

A mentira que invalida o consentimento sexual: limites à criminalização do estupro mediante fraude

The lie that invalidates sexual consent: limits to the criminalization of rape-by-fraud

Tatiana Badaró 

Resumo: A ordem jurídica de países como Alemanha e Reino Unido só permite punir a prática de ato sexual mediante fraude em determinadas situações. Diversamente, o art. 215 do Código Penal brasileiro tem amplitude suficiente para possibilitar a punição sempre que a fraude constitui condição sem a qual o consentimento sexual não teria sido obtido. Ambos os modelos são criticáveis: o primeiro por se orientar, de modo geral, pela diferenciação clássica entre fraude no fato e fraude no incentivo, a qual carece de nitidez e fundamento, e o segundo por alcançar condutas que não deveriam receber a atenção do direito penal. O presente artigo discute e critica esses modelos com o objetivo de investigar o âmbito em que o legislador está, em princípio, autorizado a proibir penalmente a fraude sexual. A partir da compreensão das dimensões negativa e positiva do direito à autodeterminação sexual e do alcance dos deveres que lhes são correlatos, propõe-se interpretar o art. 215 de forma a restringir as hipóteses de incriminação às incluídas em três grupos: 1) fraudes quanto à natureza sexual do ato, quanto ao tipo de ato sexual e quanto à identidade da pessoa com quem o ato sexual é praticado; 2) fraudes que exercem pressão coercitiva ou em que há exploração de relação especial de confiança; e 3) fraudes com potencial de causar dano (físico, patrimonial ou emocional).

Palavras-chave: fraude sexual; estupro; violação sexual mediante fraude; consentimento; autodeterminação sexual.

Abstract: The legal systems of countries such as Germany and the United Kingdom only allow punishment for the practice of a sexual act through fraud in certain situations. Conversely, art. 215 of the Brazilian Penal Code is broad enough to allow punishment whenever fraud constitutes a condition without which sexual consent would not have been obtained. Both models deserve criticism: the former is generally guided by the classic distinction between fraud in the factum and fraud in the inducement, which lacks clarity and foundation, and the later reaches conducts that should not receive any attention from criminal law. The present article discusses and criticizes these models with the aim of investigating the range in which the legislator is, in principle, authorized to criminally prohibit sexual fraud. Based on the understanding of the negative and positive dimensions of the right to sexual autonomy and the reach of the duties related to them, it is proposed to interpret art. 215 in a way that restricts the hypotheses of incrimination to those included in three groups: 1) frauds regarding the sexual nature of the act, the type of sexual act, and the identity of the person with whom the sexual act is practiced; 2) frauds that exercise coercive pressure or involve exploitation of a special trust relationship; and 3) frauds with the potential to cause harm (physical, financial, or emotional).

Keywords: sexual fraud; rape; rape-by-fraud; consent; sexual autonomy.

Sumário: Introdução; 1 A violação à autodeterminação sexual como fundamento de criminalização do estupro mediante fraude; 2 A fraude que invalida o consentimento sexual; 2.1 *Fraud in the factum* e *fraud in the inducement*; 2.2 Fraude em relação a condição material; 2.3 Fraude coercitiva; 2.4 Conclusão intermediária; 3 Limites à criminalização do estupro mediante fraude; 3.1 Fraude quanto à natureza sexual do ato, quanto ao tipo de ato sexual praticado e quanto à identidade da pessoa com quem o ato sexual é praticado; 3.2 Fraude que exerce pressão coercitiva ou em que há exploração de relação especial de confiança; 3.3 Fraude com potencial de causar dano (físico, patrimonial ou emocional); Conclusão; Referências.

Introdução

Segundo uma definição relativamente recente¹, mas que tem se estabelecido como dominante², estupro é o ato sexual não consensual³. Nessa visão, não apenas o ato sexual do qual a vítima é forçada a participar, por meio de violência física, mereceria ser denominado de estupro, mas todo e qualquer ato sexual praticado com uma pessoa sem o seu consentimento voluntário. A coação é um meio passível de ser empregado para extrair de alguém um consentimento que não é verdadeiramente voluntário. A fraude também. Afinal, a fraude pode anular o consentimento sexual da mesma forma em que anula, por exemplo, o consentimento na transferência da posse ou propriedade de bens e valores. Logo, é possível que o estupro, assim como uma ofensa patrimonial, seja praticado mediante fraude.

Apesar disso, os ordenamentos jurídicos não costumam qualificar a prática de ato sexual mediante fraude como estupro. A realidade é que mentir para obter o consentimento sexual nem sempre é considerado crime. Na Alemanha, por exemplo, a lei penal não aborda explicitamente a fraude sexual e há opinião doutrinária no sentido de que esse tipo de conduta não está previsto como crime⁴. Já, no Reino Unido, a legislação sobre crimes sexuais dispõe que a fraude só invalida o consentimento sexual quando a vítima é enganada a respeito da natureza ou do propósito do ato praticado ou quando o agente se faz passar por uma pessoa que

1 HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 235.

2 RUBENFELD, *The Yale Law Journal* 122, p. 1376.

3 MCGREGOR, *In Harm's Way*, p. 231.

4 HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ* 3, p. 156. No sentido de que, pelos menos, alguns casos de fraude sexual podem ser subsumidos à legislação penal sexual alemã: VAVRA, *ZIS* 12, p. 618; CAMARGO, *ZStW* 134, p. 373.

a vítima conhece pessoalmente⁵. A legislação brasileira se diferencia por dedicar um dispositivo específico à punição da fraude sexual (art. 215 do CP), ainda que atribuindo à conduta o *nomen iuris* de violação sexual⁶, e não de estupro.

A literalidade do art. 215 do CP abarca, ao menos em princípio, todo e qualquer caso em que a fraude empregada pelo agente constitui *conditio sine qua non* para a prática do ato sexual. Portanto, não seria relevante discutir, ao menos para a configuração do crime, se a fraude é mais ou menos censurável. Contudo, será que estamos realmente dispostos a considerar que houve crime sempre que alguém mente com o objetivo de praticar um ato de natureza sexual e, por causa dessa mentira, outro indivíduo consente em participar desse ato?

Se o médico ginecologista A finge estar realizando um exame clínico na paciente B quando, na realidade, está se masturbando enquanto toca a vagina da vítima, ninguém discordaria da decisão de puni-lo criminalmente. Poucos também se oporiam à criminalização da conduta de C se ela, no meio da noite, ingressa no quarto escuro de D e, aproveitando-se do fato de que ele acredita se tratar de sua esposa E, pratica com D ato sexual⁷. Porém, muitos talvez questionem a extensão da punição a casos como o de F, que, valendo-se da semelhança física, finge ser um determinado *rockstar* e, dessa forma, engana a tiete G e a convence a manter com ele relação sexual. Polêmicos são, ainda, os casos em que alguém mente sobre seu estado civil, sua religião, sua profissão, sua condição financeira, sua ideologia política, seu sexo biológico ou mesmo sobre seus sentimentos pelo parceiro, a fim de obter o consentimento sexual, provando-se a mentira eficiente à realização desse propósito.

O objetivo do presente artigo é investigar até que ponto o legislador está, em princípio, autorizado a proibir penalmente a fraude sexual. Início analisando o direito à autodeterminação sexual como núcleo da criminalização do estupro em geral e, em específico, do estupro mediante fraude (item 1). Em seguida, apresento três perspectivas a respeito do tipo de fraude capaz de invalidar o consentimento sexual e, por conseguinte, desencadear a intervenção penal (item 2). Após concluir que essas três perspectivas se provaram inadequadas ou insuficientes, passo a identificar três grandes grupos de casos que, creio eu, preenchem o âmbi-

5 *Sexual Offenses Act* de 2003, s. 76(2). De forma semelhante, a legislação de alguns Estados norte-americanos. Ver: FALK, *Brooklyn Law Review* 64, p. 109-116.

6 Atualmente, já que, antes das reformas promovidas pela Lei nº 12.015/2009, a lei falava em posse sexual mediante fraude.

7 Em sentido contrário: KRAMER/DENZEL, *REC* 75, p. 120.

to da fraude sexual *prima facie* penalmente relevante (item 3). A conclusão final traz proposta de interpretação restritiva do art. 215 do Código Penal e aportes para se pensar a reforma do dispositivo (item 4).

1 A violação à autodeterminação sexual como fundamento de criminalização do estupro mediante fraude

Não faz tanto tempo que o estupro era compreendido, em muitos países ocidentais, como um crime contra a castidade da mulher honesta⁸, que, em última instância, constituía um crime contra a propriedade do pai ou marido da vítima⁹. Por esse motivo, vários sistemas jurídicos fizeram do uso da força, e não da ausência de consentimento, o elemento definidor do estupro. É possível dizer que, em suas origens, a alegação de estupro era mais propriamente um *meio de defesa* disponível à mulher acusada de adultério ou de fornicação, isto é, da prática ilegal de atos sexuais fora do casamento¹⁰.

