



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITE À INCRIMINAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS:
DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS.

Juliana Vianna Guimarães

Rio de Janeiro
2013

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

JULIANA VIANNA GUIMARÃES

ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITE À INCRIMINAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS:
DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós graduação.

Orientador: Dr. José Maria de Castro Panoeiro
Coorientadora: Dra. Néli L. C. Fatzner

Rio de Janeiro
2013

ADEQUAÇÃO SOCIAL COMO LIMITE À INCRIMINAÇÃO NOS CRIMES SEXUAIS:
DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de pós graduação.

Orientador: Dr. José Maria de Castro Panoeiro
Coorientadora: Dra. Néli L. C. Fatzner

Aprovada em _____ de _____ de 20____

BANCA EXAMINADORA:

Prof.

Prof.

Prof.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples idéia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança”

Rudolf Von Ihering

DEDICATÓRIA

À minha família, Eduardo, Verônica e Gabriella, a quem tenho profunda admiração, gratidão e carinho, pelo incentivo e apoio sempre presentes.

AGRADECIMENTOS

À minha família, por tudo.

Aos meus orientadores, professores José Maria de Castro Panoeiro e Néli Fetzner,
pelos conselhos valiosos e sábias considerações.

À Anna Dina, pela paciência e dedicação.

À EMERJ, pela oportunidade de aprimorar meu conhecimento.

SÍNTESE

O trabalho objetiva aproximar o intérprete do Direito da realidade social no momento em que for aplicar a norma penal incriminadora nos crimes sexuais, principalmente nos casos de estupro de vulneráveis. Este trabalho busca evitar uma interpretação puramente gramatical, utilizando-se do princípio da adequação social, como forma de solucionar os problemas gerados pela aplicação de um critério objetivo do artigo 217-A, oriundo da Lei 12.015/09, para determinar a ocorrência ou não do crime de estupro de vulnerável. Esse olhar para a sociedade aproxima o direito de seu fim, tornando as decisões mais justas, limitando as incriminações nos crimes sexuais, afastando a tipicidade, fazendo com que determinadas condutas não sejam crimes, apesar da aparente previsão legal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1.PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL	13
1.1 Tipicidade formal	20
1.2 Aferição em três critérios	22
1.3 Como vetor de interpretação moderna de tipos penais	24
1.3.1 Funcionalismo e imputação objetiva	25
1.3.2 Constitucionalismo	30
2.LIBERDADE SEXUAL: LIMITES	34
2.1 Limitação da liberdade: prostituta, o menor de catorze anos, o doente mental	42
3.PRESUNÇÃO ABSOLUTA X PRESUNÇÃO RELATIVA: ART. 224 do CP	47
3.1 Presunção absoluta	52
3.2 Presunção relativa	55
3.2.1 Quando a vítima for menor	55
3.2.2 Quando a vítima é enferma mental	59
3.2.3 Quando a vítima é incapaz de resistir	61
4.LEI 12.015/09: ESTUPRO DE VULNERÁVEL	62
4.1 O problema da análise objetiva	62
4.2 Solução: adequação social	65
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

INTRODUÇÃO

O Direito surgiu como forma de regulamentar as relações sociais. A função do intérprete é aplicar a norma naquele caso específico, em determinadas situações. A aplicação mecânica da norma gera consequências desastrosas. Por essa razão, cabe ao intérprete utilizar os princípios e regras de hermenêutica.

Nesse trabalho, buscar-se-á estudar a aplicação do princípio da adequação social para limitar a incriminação do sujeito ativo no crime de estupro de vulnerável, criado pela Lei 12.015/2009.

Para a pesquisa, serão estudados diversos autores, como analisadas jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, principalmente quanto aos posicionamentos anteriores à Lei 12.015 e a presunção de violência. Cabe esclarecer que, por ser uma legislação recente, não há jurisprudência sobre o objeto do crime estudado.

Para o estudo, também, será observada uma abordagem histórica. Como forma de demonstrar as mudanças, tanto na legislação quanto na sociedade, reafirmando a necessidade de se observar as relações sociais e a evolução do pensamento sobre o tema com o passar do tempo.

No primeiro capítulo, será enfocada a adequação social. Buscar-se-á compreender seu conceito, após estudo da relação entre moral e Direito, bem como da importância da interpretação da norma. A adequação social foi entendida como princípio garantidor da dignidade humana.

No mesmo capítulo, a tipicidade será estudada uma vez que é nela que se aplica o princípio objeto desse trabalho. Da mesma forma, demonstrar-se-á as suas três vertentes.

O segundo capítulo analisará o bem jurídico tutelado e seus limites nos crimes sexuais. Primeiro o bem jurídico será conceituado, passando rapidamente pela divergência doutrinária

referente à proteção do bem jurídico pelo Direito Penal para viabilizar o estudo posterior do bem jurídico tutelado propriamente dito: a liberdade sexual.

Para entender a liberdade sexual, será necessária a compreensão da evolução história da sua proteção, com ênfase nos casos da prostituta, do menor de 14 anos e do doente mental, como intróito para a exposição do tema nos demais capítulos.

No terceiro capítulo, será analisada a presunção de violência, como precursora do estupro de vulnerável, com o objetivo de entender o posicionamento defendido no capítulo seguinte, mediante análise crítica. O estudo terá início com uma linha do tempo da presunção, seguida da discussão acerca de sua possível inconstitucionalidade. Neste momento, será verificada a possibilidade de ferimento de princípios constitucionais. Após, abordar-se-á a divergência referente à natureza jurídica da presunção, sob um olhar crítico, adotando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Para isso, a Jurisprudência acerca do tema será indispensável, principalmente o acórdão do Ministro OG Fernandes, presente no informativo 400 do STJ, como base da defesa do posicionamento.

Por fim, no último capítulo, será estudado o art. 217-A doCP, que prevê o estupro de vulnerável, momento em que será criticado o critério objetivo de reconhecimento da vulnerabilidade adotada pela maioria da doutrina. Será analisada a evolução da forma de tratar a sexualidade e a sua influência na cultura brasileira, que serão a base para a aplicação da adequação social.

Nesses casos, será defendida a aplicação do princípio da adequação social para permitir ao intérprete um estudo aprofundado do consentimento dado pelo vulnerável, afastando a tipicidade formal, e, portanto, o crime.

A partir desse raciocínio, será possível concluir pela importância do princípio estudado, que apesar de ser criticado, permite a observância do meio social durante a aplicação da norma penal ao caso concreto. No crime de estupro de vulnerável, meio social

passa a ser visto como elemento importante na formação da autodeterminação sexual, fator determinante para o surgimento da liberdade sexual, extinta pelo dever de abstinência o que seria inconstitucional.

1. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

A compreensão do Direito Penal, enquanto instrumento de controle social, induz muitas das vezes uma interpretação de que certos fatos sociais, ao quais, em tese, contrariariam o ordenamento e, como tal, dariam substância à norma penal incriminadora. É premissa fundamental que o Direito visa à harmonia da vida em sociedade, uma exigência essencial para uma convivência ordenada e não apenas uma regra ou um comando.

Desse norte não podem se afastar o legislador no processo de criação de normas e o intérprete/aplicador no momento de apreciar o fato concreto que lhe foi trazido, tudo com intuito de responder a um único questionamento: o fato apresentado representa uma afronta ao ordenamento jurídico e à própria sociedade?

Toda norma enuncia algo que deve ser em virtude do reconhecimento de um valor determinante para um comportamento ser declarado obrigatório. Essa valorização se dá mediante um juízo. Trata-se de juízo de valor, no qual é atribuído, com caráter de necessidade, certa qualidade a um ser, um ente, a um bem¹.

Nas clássicas palavras de Welzel²:

É missão do Direito Penal amparar os valores elementares da vida da comunidade... Desta forma, por trás da proibição de matar está o pensamento primário que tende a assegurar o respeito pela vida dos demais... Resulta claro que a segurança de todos somente se garante suficientemente, quando se assegura o respeito pela vida alheia.

Disso pode-se afirmar que é o contexto social uma das fontes, senão a mais relevante, da qual se deve valer o intérprete. Interpretar é desvendar o sentido e alcance da norma, buscando o significado dos preceitos jurídicos, dando sentido apropriado para a vida real. Não

¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 26ª.ed São Paulo: Saraiva, 2002 p.35. Nas palavras de Miguel Reale., “O legislador não se limita a descrever um fato baseando-se naquilo que é, determina que algo deva ser com a previsão de diversas conseqüências, caso se verifique a ação ou omissão, a obediência à norma ou sua violação.”

² FRAGOSO, Heleno C. Fragoso. *Revista de Direito Penal*. v.5. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. Disponível em: http://www.fragoso.com/eng/arq_pdf/conteudos/RDPO5.pdf. Acesso em: 27/09/2011. p.27/31.

custa trazer à baila o que se extrai da Lei de Introdução ao Código Civil, que indica que na aplicação da lei o juiz deve atender aos fins sociais da norma³. Isso porque a letra da lei, aparentemente é imutável, permanente; mas, o seu sentido, se adapta a mudanças que a evolução e o progresso da sociedade trazem.

Noutras palavras, a norma existe a serviço da sociedade, presente nela e na vida social que não é igual à vida social passada e não será a mesma da futura. E, se a norma foi promulgada no passado, evolui e transfunde-se em elemento da vida social com a finalidade de melhor servir às exigências sociais dentro da realidade atual.

Outra fonte importante a ser trazida à colação é o pensamento filosófico das constituições modernas, as quais evocam no preâmbulo⁴, uma preocupação com o desenvolvimento de uma sociedade solidária, pluralista e sem discriminações fundadas na harmonia social. Não por outra razão, logo nos primeiros artigos da Carta Magna, evoca-se a dignidade humana como valor síntese e a Justiça como valor de todo o ordenamento jurídico pátrio. Também o diploma maior nos indica o norte interpretativo, o que dá um caráter de primazia ao enunciado:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁵

É dever do juiz, quando da interpretação de uma norma penal incriminadora, ter olhos

³ BRASIL, Lei10.406 (2002). *Código Civil*. Brasília,DF: Senado Federal, 2002. “Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁵ BRASIL, 1988, p 29, et seq.

para a sociedade e, assim, dizer o verdadeiro conteúdo da proibição, e não realizar um mero juízo de subsunção fática, para, assim, garantir a proteção da dignidade humana.

O Direito Penal tem um papel ainda mais relevante que a mera punição de comportamentos humanos: o de reafirmar certos valores sociais e, como consequência, proteger bens jurídicos considerados mais importantes. Nas palavras de Welzel⁶:

O simples amparo de bens jurídicos tem uma finalidade negativo-preventiva, policial-preventiva. Em compensação, o papel mais profundo que exerce o direito penal é de caráter positivo-ético-social, pois proibindo e sancionando o afastamento realmente manifestado dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o Estado exterioriza do modo mais ostensivo de que dispõe, a validade inviolável destes valores positivos do ato, forma o juízo ético-social dos cidadãos e fortalece seu sentimento permanente de fidelidade ao direito.

Assim, se o Direito Penal tutela certos valores ético-sociais, aqueles fatos valorados negativamente pela sociedade podem configurar delitos. Não por outra razão deve-se lembrar as palavras irretocáveis do saudoso penalista alemão: “é missão do Direito Penal a proteção de bens jurídicos mediante o amparo dos elementares valores ético-sociais da ação”.⁷

Por mais que a Lei seja extensa em generalizações, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo, nunca poderá contar toda a infinidade de relações imergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica. E por essa razão, em obediência ao postulado da legalidade, algumas ponderações devem ser feitas pelo intérprete.

Como a realidade social é variável, determinadas condutas consideradas típicas, podem ser toleradas e adequadas socialmente. Tal fato mostra que a lei e o Direito não conseguem evoluir com a mesma rapidez que a sociedade e suas relações. Para esses casos, aplica-se o princípio da adequação social como forma de afastar a ilicitude.

A adequação social é um princípio o qual, apesar de uma conduta se adequar ao modelo legal, não será considerada típica, pois se trata de algo socialmente reconhecida, ou

⁶ FRAGOSO op.cit, p.30

⁷ FRAGOSO, 1972, apud, WELZEL, p.33.

seja, compatível com a ordem social estabelecida.

As condutas socialmente adequadas são aquelas que se enquadram na liberdade de ação social. A adequação social é o seu estado de normalidade. Por essa razão, se exclui dos tipos determinadas condutas que a sociedade aceita por estarem no contexto do considerado normal, ainda que pudesse ser consideradas formalmente subsumidas.

O princípio não se confunde com outro que, com certa frequência, está o da máxima pauliana segundo a qual nem tudo o que é lícito, conforme o direito, é honesto, conforme a moral: *non omnes quod licet honestum est.*⁸

A norma moral e a jurídica têm uma base comum que é a ética, pois ambas constituem normas de comportamento. Como normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre comportamentos humanos, elas culminam na escolha de uma diretriz considerada obrigatória numa coletividade. São muitas as relações entre o Direito e a moral, mas é possível limitar-se a alguns pontos essenciais.

O Direito representa um mínimo moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Para isso, impõe-se a uma determinada pessoa um dever, ao permitir ou proibir a prática de certos atos. Por outro lado, a moral pertence ao mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir⁹.

Todavia, como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social, sendo, portanto, necessária a criação da norma.

Assim, percebe-se que há um campo de ação comum a ambos, estando o Direito envolvido pela moral. Pode-se dizer que tudo que é jurídico pode ser tanto moral quanto amoral, indiferente à moral. A concepção real seria a de dois círculos secantes, ou seja, são conceitos muito próximos, mas que são vistos de formas separadas.

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ªed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2002 p.8

⁹ REALE, op.cit, p.42.Trata-se da teoria do mínimo ético. Foi exposta por Jeremias Bentham e desenvolvida por diversos autores, entre eles Georg Jellinek.

Assis Toledo¹⁰ ressalta que a citada separação culminou com um modelo de Estado que, em casos extremos, a absoluta separação conduz a resultados perigosos em termos de garantias do indivíduo em face do Estado:

Importa, porém, registrar que a separação entre moral e direito, levada a certos extremos, deu como resultado, em fase mais avançada, o oposto do que inicialmente se pretendia. O Estado, tornando-se todo-poderoso, desvinculado de qualquer limitação na elaboração e imposição da lex humana (limitação essa que só poderia resultar da aceitação de valores éticos supralegais, únicos aptos a estabelecer tensão com determinada ordem jurídica “injusta”), embrenha-se no perigoso terreno preparado pelas teorias da profilaxia e da defesa social, sem limitações de qualquer ordem. Com isso, no plano do direito penal, se a separação em foco produziu, de início, grandes frutos, findou contraditoriamente, por não ser menos desastrosa, com a instrumentalização do ordenamento jurídico-penal, em certos períodos históricos, para fins condenáveis, com requintes de bárbarie que a ingenuidade de muitos levava a supor que já estivesse banida da face da terra.

Aqui, mais uma vez a história socorre o direito, vencido o período de escuridão que levou o mundo à 2ª Guerra Mundial, e ressurgem os debates em torno do direito natural e da relação entre direito e moral. É assim que narra Assis Toledo esse resgate da relação entre ambas¹¹:

Ressurge, então, a preocupação dos juristas, sobretudo a partir da Segunda Grande Guerra, com o velho tema do direito natural e, conseqüentemente, com o da relação entre moral e direito. Welzel, que colocara no centro do problema os “valores ético-sociais da ação”, afirma, textualmente, em artigo publicado em 1960 e também na sua obra *Direito Natural e justiça material* (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*), que um ordenamento social só é direito quando for mais do que uma contingente manifestação de força, quando procurar realizar o que é socialmente verdadeiro e justo ... e assim puder apresentar-se ao indivíduo não apenas como constrição, mas também com a pretensão de obrigá-lo em consciência.

A adequação social nasce com Welzel, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da teoria finalista da ação, entre 1930 e 1939, superando a teoria causal da ação, onde a ação é definida como “comportamento humano voluntário manifestado exteriormente”.

