

Vistas essas considerações, percebe-se que busca-se a punição atrelada a moralismos, ofendendo a teoria dos bens jurídicos penais, no tocante a sua função de garantia para a proteção de valores sociais.

Além de ofender a Teoria do Bem Jurídico, esse tipo penal parte do pressuposto de um conceito clássico de vítima e pior: se apropria de imaginárias dores desta última para justificar o *jus puniendi*.

Neste sentido, é mister compreender o papel desempenhado pela vítima no sistema punitivo, para posteriormente fazer uma abordagem do consentimento no crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal).

CAPÍTULO 2 VÍTIMA E GÊNESE DO CRIME

Para chegar-se ao tema principal deste trabalho, faz-se necessária uma abordagem preliminar de aspectos conceituais sobre a vítima, vitimologia e vitimodogmática. Isto porque, não há como demonstrar a linearidade de um pensamento, fazendo com que quem se debruce nesse estudo o entenda e passe a concordar ou discordar com o mesmo, sem alicerçar essa construção através de acepções basilares ao seu desenrolar. Sendo assim, ao que importa.

2.1 Vítima: acepção etimológica e doutrinária atrelada a uma irreal passividade

Etimologicamente, o vocábulo vítima, do latim *victima*, tem seu significado atribuído, pelo Dicionário de Língua Portuguesa Aurélio (FERREIRA, 2004), como: “homem ou animal imolado em holocausto aos deuses; pessoa sacrificada aos interesses e paixões alheias; tudo quanto sofre um dano”.

A palavra tem como origem o verbo *vincire*, que quer dizer vencer, em referência, paradoxalmente, a vítima vencida, derrotada. Seu sentido contém uma forte carga religiosa, e é advindo de uma sociedade teocrática, sacral, onde a vítima era dada em oferenda à divindade, como forma de expiação do infrator, devido à quebra de um tabu. (FONSECA, 2009, p.21-22).

A princípio, em consonância à etimologia da palavra, de fácil constatação, que a vítima no conhecimento leigo é aquela pessoa pura, ingênua, cercada de uma imagem inocente e imaculada.

Em combinação, transportando-se, porém, para termos da doutrina jurídica Separovic, citado por Piedade Júnior (1993, p.89), diz que vítima é “qualquer pessoa, física ou moral, que sofre como resultado de um desapiedado desígnio, incidental ou acidentalmente”.

Já a Organização das Nações Unidas - ONU, na Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder (ANEXO I, 1985), conceitua a vítima da seguinte forma:

As vítimas de delitos.

1. Entende-se por ‘vítimas’, as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados Membros, inclusive a que prevê o abuso de poder.

Observa-se, nas definições retratadas, que, prevalecendo à idéia de candura, a vítima continua a ser aquele indivíduo dotado de inocência e que sempre é receptor de um ato alheio que lhe prejudica. Sua terminologia é utilizada para apontar a pessoa que sofre uma conduta danosa a um bem jurídico protegido pelo direito penal.

De acordo com Bittencourt (1971, p.51) são vários os sentidos dado ao conceito de vítima, desde o originário, que tem um aspecto religioso, passando pelo geral, que reflete um dano sofrido, até o jurídico que se relaciona com a tutela do direito.

O conceito de vítima se estende, pois, a vários sentidos: o sentido *originário*, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o *geral*, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o *jurídico-geral*, representando aquela que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; o *jurídico-penal-restrito*, designando o indivíduo que sofre diretamente as conseqüências da violação da norma penal, e, por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo*, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as conseqüências do crime. (grifos do autor).

O doutrinador traz, na categoria geral, a noção da vítima como responsável pelo processo vitimizatório, ou seja, ele aponta os primeiros caminhos para a autovitimização, fugindo da corriqueira vitimização por terceiro, que em consonância com o senso comum seria a única existente.

A idéia de autovitimização possibilita a visualização de dois pólos do crime, o da vítima e o do delinqüente, que, ora, podem ser opostos, ora complementares. Nessa última hipótese, percebe-se, com mais facilidade, a chamada vítima interativa abordada por Mendelsohn. Quando da sua complementaridade, será evidente o fenômeno da precipitação vitimal, que de acordo com Greco (2004, p.19) são os casos em que o crime só ocorre, porque, anteriormente ao fato, houve uma conduta precipitadora da vítima.

De ressaltar, ainda, que, em consonância com a doutrina penal e processual penal, dentro do que Bittencourt, acima posta, na categoria jurídico-penal-restrita, são usados em referência a vítima os sinônimos ofendido, lesado, prejudicado, dentre outros; para Piedade Júnior, citado por Greco (2004, p.17), quanto ao uso destes sinônimos, deve-se diferenciá-los no sentido de que a terminologia vítima seria usada para crimes contra a pessoa, enquanto que ofendido e lesado para crimes contra a honra e os costumes² e nos crimes patrimoniais, respectivamente.

Sobre tal pensamento, parece não ser a melhor opção dele compartilhar. Acredita-se, por outro lado, apenas na diferenciação entre vítima e prejudicado, onde há a observação se o

² Com a reforma do Código Penal, leia-se onde há crimes contra o costume, crimes contra a dignidade sexual.

bem jurídico atingido diretamente seria seu ou se a conduta atingiria um terceiro. Assim, é relevante frisar, que a lesão sofrida pode ser de ordem física, financeira ou psíquica, podendo a mesma conduta delituosa atingir cada indivíduo de forma ímpar.

Apesar do senso comum, ligado à origem do termo, o qual vê a vítima como simples receptora da conduta do réu, cercando-a de ingenuidade, em uma visão atual observa-se, acerca de sua compreensão para a gênese do crime, um aspecto diverso, que amplia a semântica do referido vocábulo.

Nesse sentido, descobre-se que além da vítima receptora, pode existir, por vezes, uma vítima instigadora da conduta delituosa, a qual parece interagir com o suposto autor do delito, contribuindo, pois, de forma considerável para a sua ocorrência. Nesse sentido,

A vítima pode constituir-se em fator desencadeante na etiologia do crime e assumir em certos casos e circunstâncias uma postura que integre o delito. É preciso visualizar deixando de lado o preconceito de sua inocência. O sujeito passivo: morto humilhado, física ou moralmente, não é sempre sinônimo de inocência. (NEUMAN, *apud* NOGUEIRA, 2004, p.2) (grifos acrescidos).

Convém, que no Direito Penal não se pense na vítima como uma figura imaculada, que em nada se envolve com o delinqüente, e simplesmente recebe a ação que agride seu bem jurídico. A vítima abordada, por este ramo do Direito, sob a influência da vitimologia, deve abarcar também a vítima relacional, ou seja, a que interage com o delinqüente, contribuindo para o delito. Nota-se, como afirma Paasch em Bittencourt (1971, p.25) que “a vítima faz parte do conjunto de causas fundamentais do nascimento da infração”.

No que tange ao novo crime de estupro de vulnerável, especificamente, quanto à conduta do menor de 14 (catorze) anos, eleito para ser objeto de análise neste trabalho, interessa, particularmente, o estudo da relação criminoso/vítima, tendo em vista que o papel desta última, quando do consentimento da conduta que revelará o descrito no tipo, não é levado em consideração e conseqüentemente se distancia da realidade social posta, possibilitando apenas uma análise jurídico-dogmática unilateral do criminoso, que se afasta do ideal de justiça.

Impede se desprender de estereótipos de autor como simples culpado e vítima como a mera presa inocente. Deve-se sempre ter como guia o pensamento da interatividade da já falada por Souza “parelha penal” (1998, p.30), afinal de contas, como disse Von Heting (*apud* PIEDADE JÚNIOR, 1993, p.107) “é a vítima quem, por vezes, plasma o criminoso”.

Vítima e criminoso não devem ser concebidos de modo antagônico, como adversários em uma mesma cena. Nesta trilha, sustenta Stanciu (*apud* PIEDADE JÚNIOR, 1993, p.107) que “todos os vitimários não são culpados, todas as vítimas não são inocentes”.

Observa-se, então, que diante de situações específicas, deve ser levada em conta a possibilidade de uma vítima contributiva para a gênese do delito, que potencialmente pode deflagrar a conduta criminosa e que não mais tem a qualidade de um arraigado sujeito passivo, pronto para receber uma lesão, prevista na norma penal, a um bem jurídico seu. Tem, agora, um caráter interacional, a perspectiva de variadas faces da vítima.

2.1.2 *Iter victimae*: processo de vitimização

Vitimização nada mais é do que o ato de um indivíduo se autovitimar ou ser vitimizado por um terceiro. Nas palavras de Piedade Junior (1993, p.107) “É processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima da sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza”.

Assim como para o criminoso está o *iter criminis* para a vítima está o *iter victimae*, a diferença que se impõe é apenas a de perspectiva. Enquanto no primeiro o olhar do estudioso se volta para o criminoso diante do delito, no segundo volta-se para a vítima.

Ao conceituar o instituto E. Oliveira, citado por Nogueira (2006, p.61-62), demonstra que, assim como no *iter criminis*, só que mirando a vítima, o *iter victimae* tem uma fase interna e uma fase externa, com um desenrolar cronológico, que ao fim culmina com a conversão do indivíduo em vítima.

O *iter victimae* desenvolveu-se, como contra-ponto ao *iter criminis*, para fazer uma análise aprofundada da vítima, que, para a solução do delito e devida culpabilização do agente infrator, é tão importante quanto o delinqüente. Sobre o estudo do comportamento da vítima se manifestou o professor Roque de Brito Alves

[...] na **investigação da vítima** como gênese do delito, no papel que representa na produção do crime, a mesma **deve ser tão ampla, rigorosa ou perfeita** na medida do possível como deve ser a pesquisa sobre o delinqüente, o sujeito ativo do delito. (ALVES, *apud* BRANDÃO, 2008, p.339) (grifos acrescidos)

Visualiza-se, ademais, a inclusão do comportamento da vítima como critério de apreciação da culpabilidade do autor, que na legislação penal brasileira tem reflexo no artigo 59 do Código Penal.

Para que o indivíduo venha a se tornar vítima, entre fases internas e externas, ele passa por cinco fases: a intuição, os atos preparatórios, início da execução, a própria execução e a consumação.

A intuição ou intuito é a fase onde a vítima cria a expectativa de ser ofendida, nela há a introdução em sua mente da possibilidade de ser prejudicada. Os atos preparatórios, também conhecido como *conatus remotus*, é a fase onde a vítima passa a se precaver, tomando medidas para se defender do perigo iminente.