Atualmente, há considerável consenso no sentido de que o estupro é um crime que viola o direito da vítima à autodeterminação sexual¹¹. Muitos autores ressaltam, inclusive, que a essência do crime de estupro se encontra na violação desse direito básico, para além do dano físico ou psicológico eventualmente produzido pela conduta¹². A autonomia sexual deve, todavia, ser entendida não como um direito único e monolítico, mas como um direito geral do qual são deduzidos outros direitos mais específicos¹³. Por isso, é comum que os autores diferenciem a *dimensão negativa* da autonomia sexual (que diz respeito ao direito a não tomar parte em atos sexuais contra a sua vontade) da *dimensão positiva* dessa autonomia (que compreende o direito a ter uma vida sexual que reflita seus desejos e suas necessidades pessoais, ou seja, a se autorrealizar sexualmente como bem entender)¹⁴.

8 O Código Penal de 1940, em sua redação original, não exigia a “honestidade” da vítima para a configuração do crime de estupro, mas fazia essa exigência em relação ao crime de posse sexual mediante fraude: “Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”.

9 DRIPPS, *Columbia Law Review* 92, p. 1780-1785.

10 SCHEIDEGGER, *German Law Journal* 22, p. 769-770.

11 MCGREGOR, *In Harm's Way*, p. 233; HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 236; SILVEIRA, *Crimes sexuais*, p. 167. Para uma visão diferente: RUBENFELD, *The Yale Law Journal* 122, p. 1423 e ss.

12 SPENA, *Diritto & Questioni Pubbliche* 10, p. 501.

13 GREEN, *Law and Lies*, p. 207.

14 HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 236-237; GIBSON, *Oxford Journal of Legal Studies* 40, p. 94-95.

A indiferença em relação à autonomia sexual de uma pessoa também é, muitas vezes, indiferença pela sua dignidade, de modo que uma visão completa sobre o conteúdo de injusto do estupro deve incluir a ideia de que a conduta, em razão de seu significado social e simbólico identificado pela perspectiva de um observador externo, humilha a vítima de maneira substancial¹⁵. É por isso que o desrespeito à autonomia alheia adquire relevância especial quando atinge o domínio da sexualidade. Como a cultura conecta as interações sexuais à esfera mais íntima e privada da vida humana, o uso não consentido do corpo de outra pessoa para fins sexuais tende a ser visto como uma forma de objetificação, ou seja, de desumanização¹⁶.

A consolidação da ideia de que o estupro é um crime contra a autodeterminação sexual da vítima – e não contra a castidade da mulher ou a propriedade do homem – tem ligação direta com a tendência recente em se compreender o estupro como sexo não consentido. Isso porque, em um sistema jurídico que reconhece e respeita a autonomia sexual dos indivíduos, o consentimento tem o *poder moral* de tornar permissível a prática de um ato sexual que, caso praticado sem ele, seria proibido, pois, se X consente em um ato sexual com Y, Y passa a ter uma *razão legítima* para praticar o ato¹⁷. Consentimento é, portanto, parte essencial da explicação sobre o que há de errado no estupro e por que devemos proibi-lo.

Para exercer esse poder de transformar a qualidade moral de uma conduta, o consentimento deve atender a alguns requisitos: precisa ser manifestado por indivíduo maduro e competente, com liberdade de escolha e detentor das informações relevantes à tomada de decisão. Logo, incompetência, coação e fraude são obstáculos à eficiência do consentimento, na medida em que afastam o caráter verdadeiramente autônomo da decisão. A fraude, assim como a coação, limita a liberdade de escolha da vítima ao *restringir as opções* que lhes estavam anteriormente disponíveis. Porém, enquanto a coação atrela um ônus à eleição de determinadas opções, a fraude impede que a vítima conheça as opções verdadeiramente existentes¹⁸.

15 HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 237.

16 VAVRA, *ZIS 12/2018*, p. 616.

17 WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, p. 120.

18 HERRING, *Criminal Law Review* (2005), p. 516.

A conduta fraudulenta *manipula* as crenças¹⁹ que informam o processo decisório alheio, buscando exercer controle sobre ele e, muitas vezes, alterando o seu resultado. Interfere, desse modo, na capacidade da vítima de se autogovernar ao impossibilitar que ela perceba estar tomando uma decisão contrária ao seu sistema de valores. Se Y mente para X e, por causa dessa mentira, X consente em praticar um ato sexual com Y, Y terá afetado a habilidade de X de fazer escolhas *autênticas* e, portanto, desrespeitado a sua autonomia. Como resultado, da mesma forma que ocorreria se Y houvesse forçado X a fazer tal escolha, não será possível responsabilizar X moralmente pelas consequências dessa decisão²⁰.

O reconhecimento de que pode haver violência ou abuso sexual mesmo quando o agressor não se utiliza de violência ou grave ameaça para vencer a resistência da vítima é uma bandeira antiga do movimento feminista²¹. Apesar disso, é possível questionar se o compromisso que muitos sistemas legais assumiram recentemente com a autonomia sexual torna realmente obrigatório recorrer ao direito penal sempre que o consentimento sexual é obtido mediante fraude. Isso porque alguns tipos de fraude sexual não invadem a dimensão negativa da autonomia sexual, afetando apenas interesses referentes a sua dimensão positiva (por exemplo, o interesse em só se relacionar sexualmente com pessoas de determinada idade, altura, sexo biológico, religião, formação acadêmica, ocupação profissional, *status* financeiro e social etc.). De fato, uma tutela jurídica abrangente de tais liberdades positivas seria contestável, pois implicaria, em contrapartida, na imposição ao parceiro sexual de deveres positivos de esclarecimento e de revelação de informações. No campo sexual, a existência de deveres desse tipo é mais difícil de justificar, inclusive porque eles podem vir a conflitar com outros direitos já bem estabelecidos, como os direitos à privacidade e a viver livre de discriminações identitárias.

É possível argumentar que essa diferenciação entre direitos/deveres negativos e direitos/deveres positivos fornece uma base pouco consistente para criticar a proibição geral da fraude sexual, uma vez que os deveres impostos por uma proibição desse tipo poderiam ser formulados como deveres negativos e não positivos. Pode-se dizer, por exemplo, que o que existe é um *dever negativo de não praticar o ato sexual na presença de uma informação relevante não revelada ao parceiro sexual*, e não um dever positivo de revelar essa informação antes da

19 GIBSON, *Oxford Journal of Legal Studies* 40, p. 88.

20 CAMARGO, *ZStW* 134, p. 365.

21 SCHULHOFER, *Law and Philosophy* 11, p. 38.

prática do ato sexual. Contudo, como nem sempre é possível saber, de antemão, se determinada informação é ou não relevante para o consentimento do parceiro sexual, isso significa que esse *dever negativo primário* de não praticar o ato sexual na presença de informação relevante não divulgada conduziria necessariamente a *deveres positivos derivados* de revelar informações ou, pelo menos, de investigar a sua relevância, a fim de evitar violar o dever negativo primário²².

2 A fraude que invalida o consentimento sexual

Como dito, o consentimento autônomo é sempre informado: só consente validamente aquele que sabe que está consentindo e no que está consentindo²³. Por isso, informações equivocadas ou deficientes podem invalidar o consentimento. Fala-se em *erro* quando alguém ignora ou se equivoca a respeito de algum elemento relevante para a tomada de decisão, seja sobre a proposta em si mesma, sobre fatos antecedentes ou eventos futuros, desde que a ignorância ou equívoco não decorram da conduta, comissiva ou omissiva, de outra pessoa. Haverá, porém, *engano* quando a ignorância ou o equívoco de quem consente for imputável àquele a quem o consentimento se dirige ou a terceiro. A *fraude* consiste na forma mais grave de engano em que alguém ludibria deliberadamente outra pessoa, seja mentindo sobre um fato ou deixando de revelar uma informação, a fim de induzir o seu consentimento²⁴.

Há grande discussão sobre quando a prática de ato sexual mediante fraude deve ser considerada estupro ou outro crime de natureza sexual. Por um lado, alguns autores sustentam que, uma vez que a ignorância e o engano invalidam o consentimento, estaremos diante de uma violação à autonomia sexual e, portanto, de um fato que merece ser tratado como criminoso sempre que a fraude funcionar como condição sem a qual determinado ato sexual não teria sido praticado. Por outro lado, há autores que defendem que, ainda que o parceiro sexual tenha sido enganado quanto a fato que constituía condição necessária ao contato sexual, a fraude sexual só deve ser criminalizada em determinadas circunstâncias. No entanto, como se verá a seguir, soluções propostas por autores de ambos os grupos se mostraram insatisfatórias.