A dogmática jurídica anterior concede pouco espaço para a realidade social dentro da teoria do delito, que se preocupava mais com a criação de um sistema hermenêutico do que com uma solução justa para o caso concreto. Nesse período, as teorias existentes, naturalismo e filosofia dos valores, não trataram da adequação social, pois não possuíam elementos de

¹⁰ TOLEDO, op cit, p.9.

¹¹ Ibid.

referencialidade social, mas sim, características sistematizadoras.

A partir da doutrina de Welzel, há vinculação do sistema do fato punível com a realidade social e a hermenêutica. A consequência principal foi a criação de um critério delimitador no âmbito da normatividade do tipo penal: são excluídas do âmbito penal condutas aparentemente típicas. Surge a adequação social.

O fato deve ser tido como lícito sempre que a conduta esteja de acordo com as balizas sociais. Na precisa lição de Welzel¹²:

Tipo é o injusto penal descrito de acordo com características típicas. O injusto abrange as ações que estão à margem das ordens morais da vida social ativa ... Dado isso, deve ser compreendido também o caráter do injusto, sempre e somente através de uma referência às ordens morais da vida social ativa. Ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão compreendidas dentro dos tipos de delito, nem ainda quando pudessem ser entendida em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas.

Trata-se de um princípio geral de hermenêutica e poder-se-ia dizer que o tipo penal é um modelo de conduta proibida que, em certas circunstâncias, alcança fatos que em absoluto deveriam se adequar ao modelo legal. Ocorre que a subsunção é apenas aparente, pois o fato, em si mesmo, não traz a marca da reprovabilidade social inerente a toda infração penal.

Em linhas mestras, o Direito Penal serve à sociedade como instrumento de viabilização da própria vida comunitária e, assim, um ato que esteja em compatibilidade com os valores sociais da comunidade não pode ser sancionado pelo Estado.

O enunciado seria vazio e permitiria um certo arbítrio não fosse um dado relevante lembrado por Welzel: o contexto histórico. É sempre o momento histórico que servirá de norte para a correta aplicação do princípio da adequação social, porque nos tipos penais estão presentes a natureza social e histórica do direito, ao assinalar condutas que são distanciadas da ordem social naquele momento histórico. Em suas próprias palavras¹³: “Socialmente adequadas são todas as atividades que se movem dentro do marco das ordens ético-sociais da vida social,

¹² FRAGOSO, 1972, apud, WELZEL, p.106

¹³ Ibid.

estabelecidas por intermédio da história.”.

De igual modo Roxin¹⁴ dá relevo ao contexto histórico e à própria mudança na concepção daquilo que é moral ou imoral ao tecer considerações sobre a existência de uma teoria do bem jurídico:

A reforma do Direito Penal no âmbito sexual, concluída no ano de 1973, levou a doutrina ao ponto culminante de seu reconhecimento na Alemanha, ainda que isto seja negado por alguns dos adversários da teoria do bem jurídico com a afirmação de que a punibilidade da homossexualidade entre adultos se suprimiu, não porque um comportamento semelhante não lesione os bens jurídicos de alguém, mas porque as convicções mudaram, e este comportamento já não se considerou imoral. Com efeito, a homossexualidade é considerada hoje na Alemanha como uma forma especial, eticamente neutra, de orientação sexual.

O tipo penal que punia a homossexualidade foi revogado, contudo, mesmo antes, Roxin dizia que por força da teoria do bem jurídico não se justificava a punição de uma conduta que socialmente não era considerada como danosa. É certo afirmar que a moral varia conforme o contexto social e histórico em que se analisa uma determinada comunidade e, nesse sentido, não pode o aplicador do direito ignorar este aspecto para simplesmente subsumir mecanicamente um fato à norma.

A natureza jurídica da adequação social é controvertida na doutrina. Inicialmente foi admitido como excludente de tipicidade, depois como causa de justificação e, posteriormente, como regra geral de hermenêutica, princípio geral de interpretação.

Segundo Assis Toledo¹⁵:

Pode ser enunciado em poucas palavras: se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpreta-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas. Não se deve, contudo, confundir “adequação social” com “causa de justificação”, pecado que o próprio Welzel confessa ter cometido inicialmente.

O princípio da adequação social não pode ser confundido com causa de justificação. Nesse, a ação só não será considerada crime em razão de uma autorização especial para a realização de uma ação típica, como ocorre na legítima defesa.

¹⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 25

¹⁵ TOLEDO, op. cit, p. 131.

Outro entendimento é de que não seria um princípio, mas uma regra geral de interpretação¹⁶. A adequação social seria imprecisa, principalmente em relação ao conceito de socialidade. Essa imprecisão não teria como oferecer um parâmetro seguro para aferir a tipicidade. As elementares dos tipos devem ser concretizadas de tal maneira que não abranjam fatos socialmente adequados¹⁷.

A partir do momento em que a conduta humana, embora tipificada na lei penal, passa a ficar acobertada pela adequação social, o direito penal obrigatoriamente deixará de intervir, sob pena de contrariar a essência do Estado Democrático de Direito.

O princípio não tem o condão de revogar os tipos penais incriminadores, apenas as leis elaboradas na forma determinada pela constituição Federal. Na verdade, o princípio transforma o fato praticado em atípico. Dessa forma, limita o arbítrio estatal.

1.1 TIPICIDADE FORMAL:

Segundo o conceito tripartido de crime, esse seria um fato típico, ilícito e culpável.

Tipo seria uma descrição esquemática. O direito penal trabalha com tipos ao criar um modelo abstrato de comportamento proibido. Contudo, é mais que um mero portador de um indício da antijuridicidade (teoria da *ratio essendi*). Segundo Luiz Flávio Gomes¹⁸: “Tipo penal é a descrição abstrata de um crime contida numa lei, ou seja, descrição de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico contemplada em uma lei penal”.

Antes da formulação da teoria da tipicidade, o delito era visto de uma forma global

¹⁶ BITENCOURT, César Roberto. Manual de direito penal – parte geral. IN MAGALHÃES, Alex Pacheco. O princípio penal constitucional da adequação social no Direito Penal Constitucional brasileiro: novas facetas. 1ed. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_ar... “Penalistas internacionais de peso, como Muñoz Conde, Jescheck, Rodriguez Mourullo, Zaffaroni, entre outros, não aceitam o Princípio Penal Constitucional da Adequação Social nem como excludente da tipicidade, nem como causa de justificação, talvez em decorrência da impressão do critério que trouxe várias possibilidades de sua ocorrência, tornando-se desta forma um princípio sempre inseguro e relativo”. Acesso: 15/05/2010.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Saraiva: Rio de Janeiro.2002, p. 32-3.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio *Direito penal- Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.p.229

que compreendia todos os requisitos necessários para a punibilidade estatal. A função do tipo era descrever o crime em sua integralidade. Mesclavam-se na descrição do crime elementos relativos à tipicidade, ilicitude, punibilidade e culpabilidade.

Hoje, o tipo é análogo à realidade, a uniformiza e harmoniza pelos seus caracteres essenciais. Surge de modo heterogêneo na realidade. É um meio de individualização de condutas penalmente relevantes. Apenas se pode considerar fato típico quando a conduta está adequado à lei.

Tipicidade é a subsunção da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal. Para que uma ação seja considerada crime, essa deve se ajustar a um tipo legal de crime. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes¹⁹:

É a relação de adequação (ou subsunção) entre o fato e o tipo penal. Há, portanto, duas modalidades de tipos penais no Direito Penal: a legal (adequação do fato à letra da lei) e a penal (adequação do fato a todas as exigências fundamentadoras de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico).

A tipicidade formal consiste na correspondência em que possa existir entre o fato e o tipo. Aquele que realiza a conduta descrita no tipo, estará praticando uma conduta formalmente típica, relação de tipicidade formal. Caso contrário, não há crime, o que torna atípico o fato. De acordo com Assis Toledo²⁰:

Sem essa correspondência não haverá tipicidade. Um fato da vida real será, portanto, típico na medida em que apresentar características essenciais coincidentes com as de algum tipo legal de crime. Será, ao contrário, atípico se não se ajustar a nenhum dos tipos legais existentes.

Essa tipicidade é decorrência da função de garantia do tipo. Sob essa função, o agente será responsabilizado se cometer uma das condutas proibidas ou deixar de praticar aquelas impostas pela lei, impedindo que o Estado puna um agente por realizar aquilo permitido ou pelo simples fato de existir.

¹⁹ GOMES, op cit, p.229.

²⁰ TOLEDO, op cit, p.125

Atualmente, em contraponto à teoria de Beling²¹, não se pode falar em tipicidade sem que a conduta seja materialmente lesiva a bens jurídicos, ou éticas e socialmente reprovável.

Como visto, é a adequação social a transformadora da conduta prevista na norma penal em atípica. É na tipicidade formal que esse princípio atua. O fato, por ser socialmente adequado, não se enquadra perfeitamente no tipo penal. A conduta se realiza dentro do âmbito da normalidade social. Isso deve ser analisado nos moldes da teoria finalista. Aqui, o tipo penal é composto por duas dimensões, objetiva e subjetiva (material e formal). O desvalor da conduta passou a ser de grande importância. A adequação social passa a atacar o desvalor da ação que passa a inexistir, ao incidir sobre o tipo objetivo.

A punição de uma conduta proibida está subordinada à subsunção do comportamento ao tipo tanto no sentido formal quanto no sentido material. Esta subsunção será possível se o fato mostra as características e elementos na descrição legal do feito, mas não concorre ao conteúdo material do injusto.

O fato, quando socialmente adequado, deixa de se ajustar ao sentido material do tipo. Assim, a conduta se torna atípica. Não se pode castigar aquilo que é correto e esperado.

1.2 AFERIÇÃO EM TRÊS CRITÉRIOS

O princípio da adequação social possui três vertentes: selecionar as condutas que deseja proibir ou impor com a finalidade de proteger bens considerados importantes; destinar a fazer que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sob aqueles bens jurídicos cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade; e restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação e

²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*- parte geral. 2 ed Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p 21. Para o Beling o tipo penal seria mera descrição da conduta proibida pelo direito penal, inexistindo um sentido formal e outro material que vem a ser trabalhado posteriormente pela doutrina de Hans Welzel. A tipicidade era vista como um requisito neutro que exigia uma conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica. O tipo penal era meramente objetivo.

dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade.

O princípio da adequação social não se destina apenas aos membros da sociedade de uma maneira geral, mas também ao legislador, viabilizando a alteração do tipo penal permitindo até mesmo a sua revogação por uma nova lei nos moldes constitucionais. Assim, fica claro a proximidade do princípio da adequação social com o princípio da intervenção mínima.

Esse é o responsável não só pela indicação dos bens de maior importância, mas também que ocorra a chamada descriminalização.

O Direito Penal apenas tutela os bens de maior relevância, interferindo o menos possível na vida em sociedade. Quando uma conduta se torna socialmente adequada, a proteção ao bem jurídico pode vir a ser desnecessária, tendo em vista a diminuição da importância. Caberá ao legislador a criação de lei que revogue o tipo penal, descriminalizando a conduta.

Quanto ao intérprete/aplicador, é necessário ter em mente que o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores, ou neutralizá-los. Não existe revogação de normas pelos costumes.

Esse é o entendimento do Desembargador Carlos Augusto Borges, em acórdão prolatado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²²:

Ora, a cãs de prostituição e rufianismo não integram o costume da sociedade. A tolerância a essas práticas, exclusivamente da força repressora, não significa que sejam aceitas pela sociedade. Continuam a ferir a moralidade pública sexual, fomentando o lenocínio.

Não se pode misturar ficção com realidade. As novelas referidas pela defesa também tem o 'costume' de tratar 'criminosos' como 'mocinhos', o que não significa que as condutas criminosas que tenham praticado sejam socialmente aceitas.

Por outro lado, o princípio da adequação social, segundo o qual o Direito penal somente tipifica condutas que tem certa relevância social, não pode ser usado como neutralizador, *in genere*, da norma penal.

O princípio da adequação social não importa em revogação de dispositivo de lei pelos costumes.

²² BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, apelação criminal nº 6584/2008. Relator: Des. Carlos Augusto Borges. Disponível em www.tjrj.jus.br.

Para se constatar a configuração, não há como se prescindir de uma interpretação ajustada aos conceitos modernos sobre a moralidade e ética consagrados pela sociedade. Isto é, para a aplicação do princípio é preciso investigar, no caso concreto, se ele poderá ser invocado para tornar determinada conduta atípica.

De acordo com o Ministro Félix Fischer²³:

Consta nos autos, como ressaltados anteriormente, que as revistas foram vendidas a duas crianças (uma de oito e a outra de nove anos de idade). Ademais, há informação de que as revistas continham dizeres obscenos e fotografias de sexo explícito, enfatizando o coito anal (fl.20). Admitir-se como socialmente aceita ou tolerada a conduta consistente em vender revistas com conteúdo altamente pornográfico a crianças em tenra idade (oito e nove anos) seria ignorar o elemento normativo cultural previsto no tipo em análise. Talvez se estivesse a falar da venda destas revistas a adultos ter-se-ia, aí sim, a correta aplicação do princípio, eis que nesta hipótese, não se neutralizaria o tipo, porquanto na sociedade brasileira atual pode-se tolerar esta prática, mas jamais te-la como lícita se a venda se dirigir a crianças, como ocorreu *in casu*.

Essa investigação se dá no âmbito ético social, ou seja, busca saber se a conduta praticada, ainda que típica, está moldada nos parâmetros éticos e morais da sociedade. Ao estar comprovado, pode-se dizer que a conduta é socialmente adequada, e dessa forma, o fato é atípico.

1.3 COMO VETOR DE INTERPRETAÇÃO MODERNA DE TIPOS PENAIIS:

Da mesma forma que as teorias pertinentes à ação penal, a teoria do tipo sofreu grande evolução deixando de ser puramente objetivo, passando a ter diversos elementos a serem analisados para a configuração da tipicidade dos atos praticados para uma possível caracterização de crime.

Pela teoria causalista, o tipo penal era puramente objetivo, considerado requisito neutro que exigia a conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação típica.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 15.093, STJ, Relator: Ministra Laurita Vaz. Voto vencedor

Bastava o nexo de causalidade para se concluir pela tipicidade da conduta.

O neokantismo criticou a concepção neutra da tipicidade, sublinhando o aspecto valorativo do tipo penal. Passa a ser valorizada negativamente. O tipo penal é objetivo e valorativo. A estrutura formal da tipicidade pouco se alterou, continuando a ser objetiva.

Com o finalismo, o tipo penal passou a ser composto de duas dimensões: a objetiva e a subjetiva, integrada pelo dolo e a culpa. Com esta teoria, passou a ter grande relevância o desvalor da conduta. Surge a adequação social que interfere na tipicidade formal, tornando a conduta atípica, mesmo que seja prevista na lei penal.

Após o finalismo, duas outras teorias surgiram, modificando a forma de se analisar a tipicidade, afetando a aplicação da adequação social: o funcionalismo, que introduz a teoria da imputação objetiva que vigora como elemento do tipo penal; e o constitucionalismo, “fundado na inevitável aproximação entre integração entre o Direito Penal e Constituição”²⁴.

1.3.1 FUNCIONALISMO E IMPUTAÇÃO OBJETIVA:

Segundo a teoria funcionalista, todas as categorias do delito acham-se em função da finalidade da pena ou da norma.

O funcionalismo aponta que os valores e fins fundamentais buscados pelo Direito Penal serão ofertados pela política criminal do Estado social e democrático de direito que dá ao Direito Penal a tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, respeitando os Direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, gera um conteúdo próprio da teoria geral do delito.

Com o funcionalismo de Roxin, teológico ou teleológico-racional, que o tipo penal passou a ganhar uma tríplice dimensão, objetiva, normativa e subjetiva.

²⁴ GOMES, op cit, p.231.