Já no início da execução ou *conatus proximus*, há a tentativa de adaptar suas atitudes a seus desígnios, com a cooperação, facilitação ou omissão que se alia a conduta do delinquentes. Na execução propriamente dita, se impõe, efetivamente, ou a resistência que a coloca em total contraposição ao agressor ou a colaboração que permite sua vitimização facilmente. Por fim, a consumação, ou ao menos tentativa dela, que segundo Nogueira (2006, p.62), seria “o advento do efeito perseguido pelo autor, com ou sem adesão da vítima”.

Vê-se, mais uma vez, a figura da vítima relacional, com possibilidade da mesma aderir ao efeito desejado pelo autor, podendo esta adesão, se dar, inclusive, pelo consentimento daquele que é titular do bem jurídico, que é o que será proposto mais adiante em face da figura típica do estupro de vulnerável (artigo 217-A, CP).

Isto posto, denota-se a imprescindibilidade do estudo do *iter victimae*, em conformidade com o que a doutrina chama de perigosidade vitimal, pois através dele se faz uma análise aprofundada do comportamento da vítima, podendo inclusive observar se o hipotético agredido é responsável e em que grau o é pela sua vitimização.

2.1.3 Tipologias vitimais

Várias são as classificações estabelecidas na doutrina para a vítima, cada autor com sua peculiaridade. Reportar-se-á, aqui, as contextualmente mais importantes, a fim de não alongar, indevidamente, o estudo.

Duas categorizações da vítima não podem deixar de ser abordadas, quais sejam, a de Mendelsohn e Von Hentig, precursores da vitimologia no mundo.

Em 1956, Mendelsohn estabeleceu a primeira classificação para as vítimas, para tanto observou a relação de culpabilidade entre vítima e autor no desenrolar da conduta criminosa. Nogueira (2006, p.48) afirma que na classificação do estudioso “há uma relação inversa entre a culpabilidade do agressor e a do ofendido”, onde a maior culpabilidade de um implica numa menor culpabilidade do outro.

De acordo com o pesquisador israelita, as vítimas podem ser: vítimas completamente inocentes, vítimas menos culpadas que o delinqüente, vítimas tão culpadas como o delinqüente, vítimas mais culpadas do que o delinqüente e vítima como única culpada (BITTENCOURT, 1971, p.58-59).

A partir desta classificação Mendelsohn estabeleceu que existem três esferas de vítimas, quais sejam, a vítima inocente ou ideal, que seriam as que não colaboram para o acontecimento do delito; a vítima provocadora, imprudente, voluntária e ignorante, que de algum modo, inconscientemente, influi na produção e realização do fato lesivo; e a vítima agressora, simuladora e imaginária, que seriam as verdadeiras autoras do crime.

Diferentemente de Mendelsohn, Von Heting estabeleceu sua classificação a partir de classes gerais e tipos psicológicos, seu primeiro ensaio para uma categorização das vítimas se deu em 1948, ano em que publicou um livro onde efetuou o levantamento de dados estatísticos, observando a vítima como uma fator criminógeno. Em 1957, sistematizando seus achados é que Hentig estabelece uma divisão mais consistente, dividindo as vítimas em resistentes e cooperadoras. (BITTENCOURT, 1971, p.59-60).

As vítimas resistentes seriam aquelas que se defendem do ataque agressor, lutam com o delinqüente para que o mesmo não logre êxito na sua intentada, enquanto as cooperadoras são aquelas que, contrariamente, ou não tentam impedir a ação do criminoso ou de algum modo contribuem para o seu desígnio.

Passada essas duas catalogações, de extrema importância a classificação de Jiménez de Asúa (NOGUEIRA, 2006, p.38), notável estudioso e grande difusor dos estudos da vítima na América Latina.

Esse autor busca fazer sua categorização em observação ao movimento do delinqüente, dividindo as vítimas da seguinte maneira: vítimas indiferentes, que são aquelas que o delinqüente não se importa quem seja, bastando que possibilite o seu ataque; vítimas determinadas, que são as que, ao contrário das indiferentes, tem que ser definidas, não podendo ser em seu lugar qualquer outra; vítimas resistentes, que são as que se defendem; e, por fim, as vítimas coadjuvantes, que são as que concorrem para a própria vitimização.

Nogueira (2006, p.38), em crítica alega que o que Asúa faz não é de fato uma classificação, senão uma sistematização, afirmando ainda que o autor sustenta que as vítimas anônimas e indiferentes não tem relevância para a vitimologia.

Acredita-se ser plenamente justificável a idéia de não classificação, mas apenas sistematização das vítimas, tendo em vista que Asúa, como será esclarecido mais adiante, não

tolerava que existisse a vitimologia como uma ciência autônoma, mas tão somente como um braço da criminologia.

Por fim, mais três classificações devem ser destacadas: a do vitimólogo, Abdel Ezzat Fattah, a do italiano Guglielmo Gulotta e a do brasileiro Edmundo de Oliveira, importante estudioso da vitimologia no nosso país.

Para Fattah citado por Nogueira (2006, p.39), as vítimas devem ser divididas em consonância com a sua responsabilidade diante do delito, ou seja, as vítimas que não tem responsabilidade alguma para o acontecimento daquele, e as que têm. Deste modo, as classifica assim: vítima desejosa ou suplicante, que são aquelas que contribuem ativamente para a ocorrência do fato delituoso; e vítima sem consentimento, que são as que não desejam o crime, mas que, no entanto, podem ou não, contribuir para a sua realização.

Além desta classificação, Fattah elaborou, em continuidade, uma subclassificação, que ficou estabelecida assim:

- a) Vítima não participante: que é a que não coopera para a agressão;
- b) Vítima latente ou predisposta: que é a que tem certa disposição para ser vítima, por inúmeros fatores (idade, profissão, desvios sexuais, etc.);
- c) Vítima provocativa: que impele o criminoso ao desvio de conduta penalmente relevante;
- d) Vítima participante: ajuda na empreitada criminosa por sua inércia, em que adota uma atitude passiva, sem defesa a ação do delinquente;
- e) Vítima falsa: aquela que é vítima das suas ações, mas tenta fazer com que se imagine que foi de um terceiro.

Para Gulotta (1976, p.33-37) a classificação da vítima se faz nos seguintes termos: vítima falsa (“vittime che vittime non sono”) e vítima real, comportando cada uma dessas categorias subclassificações. A vítima falsa se divide em simulada e imaginária. Já a vítima real, se divide em fungível e não fungível, subdividindo-se a primeira em acidental e indiscriminada, enquanto a segunda em imprudente, alternativa, provocativa e voluntária.

Segundo o autor a vítima simuladora é aquele que sabendo que nada aconteceu, acusa o outro por vingança, enquanto a vítima imaginária trata-se do indivíduo que não tem consciência que o delito não aconteceu.

No que diz respeito à classificação da vítima real, diz ser a fungível aquela que não se relaciona com o autor em nada, sendo o delito total responsabilidade deste. Na subdivisão de

tais vítimas pode-se entender ser a acidental aquela que nem inconscientemente ajuda a empreitada do criminoso, seria mais ou menos a idéia de pessoa errada, no lugar errado e na hora errada, um verdadeiro acaso. Já a indiscriminada, seria um tipo especial da acidental, diz o autor ser aquela vítima que sofre “uma atividade criminosa que se chama terrorismo” (*tradução livre*³).

As vítimas não fungíveis ou infungíveis, por sua vez, são aquelas que, diferentemente das fungíveis, de algum modo, mesmo que involuntariamente, se relacionam com o autor do delito, influenciando de algum jeito para o resultado final. Na subclassificação desta, diz o estudioso, ser a vítima imprudente aquela que cria situações que a transforma em vítima. A alternativa, a que se coloca em um contexto que pode se tornar vítima ou criminoso, a depender do seu desfecho. A provocativa, a que sua vitimização é proveniente de uma agressão anterior. E, por fim, a voluntária, que seria aquela que age em consenso com o delinqüente.

Já para Edmundo Oliveira, em Nogueira (2006, p.35), as vítimas devem ser dispostas da seguinte forma: vítima programadora, que é a que idealiza o delito, atraindo o ofensor; vítima precipitadora, que influi na excitação da ação através de sua colaboração; vítima de caso fortuito, que é aquela que sofre a lesão por uma acaso; e vítima de força maior, que é a que se torna vítima por razões que vão além da sua vontade ou de qualquer outra pessoa.

Outras classificações existem, mas as que são mais notáveis são estas, dentre elas, apesar de ser a mais antiga, pela sua firmeza de conceitos, possibilidade de englobar as demais e exata delimitação, acreditamos ser a melhor, ainda, a de Benjamín Mendelsohn.

A classificação deste autor é suficiente e pontual para efeito de culpabilização (grau de influência) da vítima no fato delituoso. Não que as demais não sirvam, mas sua amplitude por vezes possibilita a inclusão de uma vítima nas mais variadas classificações, o que inviabiliza uma melhor especificação. Percebe-se também, que a categorização de Edmundo Oliveira pode ser acomodada perfeitamente na do próprio Mendelsohn, sendo assim, elege-se aquela como a mais acertada.

Apesar de, a princípio, parecer irrelevante a classificação das vítimas, a verificação de uma tipologia vitimal se faz de grande importância, pois através dela é que se observa a idéia

³ No original: “Le *vittime accidentali* sono quelle che, per nona ver avuto alcun rapporto con l’agente o per nona ver favorito in alcun modo, anche inconsciamente, La sua condotta, devono considerarsi un prodotto esclusivo, e per quanto riguarda, del tutto casuale, del comportamento del reo.” [...]

Um tipo particolare di vittima accidentale è la *vittima indiscriminata*, figura proposta da Nuvolone (5), la quale, solitamente, è vittima di quell’attività criminosa che si suol chiamare terrorismo”. (GULOTTA, 1976, p.35). (grifos do autor).

de vítima interativa, demonstrado, como visto outrora, que nem sempre existe uma total passividade daquela em relação ao delinqüente.

Em cada classificação acima esposada, tem-se a enumeração da vítima como participante ativa do delito, seja em Mendelsohn, com sua vítima imaginária, Von Heting, com as cooperadoras ou de Ásua, com as vítimas coadjuvantes. Muda-se a intitulação da categoria e permanece a constante da interação vitimal.

Torna-se evidente, deste modo, o reconhecimento de uma cooperação relevante por parte da vítima, seja ela culposa ou dolosa, o que é fundamental para o estudo do crime capitulado no artigo 217-A do Código Penal Brasileiro, diante da suposta vulnerabilidade formada em torno da pensada vítima.