22 LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly* 68, p. 268.

23 HYAMS, *Journal of Moral Philosophy* 8, p. 114.

24 A respeito dessas definições, conferir: FEINBERG, *Harm to Self*, p. 269 e ss.; ROXIN, *Derecho penal* I, p. 544 e ss.; SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 244.

2.1 *Fraud in the factum e fraud in the inducement*

O direito penal anglo-saxão adota tradicionalmente o entendimento de que a fraude quanto àquilo em que se consente (*fraud in the factum*) invalida o consentimento sexual, mas não a fraude quanto àquilo que incentiva o consentimento (*fraud in the inducement*). De acordo com essa visão, só invalida o consentimento sexual a fraude quanto à *natureza e qualidade do ato* ou quanto à *identidade do parceiro sexual*, excluindo-se a fraude quanto às *consequências do ato*²⁵. Assim, o consentimento seria inválido em casos como o da paciente B, que consente em realizar um exame ginecológico, não sabendo que o seu corpo está, na verdade, sendo utilizado pelo médico A para a prática de um ato sexual, e o de D, que pratica ato sexual com C acreditando se tratar de sua esposa E. Por outro lado, não invalidaria o consentimento, por exemplo, o erro de um dos parceiros quanto ao fato de que se casariam após o ato, de que receberia uma contrapartida financeira ou de que não haveria o contágio de alguma doença sexualmente transmissível.

Portanto, para as Cortes anglo-americanas, a fraude apenas invalida o consentimento sexual em hipóteses excepcionais²⁶. Esse regime jurídico é explicado pelas peculiaridades históricas do direito penal sexual dos países do *common law*²⁷. Nas origens desse sistema, a única modalidade permitida de sexo era a penetração pênis-vagina praticada entre marido e mulher. A prática de ato sexual com qualquer outra pessoa que não o cônjuge configurava o crime de adultério ou, se o agente fosse solteiro, de fornicação. A prática de ato sexual diverso da conjunção carnal poderia configurar o crime de sodomia e a solicitação de contraprestação financeira para a prática de ato sexual configurava (e ainda configura, em várias jurisdições) o crime de prostituição. Desse modo, o fato de o agente não saber que está praticando um ato sexual ou não saber que o ato não está sendo praticado com seu cônjuge adquiria relevância por afastar a própria intenção de praticar algum desses crimes. É verdade que o homem que convencesse uma mulher virgem e solteira a praticar com ele conjunção carnal sob a promessa de que eles se casariam poderia ser punido por sedução. Porém, como já dito, a decisão por criminalizar esse tipo de conduta se orientava à proteção da castidade

25 REED, *The Journal of Criminal Law* 59, p. 310-315.

26 Ver: *Boro v. Superior Court*, 163 Cal.App.3d 1224, 210 Cal. Rptr. 122 (Cal. Ct. App. 1985); *State v. Bolsinger*, 697 N.W.2d 126 (Iowa Ct. App. 2005); *State v. Vander Esch*, 662 N.W.2d 689 (Iowa Ct. App. 2002); *R v Linekar* [1995] QB 250; [1995] 2 WLR 237; [1995] 3 All ER 69.

27 Nesse sentido: BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 156.

da mulher, e não de sua autodeterminação sexual. Tanto que o “sedutor” poderia escapar da punição se casando com a vítima²⁸.

A diferenciação clássica entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement* é, hoje, alvo de críticas. Em primeiro lugar, a linha que separa esses dois tipos de fraude nos casos concretos é pouco nítida. Ainda não está claro, por exemplo, porque o erro quanto à identidade do parceiro sexual deve ser considerado como um erro quanto àquilo em que se consente, e não um erro quanto ao que motiva o consentimento. Por certo, há uma diferença essencial entre os casos de fraude quanto à natureza do ato e de fraude quanto à identidade do parceiro sexual que aproxima essa última mais das hipóteses de *fraud in the inducement* do que das de *fraud in the factum*. Afinal, nos casos de fraude quanto à natureza do ato, a pessoa enganada é reduzida a um instrumento da vontade do agente, enquanto, nos casos de fraude quanto à identidade do parceiro sexual, a vítima ainda detém o controle da decisão por praticar ou não o ato sexual²⁹.

Os Tribunais anglo-saxões já argumentaram que, quando o agente se faz passar pelo cônjuge da vítima, essa última estaria enganada quanto à própria natureza do ato, porque ela não tem ciência de estar praticando um adultério e não uma relação sexual marital³⁰. No entanto, essa explicação, além de *ad hoc* e pouco convincente, não dá conta dos casos em que a vítima possui previamente um relacionamento amoroso com a pessoa imitada, embora não seja com ela casada. Com efeito, uma vez superado o modelo no qual todo ato sexual era, em regra, impermissível, a não ser quando praticado entre marido e mulher e para fins de concepção, não parece haver razão para afastar a validade do consentimento unicamente quando a vítima for casada com a pessoa imitada.

Em segundo lugar, essa diferenciação nem sempre conduz a soluções plausíveis, pois há situações que, embora certamente se qualifiquem como *fraud in the inducement*, ensejam um nível relevante de desrespeito à autodeterminação sexual da parte fraudada. Suponha-se que o guru espiritual P convença a fiel seguidora Q, que sofre de doença grave e incurável, de que ela se curará da doença se praticar com ele determinado ato sexual. Os Tribunais anglo-americanos já afirmaram que esse tipo de caso se enquadra na categoria de *fraud in the inducement*, e não de *fraud in the factum*, e que, por isso, o consentimento sexual deve

28 BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 156.

29 HORDER, *King's Law Journal* 10, p. 105.

30 GREEN, *Law and Lies*, p. 199. A referência clássica é o seguinte precedente das Cortes irlandesas: *R. v. Dee*, 15 Cox 579 (1884).

ser considerado válido³¹. Todavia, exemplos como esse demonstram que, pelos menos em alguns casos em que a vítima é enganada quanto a fato que motiva a sua decisão por consentir no ato sexual, a fraude aparenta ser grave o suficiente para invalidar o consentimento e justificar a criminalização da conduta.

Indo além, a separação entre fraude no fato e fraude no incentivo não parece fazer sentido do ponto de vista do exercício do direito à autodeterminação sexual. Isso porque tanto o conteúdo de uma escolha quanto as suas motivações tendem a ser igualmente importantes para o indivíduo que faz uma escolha no campo sexual, uma vez que ambos os aspectos são determinados pelo *sistema de valores que molda as decisões* desse indivíduo nesse âmbito. As razões por trás das escolhas de um indivíduo são relevantes para juízos a respeito do valor dessas escolhas em matéria de autonomia, na medida em que tais razões refletem a linha de pensamento do indivíduo e o seu processo pessoal de deliberação e, por conseguinte, sinalizam se a decisão se baseia nas crenças, nos valores e nas preferências do indivíduo ou se é resultado de fatores externos, como pressão e manipulação. Daí que levar alguém a fazer algo que absolutamente não deseja fazer e levar alguém a fazer algo que não deseja fazer em determinadas condições são duas formas possíveis de se desrespeitar a autonomia alheia.

Há um paralelo entre a separação tradicionalmente feita pelo *common law* e o entendimento existente na Alemanha a respeito dos tipos de enganos que invalidam o consentimento de forma geral³². Para parte da doutrina alemã, somente os *erros referidos ao bem jurídico* invalidam o consentimento, sendo esses os erros sobre o tipo, a extensão ou a periculosidade da disposição do bem jurídico. Nessa visão, os erros que recaem sobre as *circunstâncias que motivam o consentimento* (por exemplo, as características do parceiro sexual) e as *consequências esperadas do ato* (por exemplo, quanto ao pagamento de contraprestação pela prática de ato sexual) não conduzem à invalidade. Entretanto, algumas exceções a essa regra geral são admitidas, como nos casos de *erro quanto à finalidade altruística* do ato consentido (por exemplo, a vítima é levada a acreditar que o seu sangue está sendo retirado para doação) e de *erro quanto à existência de situação análoga ao estado de necessidade* (por exemplo, a vítima aceita se submeter a uma cirurgia que acredita erroneamente ter finalidade terapêutica)³³.