O tipo penal, depois do advento do funcionalismo, não conta só com duas dimensões (a formal e subjetiva), sim, com três (formal normativa ou material e subjetiva). Tipicidade penal, portanto, passou a significar (depois de Roxin e após todas as contribuições constitucionalistas que reputamos corretas) tipicidade formal + tipicidade material ou normativa (desvalorização da conduta e imputação objetivado resultado) + tipicidade subjetiva (nos crimes dolosos)²⁵.

O elemento normativo, segundo parte da doutrina, seria a teoria da imputação objetiva, impossibilidade de se imputar ao tipo o que conduz com a inexistência de um resultado típico, devendo ser observado no tipo objetivo; se expressa com duas exigências: a presença do risco proibido e o resultado decorrente desse risco. Segundo Regis Prado²⁶, a imputação objetiva, como elemento do tipo penal, é concebida de forma diferenciada por não ter uma consciência tangível.

A imputação objetiva seja vista como deve ser concebida como um elemento diferente dos outros. A imputação objetiva, diversamente destes últimos, não tem uma consciência tangível, e poderia ser metaforicamente definida como uma espécie de ‘fantasma que percorre os tipos’.

A imputação objetiva conduz a um filtro objetivo para imputação de um resultado. Significa atribuir a alguém a realização de uma conduta criadora de um relevante risco jurídico. Seu objetivo é buscar trazer ao interior do tipo penal a análise de elementos referentes de política criminal pugnando por uma aplicação pragmática e funcionalista do Direito Penal.

A imputação objetiva procura solucionar a questão da atribuição da responsabilização

²⁵ ROXIN, op cit, p. 231.

²⁶ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. 2ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.192. Contudo, existe entendimento contrário. Bustos Ramírez entende que a imputação objetiva não se encontraria na tipicidade, mas estaria presente na ilicitude, pois o fundamento da tipicidade não é a causalidade, mas atribuição de uma situação ao tipo legal, consubstanciada na comunicação entre os sujeitos. A imputação objetiva é separada da conduta típica. Nas palavras do autor citado por Regis Prado: “o injusto está fundamentado no bem jurídico, e este é uma síntese normativa concreta de uma relação social determinada, dinâmica e dialética, com a qual, então, o básico são as relações sociais e, portanto, o desvalor é a relação social (já que o valorado é a relação social). O desvalor do ato não esgota o desvalor da relação social. Há, ademais, uma série de outras valorações que entram em jogo”, especialmente, “as concernentes a certos fatos que afetam realmente aos bens jurídicos.”. Ibidem .p.186. García Martín também segue o mesmo entendimento, mas não concorda com a inclusão do desvalor do resultado na ilicitude. Diz o Regis Prado ao citar o autor “embora concorde com a inserção proposta no nível da antijuridicidade, entende errônea sua tese de incluir nesta também o desvalor do resultado, e ressalva, demais disso, que ainda resta investigar se todos os critérios da imputação propostos poderiam ser manejados no âmbito da antijuridicidade, bem como delimitar o exato alcance de cada um deles”. Ibidem p.191.

criminal por uma conduta a um indivíduo. Isso mediante um critério objetivo referente ao risco permitido e à correlação entre o risco criado pelo agente e o decorrente do resultado. Evita, muitas vezes, incursões desnecessárias aos elementos subjetivos do tipo, bem como complemento a mera relação de causalidade.

A teoria da imputação objetiva tenta resolver os problemas que decorrem destes e de outros grupos de casos, ainda a serem examinados. Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como obra sua e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.²⁷

A imputação objetiva ultrapassa, no âmbito do tipo, os conteúdos que Welzel alocou na adequação social que antecipou determinados conteúdos destinados a operar tanto nos delitos dolosos quanto nos delitos culposos²⁸. A adequação social esclarece determinadas hipóteses aparentemente típicas, circunscreve a esfera dos tipos penais e delimita a amplitude da causalidade. Uma vez que o aplicador/intérprete do direito realiza uma interpretação teleológica restritiva dos tipos penais, na qual as concepções ético-sociais, jurídicas e políticas dominantes influenciam a tutela dos bens jurídicos, influenciando, assim, na configuração do crime.

Ao tratar de imputação objetiva, deve-se falar em risco. É dividido em risco proibido e risco permitido.

O risco proibido seria aquele juridicamente desaprovado, tipicamente relevante, que gera um desvalor da ação. Sua verificação se daria por dois critérios: a periculosidade objetiva da ação e a infração do dever de cuidado.

O risco permitido é um risco aprovado, como a própria nomenclatura diz. Seria aquele absorvido pela sociedade. A importância do risco permitido vai além do princípio da

²⁷ PRADO; CARVALHO, op. cit, p.104

²⁸ Ibid p.193. Segundo Regis Prado, há entendimento doutrinário contrário, afirmando que a adequação social foi “uma solução de improviso destinada a afastar do conceito pessoal de injusto a problemática hoje abordada pela imputação objetiva”. Este é o entendimento de Hirsch.

confiança²⁹. É criado em virtude da utilidade social, a qual, certas ações que, consideradas perigosas, são permitidas pelo legislador sob condição de serem respeitados os preceitos de segurança. E, se mesmo assim, houver dano, este não seria imputado ao tipo objetivo.

Esse critério possui grande relevância também pra os riscos advindos de modernos complexos industriais. Acidentes que ocorram apesar do respeito aos padrões legais de segurança sequer objetivamente constituem ações de lesões corporais. O fato de que, possivelmente, eles tenham sido calculados, bem como o de que o risco de sua ocorrência tenha sido assumido, não é o bastante para fundamentar um dolo de lesões corporais, pois sequer o tipo objetivo, a que o dolo deve referir-se, está preenchido. Nestes casos, é o legislador quem suporta os riscos³⁰.

A idéia de risco permitido guarda bastante semelhante com a adequação social formulada por Welzel. Ambos tem como pressuposto fundamental a existência de uma lesão ao bem jurídico que não chega a constituir um desvalor do resultado. Não há, portanto, um resultado típico. Em nenhum dos casos afasta os tipos penais da realidade social.

Tanto a adequação social quanto a imputação objetiva se situam na liberdade de ação social dos indivíduos em sociedade, impondo um exame das considerações éticas sociais, jurídicas e políticas dominantes, pois elas influem decisivamente no âmbito de proteção dos bens jurídicos. Dessa forma, a premissa fundamental é a existência de um resultado lesivo e a análise de sua repercussão ocorre na valoração da ação.

De outro lado, nas hipóteses de risco permitido, a ausência de desvalor do resultado se explica por que o resultado produzido não pode ser imputado a título de dolo e culpa, ou seja, é a falta de desvalor da ação repercute sobre o desvalor do resultado e não há desvalor do resultado sem desvalor da ação.

No âmbito da adequação social tem-se uma ponderação de interesse de caráter geral verificado na esfera do tipo resultando na correção da ação. Após a ponderação dos interesses em jogo, a ação socialmente adequada deixa de ser considerada típica por atingir uma

²⁹ O princípio da confiança é essencial para que a sociedade possa caminhar normalmente. Segundo esse princípio as pessoas de uma mesma sociedade devem confiar umas nas outras que irão cumprir seu papel, observando todas as deveres e obrigações impostas por lei, evitando danos.

³⁰ PRADO; CARVALHO, op. cit, p.110

utilidade social.

Deve a adequação social ser vista como vertente axiológica do sistema finalista, tão importante como o seu componente ontológico.

A imputação objetiva vem sendo criticada, seja pela questão da criação do perigo, seja pelo problema dos desvios causais e sobre a unidade temática, que condensa diversos problemas, entre eles o acaso.

A imputação objetiva extremada pode gerar risco à segurança jurídica. A utilização do tipo objetivo para atribuir a alguém algo que não está embarcado por sua vontade, imputa-se a essa pessoa algo que não é obra sua. Trata-se da questão do acaso. Assim, há o retorno ao positivismo, pois basta a prática da conduta prevista no tipo penal. Essa proposta pode conduzir à desintegração da tipicidade que ao ser desfigurado, não delimita os tipos culposos penalmente relevantes, provocando um aumento dos tipos de injusto dolosos.

A imputação objetiva, como proposta pelas correntes funcionalistas, especialmente a sistêmica, enseja um risco à segurança jurídica e, além disso, pode conduzir à desintegração da categoria dogmática da tipicidade (de cunho garantista). Ao desfigurá-la, termina por não delimitar os fatos culposos penalmente relevantes, provocando um perigoso incremento dos tipos de injusto dolosos.³¹

Para a doutrina finalista, o tipo objetivo e o tipo subjetivo são uma unidade indissolúvel, cabendo ao tipo subjetivo determinar se o fato é produto da causalidade ou obra do sujeito.

O finalismo busca na tipicidade verificar a causalidade entre resultado e o ato praticado e, existindo, analisa-se se o ato possui a qualidade de socialmente adequada antes de se analisar a vontade do agente. Possuindo a qualidade, não há que se falar em crime, pois a conduta é atípica.

Nas palavras de Regis Prado³²,

A doutrina finalista, porém, vislumbra o tipo objetivo e o subjetivo como

³¹ PRADO; CARVALHO, op. cit , p.217.

³² Ibid,p.217.

uma unidade indissolúvel (injusto pessoal), e tão-somente por razões didáticas são analisados separadamente. Todo acontecimento que não seja compreendido pelo dolo do sujeito não poderá, em hipótese alguma, ser atribuído a este e havido como realização do tipo objetivo. De conseguinte, apenas o tipo subjetivo poderá precisar se um determinado fato é produto da causalidade ou se é, realmente, obra de um sujeito. O método finalista é, portanto superior ao perfilhado pela doutrina da imputação objetiva, já que 'em nenhum momento atribui ao sujeito a carga de um fato que sob nenhuma circunstância pode ser obra sua, e isso nem sequer de modo provisório'. E isso é assim porque o finalismo 'parte de uma situação inicial a qual a possível matéria do tipo – a saber: constar se um fato é obra de um sujeito – é já completamente conhecida antes que se verifique se a mesma tem, ademais, a qualidade de socialmente inadequada e se, por isso, pode ser imbuída do atributo da tipicidade'.

A adequação social não é exclusiva do finalismo, sendo compatível com a teoria da imputação objetiva. O instituto da adequação social é importante princípio para a interpretação dos tipos, que só englobariam condutas socialmente inadequadas. O risco permitido apenas abarca o desvalor do resultado, não tratando do desvalor da ação, agindo de forma contrária à adequação social.

Welzel não criou distinções entre a Adequação social e o risco permitido. A adequação social foi empregada como um supra-conceito que englobaria o risco permitido. A adequação social, vista dessa forma, seria aplicada não só aos casos em que o risco permitido se enquadraria, mas nos demais também, trazendo uma maior segurança jurídica.

1.3.2 CONSTITUCIONALISMO:

A teoria constitucionalista é oriunda da inevitável aproximação do Direito Penal e a Constituição Federal. Não é mais possível falar de Direito Penal afastado da Constituição, mas estudados à luz da Constituição, além de respeitar as normas que prescrevem os direitos e garantias fundamentais.

Segundo Luiz Flávio Gomes³³:

A lógica estrutural, bastante simplificada, é a seguinte: os princípios, regras,

³³ GOMES, op cit, p. 361

e valores constitucionais condicionam os fins do Direito penal; o Direito Penal só pode cumprir seus fins (de tutela de bens jurídicos, de redução da violência etc) por meio de normas; a estrutura e a lógica das normas condicionam a teoria do delito. Conclusão: a teoria do delito está diretamente atrelada ao modelo de Estado vigente, que é o Constitucional e Democrático de Direito.

Na visão constitucionalista, o delito existe quando o bem jurídico protegido pela norma, imperativa e valorativa, for concretamente afetado. Já não basta para a tipicidade penal, somente sua concretização formal. O resultado jurídico penalmente relevante deve ser desvalioso. Isso ocorrerá quando for objetivamente imputável a conduta do agente; real ou concreto, em virtude do Princípio da ofensividade³⁴; transcendental a afetação de terceiros, relacionado com o princípio da alteralidade; grave, para resultados insignificantes deve ser aplicado o princípio da insignificância; intolerável³⁵ e objetivamente imputável ao risco criado.

Apenas quando preenchidos tais requisitos é que se pode dizer que o resultado jurídico terá relevância penal.

A teoria constitucionalista refuta a concepção puramente formal da tipicidade que passa a ser compreendida como tipicidade formal + material. Também, essa teoria, enfoca o delito como ofensa ao bem jurídico, ou seja, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. De acordo com Luiz Flávio Gomes³⁶:

Não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Esse lado material do delito (ofensa desvaliosa ao bem jurídico), que antigamente recebia tratamento dentro da antijuridicidade (material), com a teoria constitucionalista passou a ganhar relevância singular dentro da tipicidade.

A teoria constitucionalista concebe o juízo de desaprovação da conduta, oriundo do

³⁴ No Brasil, o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional, ao menos na forma implícita, bem como na legislação penal, conforme o artigo 13 do Código Penal, que aduz não existir crime sem resultado. Sendo que, o resultado exigido é o jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão.

³⁵ O princípio da insignificância tem por finalidade auxiliar o intérprete na análise do tipo penal, excluindo de sua incidência as situações consideradas de bagatela, tendo uma natureza fragmentária.

³⁶ Ibid, p.363

incremento do risco proibido relevante, o resultado jurídico desvalioso e a imputação objetiva. Assim, aceita a crítica corretiva de Frisch contrária a doutrina da imputação objetiva de Roxin. A criação de riscos permitidos ou proibidos não se reveste da imputação objetiva. Fazem parte do juízo de desaprovação da conduta.

Essa teoria insere a ofensa desvaliosa ao bem jurídico na tipicidade, mas sem deixar o desvalor da conduta e a imputação objetiva do resultado. A tipicidade passou a exigir três juízos distintos: desvalor da conduta, desvalor do resultado e imputação objetiva do resultado. No primeiro juízo cabe a verificação do desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante. No segundo juízo, cabe analisar se o desvalor do resultado consiste na ofensa desvaliosa ao bem jurídico. Por último, verificar se o resultado foi realizado dentro do risco criado ou incrementado.

Como dito anteriormente, a tipicidade, na teoria constitucionalista, passa a ter duas dimensões: formal e material. Na formal, fazem parte a conduta o resultado naturalístico, o nexo de causalidade e a adequação típica formal³⁷. Na segunda dimensão, fazem parte o juízo de desaprovação da conduta, o juízo de desaprovação do resultado jurídico e o juízo de imputação objetiva.

Seria a adequação social aplicada nessa dimensão, as afastando da tipicidade formal, deixando de subsumir o fato à norma. Quando uma conduta é socialmente aceita fica afastada a desaprovação da conduta. Quando o resultado é adequado socialmente fica afastado o requisito da ofensa intolerável.

O eixo central da tipicidade material reside no desvalor da ação, no desvalor do resultado e na imputação objetiva. No caso da adequação social, o que se está diante é de um resultado intolerado. Logo, não há tipicidade material.

O princípio da adequação social passa a ser visto como uma excludente da tipicidade.

³⁷ Não confundir com adequação social. Aqui seria o que se chama na teoria finalista de tipicidade formal, ou seja, a subsunção do fato à letra da lei.

Tipicidade, essa, material. Junto com outras excludentes. É certo que esse princípio, continua a ser abordado devido a sua importância no Direito Penal, o qual passa a estar mais entrelaçado com a realidade social a medida em que suas teorias vão evoluindo.

2. LIBERDADE SEXUAL: LIMITES

O bem jurídico é essencial para o Estado Democrático de Direito, tanto como critério de criminalização, quanto como objeto de proteção do Direito Penal.

Parte da doutrina³⁸ entende ser o bem jurídico um critério de criminalização. Toda lesão a um bem jurídico deve ser criminalizada, afastando a sua proteção pelo Direito Penal. Esse afastamento da proteção ao bem jurídico se dá pela impossibilidade do Direito Penal ser limitado por lesões a bens jurídicos. Para Stratenwerth³⁹, “o motivo para elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento”.