2.2 Breve relato da vítima na história: “glamour”, ostracismo e redescobrimto

Os mecanismos de amparo à vítima remontam à longa data, desde a antiguidade, quando já eram estabelecidas normas jurídicas de cunho moral e religioso para a defesa de seus interesses.

De modo a não se prolongar demasiadamente, por não comportar os limites deste trabalho, far-se-á cortes históricos na tentativa de demonstrar a evolução da vítima, que vai de um extremo a outro, passando de uma fase glamourosa a um total esquecimento, para nos dias de hoje ser redescoberta.

O papel da vítima no Direito penal atual é cada vez mais significativa, no entanto, nem sempre foi assim. Três fases destacam-se no desenrolar histórico desta personagem: primeiro, viveu uma espécie de “idade de ouro” na antiguidade, em seguida, foi relegada ao esquecimento com a modernidade e, nos últimos tempos, foi “redescoberta”. (OLIVEIRA, 2007, p.55).

Na antiguidade, período em que o Direito Penal experimentava a vingança privada, a vítima “reinava” absoluta, tendo um papel extraordinário para a aplicação das sanções e resolução dos conflitos.

Compreende esse período, o qual a vítima era de grande importância para a devida solução do conflito, os primórdios da civilização até o término da Alta Idade Média. Encontra-se nessa fase o Código de Hammurabi, o Código de Manu, o Direito Hebreu, a Lei das XII Tábuas, o Direito Penal germânico, entre alguns outros. (OLIVEIRA, 1999, p. 19-32).

A chamada “idade de ouro” era marcada pela decisão dos conflitos penais nas mãos da vítima. A sanção existia tanto para dar harmonia à sociedade, que com o crime teria sido

desestabilizada, como para satisfazer o desejo íntimo de represália da vítima para com o delinqüente. (OLIVEIRA, 2007, p.56).

Neste período, devido à falta de uma separação rígida entre a religião e o crime, a idéia de pena confundia-se com a idéia de “vingança privada”, pois o delito era considerado, antes de qualquer coisa, uma ofensa à divindade, e sendo assim, um pecado; sua expiação existia como forma de evitar a ira dos Deuses, de modo a proteger a sociedade.

A finalidade da pena era, precipuamente, a coesão social, a manutenção do grupo, pois a infração/ pecado de um, significava a punição, pela divindade, de todos. E, por isso, o caráter do delito de lesão a comunidade. Apesar de o crime ser considerado, fundamentalmente, uma ofensa a sociedade, não havia a exclusão da vítima para a resolução do problema.

Ver-se, de logo, que a sanção nasceu como uma reação social, já que a vítima, nos primórdios, em respeito às relações sociais, tinha obrigação, nos mais variados sistemas, de buscar a solução do conflito de interesses que lhe envolvia, pois ao fazer isso não só estaria se satisfazendo, como mantendo a harmonia da comunidade em que vivia. (OLIVEIRA, 2007, p.57).

Pode-se dizer, então, que na “idade de ouro” havia uma mescla entre o interesse social e a própria reação pessoal da vítima, que era valorizada nos limites do contexto social existente, para que o conflito penal fosse resolvido. Sendo assim, nos dizeres de Oliveira (1999, p.60) a idade de ouro não seria tão de ouro, em verdade, seria um “ouro de poucos quilates”.

Apenas no antigo Direito Penal germânico que a vítima tinha um papel, de fato, apartado, independentemente, da comunidade. Lá, seus interesses não se confundiam com o interesse da própria sociedade. A ela cabia iniciar a acusação e compor os danos se fosse de seu interesse. Aí sim, pode-se falar numa “idade de ouro”. (OLIVEIRA, 1999, p. 28-30-60).

A partir do século XII houve uma mudança de perspectiva sobre a vítima no sistema penal, passou-se de um extremo para o outro, do protagonismo, vivido na “idade de ouro”, ao esquecimento, habitado na Idade Média. Com a visualização do Direito Penal como Direito Público, a vítima passou a ser vista como mero sujeito passivo do delito, sem maior relevância diante do crime.

Na fase de transição entre a Alta e a Baixa idade Média houve uma total mudança de paradigma, com a assunção de uma concepção de justiça no lugar da idéia de vingança privada. Nesta etapa, houve a publicização do Direito Penal e o Estado assumiu o controle do poder punitivo, que anteriormente era impulsionado pela vítima. (OLIVEIRA, 1999, p.33).

Houve, em verdade, uma tomada dos reflexos do crime, de forma integral, para a figura do soberano, que chega, inclusive, a substituir, na administração do conflito penal, a pessoa da vítima. O procedimento que antes, entre as partes, vítima e acusado, utilizava-se de diversas provas, ganhou o caráter inquisitorial, com a figura do procurador, representante do monarca e substituidor da vítima, que fazia frente ao Estado ofendido que exigia reparação.

Neste sentido, que Oliveira (2007, p.59) fala que houve um afastamento da vítima do pólo central do conflito penal, bem como a ela foi atribuído um papel meramente informativo.

O esquecimento da vítima perpetuou-se no tempo, alcançando, inclusive, a Escola Clássica, que tem como expoente Beccaria e a Escola Positivista, de Lombroso, Garofalo e Ferri, que enfatizam, respectivamente, a figura do crime e do criminoso.

Enquanto que para a Escola Clássica o delito era uma ofensa contra a sociedade, um ente abstrato que negava o Direito e tinha na pena uma retribuição jurídica. Na Escola Positiva, o crime não passa de um fato natural ou social, que tinha na pena uma forma de ressocializar ou neutralizar o indivíduo. Heitor Piedade Júnior (1993, p.67) diz que enquanto a Escola Clássica tem como pregação “Ó Homem, olha a lei”, à Positiva diz “Ó Lei, olha o homem”.

A Criminologia Clássica desconsiderava a vítima, concebendo-a como um objeto, passivo e estático, que não contribuía para a explicação do crime, polarizando as investigações do delito como um fato contrário a norma jurídica, não se preocupando com sua etiologia, mas o apontando como mera infração à lei. Tinha-se como característica um individualismo exacerbado na análise do fato cometido pelo delinqüente, dando como irrelevante os outros protagonistas do crime. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p. 68-135).

Já o Positivismo Criminológico, de forma medíocre, visualizou os interesses da vítima para, como contra ponto, negar os direitos do delinqüente, afirmado que com isso agia em defesa da ordem social. Tinha, essa escola, uma Política antigarantista, que via o criminoso como um ser patológico, e buscava o extermínio da criminalidade. (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2006, p.69).

Tanto para uma quanto para a outra, a figura da vítima não teve grande destaque, não havia a necessidade para ambas de se ter um olhar crítico sobre a mesma. Antes de o crime ser uma violação ao direito de uma pessoa, era a ofensa à sociedade, à ordem pública. (OLIVEIRA, 1999, p.36-37).

O personagem que ganhou destaque para as Ciências penais foi o delinqüente e este fato se explica, também, por ser a vítima, no inconsciente social, a parte fraca, que é vista com atributos negativos, deste modo, retrata Oliveira (2007, p.60)

Se, com algum esforço, é possível compreender o porquê do esquecimento da vítima pela ciência do direito penal, é mais difícil compreender a lacuna na evolução da criminologia. Afinal de contas, a criminologia, mesmo em seus primórdios, pretendia observar o crime como fato natural e não como abstração jurídica. E a observação do fato natural haveria de revelar a existência deste personagem a quem não se deu maior relevância: a vítima. Uma hipótese possível, considerada por alguns autores, diz respeito a uma repulsa inconsciente à identificação com quem simboliza atributos negativos. Afinal, a vítima foi, durante muito tempo, identificada como a parte fraca, perdedora. O criminoso, na representação inconsciente, possuía um maior 'glamour'.

O estigma de vencida, marcado pela fraqueza, fez com que a vítima fosse deixada as margens na cultura, tanto socialmente quanto juridicamente. O inconsciente fez com que os olhos se voltassem para a figura do criminoso e relegasse o esquecimento, por bom tempo, ao ofendido.

Contudo, passada esta fase, onde a vítima foi banida ao olvido, com a intensificação dos debates doutrinários ao seu redor, que, conseqüentemente, gerou uma crescente produção científica, houve um alargamento do objeto da criminologia, que passou a ter como fonte de estudo tanto o criminoso como a vítima.

Com este ciclo, a partir de 1980, na busca da compreensão da reação ao crime, deu-se ensejo ao que se chama fase do "redescobrimento" ou do "novo protagonismo" da vítima, onde suas perspectivas passam a ser valoradas com mais intensidade, com políticas-criminais a elas destinadas. (OLIVEIRA, 2007, p.60).

2.3 Vitimologia: o movimento e seus impactos

Os antecedentes, do que hoje leva o nome de Vitimologia, surgiram com manifestações de antepassados, no Código de Ur-Nammu, que alçou ao direito a idéia de reparação do dano como meio de proteger a vítima. (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p.67-68).

A vítima, como tema de estudo, passou a ganhar maior relevo a partir dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial. Com o Holocausto, chamou-se a atenção para o assunto, que passou a ser abordado com mais ênfase e cuidado, a partir de uma perspectiva internacionalista dos direitos humanos.

Anteriormente, como nos lembra Brega Filho (2004), a estrutura do Direito Penal baseava-se, exclusivamente, no trinômio, delito - réu - pena, originário da Escola Clássica de Beccaria e Fierbich, e perpetuado na Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo, a qual dá quase nenhuma importância à vítima. O ofendido, até então, nunca era considerado como agente no desenvolvimento do processo criminal, no máximo era visto como sujeito passivo dele.

Ao nascimento da vitimologia, como ciência propriamente dita, estão relacionados dois grandes nomes: Mendelsohn e Von Hentig. Há controvérsias sobre qual dos dois teria sido o primeiro a lançar o termo “vitimologia” nas rodas de conhecimento e diante da polêmica de quem seria o preceptor do movimento vitimológico e primeiro a analisar a vítima como centro de gravitação do crime, o importante é saber que graças a ambos, ao final da década de quarenta, o termo vitimologia já ganhara espaço suficiente para se difundir como tema de estudo.

Na América Latina, na década de cinquenta, Jimenez de Asúa foi o primeiro cientista do direito a retratar o estudo da vítima, a partir de então, com ele, houve a formação de inúmeros discípulos, o que possibilitou o alastramento do que, mais tarde, iria se consolidar como disciplina autônoma, a vitimologia. (NOGUEIRA, 2004).