31 FALK, *Brooklyn Law Review* 64, p. 158. Ver: *Boro v. Superior Court*, 163 Cal.App.3d 1224.

32 DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law*, p. 470.

33 Nesse sentido: ROXIN, *Derecho Penal*, p. 554 e ss.

À diferenciação entre enganos referidos e não referidos ao bem jurídico podem ser opostas críticas na mesma linha das feitas à distinção entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement*. Primeiramente, essa abordagem também não fornece critérios que permitam diferenciar com segurança erros quanto ao tipo, à extensão ou à periculosidade da disposição do bem jurídico de erros quanto às motivações daquele que consente ou quanto às consequências por ele esperadas do ato consentido. A fraude quanto ao uso de preservativo, por exemplo, costuma ser vista como referida ao “grau de intromissão no bem jurídico” por aqueles que entendem que esse tipo de fraude invalida o consentimento sexual, e como referida “às meras consequências do ato sexual” por aqueles que acreditam que, nesses casos, o consentimento sexual permanece normativamente intacto³⁴. Além disso, essa diferenciação também não pode ser justificada com base no direito à autodeterminação, já que os dois tipos de fraude têm potencial para infringir o exercício desse direito. Daí que são tantas as exceções que, para evitar soluções injustas, teriam de ser admitidas à regra geral de que apenas determinados tipos de enganos invalidam o consentimento que a própria necessidade de se manter a diferenciação é colocada em xeque³⁵.

2.2 Fraude em relação a condição material

A ideia de que determinados tipos de fraude não seriam graves o suficiente para invalidar o consentimento sexual costuma ser criticada por supostamente tratar a fraude sexual de forma demasiadamente benevolente em comparação com outras fraudes³⁶. Com efeito, em outros âmbitos, o direito penal anglo-americano não confere a mesma importância à distinção entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement*, considerando inválido o consentimento, mesmo quando a vítima não está em erro quanto ao fato em si, mas apenas quanto a circunstância que motivou a sua decisão. Assim, quando um médico mente para o paciente sobre o seu diagnóstico, a fim de convencê-lo a se submeter a cirurgia desnecessária, os Tribunais anglo-saxões não veem grandes problemas em afastar a validade do consentimento na intervenção médica e condenar criminalmente esse médico³⁷. Do mesmo modo, aquele que finge ser um encanador para convencer

34 Comparar: COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 305; KRAMER/DENZEL, *REC* 18, p. 120-121.

35 De forma semelhante: VAVRA, *ZIS* 12/2018, p. 614. Ver críticas também em: CAMARGO, *ZStW* 134, p. 366.

36 RUBENFELD, *The Yale Law Journal* 122, p. 1376-1377.

37 Ver caso do médico inglês Ian Peterson condenado por mentir para seus pacientes dizendo que eles tinham câncer a fim de convencê-los a consentir em se submeterem a cirurgias desnecessárias: BBC News. *Breast surgeon Ian Peterson needlessly harmed patients*. 28 abr. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-england-39748246>. Acesso em: 2 mar. 2024.

o morador a permitir que ele ingresse em seu domicílio pode, naquele sistema, facilmente ser punido por invasão de propriedade³⁸. Por certo, a autonomia sexual mereceria, pelo menos, proteção legal tão ampla quanto à conferida à integridade corporal e à propriedade.

Diante disso, alguns autores argumentam que o tipo ou a gravidade da fraude é irrelevante para a validade do consentimento sexual, pois o que importa realmente é a *relevância causal* da fraude empregada. De acordo com essa posição, a fraude invalida o consentimento sexual quando presentes duas condições: 1) quem consente está, no momento da prática do ato sexual, enganado quanto a alguma circunstância concreta; e 2) se a pessoa enganada soubesse a verdade a respeito desse fato, ela não teria consentido no ato³⁹. Isso significa que a circunstância fática em relação à qual a vítima da fraude sexual foi ludibriada precisa ser uma *condição material* do seu consentimento. Essa condição material pode dizer respeito a absolutamente qualquer aspecto do encontro sexual, desde que constitua uma *conditio sine qua non* da decisão da vítima por consentir. Logo, basta que a vítima ignore ou esteja equivocada quanto a algum *deal breaker* para que a sua escolha seja considerada como não verdadeiramente autônoma⁴⁰.

Tal abordagem é criticada por conduzir a conclusões que muitos julgariam ser exageradas e implausíveis. Imagine-se o seguinte caso: J, que faz questão de só fazer sexo com loiras naturais, vai a um encontro a cegas com K, que nasceu com cabelos castanhos escuros. Antes do encontro, sabendo que J só vai para a cama com loiras naturais, K tingiu todo o cabelo de loiro. Durante o encontro, J diz a K que deseja passar a noite com ela, mas apenas se ela garantir ter nascido com os cabelos loiros. K declara que a cor de seu cabelo é natural e mostra a J a foto de uma menina loira, dizendo ser ela quando criança. J e K dormem juntos. No dia seguinte, J descobre que K havia tingido os cabelos e que a criança da foto não era K. Como K levou J a acreditar erroneamente que ela era loira natural e o fato de K não ser loira natural era um *deal breaker* para J, isto é, ele não teria consentido no ato sexual se soubesse a verdade, o consentimento sexual de J seria, portanto, inválido e K poderia ser punida criminalmente por ter violado a autonomia sexual de J.

38 Ver: *Theofel v. Farey-Jones*, 359 F.3d 1066, 341 F.3d 978 (9th Cir. 2003). Para mais precedentes, conferir: RUBENFELD, *The Yale Law Journal* 122, p. 1377.

39 HERRING, *Criminal Law Review* (2005), p. 8.

40 DOUGHERTY, *Ethics* 123, p. 731.

A fim de evitar conclusões como essa, há quem defenda a introdução de um *parâmetro de razoabilidade*, de acordo com o qual só invalidam o consentimento sexual o erro ou a ignorância que recaem sobre condições que pessoas razoáveis considerariam como materiais para o consentimento sexual⁴¹. Como pessoas razoáveis não se importam com a cor natural do cabelo de seus parceiros sexuais a ponto de considerar essa característica pessoal como determinante para a decisão por praticar ou não atos sexuais, não haveria aqui uma fraude capaz de invalidar o consentimento. Contudo, outros autores argumentam que essa estratégia configura uma forma de *moralismo sexual*, pois o sistema jurídico estaria tentando impor aos indivíduos juízos de valor sobre quais razões devem (ou não) influir na decisão por praticar (ou não) um ato sexual. Isso porque tal parâmetro de razoabilidade se basearia necessariamente na assunção de que existem boas e más razões para fazer ou não sexo, partindo, então, da visão de que seria *errado* fazer ou deixar de fazer sexo com alguém só por causa da sua cor de cabelo (ou profissão, condição financeira, crenças religiosas, ideologia política, antecedentes criminais etc.)⁴². Assim, para os críticos ao parâmetro da razoabilidade, o consentimento sexual será inválido ainda que pessoas razoáveis não considerem a circunstância fática ignorada ou equivocadamente compreendida como essencial para a decisão por se relacionar ou não com alguém sexualmente, desde que a ignorância ou o equívoco atinja fato que constitui um pré-requisito para o consentimento da vítima em particular⁴³.

De fato, o Estado liberal deve se manter neutro em relação às motivações e preferências sexuais de seus cidadãos ao definir os contornos da tutela penal da liberdade sexual⁴⁴. Seria, no mínimo, perigoso permitir que a conclusão sobre a existência ou não de uma violação ao direito à autodeterminação sexual dependesse de uma valoração externa a respeito da qualidade moral das razões que condicionam o exercício desse direito. Por outro lado, o parâmetro de razoabilidade não resolveria todos os aparentes exageros da presente posição. Um defensor dessa visão poderia, por exemplo, entender pela ausência de consentimento sexual válido no caso em que alguém é iludido a respeito dos verdadeiros sentimentos do parceiro sexual, quando tais sentimentos eram uma condição material,

41 BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 160. Defendendo um parâmetro de razoabilidade: SCHEIDEGGER, *German Law Journal* 22, p. 782-783. A exigência de razoabilidade costuma aparecer como um recurso para alegadamente evitar que o direito penal seja usado para tutelar preferências sexuais baseadas em preconceito étnico, religioso, etc.

42 DOUGHERTY, *Ethics* 123, p. 730.

43 HERRING, *Criminal Law Review*, p. 9.

44 CAMARGO, *ZStW* 134, p. 367-368.

argumentando que pessoas razoáveis consideram a sinceridade da afeição do parceiro um dado relevante para a decisão por praticar ou não ato sexual. Assim, o conteúdo vago e manipulável do conceito de razoabilidade permite que esse parâmetro sirva como um disfarce para o moralismo sexual⁴⁵.

