

**A relevância do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual e a violência presumida[[1]](#footnote-1)**

*Anderson dos Santos Guimarães e Carlos Alberto Braga Diniz Neto[[2]](#footnote-2)*

*Cleopas Isaías[[3]](#footnote-3)*

**SUMÁRIO:** Considerações Introdutórias; 2. O consentimento no Direito Penal; 3. A relevância do consentimento nos crimes contra a liberdade sexual; 3.1. A fixação de uma idade mínima; 3.2. A relativização da idade mínima pelo *Habeas Corpus* 73.662; Considerações Finais; Referências.

**RESUMO**

A partir de uma análise “dedutiva”, foi feito um estudo acerca do consentimento no Direito Penal em geral e, posteriormente, de maneira mais particular nos crimes contra a liberdade sexual. Reside, nesta última investigação, conteúdo polêmico: se há uma idade mínima para consentir, qual seria esta e se tal idade tem caráter absoluto ou relativo. A relevância das respostas a essas perguntas encontra-se na questão da violência presumida – necessariamente ligada à fixação e relativização ou não da idade. Além das questões fáticas e jurídicas mais evidentes, indubitavelmente há uma série de princípios constitucionais, penais e garantias fundamentais atinentes tanto à vítima quando ao agressor – fato este que eleva a polêmica. Pacificar as divergências fundamentadamente é objeto desse trabalho.

**Palavras-chave:** Crimes contra a liberdade sexual; Direito Penal; Consentimento; Direito Constitucional; Idade mínima.

1. **CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS**

Nos crimes contra a liberdade sexual, sabe-se que o elemento subjetivo é dolo. Entretanto, a exteriorização da vontade, em tais crimes, poderá, eventualmente, partir da vítima. Faz-se necessário analisar uma questão de suma importância: o consentimento da vítima, traduzido na vontade expressa desta. Uma das questões discutidas sobre o assunto faz referência a idade mínima para consentir. O STF afirmou, no HC 73.662, que a capacidade para consentir, teoricamente estabelecida aos 14 anos, é relativa. Tal relativização permite ao autor alegar erro de tipo ou até mesmo erro de proibição. Esse conjunto de consentimento, flexibilização da idade e alegação de erro será analisada no caso concreto devido ao grau de ameaça e/ou violência utilizadas nas condutas delituosas e se, levando em consideração a idade da vítima, se estas podem ser entendidas como presumidas. A partir das decisões mais importantes proferidas pelos tribunais pátrios, é possível criar uma linha de pensamento capaz de fundamentar as questões fulcrais sobre o tema, quais sejam: se o consentimento é capaz de tornar a conduta atípica, se a violência prevalece sobre o consentimento, se a relativização da idade é algo moral e juridicamente aceitável, se esta pode fundamentar os erros de tipo e de proibição e, a partir disso, analisar a qual idade etária cabe estabelecer a violência presumida.

1. **O CONSENTIMENTO NO DIREITO PENAL**

O consentimento, regido pelo princípio da *volenti non fit injuria* (a quem consente não se faz injúria), é traduzido na vontade expressa do sujeito passivo, o qual deverá concordar, de forma prévia, com a realização da conduta por parte do agente, tendo como resultado a afetação do bem jurídico do qual ele próprio é titular. O consentimento, se realizado na forma apropriada – o chamado consentimento genuíno –,

poderá constituir causa de exclusão da antijuridicidade, visto que a prática do tipo se realiza, mas no âmbito da juridicidade. Alguns autores, como Claus Roxin (ROXIN, 1997 apud FRAGOSO, p. 1) ainda afirmam que poderá se enquadrar sempre na hipótese de exclusão da tipicidade, sendo chamado ainda de acordo.

O consentimento é abordado, no Direito Penal, nos mais variados âmbitos, devido à amplitude e a generalidade de que trata a vontade humana. O consentimento, em intervenções cirúrgicas, em relações sexuais, em lesões corporais, em quase todos os crimes em que o bem jurídico protegido e afetado pertence ao sujeito passivo, exclui a possibilidade de caracterização por crime. No entanto, por vezes, o consentimento se encontra como própria elementar do crime, como é o caso do aborto consentido pela gestante (art. 126, CP), de forma que, mesmo sendo informado, não excluirá a prática da conduta delituosa.

É importante citar que quando houver violência presumida não será possível a alegação do consentimento. Esse tipo de violência somente ocorrerá quando o sujeito passivo não possuir idade suficiente para consentir ou quando este for alienado ou débil mental.