Para outros, é tanto um critério quanto objeto de proteção do Direito Penal. Dentre eles há Hassemer⁴⁰ que criou um conceito de bem jurídico crítico ao sistema, defendendo a tese de que a proibição de uma conduta afastada da proteção ao bem jurídico poderia gerar o “terror estatal”. Para Schünemann⁴¹, a renúncia ao princípio da proteção dos bens jurídicos seria um retrocesso do Direito Penal.

Para a conceituação do bem jurídico deve-se analisar a função social do Direito Penal, que consiste em garantir uma existência pacífica, livre e socialmente segura entre as pessoas e quando as metas não são alcançadas por medidas político sociais que afetem ao mínimo a liberdade.

No Estado Democrático de Direito, as normas jurídico penais tem o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica, garantindo não só as condições individuais necessárias, mas também as instituições estatais adequadas para esse fim.

A partir daí, Roxin⁴² define bens jurídicos como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e

³⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005, p.25. Dentre eles Stratenwerth.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid, p29

civis da cada um da sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”. Para o autor, o bem jurídico não seria necessariamente imposto pelo legislador. Esse conceito seria tanto pessoal quanto crítico por pretender mostrar ao legislador as fronteiras da punição legítima.

No Brasil, Juarez Cirino⁴³ defende a teoria do bem jurídico tanto como critério de criminalização quanto objeto de proteção do Direito Penal, aplicando o princípio da proteção aos bens jurídicos. Afirma o autor que:

Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais, como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais. Assim, evitar a criminalização da vontade do poder, ou das expectativas normativas, parece insuficiente para rejeitar o bem jurídico como objeto de proteção penal; além disso, admitir a proteção dos bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre subsidiária e fragmentária –, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal. Mais ainda, se a fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para a proteção penal é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito –, então a criminalização da vontade do poder ou meras expectativas normativas como objetos de criminalização – sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de Jakobs, que despreza o bem jurídico tanto como objeto de proteção, quanto como critério de criminalização.

O conceito de bem jurídico não é estático, mas dinâmico, seguindo mudanças sociais e ao avanço científico, ou seja, é mutável de acordo com a evolução do homem, da sociedade e do Estado.

Nos crimes contra a dignidade sexual, um dos bens jurídicos protegidos é a liberdade sexual que deve ser vista como um poder de autodeterminação, à própria pessoa cabe escolher seu comportamento.

Segundo Hungria⁴⁴,

A disciplina jurídica da satisfação da libido ou apetite sexual reclama,

⁴³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal*- parte geral. São Paulo: ICPC, 2010, p. 30

⁴⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*.- v.3. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense 1981,p.140

como condição precípua, a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o que a lei penal, segundo a epígrafe do presente capítulo, denomina liberdade sexual. É a liberdade de disposição do próprio corpo no tocante aos fins sexuais.

Os direitos de primeira geração são reconhecidos desde os primórdios do constitucionalismo liberal. É nesse momento que começam a ser protegidas as liberdades, tratadas pela Constituição brasileira como direitos fundamentais. Ter liberdade significa dispor de si, ter o domínio de si. Contudo, tal conceito não pode ser visto de forma plena, uma vez que o ser humano vive em sociedade. Fato que acarreta uma diminuição, um sacrifício da liberdade em função de um todo.

A liberdade, na visão jurídica, quer dizer que em um campo de ação, o sujeito está imune às imposições alheias, de um igual ou superior.

Ao falar em liberdade, logo se pensa nas suas formas mais clássicas: direito à privacidade e o direito de ir e vir. Desses direitos se desdobra a liberdade sexual, bem jurídico protegido tanto pelo Direito Penal quanto pelos Direitos sexuais, o que amplia o seu tratamento pelo ordenamento jurídico, buscando o exercício responsável da sexualidade.

O exercício responsável da sexualidade, informado pelos princípios jurídicos da liberdade, da igualdade e da dignidade, reforça uma compreensão positiva da sexualidade e de suas manifestações na vida individual e social, cuja realidade exige a consideração da pessoa em suas simultâneas dimensões individual e social⁴⁵.

Dessa forma, a liberdade sexual deve ser entendida como uma das mais importantes expressões. Busca o exercício da sexualidade de forma livre.

Na esfera penal, a sua tutela é antiga, sendo a proteção modificada através dos tempos. Essa existia para os hebreus, cuja lei previa punição para aquele que “mantivesse conjunção carnal com uma donzela, virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, seria punido,

⁴⁵ RIOS, Roger Raupp. *Em defesa dos Direito Sexuais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007. p.130

junto com ela, com a lapidação - que consistia em apedrejamento até a morte”⁴⁶.

Na Babilônia, o Código de Hammurabi⁴⁷ punia com a morte aquele que viola mulher que não conheceu homem e vive na casa paterna. Na Roma antiga, estupro significava “qualquer relação sexual considerada indevida, praticada com homem ou mulher, casado ou não, incluindo homossexualismo e o adultério”.

A proteção da liberdade sexual continua com o avanço da sociedade, se adequando com a moral e a forma de se lidar com a sexualidade em cada momento histórico.

Isso porque os conceitos referentes à liberdade sexual são alterados com a evolução da sociedade, como no exemplo citado por Costa Jr⁴⁸:

O pudor deve ter existido bem antes do vestiário. Dizem que a mulher se fez pudica para só se entregar ao homem escolhido. Prestou-se ao vestuário de certo modo, a acentuar o poder anatômico. ‘Serviu ao pudor e a coquetterie: continha os avanços do macho, e ao mesmo tempo que lhe excitava os desejos’.

Nos tempos atuais, habituado o uso da minissaia, dos decotes arrojados e do top less, o homem se mostra mais indiferente e menos sensível às provocações de antanho. Realmente, quando se entrevia um tornozelo, ao galgar uma dama no coche, atraía olhares indiscretos e ávidos.

Isso pode ser percebido na evolução da legislação brasileira sobre o tema.

No Brasil, essa proteção se iniciou com as Ordenações Filipinas, que previam o estupro voluntário de mulher virgem, obrigando o autor da conduta a se casar com a vítima. Esse diploma legal também previa o estupro violento, reprimido com a pena capital.

Com a independência e a criação do Código Penal do Império, vários delitos sexuais

⁴⁶ BORGES, Paulo César Corrêa. NETO, Gil Ramos de Carvalho. *Estudo Comparado da Tutela Penal da liberdade sexual no Brasil e na Itália*, IN Revista da EMERJ- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. V12, nº 46, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009 – p279.

⁴⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Rio de Janeiro: Del Rey p.105. O Código de Hammurabi foi criado em, aproximadamente, 1691 a.C, no apogeu do Império Babilônico pelo Rei Hammurabi. Composto por 282 artigos abordava quase todos os aspectos da sociedade babilônica, das penas até os institutos de direito privado, passando pelo domínio econômico.

O Direito Penal trazido pelo Código de Hammurabi reflete o momento de elaboração do próprio documento. Busca uma extrema centralização do poder nas mãos do soberano. “O Código, na parte alusiva aos delitos e às penas, consagra uma fusão de elementos sobrenaturais, princípios de autotutela e retaliação e penas ligadas à mutilação e aos castigos físicos”.

⁴⁸ COSTA JR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal v.2*. São Paulo : Saraiva, 1988, p.115/116.

surgiram no Capítulo II, “Dos crimes contra a segurança da honra”⁴⁹.

O estupro propriamente dito estava punido no artigo 222, segundo Luiz Regis Prado, e consistia em ter cópula carnal por meio de violência ou ameaça com qualquer mulher honesta. A pena para tal crime era de prisão de três a doze anos, somada à constituição de um dote a favor da ofendida. Na hipótese de a ofendida ser prostituta, havia atenuação da pena prevista, que era de apenas entre um mês e dois anos de prisão. Ainda no artigo 223, havia a situação de simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando mal corpóreo à mulher, mas sem haver cópula carnal. Era penalizada com prisão de 1 a 6 meses, mais multa correspondente à metade do tempo de condenação, além das em que incorresse o réu pela ofensa. Todas as condutas previam separadamente a pena do autor por cumplicidade.

O Código de 1890 tratou dos crimes sexuais no Título VIII. Em seu primeiro capítulo, dispôs sobre a violência carnal, tratando do atentado violento ao pudor e da posse sexual mediante fraude. O estupro estava previsto no artigo 269, era o ato abusivo, praticado com violência física, por homem a uma mulher, virgem ou não.

O Código de 1940, ainda em vigor, tratou dos mesmos crimes já previstos na legislação anterior, mas de maneira mais ampla. O capítulo I cuidava dos crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214), posse sexual mediante fraude (art. 215), atentado violento ao pudor mediante fraude (art. 216). O capítulo IV, referente às disposições gerais, possui disposições que se aplicam unicamente aos crimes contra os costumes.

Após, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve alteração dos dispositivos dos crimes contra a liberdade sexual, a qual criou os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214, CP, aumentando a pena quando a vítima for menor de catorze anos.

O surgimento da Lei dos Crimes Hediondos acarretou no aumento das penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, assim como as disposições gerais do capítulo IV.

Em 1996, a Lei nº. 9.281 revogou os parágrafos únicos dos artigos 213 e 214 do CP. Já em 2001, houve a tipificação do assédio sexual, art. 216-A, cujo parágrafo único foi vetado. A

⁴⁹ BORGES, op. cit, p,280.

Lei nº. 11.106/2005 trouxe uma grande modificação legislativa ao retirar o termo “mulher honesta” das disposições dos crimes contra os costumes, e alterou o crime de atentado violento ao pudor mediante fraude. Essa alteração confirmou o entendimento dos Tribunais, que afastavam a expressão “mulher honesta”, aplicando o art. 213, quando a vítima era prostituta. Como esse acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵⁰:

Cuida a hipótese do crime de estupro, por haver o acusado, ora apelante, constrangido a vítima, mediante violência real, a manter com ele conjunção carnal, fato ocorrido num matagal localizado em Mossoró, bairro de São Pedro d'Aldeia, para onde foi desviado o veículo em que os dois se encontravam, e no qual viajava a ofendida como carona, num sábado de carnaval, por residirem ambos na mesma localidade e pretender ela voltar para casa mais cedo, após divertir-se no centro da cidade, nos festejos carnavalescos. Sabe-se que, em matéria de crimes contra os costumes, a palavra da vítima reveste-se de indiscutível valor se não destituída de veracidade ou de credibilidade, estando suas declarações em perfeita consonância com o restante da prova. Também é sabido que, por sua própria natureza, de crime praticado às escondidas, e sem testemunhas presenciais, muitas vezes a demonstração dos fatos, em sua inteireza, e seu autor, depende de provas circunstanciais e até indiciárias, exigindo, dos operadores do Direito, uma redobrada cautela na avaliação dos elementos de convicção. De outro lado, é indispensável que exsurja no processo a certeza do dissenso da vítima, que há de ser efetivo, incisivo e inequívoco. A ofendida, ao que parece, não era moça casta, mas também não se pode dizer que tivesse costumes dissolutos, até porque, tratando-se de dia de carnaval, onde grande parte da população diverte-se até alta madrugada nos bailes e nas ruas, em nada é estranhável pedir carona ao acusado, vizinho seu, para voltar para casa, situada no bairro em que ambos residiam. Aliás, ainda que fosse ela pessoa de vida livre e até mesmo prostituta, estaria ao abrigo da proteção penal, pois o que se mostra relevante, em matéria de configuração do delito, é a ausência de vontade da vítima, seu dissenso manifestado por resistência positiva e efetiva, o qual, no caso, se materializou através das lesões produzidas no pescoço, causadas por ação assemelhada à de estrangulamento. Apelo desprovido.

⁵⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. [0042897-44.2000.8.19.0000 \(2000.050.05101\)](#) – APELACAO. relator DES. FLAVIO MAGALHAES - Julgamento: 08/02/2001 - OITAVA CAMARA CRIMINAL. Outros acórdãos seguem o mesmo entendimento como: [0044126-73.1999.8.19.0000 \(1999.050.03531\)](#) - APELACAO DES. VALMIR DE OLIVEIRA SILVA - Julgamento: 21/03/2000 - TERCEIRA CAMARA CRIMINAL. Estupro - autoria definida - pratica das relações sexuais admitida pelo réu, pretextando consento da ofendida, justificando as lesões nela como decorrência de uma briga após a realização do ato sexual, pelo não pagamento do valor previamente combinado - versão defensiva inverossímil e desmentida no exame físico direto realizado na ofendida que constatou. Variedades de lesões incompatíveis com o alegado - conjunção carnal com emprego de violência física comprovada pericialmente e se revelando coerentes os relatos da ofendida, não poderia o julgador de 1º grau desprezá-los pelo fato de ter o apelado atribuído a ela qualidade de garota de programa, porque, ainda que fosse verdadeira, não teria qualquer influencia na configuração do tipo que descreve o crime de estupro, porquanto o objeto da tutela penal neste delito e a liberdade sexual da mulher, sendo irrelevante seja ela devassa o prostituta. Provimento do recurso.

Atualmente, o Código Penal sofreu a sua alteração mais significativa pela Lei nº. 12.015/09. O Título VI do Código Penal, com a nova redação, passou a prever os chamados Crimes contra a dignidade sexual, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os Crimes contra os costumes.

O Código Penal aludia aos crimes contra os costumes, estando subtendida a expressão bons costumes, que são aquela parte da moralidade pública referente às relações sexuais. COSTA JR⁵¹ conceitua a moralidade pública como “a consciência ética de um povo, em um dado momento histórico e precisamente o seu modo de entender e distinguir o bem e o mal, o honesto e o desonesto”.

O Direito Penal aceita a ética sexual, ao tutelar o pudor, a honra e a liberdade sexual, ou seja, faculdade de se escolher livremente o parceiro sexual. É um direito assegurado independente de: idade, virgindade, aspectos morais e o sexo.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações, gerando a criação da Lei 12.015/09.

A Lei 12.015/09 modificou o título VI do Código Penal, passando a prever os crimes contra a Dignidade Sexual, alterando a redação anterior.

A expressão crimes contra os costumes não traduz a realidade dos bens jurídicos protegidos pelos tipos penais, cujo foco de proteção é o comportamento perante a sociedade. A expressão não representa os hábitos da moral vigente nos dias de hoje, mas aquela existente em 1940. Segundo Greco⁵²:

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Os crimes contra os costumes gerava um travamento sob o enforque evolutivo porque

⁵¹ COSTA JR, op. cit, p.126

⁵² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte especial* v2. 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p.522

não apresentavam mecanismos para acompanhar o comportamento atual referente a sexualidade. De acordo com Nucci⁵³:

A disciplina sexual e mínimo ético exigido por muitos à época de edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar –se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

Da mesma forma que Greco, Nucci concorda com a alteração do título VI do Código Penal que passa a ser “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Tutelar a dignidade sexual significa “proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantido-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”⁵⁴.

A dignidade sexual está ligada à honra, direito respeitado presente no art. 5º da Carta Magna. Trata-se de um direito fundamental relacionado com o direito à intimidade, à vida privada e à honra. Trata-se de um direito da personalidade. Um direito inviolável. A intimidade e a vida privada são erigidas na Constituição como valores humanos, na condição de direito individual e, para tanto, em defesa deste direito fundamental.

Essa alteração tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida no Código Penal. Segundo Greco⁵⁵:

Através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas.

A nova lei fundiu as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal: *estupro* (art. 213). Criou o delito de *estupro de vulneráveis* (art. 217-A). Encerrou, em tese, a discussão que havia em nossos Tribunais, sobre a natureza da presunção de

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015, de Agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.p. 111

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ GRECO, op. cit, p.525

violência contra vítima menor de 14 (catorze) anos⁵⁶. Além disso, outros artigos tiveram suas redações alteradas, ampliando as hipóteses previstas anteriormente pelo Código Penal; e, ainda, o capítulo VII foi inserido, prevendo causas de aumento de pena.