Várias outras objeções são levantadas contra a ideia de que o consentimento sexual será inválido sempre que a crença equivocada for causalmente relevante para o consentimento. Os críticos afirmam que punir tão amplamente a fraude sexual: 1) invadiria a esfera íntima e privada de certos grupos, como pessoas soropositivas e transexuais, que se veriam obrigadas a sempre divulgar tais informações a possíveis parceiros sexuais; 2) levaria o Estado, em alguns casos, a tutelar preferências discriminatórias (por exemplo, o desejo por não se relacionar sexualmente com pessoas de determinada religião); 3) conduziria a uma regulação excessiva das interações sexuais, a fim de evitar a ocorrência de qualquer erro ou engano capaz, em tese, de invalidar o consentimento sexual; e 4) esbarraria em sérias dificuldades práticas, especialmente no que diz respeito à comprovação segura de que, se não fosse a fraude, a pessoa enganada não teria consentido no ato⁴⁶. Além disso, alguns autores argumentam que certa dose de desonestidade é tanto esperada quanto tolerada no campo sexual, uma vez que fantasia, imaginação e ilusão fazem parte do jogo de sedução⁴⁷; que o mero arrependimento posterior, ainda que motivado pela descoberta de um fato novo, não afeta a validade do consentimento sexual prévio⁴⁸ e que a fraude, embora seja sempre censurável, só é capaz de invalidar o consentimento quando o agente exerce *controle ilegítimo* sobre a decisão tomada pela vítima⁴⁹.

No entanto, há quem entenda que tais objeções à punibilidade da fraude sexual não se mostram convincentes quando a vítima comunica claramente ao parceiro a existência de uma condição necessária para a prática de atos sexuais⁵⁰, como ocorre no caso de J e a “falsa loira” K. Assim, ficariam excluídos do alcance da lei penal os casos de mera “sedução enganosa”⁵¹, nos quais o agente pratica uma ação ou omissão com potencial de induzir a outra parte em erro quanto a uma condição material, mas o ato sexual ocorre sem que uma condição desse

45 Agradeço a um avaliador anônimo por chamar a minha atenção para este ponto.

46 Ver: VAVRA, *ZIS* 12/2018, p. 616-618.

47 SCHULHOFER, *Law and Philosophy* 11, p. 91-92.

48 MANSON, *Ethics* 127, p. 424.

49 BROMWICH/MILLUM, *Ethics* 128, p. 456.

50 VAVRA, *ZIS* 12/2018, p. 617.

51 CAMARGO, *ZStW* 134, p. 357-358.

tipo tenha sido explicitada pela suposta vítima (por exemplo, K se faz passar por loira natural para seduzir J e praticar com ele ato sexual, mas esse último não chega a informar K de que o fato de ela ser loira natural é uma condição necessária para a prática do ato).

Contra essa solução, todavia, levanta-se uma última e fundamental objeção: há informações em relação às quais um parceiro sexual em potencial simplesmente não pode fazer qualquer *reivindicação válida*⁵², mesmo quando essa informação recai sobre um dado que constitui uma *conditio sine qua non* do seu consentimento fático⁵³. Considere que L é uma mulher transexual e M é um homem cisgênero que, antes de praticar ato de natureza sexual com L, comunica a sua parceira que o fato de ele acreditar que ela é uma mulher cisgênero é uma condição essencial do seu consentimento sexual. Parece-me correto argumentar que o direito de L à autonomia sexual inclui um *direito à privacidade informacional* que impede que se reconheça a M qualquer direito a acessar informações sobre o *histórico de gênero* de L (por exemplo, informações sobre os órgãos reprodutores com os quais L nasceu)⁵⁴. L não tem qualquer dever de revelar a M tais informações privadas, tendo, inclusive, o *direito de mentir* sobre esses fatos, a fim de resguardar a sua intimidade sexual⁵⁵.

2.3 Fraude coercitiva

A ideia de que a fraude quanto a um *deal breaker* sempre invalida o consentimento sexual ignora dois pontos centrais sobre o poder normativo do consentimento. O primeiro é que a validade do consentimento de pessoas adultas e competentes, em um sistema que respeita a autonomia, depende exclusivamente da sua voluntariedade⁵⁶. O segundo é que o consentimento voluntário não é uma

52 Sobre o papel da noção de reivindicação válida na teoria dos direitos, conferir: FEINBERG, *Oxford Journal of Legal Studies* 12, p. 149-169.

53 De forma semelhante: COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 303.

54 SHARPE, *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud"*, p. 66 e 76. Na mesma linha: CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 459; GIBSON, *Oxford Journal of Legal Studies* 40, p. 90. Também de forma crítica à intervenção penal nos casos de fraude quanto ao "gênero" e à identidade étnica: GROSS, *Tulane Journal of Law & Sexuality* 24, p. 1-33; ASHLEY, *Dalhousie Law Journal* 41, p. 339-377.

55 Semelhante: LAZENBY/GABRIEL, *The Philosophical Quarterly* 68, p. 275. Atribuir ao agente, que sabe da existência de determinada condição material ao consentimento do parceiro sexual, o dever negativo de não praticar o ato sexual na ausência dessa condição implicaria atribuir também o dever positivo de revelar a informação, ao menos naquelas situações em que deixar de praticar o ato equivaleria a reconhecer que a condição material não foi satisfeita.

56 BADARÓ, *Teoria da criminalização*, p. 334.

questão de tudo ou nada, pois *voluntariedade é uma grandeza variável*⁵⁷. Assim, para que o consentimento opere o seu poder de transformação moral, não é necessário que a escolha seja perfeitamente nem totalmente voluntária, bastando que ela seja *suficientemente* voluntária. Do mesmo modo que ocorre com a coação, a fraude pode ou não reduzir o nível de voluntariedade de uma escolha até patamar abaixo do mínimo necessário para que ela seja considerada como suficientemente voluntária. Isso significa que a simples constatação de que, se não fosse a fraude, o indivíduo não consentiria no ato não é suficiente para invalidar o consentimento.

Nessa linha, há quem afirme que nem toda fraude quanto a um *deal breaker* invalida o consentimento, pois *deal breakers* podem ser fortes ou fracos. A fraude quanto a um *deal breaker forte* leva a vítima a consentir em algo em que *nem em um milhão de anos* ela consentiria, enquanto a fraude quanto a um *deal breaker fraco* simplesmente faz pesar a balança em favor de consentir em algo em que a vítima *em outros mundos muito próximos* consentiria⁵⁸. Dito de outra forma, haveria uma hierarquia entre as condições materiais do consentimento, de modo que apenas as fraudes que recaiam sobre as condições que podemos denominar de *essenciais*, em oposição àquelas que seriam meramente *acidentais*, invalidariam o consentimento. A questão passa a ser, então, investigar critérios que permitam diferenciar, no que concerne ao consentimento sexual, *deal breakers* fortes de *deal breakers* fracos ou, em outras palavras, condições materiais essenciais de condições materiais acidentais.

Feinberg é um dos autores que defende que, nos casos de *fraud in the inducement*, as crenças induzidas podem ser classificadas conforme a relevância de cada uma dentro do conjunto de razões que são materiais para o consentimento. Para ele, a crença equivocada pode se apresentar, no caso concreto, como: 1) a única condição e em si mesma suficiente para o consentimento; 2) um elemento essencial de uma condição suficiente; 3) uma condição necessária, mas insuficiente; ou 4) uma condição desnecessária e insuficiente⁵⁹. A fraude só tornará o consentimento menos do que suficientemente voluntário se o fato ignorado ou erroneamente compreendido pela vítima constituir uma condição não só necessária para o consentimento, mas em si mesma suficiente ou elementar a uma condição

57 Nesse sentido: FEINBERG, *Harm to Self*, p. 104; ARCHARD, *Sexual Consent*, p. 50; WESTEN, *The Logic of Consent*, p. 180.

58 Defendendo essa visão: MANSON, *Ethics* 127, p. 419.

59 FEINBERG, *Harm to Self*, p. 301. Ver, também: FEINBERG, *Ethics* 96, p. 330-345.

suficiente (condições dos grupos 1 e 2). Voltando ao exemplo da falsa loira K, o fato de J acreditar que os cabelos de K são naturalmente loiros é definitivamente uma condição necessária para que J consinta em fazer sexo com K, mas não uma condição em si suficiente nem elementar a uma condição suficiente (afinal, J não teria feito sexo com K se não sentisse atração por ela, ainda que K tivesse realmente nascido com os cabelos loiros).