A partir da década de setenta, mais que nunca, o Brasil passou a receber e incorporar, mesmo que, por vezes, de forma desvirtuada, novas concepções jurídicas, dentre essas concepções encontrava-se a vitimologia, que teve naquela década sua primeira obra sobre o assunto, que viria a contribuir, significativamente, para a evolução do Direito penal.

A vitimologia, etimologicamente falando, trata-se do estudo da vítima. Através dela busca-se a delimitação da personalidade da vítima, sua conduta e modo de agir diante do criminoso, o risco de vitimização e o que influi para ele, assim como, o estabelecimento dos tipos de vítima, como já fora demonstrado acima.

Souza (1998, p.24) em seus estudos ponderou, acertadamente, que ao se examinar a vítima estaremos diante da possibilidade de uma análise estreita, mas ao mesmo tempo ampla, pois ao olharmos diretamente para a vitimologia diremos que se trata do “estudo da vítima”, como já visto, mas a questão que se põe é que são dos mais variados os desdobramentos deste estudo, senão vejamos:

A vitimologia, longe do que poderia parecer a espíritos menos avisados ou preconceituosos, possui um campo de estudos e de ação que é, ao mesmo tempo, estreito e amplo. Estreito, porque, como seu próprio nome está a indicar, ela tem por objeto ‘o estudo da vítima’. Amplo, porque, apesar disso – ou *por cause* -, ela abrange, na realidade, o estudo do comportamento da vítima e do criminoso, os

vários e sucessivos desdobramentos envolvidos nessa relação, os reflexos sociais, psicológicos, legais [...]”. (SOUZA, 1998, p. 24) (grifos do autor).

Atentando para essa ampliação do campo de estudo, já referido por Souza, em que há uma análise não só da vítima, mas dela em todo o contexto criminal, com uma imagem muito mais realista, é que García-Pablos de Molina e Gomes (2006, p.69), demonstrando uma nova dinâmica do delito, se pronuncia:

Pouco a pouco a Vitimologia foi ampliando seu objeto de investigação. E do estudo dos protagonistas do fato criminoso (autor e vítima), ou dos fenômenos de interação assinalados, passou a se ocupar de outros temas, sobre os quais começa a subministrar uma valiosa informação: por exemplo, atitudes e propensão dos sujeitos a se converterem em vítimas de delito ('risco de vitimização'), variáveis (sexo, idade, raça etc.) que intervêm no processo de vitimização, classes especiais de vítima (tipologias), danos que sofrem a vítima como consequência do delito (vitimização primária), assim como da posterior intervenção do sistema legal (vitimização secundária), atitudes da vítima em relação aos sistema legal e seus agentes [...].

Os autores demonstram o atuar de uma vítima protagonista, dinâmica e que reflete a realização do crime, e não mais uma vítima como mera razão para a investigação do delito. Passa a vítima a ser sujeito de direitos e não objeto do crime.

Nota-se, deste modo, que a vitimologia envolve o estudo da vítima e a sua vitimização, demonstrando todo o *iter victimae*, ou seja, o caminho que percorre a referida vítima, através de condutas e atitudes, seja dela ou do sistema penal posto, para a sua transformação em vítima propriamente dita, evidenciando-se que aqui não se trata da figura, por vezes, única e rara, da vítima totalmente inocente, mas sim de uma vítima atuante no fenômeno criminogêno.

Mas não para por aí, como uma unicidade de observação exclusiva da vítima. A vitimologia considera a referida dupla-penal de Mendelsohn, dita por outros doutrinadores, como parêntese-penal, qual seja, a vítima e o criminoso que compõe o delito. (BITTENCOURT, 1971, p.19-21). Retira-se a condição de passividade da vítima para lhe dar vida interativa com o delinqüente dentro da estrutura criminal, que por vezes nos faz crer numa contraposição entre vítima e delinqüente, camuflando as relações em que ambos atuam harmonicamente.

Neste diapasão, certo é que o comportamento do menor de 14 (catorze) anos, adiante analisado, tido como vítima do crime de estupro de vulnerável, pode revelar-se suficientemente específico, através da figura do consentimento, para exculpar o acusado que

só agiu em detrimento deste consentimento, e sendo assim, há de se falar em uma conduta positivadora por parte daquele que se tem como vítima, um atuar paralelo, harmônico.

2.3.1 Aportes da vitimologia para a criminologia e para o Direito Penal

Pode-se afirmar que a vitimologia teve como paradigma a criminologia. Quando se deu início aos estudos daquela a pergunta que era feita era a seguinte: por que aquele indivíduo foi vítima de um delito? O mesmo tipo de pensamento (inquirições), referido por Oliveira (2007, p.62) como paradigma etiológico da criminologia, foi desenvolvido na seara criminológica, em que Lombroso através de características físicas buscava a determinação dos motivos que levava o indivíduo a delinquir.

Com o avanço das indagações sobre a vítima, evolutivamente, passou-se a pensar na vitimologia como ciência. Porém, antes de culminar nesta conclusão, muitos foram os que atribuíam à vitimologia como uma parte da Criminologia e não como uma ciência autônoma e distinta daquela, dentre os que assim pensavam encontrava-se Asúa que sobre o trabalho de Mendelsohn afirmou o seguinte:

Crê que descobriu a vitimologia, como ciência diferente da Criminologia. Portanto, em vez de enquadrá-la dentro desta, que todos já conhecemos, diz-no que não se trata de uma parte da mesma, senão de ciência autônoma e distinta que, em vez de analisar o delinquente (Criminologia), cuida da vítima (vitimologia). E ocupa-se do sujeito passivo do delito, de tal forma que parece que ninguém antes dele havia preocupado de estudar. (ASÚA, *apud* BITTENCOURT, 1971, p. 24).

Vários foram os pensadores que defenderam a vitimologia como complemento da Criminologia, dentre eles Claude-Roland Souchet e Paasch. Enquanto o primeiro usava como argumento para retirar a autonomia o fato da vitimologia observar a particularidade do homem em seu comportamento e não o indivíduo como um todo, o segundo alegava ser a vítima mais um fator do delito e, assim sendo, poderia ser estudada na própria Criminologia.

Souchet (*apud* BITTENCOURT, 1971, p.24) para desconsiderar a vitimologia como ciência afirma que “ela apresenta o homem em situação particular. Analisa o comportamento do indivíduo e não o indivíduo. O fenômeno vitimal não pode explicar a vítima senão particularmente.”

Ora com esse posicionamento somos obrigados a discordar, ao menos como argumento para retirar a legitimidade da vitimologia como ciência, pois afinal, a criminologia

tem esse mesmo aspecto só que na figura do criminoso, e isso se reflete principalmente, quando, na atualidade, observamos a figura do direito penal do ato e não do autor.

Já Paasch (*apud* BITTENCOURT, 1971, p.25), com o mesmo objetivo de Souchet, afirma que

A vítima faz parte do conjunto de causas fundamentais do nascimento da infração. Ela pode, como o agente, ser um fator acionante, uma das causas da infração. Partindo dos termos *Vitimologia e Criminologia* poderá o estudioso ser tentado a atribuir como objeto da primeira a vítima e da outra o agente. Mas a Criminologia não se ocupa simplesmente com o autor da infração, mas sobretudo do ato delituoso e de seu nascimento, inexistindo pois razão para tornar independente e justificar uma noção especial da vitimologia. (grifos do autor)

Mais uma vez, não se pode considerar esse argumento como por si só suficiente para remover a autonomia da vitimologia, pois, assim como a criminologia, a vitimologia nos seus estudos não isola a vítima do ato delituoso ou do próprio criminoso, só lhe dá uma conotação específica.

Contrariamente, alegando a autonomia da vitimologia, Mendelsohn (*apud* BITTENCOURT, 1971, p.27) afirmava ser o material da mesma muito mais que um simplório capítulo da criminologia e que a partir da sistematização dos conhecimentos poderia se chegar à cientificidade da mesma. Argumentava ainda que uma ciência poderia ser constituída sobre o fundamento de ciências diferentes, sendo este o caso da vitimologia em face da Criminologia, que é constituída sobre planos constitutivos:

A vitimologia [...] é constituída sobre três planos constitutivos. O *plano primordial* é o bio-psico-social; a vítima é estudada face a face com todos os fatores que a possam tornar vítima. [...] O *plano criminológico*, sobre o qual o problema da personalidade da vítima está em relação bio-psico-social somente com o conjunto de problemas da criminalidade, nos aspectos terapêuticos e profilático vitimal. Finalmente, o *plano jurídico*, que considera a vítima em relação com a lei, [...]. (grifos do autor).

Prevaleceram os argumentos do “pai” da Vitimologia, que defendia sua cientificidade e autonomia, não deixando, entretanto, de apontar sua intercomunicação com outras ciências, principalmente a Criminologia.

Atualmente, tem-se claro que a Vitimologia, como ciência que estuda a vítima, seu comportamento, sua personalidade, ou seja, a etiologia do fenômeno vitimizador, não mais se sujeita hierarquicamente à criminologia e ao direito penal, em verdade, a mesma se estabeleceu interdisciplinarmente com estas outras ciências, possibilitando um olhar mais amplo para o crime e contribuindo para um melhoramento da ciência penal.

Diversas foram as contribuições do movimento vitimológico para as ciências acima referidas. Para as ciências penais, a vítima, erigida, agora, ao patamar de sujeito passivo do delito, passa a ter suas expectativas, sofrimentos e necessidades valorados, o que reflete um direito penal de políticas de exclusão e inclusão. (OLIVEIRA, 2007, p. 64).

Enquanto a primeira diz respeito a uma política penal mais rigorosa, como uma resposta mais efetiva de atendimento as vontades da vítima, regada pelas ideologias da política-criminal do movimento “lei e ordem”, que acabara por demonstrar o antagonismo entre vítima e réu, na medida em que o extermínio do direito de um é a realização do direito do outro; as políticas inclusivas abordam uma vítima esquecida, deixada para segundo plano, e que sofre os efeitos da vitimização secundária, concebendo como propostas satisfativas para a referida, a conciliação, a mediação e também propostas de reparação pelo mal sofrido, invertendo o que atualmente se observava: o crime como ofensa à sociedade, sem lembrança da real vítima, aquela que sofre diretamente os impactos do delito.

Para a Criminologia os aportes da vitimologia também foram importantes, possibilitou, principalmente, uma análise compreensiva do delito de forma global, através da observação das perspectivas vitimais, assim como, permitiu uma melhor visualização da efetividade das formas de controle social adotadas.