2.1 LIMITAÇÃO DA LIBERDADE: PROSTITUTA, O MENOR DE CATORZE ANOS, O DOENTE MENTAL:

A liberdade é protegida pela Constituição Federal e pelo Direito Penal. Essa proteção impõe certos limites para a prática de ato sexual, com a finalidade de evitar abusos que possam ferir o bem jurídico tutelado. Razão contrária à limitação exercida pela moral.

É certo que a limitação da liberdade sexual não surge com a legislação, mas séculos antes. Período em que se tratar de sexo era algo imoral, sendo imposto silêncio. Na verdade, o sexo se resumia a um meio de reprodução, conforme a moral ditada pela igreja.

Trata-se de uma repressão social. Repressão essa originária do Século XVII, relacionada com o capitalismo, uma vez que o sexo passa a ser visto como incompatível com o mercado de trabalho, aliando-se com a idéia de pecado já existente. Isto porque nos primórdios do capitalismo, aquilo que se busca nos trabalhadores era a sua força de trabalho, força física, disposição para realizar o trabalho nas condições apresentadas. Assim, a prática do ato sexual dissipa essa força, reduzindo a produção da fábrica, diminuindo o lucro.

Então, utiliza-se dos argumentos e da moral imposta pela igreja para que a conduta imposta, abstinência sexual, seja aceita em todas as camadas.

Pode-se dizer que o controle se inicia com a proibição do sexo pelos menores. As crianças são tratadas como pessoas sem sexo, sendo afastadas mais e mais do conhecimento

⁵⁶ Trata-se da controvérsia de a natureza da presunção de violência é absoluta ou relativa. Existe, ainda, posicionamento quanto à inconstitucionalidade da presunção. Tais controvérsias serão abordadas mais adiante.

da prática do ato sexual. Segundo Foucault⁵⁷:

As crianças, por exemplo, sabe-se muito bem que não tem sexo: boa razão para interdita-lo, razão para proibi-las de falarem dele, razão para qual fechar os olhos e tapar os ouvidos onde quer que venham a manifesta-lo, razão para impor um silencia geral e aplicado.

No Direito, há limites quanto a prática de atos sexuais por menores: abstinência sexual dos menores de 14 anos e limites quanto aos de 14 a 17 anos.

O Código Penal, no art. 224, tratava da presunção de violência. Uma das hipóteses era da vítima menor. Vários julgados reconheciam a presunção de violência como relativa, incluindo o julgado do STJ (HC n° 88.664), embora o entendimento predominante no STF ainda fosse o da presunção absoluta.

A Lei n° 12.015/2009 inclui no Código Penal o Capítulo II, que dispõe sobre os crimes sexuais contra vulnerável, substituindo o antigo capítulo que tratava da sedução (revogada pela Lei n° 11.106/2005) e da corrupção de menores.

Ao trazer para o Código Penal o conceito de vulnerável, o legislador enterrou, em tese, a antiga controvérsia existente acerca da presunção de violência, revogando o art. 224, CP.

Dessa forma, em determinadas situações, tem-se como vulnerável o menor de 14 anos, mas, em outros, como no caso do art. 218-B, o menor de 18 anos. No artigo 217-A, o legislador definiu como vulnerável, no *caput* do artigo, a pessoa menor de 14 anos, mas estendeu, no § 1º, a mesma pena do *caput* nos casos de o sujeito passivo ser pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, assim como quem, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Com base no conceito acima, pode-se afirmar que sujeito passivo do crime previsto no art. 217-A é o vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental sem o necessário discernimento para a prática do ato ou quem por qualquer outra causa não puder oferecer resistência). Trata-se, para alguns autores, de análise puramente objetiva no que tange à idade

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. VI. A vontade do Saber. 13.ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p.15

da vítima, o que impediria de discutir a experiência sexual da vítima.

O termo “vulnerável” constitui elemento objetivo do tipo penal, cujo conceito é trazido pelo próprio artigo, não permitindo, para esses autores, valoração quando preenchido o conceito legal.

Repressão moral que cria sexualidades ilegítimas voltadas para o lucro como no caso das prostitutas que apenas poderiam ocorrer em lugares próprios. Segundo Foucault⁵⁸:

O rendez-vous e a casa de saúde serão tais lugares de tolerância: a prostituta, o cliente, o rufião, o psiquiatra e sua histérica – esses “outros vitorianos”, Stephen Marcus – parecem ter feito passar, de maneira sub-reptícia, o prazer a que não se alude para a ordem das coisas que se contam; as palavras, os gestos, então autorizados em surdina, trocam-se nesses lugares a preço alto. Somente aí o sexo selvagem teria direito a algumas das formas do real, mas bem insularizadas, e a tipos de discursos clandestinos, circunscritos, codificados. Fora desses lugares, o puritanismo moderno teria imposto seu tríplice decreto de interdição, inexistência e mutismo.

A prostituição é tolerada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando a prostituta for maior de 18 anos e exercê-la livremente, ou seja, sem qualquer vício em sua vontade. Embora permitida perante a lei, a prostituição ainda é vista como uma conduta imoral, ou seja, contra a moral.

A permissão da prática da prostituição está ligada ao direito de a pessoa de dispor de seu corpo e a liberdade sexual.

O Direito Penal em determinado momento protege a liberdade sexual da prostituta impedindo que terceiros venham a explorá-la. Em outro, essa liberdade é limitada quando há abuso ou exploração, menor envolvido, o que torna a prostituição proibida.

O capítulo V da Lei 12.015/09 trata do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual. E por exploração sexual devemos entender a forma de dominação abusiva do corpo, não só de crianças e adolescentes, mas também de adultos, organizados em rede de comercialização. São quatro as modalidades: a prostituição, o

⁵⁸ FOUCAULT, op. cit., p.15.

turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais.

No art. 228, o tipo penal sofreu alteração. A sua esfera de abrangência foi ampliada, ao acrescentar “outra forma de exploração”. Trouxe uma maior proteção à vítima com a adição da pena de multa e com a opção de legislador com a criação de uma figura penal autônoma dirigida aos vulneráveis, para sua proteção.

No art. 229, o legislador manteve o crime de casa de prostituição, dando-lhe uma nova roupagem. Agora, é exigido que no estabelecimento haja exploração sexual, ao invés de pura libidinagem. Nucci⁵⁹ critica a manutenção desse tipo penal, defendendo a aplicação do princípio da intervenção mínima para o fim desse tipo penal.

No campo dos crimes contra a dignidade sexual, muito há por fazer, uma vez que aos poucos o preconceito e o machismo vêm desaparecendo dos tipos penais, como se pode constatar pela unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única figura: estupro. Entretanto, permanece o legislador temeroso de avançar e retirar do âmbito penal outros delitos tolos em face da *ultima ratio*, passíveis de solução pelas normas administrativas (tal como a lei de proibição ao fumo), a saber o crime de casa de prostituição ou, ainda, o delito de ato obsceno.

Todavia, quem mantém casa de prostituição submetendo criança ou adolescente à prostituição pratica o crime tipificado no art. 218-B do Código Penal, bastando que exista a prostituição dos menores de 18 anos ou qualquer outra forma de exploração sexual, como visto anteriormente. Trata-se de conflito aparente de normas, prevalecendo o art. 218-B, tendo em vista o princípio da especialidade.

A Lei nº 12.015/2009 não alterou o *caput* do art. 230, mas tão-somente suas formas qualificadas. O rufianismo não é mais uma norma secundariamente remetida como era antes da reforma. Atualmente, todas as qualificadoras estão expressas nos parágrafos. As penas permanecem as mesmas.

Quanto ao portador de alienação mental, de acordo com a lei nunca poderá praticar qualquer ato sexual com outra pessoa, visto que, quem praticar algum tipo de ato sexual com

⁵⁹ NUCCI, op cit, p. 34

ela estará praticando um crime sexual violento, devido a expressa hipótese de presunção de violência.

Sabe-se que, em muitos casos, apesar de incapacitadas para varias atividades, essas pessoas possuem forte instinto sexual e uma grande necessidade afetiva. O direito ao relacionamento amoroso não lhes pode ser negado, em face de presunção de violência.

Em caso de reforma penal, deverá a legislação regular diferentemente a matéria, protegendo os alienados e demais prejudicados mentais de abuso e da agressão, mas permitindo de alguma forma, que se relacionem sexualmente, de acordo com as suas necessidades.

Se o agente não tem conhecimento da debilidade mental ou da alienação e pratica algum ato sexual com a suposta ofendida com o consentimento por parte desta, sabendo da proibição do art. 217-A do CP; poderá estar amparado por uma causa de exculpação, por erro de direito ou de proibição (sabe o que faz, mas não sabe que é proibido).

3. PRESUNÇÃO ABSOLUTA X PRESUNÇÃO RELATIVA: ART. 224

O art. 224 do Código Penal⁶⁰, em sua redação original, aborda a presunção de violência nos crimes contra os costumes quando a vítima não fosse maior de 14 anos, portadora de problemas mentais de conhecimento do agente, ou não puder oferecer resistência.

Essa figura, a da presunção de violência, tem sua origem na Idade Média, baseada em dois textos de Digesto: o primeiro concluía pela inexistência da vontade nos interditos, o segundo era no sentido de que o menor não quer, nem deixa de querer⁶¹.

A violência presumida é também denominada de ficta ou indutiva, e assumia esse caráter devido à impossibilidade do ofendido de oposição ao agente. Segundo Hungria⁶², “argüiu-se que nos referidos não há que se presumir ou fingir a violência, pois que, faltando a capacidade de consentimento ou de manifestação de vontade contrária por parte de vítima, o fato é necessariamente violento”.

É cediço que a violência poderá assumir duas formas: a *vis corpori illata*, violência física; e a *vis animo illata*; violência moral. Não havendo resistência, não se pode falar em violência real, ou no sentido natural, o que não ocorre nas hipóteses do art. 224, CP.

O consentimento pode existir, apenas não é válido juridicamente. O abuso sexual praticado contra as vítimas enlencadas no artigo não tem caráter violento, na realidade. Segue-se o silogismo: Quem não podia consentir, dissentiu, daí o porquê da presunção de violência.

Tal premissa sempre foi bastante criticada, uma vez que não se pode afirmar a falta de consentimento em se tratando de impúberes ou dementes. HUNGRIA criticava a falta de

⁶⁰ BRASIL, DL 2848. Brasília, DF: Senado Federal, 1940, p32. Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

⁶¹ A presunção de violência nos crimes contra a liberdade sexual teve origem na Idade Média por intermédio, primeiramente, de Carpzovio, que se baseou em duas passagens do Digesto, a primeira de Pomponio, que dizia que os dementes e interditos têm vontade nula (*nulla voluntas est*); a segunda de Celso, que afirmava que o pupilo, nem quer, nem deixa de querer (*nec velle, nec nolle*). Assim, os atos libidinosos que forem praticados contra os menores de idade e os alienados mentais terão caráter violento.

⁶² HUNGRIA, op cit, p.225.

consentimento, pois nem sempre as vítimas estariam impossibilitadas de expor a sua vontade. É certo que para a prática de atos sexuais, a legislação não aceitava a vontade manifestada, recaindo no silogismo, utilizado para justificar a presunção de violência.

Além disso, fora do ponto de vista jurídico, não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir. Nem sempre estão impossibilitados de manifestar sua vontade ou consentimento, embora não lhes possa dar valor jurídico. Como quer que seja, porém o estado de indiferença ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados à falta de consentimento, justificando a presunção de violência.⁶³

Outros autores também criticaram a teoria de Carpzovio, que a consideraram incoerente, uma vez que o incapaz de querer também seria incapaz de não querer, um indiferente, não havendo razão para se presumir o dissenso.

Outro posicionamento crítico em torno da presunção de violência que, dizia que em verdade, não existiria presunção, mas um dever absoluto de abstenção de relações sexuais para determinadas pessoas, que passam a ser consideradas como termos jurídicos carnalmente invioláveis.

Segundo HUNGRIA, tal entendimento não podia ser aplicado na legislação brasileira porque estava expresso no art. 224, CP: “Presume-se a violência”⁶⁴.

No Brasil, durante o período colonial, era válida a legislação portuguesa, principalmente: as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603), que não faziam menção alguma quanto à presunção de violência.

Com a proclamação da independência do Brasil, iniciando o período imperial, surgiu a primeira Constituição brasileira, a qual previa a elaboração de um Código Criminal fundado nos preceitos constitucionais da justiça e da equidade. Assim, em 1830, surge o primeiro Código Criminal, o qual também não previa a presunção de violência. Apenas com o Código Penal Republicano, em 1890, surgiu a presunção de violência nos crimes sexuais no Brasil, em seu artigo 272⁶⁵. Aplicava-se aos atos sexuais praticados com menores de 16 anos.

Um ano após o surgimento da Constituição de 1937, Alcântara Machado elaborou o

⁶³ Ibid, p.226.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Art. 272. Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capitulo precedente, sempre que a pessoa offendida fôr menor de 16 annos.

anteprojeto do novo Código Penal, o qual foi submetido a uma comissão revisora integrada por Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, tendo sido aprovado e publicado em 31 de dezembro de 1940. Com a revisão, houve alteração referente à presunção de violência, que passa a ser prevista no art. 224, CP e a idade reduzida para 14 anos.

Atualmente, a presunção de violência foi revogada pela Lei 12.015/09, criando o estupro de vulnerável nas mesmas bases do art. 224, CP.

A presunção de violência é criticada por alguns autores que chegam a afirmar ser inconstitucional por ferir o princípio constitucional de presunção de inocência, não culpabilidade e a própria idéia de responsabilidade subjetiva, um dos postulados mais caros do Direito Penal Moderno.

Segundo Delmanto⁶⁶:

Nesse contexto, presumir de maneira absoluta a existência da violência, mesmo que de fato ela não tenha ocorrido, pela circunstância objetiva da vítima ser menor de 14 anos, encontra-se em dissonância com o princípio da *nulla poena sine culpa*, por duas razões: 1ª) pune-se com a pena igual aquele que realmente se utiliza da violência contra um menor de 14 anos e aquele outro que, por exemplo mantém relação sexual com uma menina de 13 anos, sem qualquer violência e com o seu consentimento, mesmo que esse consentimento não seja juridicamente aceito; 2ª) deixa-se de indagar se o autor agiu com erro quanto à idade da vítima, que, aparentando ser mais velha e portando –se como uma mulher feita, pode ter mentido a respeito.

Há ferimento também do princípio do fato, *nullum crime sine iniuria*, princípio da ofensividade, e culpabilidade.

Dessa forma, para relevante setor da doutrina, o art. 224, CP não teria sido recepcionado pela Constituição brasileira. A primeira parte do artigo seria inconstitucional, pois o legislador infraconstitucional não poderia presumir fatos contra o acusado.

Cumprе salientar aqui que a violência, no sentido que o Código emprega, na grande maioria dos crimes, é física. É dizer que sempre que o legislador se reporta à violência, como no Art. 157 § 3º, por exemplo, está a se referir à violência física, dado da realidade que é transposto para a lei. No que diz respeito à violência moral antes referida, este mesmo legislador não se utiliza do termo

⁶⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida Delmanto. *Código Penal Comentado*. 6. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 480.

‘violência’, pelo contrário, para apartá-la da violência física o legislador a ela se reporta como ‘grave ameaça’. Assim, soa estranho que numa hipótese onde não há, de fato, violência física e não estão presentes as características da violência moral, tenha o legislador feito uso da expressão ‘presume-se a violência’ para enfim equiparar à violência física ou moral, eis que esses eram os modos de execução do estupro, aquilo que de fato não se insere em nenhuma das duas hipóteses.

Fato é um fenômeno da experiência, existindo ou não. É certo que se a lei presumia a violência, o tema diz respeito não exclusivamente à tipicidade, visto que o fato se adequava ao estupro por força da norma de extensão do art. 224. Há um nítido reflexo na matéria probatória, como se o direito penal, nesses delitos, criasse uma verdadeira ficção tornando violento todo ato sexual realizado com as pessoas mencionadas no revogado art. 224, CP.