E em quais situações a crença equivocada poderá ser considerada como uma condição necessária e suficiente (ou inerente a uma condição suficiente) para o consentimento sexual? Apenas quando a conduta do agente, além de fraudulenta, exercer *pressão coercitiva* sobre as escolhas da vítima⁶⁰. É o que ocorre no caso do guru espiritual P. Ao mentir para a crédula Q, afirmando que ela se curará de uma doença grave se praticar com ele determinado ato sexual, P não apenas *manipula as crenças de Q* como também *constrange Q psicologicamente a escolher determinada opção*, já que a faz acreditar que escolher diferente implicaria grave consequência indesejada (isto é, não se curar e morrer em razão da doença). Observa-se que, se não fosse o caráter fraudulento da proposta feita por P, sequer se poderia falar em pressão coercitiva apta a invalidar o consentimento⁶¹. Excluída a fraude, a hipótese se aproximaria, na verdade, do caso de um cirurgião que colhe o consentimento do paciente após informá-lo (corretamente) de que ele provavelmente morrerá se não se submeter a uma cirurgia.

Por outro lado, a fraude não exerceria a mesma pressão coercitiva – e, por conseguinte, não reduziria a voluntariedade do consentimento para alguém do suficiente – se o guru P oferecesse falsamente apenas um prospecto mais atrativo, e não a eliminação de um mal intolerável⁶². Assim, se a seguidora Q, não estando doente, houvesse consentido em praticar ato sexual com o guru P porque foi convencida por ele de que sexo com o guru a manteria em perfeita saúde, o consentimento sexual de Q seria válido. De fato, a opção pelo tipo de criminalização seletiva do estupro mediante fraude proposto por Feinberg é coerente com a percepção de que, hoje, o direito penal sexual está preocupado precipuamente em evitar que as pessoas sejam coagidas a praticar atos sexuais e não em garantir

60 FEINBERG, *Harm to Self*, p. 302-303. Para tanto, a fraude, assim como a ameaça que invalida o consentimento, precisa ser suficientemente grave e verossímil.

61 Isso é o que diferencia o caso em questão da ameaça por meio de simulação de arma. No caso da simulação de arma, a conduta do agente, ao mesmo tempo, coage e engana. Porém, a arma ser verdadeira ou falsa é irrelevante para a existência de uma coação ilícita. Já, no caso do guru, não haveria sequer que se considerar a existência de coação ilícita se não fosse pelo emprego da fraude.

62 No sentido de que a conduta merece ser punida mesmo nessa variação do caso do guru, pelo fato de haver uma violação de confiança: CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 455 e ss. Voltarei a este ponto no item 3.2.

que elas tenham acesso a todas as informações que julguem relevantes para tomar decisões em matéria sexual⁶³.

Apesar disso, essa proposta pode ser criticada por limitar a punibilidade do estupro mediante fraude a hipóteses excessivamente restritas. A exigência de que a fraude tenha também caráter coercitivo para invalidar o consentimento sexual impediria que se punisse, pelo menos por crime sexual, o indivíduo que mente dizendo não ser portador de doença sexualmente transmissível para que o parceiro consinta em praticar sexo sem proteção. Afinal, sendo o consentimento sexual válido, não haveria que se falar em violação à autonomia sexual do parceiro ludibriado, embora subsista a ofensa a sua integridade corporal. É verdade que o defensor da presente proposta poderia argumentar que o engano quanto ao risco de transmissão de doença recai sobre a própria qualidade do ato sexual e, por isso, constitui *fraud in the factum*, o que dispensaria a necessidade de que a fraude também exerça pressão coercitiva, requisito que o próprio Feinberg reconhece como aplicável apenas aos casos de *fraud in the inducement*. Entretanto, essa solução acaba evidenciando que: 1) a proposta de Feinberg não rejeita a diferenciação entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement*, sendo, na verdade, dependente dela; e 2) não é difícil converter em uma hipótese de fraude no fato mesmo um caso tradicionalmente apresentado como de fraude no incentivo, sobretudo quando nossas intuições forem fortes no sentido de que a fraude em questão deve sim invalidar o consentimento sexual. Por outro lado, se rejeitarmos essa proposta e abrirmos mão totalmente da exigência de um elemento coercitivo na fraude no incentivo, o que sobra é a distinção entre *deal breakers* fortes e fracos (ou entre erro essencial e acidental), a qual pode se provar, na prática, tão nebulosa quanto a distinção entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement*.

2.4 Conclusão intermediária

Não se pode exigir das escolhas individuais que, a fim de que sejam respeitadas, elas atendam a um padrão idealizado de autonomia. Tendo em vista a falibilidade das faculdades cognitivas humanas e a permeabilidade natural da agência deliberativa individual a impulsos internos e influências externas, nenhuma escolha é perfeitamente voluntária⁶⁴. Logo, para que o consentimento possa exercer o seu poder moral e tornar permissível um ato que, sem ele, seria proibido, basta que seja suficientemente voluntário. Porém, se o consentimento em

63 CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 414.

64 Semelhante, embora chegando a solução diferente: CONLY, *Against Autonomy*, 2013.

concreto é ou não suficientemente voluntário – e, por consequência, válido –, não é uma questão matemática, e sim de julgamento normativo, dependendo, no final das contas, da reflexão sobre os limites da intromissão estatal em escolhas que não excedem a esfera de liberdade individual⁶⁵.

Assim como ocorre com a coação, o erro e o engano podem ou não tornar a decisão menos do que suficientemente voluntária⁶⁶. Contudo, isso não significa que o mesmo tipo de fraude que invalida, por exemplo, o consentimento em uma transação patrimonial necessariamente invalidará o consentimento sexual. Afinal, o parâmetro que define se o consentimento é ou não suficientemente voluntário deve se adequar ao contexto específico em que o consentimento é manifestado⁶⁷. Portanto, os pressupostos do consentimento real válido variam conforme se trate de consentir em praticar um ato sexual com outra pessoa, submeter-se a uma intervenção cirúrgica com finalidade terapêutica ou ter colocado um *piercing* na língua⁶⁸. As particularidades não decorrem apenas das diferenças quanto à gravidade e revogabilidade dos riscos envolvidos em cada decisão, mas também das circunstâncias fáticas em que os indivíduos normalmente fazem cada uma dessas escolhas (por exemplo, enquanto atos de disposição patrimonial podem ser racionais e ponderados, decisões no âmbito sexual sempre se orientam mais pelo desejo e pela emoção)⁶⁹.

A depender das circunstâncias concretas, a fraude quanto a um *deal breaker* pode não invalidar o consentimento sexual, pois há fraudes que, ainda que moralmente censuráveis, não justificam que se recorra à repressão estatal. No entanto, a diferenciação entre *fraud in the factum* e *fraud in the inducement* não colabora para identificar quais fraudes barram o poder normativo reconhecido ao consentimento sexual, já que os dois tipos de fraude têm potencial para tanto. Por outro lado, as fraudes tradicionalmente categorizadas como *fraud in the inducement* que são capazes de invalidar o consentimento sexual vão além daquelas que exercem pressão coercitiva sobre a decisão da vítima. Deve-se, então,

65 VON HIRSCH/SIMESTER, *Crimes, Harms, and Wrongs*, 2014, p. 174-175.

66 Em sentido contrário, Bromwich e Millum entendem que o engano, diferentemente da coação, não afeta a voluntariedade de forma variável: BROMWICH/MILLUM, *Ethics* 128, p. 460.

67 FEINBERG, *Harm to Self*, p. 122.

68 Como ressaltado por alguns autores, aquilo que é verdadeiramente “material” para o consentimento varia de acordo com o contexto em que o consentimento é manifestado: CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 444-446; MANSON, *Ethics* 127, p. 426.

69 BOHLANDER, *The Journal of Criminal Law* 71, p. 415.

buscar outro caminho para delimitar o âmbito em que a fraude sexual adquire relevância penal.

3 Limites à criminalização do estupro mediante fraude

De forma geral, o direito penal não protege as pessoas de serem simplesmente enganadas por outras⁷⁰. A lei penal pune autonomamente a coação (dando-lhe, no Brasil, o nome de constrangimento ilegal), mas não costuma punir a fraude e a mentira em si mesmas. O Código Penal e a legislação extravagante se ocupam especialmente da farsa que é meio para prejudicar alguém financeiramente ou para obter uma vantagem indevida (como nos crimes de estelionato e sonegação fiscal), bem como daquela que atinge fato cuja veracidade é relevante para a execução de funções essenciais do Estado (como nos crimes de falsidade documental e falso testemunho). A lei também não pune toda e qualquer intrusão fraudulenta na esfera corporal de outra pessoa⁷¹ (por exemplo, se N finge ser um cabeleireiro para obter o consentimento de O para tocar em seu cabelo, a conduta de N será impunível). Contudo, essas constatações, embora relevantes para uma reflexão de política-criminal, não fornecem um argumento definitivo contra a ampla punibilidade da fraude sexual. Elas só nos mostram que o legislador optou por não criminalizar a fraude em si mesma, mas não que ele não estivesse autorizado a fazê-lo se assim quisesse.