Não seria possível deixar de assegurar que o bem tutelado *in casu* teria de ser obrigatoriamente disponível visto que o indivíduo, ao consentir, renuncia de tal direito em seu próprio detrimento. Portanto, é inválido o consentimento nos crimes contra a vida.

Ainda, o consentimento só se mostra presente nos crimes que afetam bens de ordem privada, tendo, também, em vista a possibilidade de disponibilidade do bem, anteriormente citada.

1. **A RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

Os crimes tipificados no Capítulo I do Título VI do Código Penal brasileiro possuem, como elementares, termos que explicitam a necessidade do dissenso da vítima para a configuração do crime, tais como: “constranger”, “mediante violência ou grave ameaça”, “mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. De fato, o bem jurídico protegido em tais crimes é, alem da integridade física, a liberdade sexual, traduzido no “direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade humana” (MIRABETE; FABBRINI, 2011, p. 1338).

No entanto, ao presumir a violência quando a vítima é menor de 14 anos e, mesmo assim, consente, o Estado começa a exercer sua feição paternalista. Dessa forma, penaliza-se uma conduta que não é típica e que é praticada tendo em vista a mera vontade do indivíduo de dispor do seu próprio corpo, utilizando-se de seu livre arbítrio, sem coação de nenhum tipo, tendo como finalidade de manter relação sexual. No entanto a matéria sobre a fixação da idade mínima será tratada aprofundadamente no próximo tópico.

O problema aqui almejado é que o Poder Público interfere na vontade do indivíduo de dispor de um bem seu, que é o próprio corpo, para manter relações que, nesta visão benéfica, traria o sentimento de prazer ou mesmo realização, visto que muitas vezes o indivíduo pode amar intensamente o outro. Proíbe-se um dos sentimentos mais admiráveis e gloriosos do ser humano que é o amor, quando este é o motivo da realização da conduta sexual.

* 1. **A FIXAÇÃO DE UMA IDADE MÍNIMA**

Antes de se fazer quaisquer considerações acerca da fixação de uma idade mínima para consentir, é necessário analisar as mudanças ocorridas na exegese do Código Penal Brasileiro. Transformações significativas ocorreram com o advento da Lei 12.015/09, que revogou e deu nova redação e entendimento, sobretudo, nos crimes contra a liberdade sexual. Antes de 2009, o Título VI da Parte Especial da legislação supra trazia: “Dos crimes contra os costumes” – aqui reside a primeira alteração, pós 2009, a redação é “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

Dentro desse Título, é de suma importância a modificação do art. 213. A letra anterior do dispositivo afirmava “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” e, com a alteração, passou dispor “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Houve, portanto, uma junção do crime de estupro com o crime de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no art. 214 do Código. Mais ainda, ampliou o rol de possibilidades no pólo passivo, alterando o objeto direto da frase de “mulher” para “alguém”. Dessa forma, o que ocorre hodiernamente é que “se alguém praticar conjunção carnal, sexo oral, sexo anal, beijo lascivo ou qualquer ato que fira a liberdade sexual de uma pessoa, seja homem ou mulher, estará consumando o crime de estupro” (BLASZAK, Carolina). Outra curiosidade a esse respeito é

que o artigo 214 do Código Penal foi revogado, porém, não houve o fenômeno de “abilitio criminis”, ou seja, quando uma lei deixa de considerar crime determinado ato. O ato descrito anteriormente como atentado violento ao pudor foi incorporado ao crime de estupro, portanto, o que era proibido ainda continua proibido. (BLASZAK, Carolina).

Além disso, a nova lei aumentou a pena mínima de quatro para seis anos e incluiu os parágrafos 1º e 2º, com suas respectivas penas. O mais relevante, nesse momento, é a análise da segunda parte do §1º, este diz que “Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos” e comina a pena no intervalo de oito a doze anos de reclusão. Por este novo dispositivo, é possível extrair que a pena é aumentada se a vítima tem idade etária entre 14 e 18 anos e isso se deve ao fato do sujeito passivo for menor de idade e do legislador ter entendido que a idade de 14 anos seria a idade mínima. Aqui entra o consentimento, pois tal idade seria a mínima para consentir expressamente – única hipótese de consentimento que exclui a antijuridicidade e, por conseguinte, o crime.