Se as consequências no âmbito da prova são evidentes, o ônus do titular da ação penal se restringia à demonstração da ocorrência da relação sexual com as pessoas mencionadas no Art. 224. Em suma, bastaria apenas a prova de parte dos fatos. Não por outra razão, boa parte da crítica doutrinária tem foco no contraste entre a presunção de inocência constitucional, matéria de índole processual, com a presunção de violência do dispositivo penal. Por todos, conforme Luiz Flávio Gomes⁶⁷:

Essa desobrigação (advinda de determinação infraconstitucional) confronta de cheio com o princípio (constitucional) da presunção de inocência, como regra probatória, que exige do acusador a prova dos fatos (em sua integralidade). Parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, não por ele. Seria o caso de se falar, desde logo, em responsabilidade penal objetiva (responsabilidade por fato de outrem).

A culpabilidade não pode ser presumida. É necessária a sua comprovação para que o réu possa ser considerado culpado, pois é presumido inocente por norma constitucional. Desse modo, há um choque de duas presunções: a primeira de natureza constitucional, presunção de inocência, e a segunda de natureza legal, presunção de violência, pela eficácia conformadora de todo o

⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115

ordenamento, é intuitivo que aquela tem preferência.

Como se sabe, a responsabilidade do agente, no Direito Penal, deve ser atrelada a um fato comprovado no plano processual e existente no plano realístico. Assim, “o agente só pode ser considerado culpado 'por aquilo que fez, não pelo que é”⁶⁸. Trata-se do reflexo processual da culpabilidade do fato.

O princípio do fato, apesar da controvérsia quanto a sua real posição no Direito Penal, é um limitador do *ius puniendi*, atuando na estruturação da responsabilidade penal. O *nullum crimen sine actione* é o princípio reitor do Direito Penal do fato.

No art. 224, CP, a responsabilidade do agente recai sob uma presunção imposta pelo legislador. Não há violência de fato que venha acarretar o crime sexual. Dessa forma, como a presunção não é fato, haveria violação ao Direito penal do fato e consequentemente do Princípio da presunção de inocência.

É certo dizer que não existe crime sem resultado jurídico. Assim, é necessário que o bem jurídico tutelado, no caso a liberdade sexual, seja lesionado ou esteja em perigo concreto de lesão.

O *nullum crimen sine iniuria* integra o conceito de fato típico, estando atrelada à natureza lesiva do evento. Assim, não seria possível falar em agressão sexual, pois o bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, de modo geral, é a liberdade sexual, ou seja, a liberdade de não se envolver sexualmente sem a livre manifestação de vontade, tornando imprescindível a existência da lesão.

O que o art. 224 presume é a ofensa ao bem jurídico, a lesão, que deixa de derivar da conduta do agente.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes⁶⁹:

Na realidade, não houve ofensa ao bem jurídico liberdade sexual, mas por força da presunção, admite-se tal lesão. A lesão decorre da vontade do legislador, não da realidade, não da conduta do agente. Se um dos eixos centrais do Direito Penal consiste em o agente só responder penalmente pelos danos efetivos que ele causa em outra, quando esse dano não emerge de sua conduta, senão de uma presunção legal, é evidente que não pode ser-lhe imputado. A presunção legal de violência, em síntese, viola também o princípio do *nullum crimen sine iniuria*.

A Constituição repele a responsabilidade por fato de outrem e a responsabilidade objetiva.

⁶⁸ GOMES, op cit, p.117

⁶⁹ Ibid p.125

Para isso, é necessário conjugar os princípios da reserva legal com o princípio da responsabilidade pessoal. O princípio da legalidade fornece a forma e o princípio da personalidade e substância da conduta delituosa. Pune-se alguém porque praticou a ação descrita na lei penal. Segundo o Direito Penal da culpa só pode haver responsabilidade penal se o fato punível pertence ao autor do ponto de vista material. A presunção de violência é violadora porque a violência é ficta, inexistente ao plano da realidade.

Luiz Flávio Gomes⁷⁰ explica:

A violência, nesse caso, não possui vínculo material com a conduta do agente (em outras palavras: não pode ser imputada subjetivamente ao agente). É puramente normativa (ficada pela lei). Se a culpabilidade tem como pressuposto material básico o vínculo pessoal e material de agente com o fato, ela inexistente quando o fato não é do agente, senão “presunção” do legislador.

Logo, o juiz deve nortear sua atuação convergindo-a para, *incidenter tantum*, promover o reconhecimento da inconstitucionalidade do preceptivo, mesmo que não tenha sido expressamente a isso provocado, pois se trata de matéria que pode, melhor dizer, deve ser conhecida de ofício.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal afirmou ser constitucional o art. 224,CP.

Aqueles que defendiam a presunção de violência divergem ao analisar a sua natureza jurídica, discutem se a natureza jurídica é de presunção absoluta ou relativa. O que acarreta em diferentes resultados jurídicos.

3.1. PRESUNÇÃO ABSOLUTA:

Entende-se como presunção absoluta aquela que não admite prova em contrário. Em se tratando de presunção de violência, deve o Magistrado condenar o agente a prática do crime, caso a vítima esteja prevista em algumas das hipóteses do art. 224 do CP.

De acordo com o nº 70 da “Exposição de Motivos” do Código Penal, o fundamento para a presunção de violência quanto aos menores de 14 anos é diferente daquela do alienado ou débil mental e incapaz de oferecer resistência. Na primeira hipótese, o fundamento é a *inocentia consillii* do sujeito

⁷⁰ Ibid.

passivo, ou seja “a completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Não cabe ao Juiz a rever ou questionar a idade estabelecida pelo legislador que em momentos anteriores a alterou para adequar a norma à realidade. Ao estipular a idade, o legislador não deixou a critério do magistrado a análise da maturidade do menor. Há um dever absoluto de abstenção da prática de atos sexuais, pois a idade faz parte do tipo.

Conforme Ministro Octávio Gallotti⁷¹:

A consideração de que a elaboração da lei penal haja tomado ‘como fundamento da ficção legal da violência, nos casos dos adolescentes’ a *inocentia consilli*, como expresso no item 70 da respectiva exposição de motivos, não autoriza o Magistrado a substituir a atividade do legislador, na avaliação desse pressuposto. Assim é, porque o código fixou, ele próprio, a idade, e, de modo algum deixou, ao critério do aplicador, a aferição, em cada caso, da maturidade do menor.

Segundo Mirabete⁷², ao explicar a presunção absoluta, “os argumentos de que o consentimento da menor é sempre inválido, embora possa ter desenvolvimento físico e psíquico superior à sua idade, e de que a idade da vítima faz parte do tipo”.

Argumento semelhante é utilizado em acórdãos do Supremo Tribunal Federal, ao afirmarem que o menor de 14 anos não possui discernimento para consentir a prática do ato sexual, independente de tê-lo praticado anteriormente⁷³.

Esse fundamento é criticado porque a inocência da vítima não seria elementar do crime de estupro, o que poderia conflitar com a inocência do acusado, originando uma inconstitucionalidade.

Assim como nas demais hipóteses, alíneas b e c⁷⁴, o fundamento seria a incapacidade de consentir. Trata-se de uma ficção jurídica consistente na incapacidade do consentimento da vítima ou sua impossibilidade de fazê-lo validamente.

⁷¹ Recurso extraordinário nº 116.649-5- PR – 1ª turma- Relator Min. Octávio Gallotti- STF – DO 09.09.1988.

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal* – Parte especial – Arts. 121 a 234 do CP. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.447.

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 94818 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma. DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. MENOR DE 14 ANOS DE IDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. Interpretação do art. 224, a, do Código Penal, relativamente à presunção de violência quando a vítima não for maior de 14 (quatorze) anos de idade. 2. A vítima, com apenas onze anos de idade na época dos fatos, não tinha discernimento suficiente para consentir com a prática do ato sexual. 3. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. 4. Ordem denegada.

⁷⁴ Portadores de enfermidade mental e incapazes de oferecer resistência, respectivamente.

A presunção absoluta é muito discutida, principalmente em seu ponto mais controverso: quanto aos menores de 14 anos. Um dos argumentos utilizados é as mudanças sociais e culturais que confrontariam as bases que fundam a presunção da violência quando a vítima for menor.

De 1940 até os dias de hoje, vários acontecimentos modificaram o mundo e, conseqüentemente, atingindo a vida social, política e familiar. O tema “sexo” deixa de ser tratado como um assunto proibido passa a ter presença na realidade social, abordada com mais e ampla liberdade.

Nas palavras de Bártoli⁷⁵:

Hoje, a família trata do tema, sem tanto receio, com mais liberdade. Na mídia, é objeto de amplas discussões. Em algumas escolas, passou à condição de matéria curricular. A ciência médica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia passou a estudar, cogitar da sexualidade infantil e juvenil, como sendo o início do processo de formação de autodeterminação sexual. Retornando ao campo penal, nota-se que, nesse mundo e sociedade transformados, aplica-se ainda o mesmo direito penal de 50 atrás, sob o pretexto a liberdade sexual das pessoas, desprezando-se a advertência de Heleno Fragoso no sentido de que: “Vivemos um período de intensa revolução em matéria pública sexual, com o desaparecimento de certos preconceitos, conseqüência de uma nova posição em que a mulher vai adquirindo na sociedade”.

O Direito deve seguir a evolução da sociedade. A interpretação das normas deve estar em conformidade com a realidade social para que haja eficácia. Determinar o momento da autodeterminação é difícil. Costuma-se a relacionar tal ocasião com uma idade, o que acarretou na sua estipulação pelo legislador. O ilustre Magistrado entende que tal critério possui uma impropriedade por permitir que se adquira a capacidade para decidir sua vida sexual aos 14 anos, proibida de fazê-lo na véspera de seu aniversário, pois tal rigidez contraria a lógica e o bom senso por existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade.

O posicionamento de se rechaçar a presunção absoluta deve ser abraçado tendo em vista que sua manutenção está atrelada a valores antigos. Nas palavras de Bártoli⁷⁶:

Trata-se dessa antiga moral ‘da cintura para baixo’ – dedicada a impor um hipócrita silêncio sobre tudo o que é concernente ao sexo e à vida sexual, o que dava origem a muitos males, que poderiam ter sido corrigidos e que deixavam no esquecimento aspectos morais muito mais importantes, preteridos em favor dessa exagerada deformação sexual. Os passos que a humanidade tem dado a respeito nos anos mais recentes tem sido rápidos e de grande alcance. Essa tomada de posição diversa frente ao sexo traz muitas conseqüências, no âmbito penal.

⁷⁵ BÁRTOLI, Márcio. “A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, 1992, p. 412.

⁷⁶ *Ibid*, p. 416.

Como os conceitos de moralidade pública, obscenidade, pornografia, bons costumes e escândalos mudaram, haverá conflito entre a lei e a realidade social quando se exclui da apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida o seu consentimento, com o fundamento, criticável, da falta de capacidade fisiológica e psico-ética.

A criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 revela uma grande mudança na vida social e traz uma incoerência em relação ao Código Penal. A lei penal de 1940, de um lado, entendia que o menor de 14 anos não teria maturidade alguma, o que inviabilizaria o consentimento para a prática de atos sexuais. De outro, o Estatuto da Criança e do Adolescente cria uma distinção entre criança e adolescente, além de esclarecer que ambas podem praticar atos infracionais, embora a primeira se sujeite a medidas de proteção, mais brandas por sua própria natureza do que aquelas medidas aplicadas ao adolescente.

Dessa forma, torna-se inadmissível a tese de que a natureza jurídica da presunção de violência seja absoluta.

3.2 PRESUNÇÃO RELATIVA:

A corrente adotada neste trabalho é a relatividade da presunção de violência. Por ser *iuris tantum*, é admitida prova em contrário, viabilizando uma possível absolvição, o que torna o art. 224, CP harmônico com os princípios constitucionais da presunção de inocência e da responsabilização subjetiva.

Esta natureza se estende à todas as hipóteses contempladas o art. 224 do CP.

3.2.1 QUANDO A VÍTIMA FOR MENOR:

A presunção relativa do art. 224, a, do CP tem como base todos os fundamentos utilizados para criticar a natureza absoluta, *iuris et de iure*. A evolução da sociedade faz com que tanto a norma quanto a sua interpretação evolua permitindo que sejam adequadas á realidade social⁷⁷.

⁷⁷ BÁRTOLI, op cit, p. 418. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *Habeas Corpus* nº 88.664-GO – STJ – Relator Ministro OG Fernandes. - Informativo 400, STJ. Segundo, Ministro Og Fernandes, “o juiz na realidade deve buscar o direito na realidade, assumindo o papel de um intérprete que se importa em compreender a lei na plenitude de seus fins sociais, atento aos acontecimentos de sua época”. *Habeas Corpus* nº 88.664-GO – STJ – Relator Ministro OG Fernandes. - Informativo 400, STJ.

Nas palavras do Ministro Og Fernandes:

Para uma boa interpretação da lei, é necessário levar-se em consideração todo o arcabouço normativo, todo o ordenamento jurídico do País. A interpretação da lei não prescinde do conhecimento de todos os ramos do Direito. Uma visão abrangente do arcabouço facilita – e muito – o entendimento e a interpretação da lei.⁷⁸

Aqui deve ser retomada a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente de forma mais aprofundada, capaz de fundamentar a relatividade da presunção de violência.

A partir do ECA há uma diferenciação das crianças e dos adolescentes. Crianças são aqueles menores de 12 anos. Adolescentes dos 12 aos 18 anos. Essa diferenciação é de suma importância, pois o tratamento direcionado às crianças não é o mesmo direcionado aos adolescentes. Há uma proteção maior para as crianças visando o seu amadurecimento.

Já os adolescentes, entende o ECA que já possuem certa maturidade, permitindo o cumprimento de medidas socioeducativas que possuem natureza de pena, apesar de formalmente serem diferentes das sanções penais. Passam a ter capacidade de discernimento.

Buscando o surgimento histórico das noções de infância e de adolescência, percebe-se que ocorre com o movimento de moralização religiosa da sociedade, baseado no cristianismo. Não havia, até o século XVIII, qualquer distinção entre infância e adolescência, uma vez que não representava mudança alguma esta diferenciação. Na sociedade medieval, não se relacionava o amadurecimento a fatores biológicos, a criança era definida pela sua dependência em relação ao adulto e no momento em que ela adquirisse um mínimo de autonomia, já passava a participar da vida adulta.

A adolescência, vista como a fase de transição entre a infância e a idade adulta, portanto era um período do desenvolvimento pelo qual não passavam as crianças medievais, não se efetivando a distinção entre crianças maiores ou menores.

A fase da adolescência, conforme definida hodiernamente, era suprimida na sociedade

⁷⁸ Ibid.

medieval. As crianças, ao adquirirem certa independência, uma vez desmamadas – o que ocorria por volta dos três anos, já sabiam andar e falar, começando, então, a participar da vida adulta.

Do mesmo modo, a criança não tinha um papel importante na sociedade, e essa pouca importância dada às crianças, de certa forma, se relacionava com a alta taxa de mortalidade infantil que existia no período medieval.

A partir do século XVII, em decorrência do fortalecimento do sentimento religioso cristão, que passou a influenciar fortemente os costumes, originando o reconhecimento da criança como pessoa de direitos, o mais porque o cristianismo lhe atribuía uma alma, do que pela sua própria importância na vida social.

Ainda assim, da forma como se apresentava a composição social medieval, não havia espaço para a consideração da infância, uma vez que não havia separação entre adultos e crianças. A criança medieval participava de todas as atividades dos adultos, inclusive dos jogos e brincadeiras, não havendo qualquer pudor em relação à sua presença, nem mesmo quanto às atividades relacionadas à sexualidade.