2.4 Vitimodogmática: redescoberta da força da vítima na teoria do delito

Com o redescobrimento do papel da vítima pelo Direito Penal Moderno, houve o reconhecimento e a reavaliação do atuar da vítima diante do crime. Claus Roxin (*apud*, CARVALHO, 2004, p.1) fala da “vitimodogmática e injusto material”, como título da relação entre a retomada do papel da vítima e sua repercussão na teoria do crime.

A vitimodogmática surgiu a partir do reconhecimento do crime como fenômeno complexo, onde a vítima não se tratava mais do sujeito passivo dotado de inocência angelical e nem o criminoso de um monstro que carrega todas as culpas pelo fato penalmente relevante. A observação de uma vítima interativa possibilitou a abertura dos estudos para uma possível aferição de responsabilidade desta quanto ao acontecimento criminoso.

Segundo Greco (2004, p.39), a vitimodogmática “é uma série de postulados vitimológicos na qual se estuda o comportamento da vítima em face do crime – mais especificamente, sua contribuição para que este ocorresse”.

Diferencia-se da vitimologia por terem objetos distintos, sendo possível afirmar, tranquilamente, que a mesma usa das bases desta para seus estudos, e porque não arriscar

dizer que a vitimodogmática seria a vitimologia aplicada. Asseverando o afirmado é que Vicente Remesal (*apud* CARVALHO, 2004, p.2) diz que “a vitimodogmática se edifica sobre os resultados da vitimologia e entre ambas deve existir um compromisso recíproco”.

Expondo ainda, as diferenças, quanto o objeto de estudo de ambas, Greco (2004, p.47-48) afirma:

[...] no momento atual, os objetos de investigação da vitimologia e da vitimodogmática são distintos. Pela primeira se busca estabelecer os tipos de vítimas, bem como desenvolver os argumentos sociais, genéricos e jurídicos a respeito delas. Já a vitimodogmática visa estudar a responsabilidade da vítima em relação ao crime, sua parcela de culpa para o evento danoso. São precisamente, conforme já foi assinalado, o reconhecimento da problemática e sua solução [...].

Visualiza-se, deste modo, que objetiva a vitimodogmática dar o devido tratamento aquele que delinqüiu. Através dela atribui-se a punição ao réu de forma adequada aos postulados de justiça, tendo em vista que sua utilização permite valorar a conduta da vítima, que pode provocar o réu, concorrer com ele no evento criminoso ou mesmo consentir com sua atuação. Nesse diapasão é que Bonet Esteva, citada por Greco (2004, p.46), afirma “[...] o merecimento e a necessidade de pena do autor têm correspondência com o merecimento e a necessidade de proteção da vítima”.

Sendo assim, a utilização de postulados vitimodogmáticos diante do crime de estupro de vulnerável cometido contra o menor de 14 (catorze) anos, que consentiu com a conduta e quis o resultado dito por lesivo para si, só vem a possibilitar uma melhor análise do tipo e da culpabilidade do agente, que dependendo do comportamento da vítima pode vir a ter sua responsabilidade reduzida, e conseqüentemente, sua sanção diminuída, ou até a própria exclusão da tipicidade da conduta.

Evidente está, que com a aplicação da vitimodogmática, haverá uma observação mais detalhada da culpabilidade do autor do delito, que, por vezes, é moldada pelo comportamento da vítima, havendo entre a conduta de ambos uma latente conexão.

Segundo Greco (2004, p. 41), com a valoração da conduta da vítima não haverá uma co-culpabilização dela, mas sim a devida proteção ao bem jurídico, que em consonância com seu comportamento será digno ou não de uma tutela do direito penal mais eficaz, possibilitando uma pena para o autor proporcional a seus atos e a esfera de atuação da vítima. Veja-se a indagação de Hassemer em Greco (2004, p.40) sobre a proteção dada à vítima: “[...] que proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não interessa a um único titular desse bem, seja porque ele próprio o coloca em perigo ou porque renuncia a sua proteção”.

Pelo que o estudioso afirma, avista-se que a dúvida proeminente é a seguinte: como punir o autor do delito que, por exemplo, agiu com o consentimento da vítima, ou se puni-lo, como atribuir a mesma pena do que agiu contra a vontade daquela, que protegeu eficazmente seu direito?

Nota-se que em detrimento da postura da vítima, que, por vezes, pode contribuir para a realização da conduta punível, impõe-se a aplicação dos postulados vitimodogmáticos conjugados com o princípio da intervenção mínima, que incidirá ou na atipicidade das práticas em que o tipo as tem como elementar ou amenizará a punição do autor, já que a vítima contribuiu para o dano, possibilitando uma punição justa, que ao final, é a realização do direito.

CAPÍTULO 3 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O Direito Penal busca a proteção e prevenção da lesão de bens jurídicos, para tanto deve-se ter em mente o conceito de bem jurídico ligado à idéia de autodeterminação da personalidade, que se baseia no respeito à dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, erigido a fundamento da Carta Magna de 1988.

O conceito de bem jurídico deve servir à expressão da personalidade a partir da idéia da autonomia da vontade, pois caso contrário, se impedir o exercício da autonomia da vontade, o Direito Penal agirá sem legitimidade punitiva e sem fundamento para a atuação Estatal. (GRECO; RASSI, 2010).

Neste sentido, é relevante o estudo do consentimento do ofendido, principalmente nos crimes ligados ao núcleo da sexualidade do indivíduo, já que neles a resistência da vítima faz parte da construção da tipicidade delitiva.

3.1 Análise do consentimento

O vocábulo consentimento, do latim *consentire*, quer dizer “concordância entre as partes ou uniformidade de opinião”. (PIERANGELI, 1995, p. 66). A palavra expressa o assentimento por um dos participantes da relação jurídica, em detrimento de um bem, colidindo assim para um fim comum eleito pelas partes que se relacionam.

De longa data é a observação do consentimento, como atitude que permite uma conduta lesiva a um bem jurídico e exonera a responsabilidade penal. O jurista romano Ulpiano, de 170-228 d.c., elaborou a máxima “*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*”, que quer dizer “o que se realiza com a vontade do lesionado, não constitui injusto”. (GRECO; RASSI, 2010, p. 81-82).

Por um bom tempo os penalistas empregaram esta máxima para não punir a conduta delituosa que houvesse o consentimento do ofendido, no entanto, a mesma era aplicada apenas aos delitos de âmbito privado, já tendo, deste modo, sua aplicabilidade limitada desde tempos remotos.

Sobre a problemática da aplicação e limitação do consentimento ainda hoje há divergências, procurando o Direito atual observar a validade dos efeitos do consentimento só quando houver a renúncia de direitos subjetivos, a faculdade de disposição do seu titular e se atenta ou não contra a ordem objetiva. (ROXIN, *apud* GRECO; RASSI, 2010).

3.1.1 Fundamento do consentimento: teorias e critérios doutrinários para sua utilização

Várias são as posições doutrinárias diante da utilização do consentimento, aqui será apresentada as mais significantes, quais sejam, o critério de Mezger, o critério de Welzel, a teoria dualista e a teoria unitária ou da atipicidade, dando-se mais enfoque as duas últimas, tendo em vista serem estas os maiores alvos de discussões e divisões na doutrina pátria.

Vistas estas teorias buscar-se-á analisar o consentimento no crime de estupro de vulnerável, de forma a demarcar o bem jurídico afastando a moral social sexual da subsunção típica.

3.1.1.1 Critério de Mezger: ausência de interesse

Para Mezger o fundamento do consentimento se encontra na ausência de interesse. Para este estudioso, a falta de interesse do titular do bem juridicamente tutelado é que possibilita a exclusão do injusto. (GRECO, 2004).

De acordo com seu critério pode-se encontrar as causas de justificação diante da falta de interesse, que terá como consequência a exclusão do injusto ou a ausência de necessidade de proteção, ou diante da determinação do interesse.

Pelo critério do autor, afirma-se que para a resolução da eficácia do consentimento deverá ser observado se o titular do objeto da ação e de proteção são a mesma pessoa. Será o consentimento válido se houver identidade entre titular da ação e titular do objeto, do contrário persistirá a antijuridicidade da ação.

A eficácia do consentimento deverá ser resolvida segundo o titular do objeto da ação seja ou não também do objeto de proteção. Quando o titular do objeto da ação e do objeto da proteção são a mesma pessoa, o consentimento será eficaz; se, porém, isto não ocorrer, subsiste a antijuridicidade da ação, apesar do consentimento do ofendido. (MEZGER, *apud* PIERANGELI, 1995, p.73)

A crítica que pode ser feita a teoria elaborada por Mezger é de que o consentimento poderá existir tanto pela ausência de interesse, quanto pela própria presença do interesse, sendo ambos os fundamentos passíveis de validação daquele. O sujeito passivo diante de determinada situação pode escolher consentir na realização de uma ação, sacrificando um interesse que repute inferior a outro, não existindo neste caso a ausência de interesse afirmada pelo autor. (OLIVEIRA, 2008).

Sendo assim, imperioso admitir que o critério de Mezger não é o melhor para servir como fundamento ao consentimento do ofendido.

3.1.1.2 Critério de Welzel: renúncia da norma à proteção jurídica

Para Welzel (2003, p.151) torna-se lícita a conduta se esta estiver de acordo com o consentimento. A renúncia ao bem jurídico faz com que a norma ceda, e por isso fala-se em renúncia da norma à proteção jurídica. O sujeito passivo dispensaria o cumprimento das normas por parte do sujeito ativo.

Afirma o estudioso que o consentimento elimina apenas o desvalor do resultado, mas não o da ação, e sendo assim, somente o atuar com base no consentimento e dentro dos seus limites torna o fato adequado ao direito. (WELZEL, 2003). Isto se dá, porque para o mesmo o Direito Penal é um Direito que não só serve a proteção de bens, não se esgotando o injusto penal na mera lesão, é na verdade, um Direito que protege de uma ação ético-socialmente intolerável, não podendo por isso o consentimento por si só justificar ação, mas o atuar com base nele, se devidamente limitado pelo interesse público, sim.

O autor leva em consideração a grande importância do direito consuetudinário, que afirma dever ser usado como critério limitador do consentimento. Sendo assim, alega que o consentimento não deve ser contrário aos bons costumes, e se o for torna-se ilícito, pois apesar de válido não será justificado. (GRECO, 2004).

A teoria de Welzel não deve ser tida como fundamento do consentimento, por se ancorar, primordialmente, na teoria da ação jurídica (a qual se optou por não abordar neste trabalho), pois apresenta utilidade principalmente no Direito Civil, não delimitando critérios precisos para o consentimento no Direito Penal. (PIERANGELI, 1995).