 O Código, capítulo dos crimes contra a liberdade sexual é silente quanto aos crimes cuja vítima tem menos de 14 anos e, mais ainda, a Lei 12.015/09 revogou o art. 224, que tratava da presunção de violência. Contudo, por meio de uma leitura sistemática ou mesmo uma mera aplicação, o art. 217-A tutela exatamente essa questão ao tipificar a ação de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. Ocorre que o fundamento deste é o mesmo daquele: a presunção de violência. A revogação se deu muito pela polêmica que havia acerca da constitucionalidade do art. 224, que foi sanada pelo art. 217-A e manteve a caracterização da violência presumida. Confirma isso Carolina Blaszak ao afirmar que

O artigo 224 foi revogado, o que trouxe um desfecho às discussões doutrinárias quanto a sua constitucionalidade, pois afirmavam ser este artigo incondizente com nosso Estado Democrático de Direito. O texto legal do novo artigo é mais plausível aos nossos valores democráticos, pois a presunção de violência possui uma denotação carregada de subjetivismo. O texto do novo artigo 217-A traduz uma conduta positiva descritiva, tornando o enunciado encorpado de alguns princípios gerais do direito penal, quais sejam, princípio da legalidade e da anterioridade (BLASZAK, Carolina).

Portanto, o que se apreende disso é que a prática do crime de estupro cuja vítima não tenha alcançado os 14 anos, mas houver consentimento desta, o autor comete crime de estupro – não há a caracterização de uma excludente de antijuridicidade, pois, por ser menor de 14 anos, a violência é presumida e, por conseguinte, o consentimento é irrelevante. Prova disso se tem com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.

Estupro e atentado violento ao pudor. Voto vencido no sentido da absolvição, por entender comprovado o sexo consentido da menor e por ter a mesma, em estudo social, aceitado o acusado como tutor, o que seria incompatível com a acusação. Conjunto probatório suficiente a embasar um decreto condenatório. Não há que se cogitar de absolvição se as provas constantes dos autos demonstram, de forma clara e inequívoca, que o agente, com consciência e vontade, constrangeu a vítima, sua enteada, menor de idade, praticando com ela conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Não há que falar em sexo consentido, já que a vítima contava com apenas 11 (onze) anos de idade quando os abusos sexuais se iniciaram, sendo ela, ainda, constrangida e obrigada pelo acusado a manter relações sexuais com outros rapazes. As provas dos autos são seguras em afirmar que o acusado ameaçou a vítima e a influenciou a aceitá-lo como tutor perante o Juízo da Vara de Família. Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na maioria das vezes, são praticados na clandestinidade, onde não se tem a presença de testemunhas de modo a confirmar a palavra da vítima, razão pela qual aquilo que ela afirmou ter sofrido deve ser levado em grande consideração, principalmente quando as demais provas coligidas aos autos se conformam aos seus relatos. Na espécie, o voto vencedor analisou de forma percuciente cada depoimento, sendo evidente e tranquila a prova da autoria. Reforma na dosimetria. Não obstante a nova definição jurídica da conduta (artigo 217- A do CP), deverá ser adotado o preceito secundário do artigo 213 do CP, conforme vigente à época dos fatos. Embargos parcialmente providos.

Ocorre que o próprio Código Penal faz referência a idade mínima para consentir. Esta é de 14 anos e isso se verifica na análise do art. 213, art. 217-A e a jurisprudência acerca da matéria aplica tal disposição corretamente, pois é uma fixação extremamente razoável.

* 1. **A RELATIVIZAÇÃO DA IDADE MÍNINA PELO *HABEAS CORPUS* 73.662**

Apesar de parecer bastante claro e tranquila a fixação da idade mínima em 14 anos, não foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* 73.662. A Suprema Corte decidiu por relativizar a idade pré-fixada, é o que se identifica no acórdão do HC:

ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física ou mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea ''a'', do Código Penal. (STF. *Habeas Corpus*, nº 73.662).

Tal decisão não é isolada, seguiram a mesmo entendimento do Ministro Marco Aurélio (relator do HC supra) o Ministro Luiz Fux, relator do HC 109.206 e a Ministra Cármen Lúcia, relatora do HC 93.263. Além do STF, o próprio STJ julgou um agravo regimental no recurso especial no sentido da relativização da idade mínima também:

EMENTA

Crime contra a liberdade sexual (estupro). Menor de 14 anos/presunção de violência (relatividade). Consentimento válido da menor (relevância). Agravo regimental improvido.