Os contatos físicos e as brincadeiras de índole sexual só eram proibidos quando a criança atingisse a puberdade, ou seja, praticamente o mundo dos adultos.

Havia, no mundo medieval, uma crença de que a criança, antes da puberdade, não fosse capaz de ter qualquer noção a respeito da sexualidade e, por isso, não se influenciaria com as brincadeiras e alusões à sexualidade e, também, uma vez que não se acreditava na existência da inocência infantil, não se acreditava que os recorrentes temas sexuais pudessem gerar qualquer mácula no desenvolvimento da criança.

Esse comportamento licencioso entre adultos e crianças só mudaria muito tempo depois, no período entre os séculos XVIII e XIX, com a reforma moral implementada pela Igreja Católica e, ao depois, pela incorporação dos valores morais pela sociedade leiga burguesa. Somente por volta de 1900 é que se reconheceu a figura do adolescente moderno, contudo o reconhecimento da juventude, que antes se limitava à literatura e à arte, se popularizou, após a Primeira Grande Guerra, como um sentimento pertencente aos ex-combatentes e se alastrou empurrando a infância para trás e

a velhice para a frente.

Atualmente, o que ocorre é o aumento da dependência dos pais, residindo na mesma casa, o que ocasiona um prolongamento da juventude, principalmente nos integrantes da classe média, apesar da assunção de responsabilidades pelos jovens .

Esse prolongamento não implica qualquer atraso, ou mesmo proibição das práticas sexuais, uma vez que a dependência material coexiste com a autonomia e liberdade em suas vidas privadas, o que se evidencia na maior tolerância parental diante do exercício da sexualidade tanto dos filhos quanto das filhas.

Nesse contexto, fica evidente que o amadurecimento sexual é determinado, em grande medida, pela cultura dominante, assim como os papéis que cada um dos representantes de ambos os gêneros desempenha no meio social.

No entanto, em algumas sociedades modernas, como é o caso da sociedade brasileira, a constituição da cultura se dá de forma menos limitada, com a influência de várias outras determinantes e valores diferentes, não existindo um padrão extremo de educação e de fixação de padrões culturais, o que impede que se imponha uma limitação para a prática de atos sexuais para os adolescentes de maneira geral, se se observar o efetivo amadurecimento.

A partir daí, pergunta-se: se o adolescente que possui discernimento, tem capacidade de decisão a se sujeitar as medidas socioeducativas por ato infracional, não teria também capacidade de se manifestar validamente em sua vontade de praticar atos sexuais?

Ao citar Carlos Antônio R. Ribeiro, o referido Ministro do STJ responde a esse questionamento⁷⁹:

Se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe , nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.

No mesmo acórdão o Ministro cita um caso: “Imagine-se a hipótese de um jovem de 18 anos de idade que beije lascivamente sua namorada de 13 anos ou que com ela pratique alguns atos

⁷⁹ Ibid.

libidinosos não dos mais íntimos”.

De acordo com o art. 224, a, do CP, há presunção de violência, configurando o crime de atentado violento ao pudor. Ao presumir a violência, equipara essa adolescente com um portador de alienação mental. Tal equiparação não é permitida pelo ECA que dá tratamento diferenciado aos adolescentes que possuem alienação mental, cujo recolhimento tratamento individual e especializado (art. 112§3º, ECA).

A equiparação contraria os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, viabilizando decisões injustas. Além disso, é visível uma contradição entre o Direito Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A interpretação da lei deve ser realizada com coerência harmonizando os institutos e as disposições legais.

É certo dizer que a tutela do adolescente não é a mesma que a da criança. Essa necessita de proteção absoluta. É razoável admitir a proibição de prática de ato sexual. O que não se pode é confundir criança com adolescente ou tratá-lo nos mesmos moldes do portador de alienação mental. Da mesma forma não se pode comparar um adolescente de 1940 com o adolescente atual.

Existe um abismo cultural entre as duas épocas, que impossibilita tenha o juiz atual as mesmas crenças e pensamentos de sessenta anos passados.

A presunção é relativa. O afastamento é possível na hipótese de erro de tipo, ou seja, o agente desconhecia a idade da vítima, e não tinha como sabê-lo estando em erro, quando a vítima já possui autodeterminação sexual; ou quando a vítima não conta com um comportamento irrepreensível ou a vítima exerce a prostituição.

3.2.2 QUANDO A VÍTIMA É ENFERMA MENTAL:

Nesta hipótese de presunção de violência, a doutrina majoritária entendeu ser esta relativa. Só haveria crime se a enfermidade pudesse abolir inteiramente a capacidade de autogoverno e o conhecimento da circunstância, pelo agente.

A debilidade e alienação mental são circunstâncias elementares para fins de reconhecimento

de violência presumida no crime de estupro. A alienação é um termo amplo que compreende não só a loucura, processo patológico ativo, como outros casos de enfermos de processos patológicos. Pode ser considerada uma denominação genérica das enfermidades mentais. Compreende quatro elementos: perturbação mental, falta de consciência, inadaptabilidade e ausência de utilidade.

De acordo com Magalhães Noronha⁸⁰:

Alienado é, conseqüentemente, o indivíduo distinto de si mesmo e diferente dos demais, como se costuma dizer. É o indivíduo que, sob o ponto de vista em apreço, não tem capacidade ética do ato a que consente, e por isso mesmo o consentimento é nulo e considerado inexistente.

A debilidade mental seria uma patologia relacionada com uma perturbação mais atenuada. Trata-se de uma zona fronteira entre a imbecilidade e a sanidade psíquica. O art. 224, b, CP teve como fundamento a *inocentia consillii*, ou seja, ausência de capacidade de apreciação do ato praticado e conseqüentemente, a falta de consentimento válido.

Até porque a condição psíquica da vítima é idêntica à inimputabilidade, por excluir completamente a capacidade de entendimento ético jurídico ou de autodeterminação, revelando a incapacidade de apreciação do ato lesivo da liberdade sexual.

A enfermidade deve ficar devidamente comprovada por laudo pericial.

Nas palavras do Magalhães Noronha⁸¹, “não é qualquer enfermidade mental que justifica a existência do crime sexual. Dessa forma é necessária comprovação da falta de compreensão da vítima quanto a prática de atos libidinosos. A prova se dá por laudo pericial”.

Não é apenas a enfermidade que necessita de prova, mas o conhecimento do agente, também. Isso porque ninguém ignora a existência da doença pela aparência. Para Magalhães Noronha⁸², seria injusto “se condenasse alguém que com ele praticasse ato libidinoso ou conjunção carnal, supondo ante seu consentimento aparentemente livre e pleno, praticar ato ilícito”.

A falta do conhecimento da enfermidade caracteriza erro de tipo. Assim, o dolo é excluído e, conseqüentemente, não há crime.

⁸⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. v.3. 22ed.São Paulo: Saraiva 1995.p.215

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

3.2.3 QUANDO A VÍTIMA É INCAPAZ DE RESISTIR:

Esta é uma hipótese bastante ampla. O legislador presume a violência quando a vítima não pode impor resistência que pode ser resultado de diversas causas, temporárias ou permanentes: enfermidade, paralisia, idade avançada, desmaios, embriaguez, entorpecentes, etc, por ser uma presunção relativa devido a natureza dos casos compreendidos. Portanto, é necessária prova inequívoca da concreta resistência da vítima. Não basta provar a inconsciência da vítima, mas também que o ato havia sido consentido por ela. Isso, principalmente, se a vítima recobra sua consciência.

Segundo Zaffaroni⁸³:

Se a vítima (maior de 14 anos) recobra sua capacidade de resistência e adere ao ato libidinoso que se pratica, ou aceita, cessa a presunção de violência (Fragoso). Como nas situações anteriores, a presunção é *iuris tantum*, isto é relativa, e admite prova em contrário, e, se em algum momento a vítima, tendo condições para tanto, deixa de manifestar seu dissenso, afasta-se a presunção de violência.

Na verdade, não há presunção de violência. Não existe a inversão do ônus da prova, ou seja, aquele que alega tem que comprovar a resistência da vítima.

⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. V.1 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.123

4. LEI 12.015/09: ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 inclui, no Código Penal, o capítulo II, que dispõe sobre os crimes sexuais contra vulnerável. O referido capítulo se inicia com o estupro de vulneráveis, previsto no art. 217-A⁸⁴:

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

§ 4º Se da conduta resulta morte: (...)

Trata-se de tipo penal autônomo, cuja pena é de 8 a 15 anos. O crime pode ser classificado da seguinte forma: de mão-própria, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal; comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; doloso; comissivo, porém pode ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, conforme art. 13, CP; material; de dano; instantâneo; de forma vinculada, quando disser respeito à conjunção carnal; de forma livre, quando estiver diante de um comportamento dirigido à prática de outros atos libidinosos; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte e transeunte, dependendo da forma como é praticado, deixando vestígios ou não.

Diferencia-se do estupro, pois não há utilização de violência para a sua configuração. Segundo GRECO⁸⁵,

As condutas previstas no tipo penal do art. 217-A são as mesmas daquelas constantes do art. 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Contudo, os vulneráveis não são apenas os menores de 14 anos. O seu conceito encontra-se tanto no *caput* do artigo quanto em seu parágrafo primeiro. Vulneráveis são: menores de 14 anos, alienados ou deficientes mentais que não tenham o necessário discernimento para a prática do ato e aquele que por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Ao trazer para o Código Penal o conceito de vulnerável, o legislador, a princípio, enterrou a

⁸⁴ BRASIL, op. cit, p.30.

⁸⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*- parte especial v.2. 2ed.: Rio de Janeiro: Impetus 2009. p. 523

antiga controvérsia existente acerca da presunção de violência referente à sua natureza jurídica, abordada no capítulo anterior.

A análise é objetiva. Basta ter relações sexuais com algum vulnerável para cometer o crime, sendo irrelevante o consentimento do ofendido.

É certo que o legislador tratou o fato com mais rigor em relação à presunção de violência (antigo art. 224,CP).

4.1 O PROBLEMA DA ANÁLISE OBJETIVA:

Ao realizar a análise objetiva, percebe-se que o legislador adotou o posicionamento do STF quanto à natureza absoluta da presunção de violência, já analisada no capítulo anterior. Essa posição já era questionada por imputar um crime ao agente, impossibilitando prova da validade do consentimento.

Com a adoção de um critério objetivo, basta que a pessoa esteja nas condições elencadas no artigo para ser vulnerável, e assim, impedido de realizar qualquer ato sexual.

Atualmente, a doutrina, por todos a Professora Cristiane Dupret, se posiciona pela análise objetiva do novo artigo, não havendo qualquer eiva de inconstitucionalidade, pois seria impossível discutir a experiência sexual da vítima, o que estaria de acordo com os ideais protecionistas da Constituição Federal e do ECA.

Segundo Cristiane Dupret⁸⁶, “não se pode basear a ausência de punição daquele que pratica ato libidinoso com o menor na anterior experiência sexual deste, pois o que se deve é justamente evitar que tal experiência possa existir”.

Para a referida autora, as pessoas confundem evolução social com ausência de preceitos éticos, devendo permanecer os limites que são necessários em determinadas situações, principalmente quanto à idade no crime de estupro de vulnerável.

Se continuarmos aceitando que a evolução social cada vez mais relativize o

⁸⁶ DUPRET, Cristiane. *Manual de Direito Penal*. Niterói: Impetus, 2009. Adendo. p.22.

conceito de infância, em breve as pessoas pularão duas fases importantíssimas de seu desenvolvimento físico, psicológico e moral: a infância e o início da adolescência. A sociedade não pode, e muito menos a lei, aceitar e justificar que pessoas, no início de seu desenvolvimento, sejam submetidas a atos libidinosos não condizentes com o seu desenvolvimento psíquico e físico. Dessa forma, acreditamos que o conceito de vulnerável do art. 217-A estabelece ideal proteção aos menores de 14 anos⁸⁷.

O termo “vulnerável” constitui elemento objetivo do tipo penal, cujo conceito é trazido pelo próprio artigo, não permitindo valoração quando preenchido o conceito legal. Dessa forma, não há de se analisar se o menor de 14 anos era vulnerável naquele caso concreto, mas tão-somente se ele era menor de 14 anos, o que caracteriza a condição de vulnerável pela ficção legal absoluta.

Da mesma forma entende Greco⁸⁸,

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

Nesse sentido, vale transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando diz que o art. 217-A, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

Essa linha de raciocínio cria um dever de abstinência: proibição à prática de ato sexual. Permite-se a abstinência sexual dos vulneráveis, pois não possuem autodeterminação sexual, e, portanto, a liberdade sexual não é constituída.

Isso porque liberdade é imunidade às imposições alheias de igual ou superior. Está ligada à autonomia, que é a faculdade de se autodeterminar, ou seja, de se governar por valores, capacidades e decisões próprias. Autonomia que pode ser considerada uma meta a ser alcançada por cada

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ GRECO, op cit, p 529

indivíduo. Assim, conclui-se que só é livre quem é autônomo.

O problema do art. 217-A é o critério adotado para a verificação da condição, ou seja o critério objetivo, em relação aos menores de 14 anos , uma vez que o próprio artigo permite a verificação da autodeterminação no caso dos alienados e deficientes mentais quando impõe a condição de não ter o necessário entendimento para prática de ato sexual..

Não há uma análise casuística e mais aprofundada. Existe uma generalização desmedida da vulnerabilidade, deixando de ser considerada a possibilidade de ter autonomia, ou parcela dela, e, conseqüentemente, a autodeterminação para a prática de atos sexuais.

Apesar de estar diante de hipótese de vulnerabilidade, é possível que o sujeito passivo do crime tenha faculdade de se autodeterminar, independente de previsão legal. Por não ser observada a autodeterminação, a abstinência imposta pelo legislador atinge diretamente a liberdade sexual existente.

Contudo, Nucci⁸⁹ não adota o critério objetivo, entende que o raciocínio no estupro de vulneráveis não se modificaria em relação à presunção de violência.

O autor trata a vulnerabilidade tanto de forma absoluta quanto de forma relativa. Segue o seu entendimento quanto à presunção de violência para menores de 14 anos. Aqui, o autor busca a análise do caso concreto para se verificar a natureza da vulnerabilidade, observando a autodeterminação da vítima para avaliar a validade de seu consentimento.

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não torna sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa à vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual?

4.2 A SOLUÇÃO: ADEQUAÇÃO SOCIAL

⁸⁹ NUCCI, , op cit, p 112

A sexualidade, hoje, funciona como estrutura tanto social quanto cultural em si mesma, deixando de ser vista como mero ato físico, de natureza imutável. As pessoas são assediadas por um ambiente sexual que se manifesta nos mecanismos de sustentação da sociedade.

O conceito ocidental de sexualidade surgiu na Idade Média, sustentado por moralismo religioso. Segundo Rita Trevisan⁹⁰,

A moral agostiniana é outro elemento marcante na formação do imaginário sobre sexualidade no Ocidente, bem como na orientação das práticas sexuais. Ela reduz a sexualidade ao nível procriativo. E, ainda assim, a considera inerentemente e eternamente pecaminosa. Essa condenação moral do sexo faz parte da estratégia dos primeiros sacerdotes do Cristianismo de impor e manter o controle sobre o povo, que ainda se recordava de tradições muito antigas. A Igreja Católica queria se consolidar como a única e exclusiva fé e, para isso, era necessário extinguir quaisquer mitos e rituais do sistema religioso antigo.

Após a ascensão da burguesia, novas concepções acerca da sexualidade surgem, sendo necessária a sua repressão com o surgimento do capitalismo, para o emprego da energia na manufatura.

No Brasil, para a sua compreensão, é necessário observar a natureza sexual dos indivíduos, que depois da chegada do europeu, está relacionada com o meio social econômico, o qual separou os conquistados dos conquistadores, e com a própria dominação, mediante a escravidão, forma de instituição social, afrouxando códigos morais e favorecer os excessos sexuais, como ensina Rita Trevisan⁹¹.