Dos dois critérios até agora vistos é possível observar que ambos apresentam dificuldades concretas para legitimação do consentimento, o que nas próximas teorias mudará.

3.1.1.3 Teoria dualista: acordo e consentimento

Pela teoria dualista, que é dominante na doutrina alemã, há uma distinção entre acordo e consentimento, sendo o primeiro causa de atipicidade da conduta e o segundo causa de justificação. A doutrina brasileira, em sua maioria adota esta teoria, considerando o consentimento como causa supralegal, que ora exclui a antijuridicidade, ora exclui a tipicidade.

O consentimento do titular do bem jurídico – ou consentimento do ofendido – constitui causa supralegal de exclusão da antijuridicidade ou da própria tipicidade e consiste na renúncia à proteção penal de bens jurídicos disponíveis – ou seja, todos os bens jurídicos individuais, exceto a vida. (SANTOS, 2006, p.262) (grifos do autor)

Essa doutrina, que tem por base o estudioso Geerds, que procurou distinguir acordo de consentimento, reconhece que ambos os institutos têm características comuns, já que tanto um quanto o outro admite que um sujeito passivo aceite uma lesão a um bem jurídico que lhe pertence, não se opondo a conduta do sujeito ativo. (GRECO; RASSI, 2010).

costumes. Já para a configuração do consentimento faz-se necessário a exteriorização da vontade e a sua capacidade de compreensão, sendo relevantes para ele os vícios de vontade que por ventura existam e a existência de um atentado aos bons costumes. (GRECO; RASSI, 2010).

Várias críticas vêm sendo apontadas por aqueles que fazem parte da doutrina minoritária (Teoria unitária), a qual tem como expoente Roxin, e é encabeçada no Brasil por Juarez Cirino dos Santos. Para eles não há diferenciação prática entre acordo e consentimento, sendo ambos excludentes da tipicidade. (SANTOS, 2006).

3.1.1.4 Teoria unitária ou da atipicidade

A Teoria unitária como sua própria terminologia aponta, afirma não existir diferenças sistemáticas, nem rigorosas divisões entre acordo e consentimento. Para os defensores desta doutrina a divisão tanto é incorreta, quanto pouco prática, sendo uma questão muito mais semântica do que propriamente dos institutos.

Para essa corrente, que atualmente é minoritária, o consentimento é tido como excludente do tipo, pois “configuraria exercício de liberdade constitucional de ação do portador do bem jurídico”. (ROXIN, *apud* SANTOS, 2006, p. 262). De acordo com Roxin o consentimento do ofendido expressa exercício de liberdade constitucional de ação, não podendo por isso significar ação típica.

Várias são as razões utilizadas pela doutrina da atipicidade para questionar a indiferença entre acordo e consentimento, dentre elas as principais serão apresentadas neste trabalho.

A primeira seria a irrelevância da aprovação interna, que é exigida no acordo, pois a satisfação interna não é consentimento, neste sentido é que Polaino-Orts (*apud* GRECO; RASSI, 2010) afirma “se os pensamentos não podem ser fundamento de imputação penal, tão pouco podem ser causa de exoneração de responsabilidade”. Contraria a lógica do próprio Direito Penal se utilizar dos pensamentos não externados, como defendem os que afirmam uma diferenciação entre acordo e consentimento, para exonerar de responsabilidade o ofensor de um bem jurídico. O Direito não pode se valer do que está na mente dos indivíduos, vale-se do que está no mundo dos fatos.

A segunda razão para ignorar uma possível diferença entre acordo e consentimento seria a não exigência de capacidade de compreensão para o acordo aprobatório, pois não se pode ter como válido apenas a vontade natural do titular do bem jurídico para a disposição de

um bem, como afirmam os defensores da teoria dualista diante da existência do acordo. Para o reconhecimento da vontade do titular do bem jurídico deve haver o reconhecimento de um mínimo de garantias formais e materiais, para que não se deixe que o titular do bem tutelado disponha de seu bem de modo irrazoável. (GRECO; RASSI, 2010).

Aponta ainda, os doutrinadores da teoria unitária, que no acordo não há eficácia excludente dos vícios de vontade, pois inaceitável no Direito Penal a mesma idéia do Direito Civil, qual seja, a que o acordo, mesmo que sob erro, ameaça, engano ou violência, torna o contrato civilmente válido, mas passível de impugnação, tendo em vista que a não prestação de um consentimento tornaria a conduta típica, podendo assim ser sancionada.

Por fim, relatam os unitaristas a problemática do atentado contra os bons costumes, que nos casos de acordo não seria levada em consideração, ou seja, lesionado um bem jurídico com o acordo de seu titular, e se este acordo ofender aos bons costumes não haverá problema algum, não sendo extirpada por tal ofensa nem sua validade nem seu efeito excludente. Esta idéia para diferenciação, firmada pelos dualistas, é de difícil aceitação, já que não se tem, nem ao menos, o conteúdo do que seria “bons costumes”.

Nota-se, pelo exposto, o quão frágeis são os argumentos da doutrina dualista, sendo imperioso que, pelo menos por enquanto, não há consistência nos argumentos utilizados para uma suposta diferenciação entre acordo e consentimento.

3.2 A legitimação do consentimento da relação sexual na esfera penal

Muitos são os argumentos para considerar o consentimento como causa de exclusão de tipicidade e não como causa de justificação. Para Roxin (*apud* GRECO; RASSI, 2010), o que justifica o consentimento como causa de exclusão da tipicidade é a teoria liberal do bem jurídico.

Por esta teoria os bens jurídicos são utilizados para, dentro do contexto social, fomentar o livre desenvolvimento de cada indivíduo. Deste modo, seria ilógico existir lesão “quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui sua expressão”. (ROXIN, *apud* GRECO; RASSI, 2010).

Assim, para Roxin (*apud* SANTOS, 2006), o consentimento configuraria exercício de liberdade constitucional de ação do portador do bem jurídico. Por tal liberdade de ação de quem consente é que se tem a exclusão do tipo.

A liberdade de consentimento, constitucionalmente garantida, é que possibilita um desvalor do resultado, e por consequência, uma desvalor a ação. Em geral, a ação consentida é aceita pela sociedade e socialmente normal.

Consentimento é causa de exclusão de tipicidade e não justificação, visto que a natureza jurídica do consentimento não é a mesma das causas de justificação. Lembra Roxin que as causas de justificação descansam em princípios de ponderação de interesses e de necessidade: quando há uma situação de perigo, é legítimo o sacrifício de um interesse menos valorado pelo ordenamento jurídico se o sacrifício é necessário para salvaguardar um interesse maior. O mesmo não ocorre no consentimento, onde não está em jogo nenhum conflito de interesses entre aquele que atua e o que consente. Em acréscimo, não é possível estabelecer uma distinção clara entre os casos de consentimento em relação aos de acordo. (GRECO; RASSI, 2010, p. 93).

O consentimento é expressão de desinteresse na proteção do bem jurídico, não havendo, portanto, conflito. O sistema de justificações baseia-se na existência de conflito, não existindo ele não há porque se falar em justificação que exclui a antijuridicidade.

Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 263), em concordância com o afirmado expõe em seu livro

Do ponto de vista prático, não há diferença entre efeito destipificante e efeito justificante do consentimento real, por duas razões: primeiro, o fundamento jurídico necessário para destipificar é o mesmo exigido para justificar a ação; segundo, a consequência jurídica da exclusão do tipo é idêntica à da exclusão da antijuridicidade, variando apenas o nome do instituto jurídico respectivo. Mas, além dos argumentos teóricos, a própria economia dogmática aconselha atribuir ao *consentimento real* efeito excludente da tipicidade, embora nada impeça atribuir-lhe efeito de exclusão da antijuridicidade, como causa *supralegal* de justificação. (grifos do autor).

Observa-se, portanto, que mais vantajoso ao sistema penal seria atribuir efeito destipificante ao consentimento, evitando uma possível diferenciação entre acordo e consentimento, pois os efeitos da exclusão da antijuridicidade ou da tipicidade em muito se assemelham.

3.2.1 Requisitos de validade do consentimento

Dentre as condições de validade para a devida existência do consentimento deve-se observar como se deu a sua manifestação e se o consenciente tinha capacidade de compreensão. Neste trabalho importa mais a segunda condição de validade, tendo em vista que nela está inserida a idéia de vulnerabilidade, e por isto, será dada mais atenção.

3.2.1.1 Manifestação do consentimento

A manifestação do consentimento deve ser dada, preferencialmente, de modo expresso, pois deste modo ter-se-á clareza na sua aceção. Não obstante há a possibilidade de o consentimento ser dado tacitamente, dispensando o uso de palavras.

Três são as teorias que diz respeito à manifestação do consentimento, a teoria da mediação psíquica, a teoria da direção da vontade e a teoria intermediária ou mediadora.

Pela teoria da mediação psíquica, tida como teoria majoritária, o consentimento deve ser informado ao autor do fato. Já pela teoria da direção da vontade, não há exigência de comunicação exterior, havendo apenas a necessidade de existência psíquica da vontade do ofendido. (SANTOS, 2006).

Por sua vez, Roxin (GRECO; RASSI, 2010), em crítica a estas teorias, diz rejeitar a primeira por ser o consentimento um exercício de liberdade de ação, não sendo seu portador obrigado a informá-lo, enquanto a segunda, alegando que se o pensamento não for manifestado não será expressão de vontade, dificultando sua comprovação e sua vinculação às conseqüências jurídicas.

Rechaçada as duas teorias, apóia Roxin a terceira, qual seja, a teoria intermediária ou da mediação. Por esta teoria o consentimento não precisa ser expresso, mas deve dar-se de forma que possa ser apreendido pelo autor da ação. O que é imprescindível a esta doutrina é que o consentimento seja dado de forma conclusiva na realidade dos fatos. (GRECO; RASSI, 2010).

Ainda é necessário evidenciar, que o consentimento deve abranger não só a ação do autor, mas também o resultado objeto desta ação, neste sentido, é que “o autor deve agir dentro dos limites do consentimento” (SANTOS, 2006, p. 267), e, para tanto, o consentimento deve ser anterior ao fato, podendo até esse momento ocorrer a sua revogação, que deverá ser manifestada exteriormente.

3.2.1.2 Capacidade de compreensão do consentimento

Outra condição de validade para a existência do consentimento é que haja a capacidade de compreensão. O titular do bem jurídico deve ter entendimento suficiente tanto do sentido quanto das conseqüências da expressão do consentimento.

Ao se considerar a capacidade de consentimento, deve-se ter em mente que tal capacidade deve ser analisada como capacidade fática, que deve ser estudada de acordo com cada situação posta em questão.