Contra a ampla punibilidade da fraude sexual, mais relevante é a constatação de que *não existe um dever jurídico geral de dizer a verdade*⁷², embora um dever moral desse tipo possa ser defendido⁷³. Isso significa que não mentir ou enganar é algo que pode até ser genericamente exigido de nós como agentes morais, mas não como membros de uma comunidade política juridicamente organizada. Esse dever moral só se converte em um dever jurídico em situações específicas. Uma situação assim se faz presente, por exemplo, quando o engano viola a dimensão negativa da autonomia sexual de outra pessoa, ou seja, quando retira da vítima a decisão por praticar ou não o ato sexual. Mais complexos são os casos em que o engano viola apenas a dimensão positiva da autonomia, isto

70 HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ* 3, p. 160.

71 VAVRA, *ZIS* 12/2018, p. 615.

72 BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 164.

73 Embora, como demonstra Wertheimer, a extensão do dever moral de dizer a verdade e de revelar informações relevantes também vá sempre variar, a depender das normas de moralidade positiva aplicadas ao contexto da interação social. Por exemplo, é claro que um empresário não tem o dever de revelar a um concorrente informações sobre o novo produto que está desenvolvendo: WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, p. 210-211.

é, quando impede que a vítima molde a sua experiência sexual de acordo com as suas aspirações e os seus desejos. Como visto, a tutela penal de direitos positivos deve ser mais comedida, pois efetivá-la, na prática, exige que também se atribua aos indivíduos deveres positivos correlatos. Por certo, não há como sustentar a existência de um *dever jurídico de cooperação* para que os outros vivam plenamente as suas preferências sexuais⁷⁴, embora seja adequado postular a existência de deveres cívicos de cooperação em outros âmbitos (por exemplo, preservação ecológica, funcionamento do sistema de justiça e ações de salvamento “fácil”)⁷⁵.

A questão passa a ser, então, definir até que ponto é legítima a intervenção do direito penal quando a fraude interfere apenas na dimensão positiva da autonomia sexual. A *ideia de autorresponsabilidade* – de acordo com a qual compete a quem consente no ato sexual assegurar-se de que dispõe de toda a informação que julga relevante para a decisão por consentir – não me parece ter um papel tão determinante na delimitação do âmbito do criminalizável, como sugerem alguns autores⁷⁶. Isso porque há casos em que, embora a vítima tenha sido diligente para evitar ser enganada, a fraude em questão ainda não é do tipo que merece a atenção do direito penal (pense-se em uma variação do caso da falsa loira K em que J tenha feito tudo o que estava ao seu alcance para se certificar da cor natural do cabelo de sua parceira). Ademais, fato é que aos indivíduos deve ser reconhecido o *direito a confiar minimamente em seus parceiros sexuais*, já que seria praticamente impossível desfrutar da experiência sexual tendo a obrigação de se manter constantemente vigilante para evitar ser enganado a respeito de alguma condição para o consentimento⁷⁷.

Mais promissor me parece ser o *critério do potencial danoso*. Como visto, a fraude tende a adquirir especial relevância para o legislador penal quando acompanhada de algum tipo de prejuízo aos interesses da vítima, mormente de prejuízo patrimonial. Assim, faz sentido incluir a fraude sexual no escopo da lei penal quando a conduta tem potencial de causar à vítima danos que vão além da intervenção em sua liberdade sexual. Há quem critique esse critério argumentando que os danos geralmente associados à fraude sexual são difíceis de serem determinados objetivamente, pois dependem, em boa parte, da experiência psíquica de cada vítima e da forma como ela valora a própria sexualidade. Além disso,

74 CAMARGO, ZStW 134, p. 383-384.

75 Conferir: Ver: RAWLS, *A Theory of Justice*, p. 126-130; ARNESON, *Ethics* 92, p. 622-623.

76 Ver: COCA VILA, *InDret* 4, p. 303.

77 CAMARGO, ZStW 134, p. 357-376.

a autodeterminação sexual tem valor em si mesma e merece proteção independentemente de qualquer avaliação a respeito das consequências possivelmente advindas da sua violação⁷⁸.

Todavia, como se verá na sequência, o critério do dano será aqui adotado apenas como um “marcador” ou, dito de outra forma, como um atalho para se chegar a alguns dos casos relevantes de fraude sexual, não significando que o dano ou risco de dano seja condição necessária ou suficiente a justificar a criminalização da fraude sexual. Por certo, as hipóteses de fraude sexual que primeiro saltam aos olhos como fortes candidatas à criminalização são justamente aquelas em que, independentemente do impacto da conduta sobre o bem-estar (físico, psíquico, econômico, etc.) da vítima, o desrespeito a sua autodeterminação sexual possui um especial conteúdo de injustiça que extrapola os limites da mera imoralidade e ingressa no âmbito do relevante para o pacto social de coexistência livre e pacífica⁷⁹.

Com isso em mente, usarei este tópico para identificar os três âmbitos nos quais, a meu ver, o legislador possui, em princípio, boas razões para criminalizar a fraude sexual. O primeiro diz respeito aos casos em que a fraude sexual *viola a dimensão negativa do direito à autodeterminação sexual*. Já o segundo alcança as situações em que a conduta *viola a dimensão positiva desse direito ao violar um dever positivo correlato*, havendo boas razões jurídicas (e não meramente morais) para se atribuir ao agente um dever dessa natureza. Nesses dois grupos de casos, a vítima possui uma *reivindicação válida em relação à informação* e tem, portanto, *o direito a não ser enganada*. O terceiro e último âmbito trata dos casos em que o dever negativo geral de não causar danos não consensuais a outras pessoas produz um *dever negativo derivado de não praticar o ato sexual com a pessoa em erro*, sendo que a violação a esse dever negativo derivado e o potencial danoso da conduta fundamentam *prima facie* a sua proibição penal.

3.1 Fraude quanto à natureza sexual do ato, quanto ao tipo de ato sexual praticado e quanto à identidade da pessoa com quem o ato sexual é praticado

Este primeiro grupo reúne as hipóteses de fraude sexual em relação às quais há pouca ou nenhuma discordância quanto à legitimidade da decisão do legislador por criminalizá-las. É aqui que entra o caso do médico A que se masturba

78 Fazendo tais críticas: CAMARGO, ZStW 134, p. 381.

79 Conferir: BADARÓ, *Teoria da criminalização*, p. 236.

enquanto finge realizar um exame ginecológico na paciente B. Nesse exemplo, o consentimento sexual não está presente nem mesmo enquanto dado fático, uma vez que a paciente B *desconhece a própria natureza sexual do ato consentido*. A paciente acreditava que aquele era um exame médico protocolar, quando, na verdade, o seu corpo estava sendo tocado com o objetivo de proporcionar prazer ao agente. Logo, não há dúvida de que a dimensão negativa do direito da vítima à autodeterminação sexual foi violada, já que ela não teve sequer a oportunidade de decidir por praticar ou não o ato sexual. Por isso, não é exagero dizer que esse tipo de fraude sexual é normativamente equiparável à prática de atos sexuais com pessoa inconsciente ou intelectualmente incapaz de compreender o caráter sexual do ato⁸⁰.

Também não há dúvida de que a dimensão negativa do direito à autodeterminação sexual é violada quando a vítima é *enganada quanto ao tipo de ato sexual a ser praticado*. É o que ocorre quando o agente pratica com a vítima ato sexual diverso do combinado (por exemplo, penetra a vítima com um objeto, e não com o pênis). Assim como no caso do falso exame ginecológico, aqui a vítima também é levada a participar de ato sexual no qual ela não consentiu. Contudo, há que se ter atenção com algumas interpretações referentes a esse subgrupo de casos.

Alguns autores compreendem o engano quanto ao tipo de ato sexual como sendo um engano quanto ao “grau específico de ingerência corporal da relação sexual”⁸¹. Por essa razão, tais autores incluem nesse segundo subgrupo o *stealthing*, isto é, a retirada do preservativo durante a relação sexual sem o conhecimento do parceiro, argumentando que o *stealthing* impõe à vítima um nível de ingerência corporal superior ao consentido. Porém, se a retirada do preservativo, ao incrementar o grau de intromissão na esfera corporal do parceiro, alterasse a própria modalidade de ato sexual, o mesmo teria de valer, por exemplo, para o caso em que um parceiro engana o outro quanto ao tamanho real de seu pênis, o que não me parece correto⁸². A liberdade sexual negativa da vítima é violada quando ela é levada a praticar o ato sexual X, tendo consentido apenas na prática do ato sexual Y. Por certo, uma penetração pênis-vagina continua sendo uma

80 No mesmo sentido: FEINBERG, *Ethics* 96, p. 339; HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ* 3, p. 160; COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 304.