Contudo, ainda há a influencia religiosa, que transforma a prática do ato sexual como uma função de reprodução. Apenas após meados do século XIX a sexualidade passou a ser vista de

⁹⁰ TREVISAN, Rita. A sexualidade humana: uma visão histórico-social. . Disponível em: <http://www.ritatrevisan.com.br>
Acesso: 15/09/2010.

⁹¹ Ibid p.2. “O primeiro passo para compreender a cultura da sexualidade no país é observar que, no Brasil e entre os brasileiros, há uma certa ênfase na natureza sensual dos indivíduos. O conceito remete aos tempos de civilização, quando os exploradores fizeram suas primeiras representações dos trópicos. Curioso notar, no entanto que aquilo ficou marcado pelas descrições dos forasteiros e dos exploradores passou a ser reproduzido, de maneiras diversas e em circunstâncias diferentes, pelos próprios brasileiros, pelo menos nos dois últimos séculos de sua história. Essa sexualidade exarcebada, depois da chegada do europeu, está relacionada, segundo Parker:1) ao meio social e econômico da época, às relações de poder e dominação que tratam de separar conquistadores de conquistados, senhores de escravos e 2) À própria história e sua forma de atuação no meio social”

forma racional, devido ao crescimento da população e à preocupação com a saúde⁹².

Porém, se aceitamos que as religiões e, em especial, o catolicismo, tiveram papel importante na organização e regulação do universo sexual, desde pelo menos a metade do século XIX, elas coexistiram com outros discursos formais, tão socialmente legitimado, quanto, reverberados pela comunidade científica. Em meados do século XIX, a população urbana no Brasil começou a crescer significativamente e surgiu uma preocupação acentuada com as questões de saúde, higiene e reprodução. A medicina passou, então, a ter o papel de regulamentação na atividade sexual, classificação práticas sexuais e até desejos sexuais em termos de uma economia simbólica de doença de doença e saúde.

Com o século XX, apesar do processo de modernização, há um retrocesso do significado da família, da moralidade tradicional e da autoridade religiosa. Os movimentos feministas e homossexuais ajudaram a questionar as noções tradicionais de gênero de sexualidade. Tais aspectos moldaram as transformações ocorridas na vida sexual dos brasileiros.

Com a transformação, o assunto sexo conquistou o discurso público, mediante filmes, rádio, televisão, revistas e jornais populares. Novas formas de educação sexual passaram a ser consideradas e praticadas. Os antigos conceitos foram reinterpretados.

A libertação sexual, na sociedade atual, encontra-se travestida pela proliferação de discursos sobre sexo e atos sexuais, que incitam o consumo, a pornografia e a relação objetual e superficial com a própria sexualidade e a alheia.

O sexo influencia a vida das pessoas, independente de idade, sendo claras em manifestações populares como linguagem, festas típicas, histórias, música, integrando a cultura brasileira, como pode ser visto claramente no Carnaval, no funk etc..

A sexualidade é parte integrante de cada um, envolvendo questões afetivas, sociais e culturais, exercendo, ainda, uma função de prazer que reflete emoções, valores e intimidade.

Os brasileiros passam a ter contato com a sexualidade muito cedo, principalmente nos locais mais carentes, mantendo a questão do aspecto econômico e dominação presentes durante a colonização. Dessa forma, a sexualidade, nas classes carentes, é mais evidente que em relação as classes mais altas, fato que pode ser identificado de diversas formas, dentre elas a música: nas camadas mais baixas, o “funk”, com alto apelo sexual, e nas mais altas, estilos de música mais

⁹² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18.ed, Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 196

refinados como jazz, música clássica, rock, etc, cujo apelo é reduzido, mas não inexistente.

O que gera uma antecipação da autodeterminação sexual, nas camadas de baixa renda principalmente, já que o sexo faz parte da cultura de sua comunidade e sua prática esperada por todos.

Além disso, nas próprias escolas, públicas e particulares, a educação sexual começa antes dos catorze anos, contribuindo para a informação e autodeterminação dos adolescentes. Trabalho também realizado nas escolas especiais, juntamente com orientação sexual, com a finalidade de inclusão dos portadores de deficiência mental.

O posicionamento de Nucci⁹³, a princípio, parece ser o mais correto, pois a análise da vulnerabilidade passa a ser casuística, possibilitando a comprovação da validade do consentimento. Análise, essa, que se compatibiliza com a incidência do princípio da adequação social.

Como visto no primeiro capítulo, a norma e a moral possuem em determinados casos uma ligação, o que permite que sejam criadas normas de cunho meramente moral. Para a interpretação dessas normas, é necessário que o intérprete olhe para a sociedade, buscando os valores e costumes atuais no momento da aplicação da norma.

A forma para trazer a realidade social no momento da aplicação do direito é utilizando princípio da adequação social. Na esfera penal, o princípio permite que seja afastada a tipicidade de determinadas condutas que a sociedade considera adequadas.

No caso, a sexualidade vem sendo tratada de forma mais livre, aberta. Está presente no dia a dia de determinadas comunidades, como presente em músicas, novelas e em diversos meios de comunicação a que todos têm acesso, por ser inerente a própria cultura, como demonstrado.

A sociedade evolui e, não somente a norma, mas a interpretação deve evoluir na mesma velocidade, para permitir a aplicação do Direito e decisões mais justas e eficazes, o que permite a aplicação dos princípios. Segundo Frederico Marques⁹⁴:

No campo da ilicitude do ato, há casos onde só os princípios do direito

⁹³ NUCCI, op cit, p 123

⁹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*- parte geral- v1. 13ed. Niterói: Impetus, 2011 apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, vI, p15.

justificam, de maneira satisfatória e cabal, a inaplicabilidade das sanções punitivas. É o que sucede nas hipóteses onde a conduta de determinada pessoa, embora perfeitamente enquadrada nas definições legais da lei penal, não pode, ante a consciência ética e nas regras do bem comum, ser passível de punição.

Ao aplicar o princípio da adequação social, será possível ao intérprete averiguar o caso concreto mais a fundo, verificando os aspectos culturais da comunidade em que vive a suposta vítima, e analisar a forma que a sexualidade a influencia, como sabe lidar com tais questões, se o ato praticado de determinada forma é aceito pela comunidade, para se ter a certeza da autodeterminação da vítima.

Nesse ponto há um distanciamento da posição de Nucci⁹⁵, pois a aplicação do princípio não torna a vulnerabilidade relativa. Ao incidir sobre a tipicidade formal, as regras sociais afastam a tipicidade do fato, ainda que esteja na sujeição passiva algum vulnerável, não haverá crime. Assim, permite-se que o vulnerável tenha liberdade sexual.

Esta interpretação permite a condenação daquele que pratica ato sexual junto à prostituta menor, uma vez que tal condição, conforme as regras sociais existentes, não é aceita pela sociedade, permanecendo a tipicidade formal, conseqüentemente o crime. E, ainda, pode-se evitar que menores de 14 anos sejam punidos por atos infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável.

⁹⁵ NUCCI, op cit, p 123

CONCLUSÃO

A adequação social é um limite, para a incriminação nos crimes sexuais.

O princípio permite a limitação do poder de punir estatal, afastando a tipicidade da conduta, quando o interprete observa a aceitação e reconhecimento do ato pela sociedade. A ação é esperada.

Como limite à incriminação, é possível o olhar para a sociedade, para afastar a tipicidade da conduta.

É certo que a aplicação da adequação social é temida, não sendo, por muitos doutrinadores, como Zaffaroni, aceita, devido à sua amplitude, causando o receio de gerar uma insegurança jurídica.

Todavia, a sua aplicação é decisiva, para solucionar determinados problemas, entre eles a questão da incriminação no crime de estupro de vulnerável.

Os crimes sexuais são, a princípio, aqueles relacionados com a liberdade sexual do indivíduo. Com a Lei 12.015/09, alterou-se o bem jurídico desses crimes, tutelando a dignidade sexual que, para parte da doutrina, seria um grande avanço.

Com a criação do crime de estupro de vulnerável pela Lei 12.015/09, encerra-se a discussão acerca da presunção de violência, atualmente revogada.

O grande problema do art. 224, CP apontado pela doutrina e jurisprudência foi definir a natureza jurídica da presunção de violência.

O Supremo Tribunal Federal entendia ser absoluta a presunção de violência. É um dever de abstenção da prática de atos sexuais nos casos estabelecidos pela lei penal. Dessa forma, haveria uma proteção maior, principalmente em relação aos menores.

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser relativa a presunção de violência, devendo ser provado que a vítima tinha capacidade de dar o consentimento, ou seja, consciência do fato para consentir a prática do ato libidinoso. Tal entendimento permite verificar a

existência da autodeterminação sexual, respeitando a liberdade sexual daqueles que se encontravam no rol do art. 224, CP.

Atualmente, a presunção de violência foi revogada pela Lei 12.105/09, que a tipificou ao criar o art. 217-A, CP: estupro de vulneráveis.

O legislador adotou o posicionamento do STF, acerca da natureza absoluta da presunção de violência. A positivação desse entendimento gera uma análise objetiva do artigo, de forma que basta estar nas situações previstas para ser sujeito passivo do crime.

Essa interpretação é errônea, pois não permite uma análise mais profunda da existência da autonomia. Verifica-se que, mesmo enquadrar em uma das situações previstas no art. 217-A,CP, é possível que haja autodeterminação sexual. Isso porque a sexualidade é absorvida pela cultura, influenciando, em muitos casos, o amadurecimento do indivíduo. A sexualidade é expostas às pessoas desde muito cedo, principalmente nas camadas mais carentes, antecipando o amadurecimento e a autodeterminação sexual.

É certo que a atual interpretação do art. 217-A, gera uma supressão da liberdade sexual, pelo dever de abstinência.

Com utilização do princípio da adequação social, permite-se, ao aplicador do direito, observar a sociedade, o comportamento social para a aplicação do direito, afastando o crime pela atipicidade formal da conduta.

No caso, observa-se como o meio social pode interferir na autodeterminação sexual de um vulnerável, já que para a sua comunidade essas condutas seriam normais e aceitas.

A liberdade sexual é limitada quando os aspectos sociais não permitirem que o vulnerável tenha autodeterminação. Autodeterminação que varia de um indivíduo para o outro, não podendo a lei generalizar a ponto de criar situações problemáticas como na possibilidade de punição de dois menores de 14 anos que praticaram juntos atos sexuais, quando tal conduta é normal para ambos e sua sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEIXO, Kleila Canabrava. *Problematizações sobre o estupro de vulnerável em face do princípio da proteção integral*. Boletim IBCCRIM nº 209. Disponível em: <HTTP://www.ibccrim.com.br>. Acessado em: 15/05/2010.

BARBOSA, Aldeleine Melhor. *Proporcionalidade do Direito penal e processo penal: da teoria à prática*. Boletim IBCCRIM nº 217. Disponível em <HTTP://www.ibccrim.com.br>. Acessado em: 15/05/2010.

BÁRTOLI, Márcio. *A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência*. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, 1992.

BORGES, Paulo César Corrêa. NETO, Gil Ramos de Carvalho. *Estudo Comparado da Tutela Penal da liberdade sexual no Brasil e na Itália*, IN *Revista da EMERJ- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. V12, nº 46, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação criminal. [0042897-44.2000.8.19.0000 \(2000.050.05101\)](#) – Relator Des. Flavio Magalhaes - Julgamento: 08/02/2001 - Oitava Câmara Criminal

_____ Apelação criminal. [0044126-73.1999.8.19.0000 \(1999.050.03531\)](#) – Relator Des. Valmir de Oliveira Silva - Julgamento: 21/03/2000 - Terceira Câmara Criminal

_____ Apelação criminal. 6584/2008. Relator: Des. Carlos Augusto Borges - Julgamento: 08/02/2009 - Oitava Câmara Criminal

_____ Apelação criminal. 2006.050.06178 – relator Des. Geraldo Prado - Julgamento: 26/06/2007 - Primeira Câmara Criminal

_____ Apelação criminal. [0098568-73.2005.8.19.001 \(2006.050.06178\)](#) – Relator Des. Geraldo Prado - Julgamento: 26/06/2007 – Primeira Câmara Criminal

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em *Habeas Corpus* RHC 15.093 , STJ, Relator: Ministra Lurita Vaz

_____ *Habeas corpus* 94818 / MG - MINAS GERAIS, HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 24/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

_____ *Habeas Corpus* nº 88.664-GO – STJ – Relator Ministro Og Fernandes. - Informativo 400, STJ.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

BRASIL DL 2848, *Código Penal*, Brasília, DF: Senado Federal, 1940

BRASIL, Lei 10.406 (2002). *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Imputação Objetiva e Teoria da Adequação Social*. Boletim IBCCRIM. Disponível em [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acessado em: 15/05/2010.

COSTA, Álvaro Mayrink da Costa. *Breves apontamentos sobre a Reforma dos Crimes contra a Dignidade Sexual da Pessoa Humana*, IN Revista da EMERJ- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. V13, nº 49, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. JUNIOR, Roberto Delmanto. DELMANTO, Fábio M. De Almeida. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

DUPRET, Cristiane. *Manual de direito Penal*. Niterói: Impetus, 2009. Adendo

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. V1. A vontade do Saber. 13ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

_____ *Microfísica do poder*. 18. ed. . Rio de Janeiro: Graal, 2003.

FRAGOSO, Heleno C. *Revista de Direito Penal*. v5. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.. Disponível em: http://www.fragoso.com/eng/arq_pdf/conteudos/RDP05.pdf. Acesso em: 27/09/2011

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

_____ *Direito penal- Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____ *Teoria Constitucionalista do Delito*. Jus Navegandi. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina](http://jus2.uol.com.br/doutrina) . Acessado em 17/03/2010.

_____ *Requisitos da tipicidade penal consoante à teoria constitucionalista do delito*. Jus Navegandi. Disponível em: [HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina](http://jus2.uol.com.br/doutrina) . Acessado em 17/03/2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal- parte especial v2*. 2ed.: Rio de Janeiro: Impetus 2009

_____ *Curso de Direito Penal- parte geral- v1*. 13ed. Niterói: Impetus

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal – v.3*. 5ed, Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, David Alves de Sousa. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek Marques. *A liberdade sexual da pessoa alienada ou débil mental*. Boletim IBCCRIM nº 164. Disponível em: [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acessado em: 15/05/2010.

MAGALHÃES, Alex Pacheco. *O Princípio Penal Constitucional Da Adequação Social No Direito Penal Constitucional Brasileiro: Novas Facetas*. 1ed. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_ar... Acessado em: 15/05/2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte especial – Arts. 121 a 234 do CP*. 19ed. São Paulo: Atlas, 2002

NORONHA, E. Magalhaes. *Direito Penal*. v3. 22ed. São Paulo: Saraiva 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual – Comentários à Lei 12.015, de Agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado*. 2.ed, Editora revista dos Tribunais: São Paulo

REALE, Miguel. *Lições Preliminares De Direito*. 26ed. São Paulo: Saraiva, 2002

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. *Crimes sexuais: ensaios históricos*. Boletim IBCCRIM. Disponível em [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acessado em: 15/05/2010

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. *Liberdade e Autodeterminação sexual*. Boletim IBCCRIM nº 217. Disponível em: [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acessado em: 15/05/2010.

RIOS, Roger Raupp. *Em Defesa dos Direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*, Rio de Janeiro: Saraiva
_____ *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Saraiva

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Manual de Direito Penal- parte geral*. São Paulo: ICPC, 2010.

SOUZA, Ricardo Antônio. *Imputação Objetiva e Suas Modificações na Teoria do Crime*. Disponível em: [HTTP://www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br). Acessado em: 15/05/2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed . Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

TREVISAN, Rita. *A Sexualidade Humana: uma visão histórico-social*. . Disponível em: <http://www.ritatrevisan.com.br> Acesso: 15/09/2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Rio de Janeiro: Del Rey, 2001.

ZAFARRONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. V. 1. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.