Roxin entende que a concreta capacidade de compreensão e juízo é uma questão de fato, o que não depende de limite de idade. Exemplifica, dessa forma, o caso de alguns menores que mesmo com 17 anos de idade, têm a capacidade de compreensão muito menor que outros de 14 anos, mas amadurecidas. (GRECO; RASSI, 2010, p.99).

A capacidade de compreensão deverá ser avaliada no caso concreto, de acordo com o entendimento demonstrado pelo consenciente.

Adotando entendimento contrário encontra-se Pierangeli (1995, p.126), alegando que deve-se seguir como critério de aferição de capacidade de compreensão a inimputabilidade, ou seja, 18 (dezoito) anos, haja vista que os menores dessa idade são sujeitos à legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

3.3 Capacidade de consentimento do menor de 14 (catorze) anos: da “vulnerabilidade” prevista no art. 217-A do Código Penal

A partir de 2009, com a criação da Lei 12.015, e conseqüente revogação do artigo 224 do Código Penal, que estabelecia a violência presumida ou ficta quando o ofendido fosse menor de 14 (catorze) anos, passou a idade do ofendido a fazer parte da constituição do próprio tipo penal, sendo considerado elemento normativo do tipo.

O artigo 217-A do Código Penal estabeleceu que a prática de ato sexual com o menor de 14 (catorze) anos será crime, por avaliar que este não teria capacidade de discernimento, considerando-o, portanto, vulnerável.

Na sistemática anterior, como já estabelecido no primeiro capítulo deste trabalho, existia grande polêmica sobre se a presunção existente no revogado artigo 224 do Código Penal seria uma presunção absoluta ou uma presunção relativa. Usava-se de uma ficção jurídica, uma presunção, para afirmar que o menor e 14 (catorze) anos não teria capacidade para consentir, e se o fizesse não seria considerado válido o consentimento dado.

Na doutrina e na jurisprudência nunca houve uniformidade no que diz respeito à presunção antes estabelecida ser absoluta ou relativa. A primeira vez que a Suprema Corte brasileira considerou a presunção de violência relativa foi no julgamento do *Habeas Corpus* 73.662-9/MG, no ano de 1996, ficando assim consignado seu ementário:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. **ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA.** O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. **A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal.** Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (HC 73662, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 21/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028) (grifos acrescidos)

Denota-se, em consonância com este julgado, que quase 15 (quinze) anos atrás, já era possível observar que a realidade social havia sofrido grandes mutações no que tangia ao sexo, demonstrando que o mesmo não era mais tratado como tabu, advertindo assim que não era mais plausível afirmar que uma pessoa menor de quatorze anos fosse insciente sobre as coisas do sexo.

No voto esposado neste *Habeas corpus* o relator, Ministro Marco Aurélio, deixou registrado que:

[...] Ora, passados mais de cinquenta anos – e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos – não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. **Nos nossos dias, não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir.** [...] (grifos acrescidos).

Ora, passados mais de 14 (catorze) anos da data que esta decisão foi proferida só se pode ter em mente que a realidade já mudou, tendo nossas crianças e adolescentes uma grau de amadurecimento bem maior do que no que em 1996, deste modo, se o argumento de presunção absoluta era questionável nesta época, que dirá hoje: o que pode-se falar da transformação do critério etário para valoração do consentimento em elemento do tipo?

Com a modificação efetuada pela nova lei, e criação do tipo penal denominado estupro de vulnerável, foi acolhido o entendimento de que a qualidade de menor de 14 (catorze) anos integra a descrição do próprio tipo, utilizando-se, deste modo, do critério biológico.

[...] a menor idade passou a ser elemento do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade. O critério é biológico, portanto. (GRECO; RASSI, 2010, p. 103).

Errou mais uma vez o legislador quando adotou o critério biológico para aferição da capacidade de consentimento, melhor teria sido se tivesse buscado amparo no critério biopsicológico, pois assim possibilitaria uma análise, no caso concreto, da capacidade do consenciente, dando mais razoabilidade às decisões a serem emitidas pelo magistrado.

Doutrinadores de renome abordam a capacidade para consentir como matéria de fato, alegando haver, para o consentimento válido, a necessidade de discernimento, amadurecimento daquele que consente, o que varia de acordo com cada indivíduo.

No es preciso que el sujeto que consiente disponga de la *capacidad jurídico-civil* para negociar válidamente, sino que basta en principio la **capacidad natural de discernimiento** que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento. (MIR PUIG, 2002, p.507) (grifos do autor)

Ora, diante da realidade evolutiva dos adolescentes da atualidade, imprescindível que haja uma análise casuística para avaliação da capacidade de discernimento daquele menor que, de acordo com o Código Penal, seria vítima do crime de estupro de vulnerável. Neste sentido,

A capacidade de consentimento deve existir como capacidade concreta de compreensão do *significado* e da *extensão* do ato consentido, ou seja, da natureza e das conseqüências da renúncia ao bem jurídico respectivo; [...] (SANTOS, 2006, p.266) (grifos do autor)

Se entendidos o significado e a extensão do ato, deve-se ter por válido o consentimento, e excluída por conseqüência sua tipicidade. Não se pode olvidar, entretanto, que nos casos em que o portador do bem jurídico tutelado for incapaz, o consentimento poderá ser expresso por seus pais ou responsáveis, sendo que “o representante legal não pode consentir pelo portador do bem jurídico nas chamadas *decisões existenciais*” (SANTOS, 2006, p.267, grifos do autor), como as relacionadas ao núcleo da personalidade, dentre as quais se encontra a liberdade sexual.

Luis Oiticica (1961, p.56) quando da publicação da sua dissertação, que intitulava-se “O consentimento do titular do direito disponível”, já apontava que deveria ser apurada a maturidade para autorizar o consentimento correspondente a vontade declarada, possibilitando deste modo imunizações a generalizações. Afirma o autor que

Pretende-se com esse critério evitar presunções, julgamentos ditados por interesses particulares e possibilidade de reconhecer-se eficácia ao consentimento de pessoas destituídas da capacidade de, verdadeiramente, entender e querer.

Essa modalidade de determinação da capacidade apresenta os aspectos negativos do arbítrio do julgamento e da insegurança em que permanece o destinatário do consentimento, em relação à sua validade.

Apesar dos aspectos negativos da avaliação da capacidade de consentimento no caso concreto, ainda sim seria o melhor critério, pois, de que adianta a certeza de um julgamento permeado pela injustiça, onde aquele que agiu por conta do consentimento de um menor de 14 (catorze) anos, que tem plena capacidade de entendimento, acabará condenado por um crime que é considerado hediondo?

Avaliar a capacidade de consentimento do menor, no atual estágio de evolução e maturação sexual dos adolescentes, é uma necessidade, que dá a decisão judicial legitimidade e maior eficácia.

3.3.1 Estatuto da Criança e do Adolescente: confirmação da inadmissibilidade da invalidade do consentimento do menor

No tipo penal de estupro de vulnerável, como já afirmado, o menor passou a constituir elemento normativo, sendo retirada dele qualquer liberdade para consentir na prática do ato sexual.

Ocorre que como elemento normativo do tipo poderá haver a interpretação do mesmo de acordo com o critério legal de menoridade estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo, portanto, ser considerada como criança aquele que não tem a idade de 12 (doze) anos, utilizando o julgador aspectos da sociologia da sexualidade. (GRECO; RASSI, 2010).

A capacidade como matéria de fato que é, não deve ser tida como absoluta. A vítima, que, em verdade, não é um “anjo numa redoma de cristal”, mas guarda um caráter constante de interatividade com o réu, que, por vezes, afasta sua vulnerabilidade, não deve ter sua idade como uma elementar inquebrantável, impossibilitando a validade de um consentimento dado diante de expressivo discernimento.

Antes mesmo das reformas no texto legal, com a Lei 12.015/09, já era possível visualizar, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), uma tentativa de

modificação do texto penal de 1940, que, assim como o atual, estipulava a idade de 14 (catorze) anos como limite entre a capacidade de consentir validamente ou não.

Com a promulgação do ECA, atendendo a reclamos de desatualização, em 1990, passou-se a considerar a capacidade do menor de entender e de consentir. Criou-se uma distinção entre criança, que é o indivíduo com até 12 (doze) anos incompletos e adolescente, que é aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, de acordo com o artigo 2º do referido estatuto.⁴ (GOMES, 2001).

A possibilidade do adolescente está sujeito a medidas sócio-educativas deixa mais do que claro que o legislador entendeu que o mesmo teria capacidade de discernimento e compreensão de seus atos. Se o adolescente tem capacidade de decisão que o torna passível de sofrer uma medida de responsabilização, no mínimo, torna-se incongruente, no atual grau de maturação sexual de nossos jovens, julgar que os mesmos não tem vontade válida para consentir na prática do ato sexual. Neste sentido avalia Gomes (2001, p.40)

Para se sujeitar às medidas punitivas do ECA, a manifestação de vontade do adolescente é válida. Para anuir a um ato sexual não seria? Que diferença fundamental existiria entre compreender o caráter ilícito do fato criminoso (dentro de certas limitações, é verdade) e compreender o caráter sexual de certos comportamentos, ainda mais quando se considera que está última (compreensão), em geral, surge antes daqueloutra?

O elemento normativo do tipo, que substituiu a presunção existente anteriormente, fez manter uma incoerência não só social, mas também legal. Perdeu o legislador a oportunidade de compatibilizar, tornando coerente as proposições do ECA e do tipo de estupro de vulnerável, previsto no Código Penal. Mas gritante se torna a incoerência legislativa quando percebe-se que

Se um adolescente de treze anos pratica uma relação sexual com uma adolescente da mesma idade, aquele é punido porque (consoante o ECA) entende (ainda que relativamente) o caráter ilícito do fato, é dizer o sentido ético da atividade sexual; ao mesmo tempo absurdamente, é punido justamente porque a vítima, da mesma idade [...] não entende o sentido ético do ato. [...] Que paradoxo gritante! Nenhum ordenamento jurídico que se valorize pode conviver com tamanha anomalia aporética! O menor de treze anos é punido porque sabe (em termos relativos) o que faz e ao mesmo tempo, porque a menor não sabe o que faz! Afinal, o adolescente de treze anos sabe ou não sabe o que faz? (GOMES, 2001, p.40).

⁴ Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Outro argumento cabível seria o fato de se um adolescente (menor de 14 anos) vier a ser “vítima” de um delito sexual consentido, terá seu consentimento dado como irrelevante, por considerar-se que não tem capacidade de compreender o sentido ético do ato sexual, no entanto, se esse mesmo adolescente, praticar um ato sexual com outro de sua faixa de idade será sancionado nos termos do ECA.