A partir do entendimento de que o caráter da fixação da idade mínima é relativa, se passou a considerar a hipótese de erro na conduta do autor do crime, pois este pode alegar o desconhecimento da idade da vítima – fato que já ocorreu inclusive no agravo supra. Porém, mais grave que isso é o fato de que, com a relativização, torna-se notório que se passa a levar em consideração o consentimento da vítima menor de 14 anos. Ora, no momento que há um suposto consentimento livre e expresso da vítima, por óbvio que a conduta se tornaria atípica. Portanto, praticar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos com o consentimento deste/desta não é crime.

Apesar de anti-paternalista (fato que é positivo), não há como se sustentar tal relativização. Em primeiro lugar, é irrefutável apregoar que uma criança de 12 anos, como é o caso do agravo supracitado, não tem o discernimento suficientemente necessário para consentir a prática sexual e, por óbvio que é extremamente fácil influenciar uma criança, seja psicologicamente levando-a a consentir, seja mediante violência ou grave ameaça. Vale ressaltar que o consentimento não é “simples”, implícito, obrigatoriamente há a necessidade de que este seja livre e expresso, o que se torna impraticável tendo em vista a falta de discernimento suficiente. Em segundo lugar, é preciso ter em vista que o grau de violência, ofensividade e lesividade da conduta criminosa é extremamente alto e, portanto, é inconcebível imaginar que uma criança supostamente estuprada por um adulto imputável não será crime por haver um hipotético consentimento da vítima.

Afirma-se aqui, que a relativização feita pelo STF é extremamente infeliz e, apesar de algumas decisões do STJ alinhadas a ela, a jurisprudência “dominante” do Superior Tribunal de Justiça é no sentido do caráter absoluto da idade mínima para consentir fixada em 14 anos. É o que se verifica nas seguintes decisões:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE. 1. A presunção de violência, anteriormente prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual da menor de quatorze anos, em face de sua incapacidade volitiva, sendo irrelevante o seu consentimento para a formação do tipo penal do estupro. 2. Embora a Lei n.º 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de abolitio criminis, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea a, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos - art. 217-A, do mesmo Diploma Repressivo. 3. Ordem denegada. (STJ. 5ª T. HC nº 83788/MG. Rel. Min. Laurita Vaz. J. em 29/09/2009).

e

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTUPRO CONTRA MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. MATÉRIA DE DIREITO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO NESTA SUPERIOR INSTÂNCIA. EXAME RESTRITO À MATÉRIA DE DIREITO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO. CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. 1. A controvérsia trazida para exame em sede de recurso especial, como é sabido e consabido, está sempre adstrita à matéria de direito, nunca de fato. Ao esposar a tese jurídica de que é absoluta a presunção de violência nos crimes sexuais contra menor de 14 anos, esta Corte cumpriu sua missão constitucional, não cabendo, nesse contexto, se imiscuir na análise das provas e dos fatos para proceder a um juízo condenatório ou absolutório, o que é tarefa exclusiva e inarredável das instâncias ordinárias. Ausência de violação à coisa julgada.
2. Agravo Regimental desprovido.

Torna-se nítido, portanto, que a relativização da idade mínima para consentir não foi bem recepcionada pelo STJ, que, corretamente, vem aplicando o caráter absoluto da idade de 14 anos.

**REFERÊNCIAS**

BLASZAK, Carolina. **Crimes contra a liberdade sexual**: mudanças do Código Penal. Disponível em: < http://curiofisica.com.br/direito/crimes-contra-a-liberdade-sexual-mudancas-do-codigo-penal-i>. Acesso em: 29 de outubro de 2011.

BRASIL, Código Penal.

BRASIL. Lei 12.105, de 7 de agosto 2009.

FRAGOSO, Rodrigo. **Consentimento do Ofendido**. Dísponível em: <www.fragoso.com.br/eng/arq\_pdf/artigos/arquivo64.pdf>.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINE, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STF. *Habeas Corpus*, nº 73.662.

STF. *Habeas Corpus*, nº 93.263.

STF. *Habeas Corpus*, nº 109.206.

STJ. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento, nº 900161.

STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial, nº 688.211.

STJ. Embargos infringentes e de nulidade capital, nº 0009472-96.2006.8.19.0038

STJ. *Habeas Corpus*, nº 83788.

1. *Paper* apresentado à disciplina Direito Penal I – Parte Especial, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB; [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunos do 4º período noturno, da UNDB; [↑](#footnote-ref-2)
3. Professor, orientador. [↑](#footnote-ref-3)