Ora, se tem capacidade para entender o ilícito, por óbvio tem capacidade de discernimento sobre o ato sexual que consente. Quem tem capacidade para o mais tem para o menos. Sendo assim, o melhor é que haja uma avaliação casuística, levando em consideração a capacidade de decisão do jovem, validando seu consentimento, quando tiver discernimento para tanto, desconsiderando a tipicidade da ação, que seria preferível ou ao menos ponderando tal fato diante da persistência em uma condenação.

O próprio Estatuto estabelece que os adolescentes têm direito de serem ouvidos, assim como têm direito de expressão, direitos estes previstos no artigo 16 da referida legislação⁵. Inclusive a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente reconhece o direito de expressão.

Evidencie-se que, o ordenamento jurídico, através do ECA, utilizando-se da Doutrina da Proteção Integral, reconhece tanto a criança quanto o adolescente como sujeitos de direito, tendo, portanto, participação na vida social e política. (ISHIDA, 2009). Observando isto, como o Código Penal, sem nenhuma flexibilidade, pode castrar a autodeterminação destes jovens?

A ponderação dos direitos sexuais desses indivíduos no caso concreto se torna a opção mais sensata e digna de aprovação, retirar sua autonomia certamente causa mais conflito e gera punições indevidas, formando criminosos, por vezes, onde não há.

⁵ **Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:**

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

(grifos acrescentados).

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho procurou-se estudar a liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos e sua capacidade de consentimento.

Observou-se que o critério adotado pela Lei 12.015/09 não permite a valoração do consentimento do ofendido para inocentar o acusado, não analisando, no caso concreto, se o menor de 14 (catorze) anos tem discernimento para entender e autorizar a prática do ato sexual.

Notou-se que em decorrência das constantes transformações morais e sociais ocorridas desde a época da promulgação do Código Penal de 1940, que a modificação do estupro presumido, que era questionada se absoluta ou relativa, por falta de critérios do legislador foi alterada para pior. Passou a constituir elemento do tipo a idade de 14 (anos), sendo punido todo aquele que se relacionar com menores dessa faixa etária, independentemente de seu consentimento ou não.

Percebeu-se que houve uma involução quando se retirou dos magistrados a possibilidade de análise de cada caso em concreto, quando este podia se valer do bom senso, através de uma presunção relativa, para julgamentos mais justos e mais coerentes com a realidade.

Entendeu-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) retrata que o adolescente entre 12 e 18 anos já possui capacidade para decidir e compreender a prática dos seus atos, podendo ser submetido a medidas punitivas caso venha a praticar algum ato ilícito, o que demonstra ainda mais o atraso que a Lei 12.015/09 trouxe em relação ao atual momento vivido pela sociedade.

Ficou demonstrado que na época da criação do Código Penal de 1940, o sexo era visto de forma totalmente diversa de como é visto hoje, não sendo visto mais, na atualidade como algo repudiante e imoral pela sociedade, mas pelo contrário, fazendo parte do contexto social, refletindo no amadurecimento dos adolescentes, que se desenvolvem com a idéia do sexo como sendo algo normal, o que acaba influenciando na antecipação da capacidade de entendimento e consentimento desses menores.

Concluiu-se, portanto, através do estudo feito, que a Lei 12.015/09, já nasceu com um atraso em relação à sociedade, acabando por tirar a força do Direito Penal, fazendo o seu uso de forma meramente simbólica, tornando-o ilegítimo. Tem-se, pois, a idéia de estabelecer uma interpretação do novo tipo de estupro de vulnerável em consonância com o Estatuto da

Criança e do Adolescente, possibilitando no caso concreto a análise do consentimento do menor, através da sua maturidade e de seu discernimento, evitando deste modo o cárcere ao acusado, maneira mais bruta de punir o indivíduo no nosso país.

Evidente está que deve haver uma adequação da tutela penal sexual dos menores de 14(catorze) anos ao contexto jurídico-social. Como foi visto, o limite etário encontra-se em total desacordo com a realidade, sendo que hoje é perfeitamente possível um menor de 14(catorze) anos contar com capacidade de compreensão e autodeterminação em relação aos seus atos.

Sendo assim, com a suposta extinção da presunção de violência, a idéia seria que o legislador instaure-se um sistema onde caberia ao julgador analisar cada caso em concreto, examinando o grau de compreensão do menor no que condiz à sexualidade, e não estabelecendo de vez uma “presunção absoluta” como elementar do tipo penal.

Tem-se em mente, logicamente, que não pode haver uma generalização e se pensar que todo adolescente entre 12(doze) e 14(catorze) tem discernimento, por isso mesmo, acreditamos que o critério de análise casuística é o melhor.

É certo, que qualquer ato sexual praticado contra uma criança, ou seja, aquele que conta com menos de 12 (doze) anos de idade, deverá configurar crime sexual sempre, até pelo que se estabelece no ECA. Mas em relação ao adolescente, quando da análise de cada caso, o magistrado deverá levar em conta o grau de maturidade e desenvolvimento do menor, observando o grau de cultura, conhecimento e informação desse adolescente. Tal postura daria coerência lógica ao sistema.

Deste modo, caberia ao acusador não só a prova da prática do ato sexual, mas da incapacidade da vítima, entendida através da invalidade de seu consentimento, em razão da falta de maturidade suficiente, no caso concreto, dada as suas circunstâncias pessoais.

Não se pode conceber a idéia de vítima atrelada a uma passividade e vulnerabilidade nativa, a vítima interage com o delinqüente durante a empreitada criminosa e pode consentir com o suposto crime, devendo por isso ser retirada, quando existente o consentimento, a tipicidade do delito.

O jovem tem o direito de ver reconhecido à possibilidade de exercício da sua liberdade sexual, protegendo-se, com isto, à sua personalidade e liberdade de decisão. Desta forma, a proposta de adequação da tutela penal sexual do menor de 14(catorze) anos ao contexto jurídico-social, não tem por finalidade desproteger este menor dos abusos sexuais, mas sim garantir àqueles que possuem capacidade para tanto o direito ao exercício da liberdade sexual.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia; SILVA, Lorena Bernadete. **Juventude e sexualidade**. Brasília: UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization), Brasil, 2004.

AMARAL, Érica Babini Lapa do. **Teoria dos Bens Jurídico-Penais: critério retórico de justificação de poder, uma abordagem criminológica**. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

BACHEGA, Hugo. **ONU critica STJ por absolver homens que tiveram sexo com menores**. O Globo, versão eletrônica. Publicado em: 29/06/2010. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/06/29/onu-critica-stj-por-absolver-homens-que-teriveram-sexo-com-menores-756579330.asp>>. Acesso em: 08 de nov. 2010.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 1971.

BOBBIO, Noberto. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. V.2. 12 ed. Brasília: editora UNB, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BREGA FILHO, Vladimir. **A reparação do dano no Direito Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 318, maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5242>>. Acesso em: 17 abr. 2010.

CANO, Maria Aparecida Tedeschi; FERRIANI, Maria das Graças Carvalho. **Sexualidade na adolescência: um estudo bibliográfico**. v.8, n.2. Ribeirão Preto: Rev. latino Americana de enfermagem, 2000.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Alexandre Victor de. **Vítima e Dogmática**. In: SÉGUIN, Élida. (Coord.). Vitimologia no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 10. Rio de Janeiro: editora Revan, ICC, 2005.

DARGÉL, Alexandre Ayub. **Presunção de violência por motivo etário nos crimes sexuais: Uma crítica transdisciplinar**. 107f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de pós-graduação em ciências criminais / Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul, Porto Alegre, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**: dicionário eletrônico. 3 ed. São Paulo: Positivo, 2004.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. **Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação objetiva**. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas/ Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal, parte especial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GÊNOVA, Jairo José. **Novo crime de estupro. Breves anotações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n.2240, 19 ago.2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13357>>. Acesso em: 10 out. 2010.

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

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A Autocolocação da Vítima em Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Alexandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 1 ed. São Paulo: editora Atlas, 2010.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade do Direito Penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. (Coord.). **Direito Penal: Aspectos jurídicos controvertidos**. São Paulo: editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

GULOTTA, Guglielmo. **La vittima**: Collana di Psicologia giuridica e criminale. Milano: Giuffrè editore, 1976.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa nacional de saúde do Escolar 2009**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, orçamento e gestão, Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/pense.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 10 ed. São Paulo: editora Atlas, 2009.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**, 5 ed., São Paulo, RT, 2006.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia: lineamentos à luz do art. 59, caput, do Código Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 275, 8 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5061>>. Acesso em: 17 abr. 2010.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Vitimologia**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

OITICICA, Luís Pereira da Rosa. **O consentimento do titular do direito disponível**. Maceió, 1961. Dissertação (Concurso para catedrático de Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de Alagoas.

OLIVEIRA, Aline Mota de. **O consentimento do Ofendido**. Anais do [Recurso eletrônico] / XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/aline_mota_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2010.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. Vitimologia e Mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. (Coord.). **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Sexualidade, Controle Social e Práticas Punitivas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: Evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PIERANGELLI, José Henrique. **O consentimento do Ofendido: na teoria do delito**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal: parte general**. 6 ed. Barcelona: editorial Reppertor, 2002.

RAPPAPORT, Clara Regina. **Encarando a adolescência**. Série Jovem hoje. 6 ed. São Paulo: Ática, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 21 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SILVA, Eduardo Marques. **Tempo, velocidade e história: o presente do tempo presente**. In: Revista Archétypon. Vol:8, nº23. Rio de Janeiro: Universidade Candido Mendes, 2000.

SIQUEIRA, Fábio Ramos Martins. **História da Sexualidade Brasileira**. 1 ed. Rio de Janeiro: editora Casa Leitura Medica, 2008.

SOUZA, José Guilherme de. **Vitimologia e violência nos crimes sexuais: uma abordagem interdisciplinar**. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2003.

TREVISAN, Rita. **A sexualidade humana: uma visão histórico-social**. Disponível em: <<http://www.ritatrevisan.com.br/pdf/artigos/a-sexualidade-humana.pdf>>. Acesso em: 10 de abr. 2010.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1 ed. *Tradução*: Afonso Celso Rezende. Campinas, São Paulo: Editora Romana, 2003.

ANEXO I
PESQUISA NACIONAL DE SAÚDE DO ESCOLAR 2009

ANEXO II
JUVENTUDE E SEXUALIDADE