81 Ver: COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 305; HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics*, p. 241.

82 Com essa comparação, não pretendo igualar o erro quanto ao uso de preservativo ao erro quanto ao tamanho do pênis. Como ficará mais claro adiante, entendo que o primeiro erro é sim penalmente relevante, enquanto o segundo, ao menos em regra, não. O meu objetivo é apenas argumentar que o alegado “incremento na ingerência corporal”, por si só, não modifica a modalidade do ato sexual. Agradeço a um avaliador anônimo pela ponderação crítica em relação a essa comparação.

penetração pênis-vagina, independentemente de ser praticada com ou sem preservativo⁸³.

A explicação dada por Coca Vila para excluir o *stealth* “inverso” do âmbito das fraudes sexuais penalmente relevantes demonstra que a inclusão do *stealth* nesse mesmo âmbito não se fundamenta em uma suposta alteração no *tipo* de ato sexual praticado (ato com preservativo *versus* ato sem preservativo), e sim em considerações relativas às suas possíveis *consequências*: segundo o autor, aquele que usa o preservativo, mesmo tendo combinado o contrário com seu parceiro sexual, interfere *menos do que o pactuado* na esfera corporal do parceiro e, por isso, a relevância penal da sua conduta deve ser excluída pelo critério clássico da imputação objetiva da *diminuição do risco*⁸⁴. A meu ver, os casos em que a fraude recai sobre um aspecto da relação sexual que não altera a modalidade dessa relação, mas a torna mais *arriscada* do que o combinado, devem ser tratados separadamente (item 3.3).

Finalmente, a dimensão negativa do direito à autodeterminação sexual da vítima é violada quando ela é enganada quanto à *identidade da pessoa com quem o ato sexual é praticado*. Muitos provavelmente discordarão de que haja, nesses casos, violação à liberdade sexual negativa, mas me permitam elaborar melhor essa ideia. O consentimento sexual tem algumas particularidades, as quais decorrem do caráter especialmente íntimo das relações sexuais. Por exemplo, consentir em manter relação sexual é um ato *personalíssimo*, o que torna inadmissível a figura do consentimento sexual por representação⁸⁵. Ademais, aquele a quem se dirige o consentimento ser quem ele é constitui, como regra geral, fator determinante para a decisão por consentir no ato sexual, o que não parece ser o caso em outros âmbitos. O paciente que consente em se submeter a uma intervenção terapêutica, por exemplo, pode ser indiferente ao fato de a intervenção ser realizada por A ou B, desde que se trate de médico com qualificação para tanto. De acordo

83 Diversamente: BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law* 32, p. 190-191. Segundo Brodsky, a vítima consente no toque íntimo com o preservativo, e não com a pele do pênis. Porém, a própria autora reconhece que a diferença entre penetração com preservativo e penetração sem preservativo não é tão clara quanto a diferença entre penetração vaginal e penetração anal.

84 COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 305-306. Reconhecendo expressamente que um argumento para se considerar que a penetração sem preservativo é um ato sexual diferente da penetração com preservativo é justamente o fato de o primeiro implicar no maior risco de gravidez e transmissão de doenças: BRODSKY, *Columbia Journal of Gender and Law* 32, p. 191-192.

85 O consentimento por representação é o consentimento manifestado pelo representante legal de pessoa incapaz, tanto nos casos de incapacidade etária quanto psíquica. Ver: SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 240.

com a doutrina, o erro do paciente quanto à identidade do médico só invalida o consentimento em situações específicas, como quando há uma especial relação de confiança entre médico e paciente⁸⁶.

Logo, considerando que o desejo sexual não é fungível e sim dirigido a uma pessoa específica⁸⁷, e que a interação sexual tem caráter especialmente íntimo, *um pressuposto mínimo para a validade do consentimento sexual é que aquele que consente saiba não apenas que está praticando um ato sexual e qual o ato sexual praticado, mas também com quem está praticando*⁸⁸. Da mesma forma que o consentimento em se submeter a exame médico não implica o consentimento em ter seu corpo utilizado para fins libidinosos e o consentimento em praticar o ato sexual X não implica o consentimento em praticar o ato sexual Y, consentir em manter relações sexuais com A não implica consentir em manter relações sexuais com B. O fato de a pessoa enganada ter prazer e desfrutar do ato sexual é irrelevante para a conclusão de que uma barreira deontológica contra intervenções externas foi ultrapassada. Como já foi aqui salientado, o direito à autodeterminação sexual é um *trunfo não instrumental*⁸⁹ e a sua violação independe de eventuais consequências negativas para os interesses do titular do direito violado.

Assim, no caso em que C ingressa clandestinamente no quarto de D, no meio da noite, e, fazendo-se passar por E, esposa de D, pratica com ele ato sexual, a fraude cometida por C é do tipo penalmente relevante⁹⁰. Entretanto, a mesma solução não se aplica a casos como o da tiete G e o falso *rockstar* F, em que F finge ser um famoso astro do rock e, dessa forma, convence G, uma fã incondicional desse artista e que F acabara de conhecer em um bar, a praticar com ele ato sexual. Com efeito, enquanto D acreditava que C era, na realidade, sua esposa E, que acabava de entrar em seu quarto no meio da noite, a tiete G sabia que F era exatamente a mesma pessoa que ela havia conhecido no bar. Igualmente, no caso da falsa loira K, J sabe que K é a mulher com quem ele teve um encontro às

86 Conferir, com mais referências: SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 249.

87 Ver: GREEN, *How to Criminalize Incest*.

88 No mesmo sentido: BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 163; GREEN, *Law and Lies*, p. 195-196; HÖRNLE, *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, p. 241; HOVEN/WEIGEND, *KriPoZ* 3, p. 160; COCA VILA, *InDret* 4/2022, p. 305.

89 Ver: STEWART, *Criminal Law and Philosophy* 4, p. 19.

90 Imaginemos outro caso para o qual vale a mesma conclusão. Um homem telefona para a sua namorada e combina a realização, naquela noite, de uma fantasia sexual: ela deixaria a porta da casa destrancada e aguardaria por ele deitada na cama, de olhos vendados. Ele entraria na casa e, sem dizer nada, praticaria com ela ato sexual. Um colega de trabalho do homem escuta a conversa e se antecipa para chegar à casa da mulher antes de seu namorado. Ele ingressa na casa e, aproveitando-se que a mulher estava vendada e pensava que ele era seu namorado, pratica com ela ato sexual.

cegas, estando enganado apenas quanto a uma característica pessoal de K (a cor natural dos cabelos). Diferentemente de G e J, D se encontrava em uma situação na qual a existência de engano sequer se apresentava como uma possibilidade realista⁹¹. Portanto, somente D *não sabia o suficiente para exercer um controle mínimo sobre a decisão de participar ou não da interação sexual*⁹².

3.2 Fraude que exerce pressão coercitiva ou em que há exploração de relação especial de confiança

O presente grupo trata dos casos em que, embora a vítima esteja ciente de estar praticando um ato de natureza sexual, de qual o tipo de ato sexual praticado e saiba com quem o está praticando, a dimensão positiva da sua autodeterminação sexual é violada por ter o parceiro sexual descumprido previamente um *dever positivo de esclarecimento*. Parece-me haver boas razões para atribuir ao agente um dever positivo desse tipo, em primeiro lugar, quando ele se utiliza, para a obtenção do consentimento sexual, de *fraude que exerce pressão coercitiva sobre as escolhas da vítima*, levando-a a acreditar falsamente que a escolha por não praticar o ato sexual implicaria uma consequência indesejada grave, cuja produção, diferentemente dos casos “puros” de coação, não está sob o domínio do agente. É o que ocorre no já mencionado exemplo do guru P e a fiel seguidora Q, no qual, com o seu comportamento fraudulento, P faz com que Q se sinta *forçada* a praticar com ele o ato sexual. Tendo em vista que prevenir e reprimir casos de *sexo por coerção* é a principal preocupação do direito penal sexual moderno⁹³, é justo que o legislador atribua a P um dever jurídico positivo, correlato à liberdade sexual positiva de Q, de esclarecer a verdade dos fatos antes da prática do ato sexual.

Em segundo lugar, a atribuição de dever positivo semelhante pode ser fundamentada, de forma mais geral, sempre que houver a *combinação entre o emprego da fraude e a exploração de relação especial de confiança*. É o caso do professor de canto que convence uma pupila de que praticar ato sexual com ele melhora o seu desempenho vocal porque “abriria a passagem de ar”⁹⁴. A mesma solução vale para outros casos envolvendo a relação entre professores e alunos, médicos e pacientes, terapeutas e pacientes, gurus e seguidores, agentes de cus-

91 Agradeço a um avaliador anônimo pelos comentários que incentivaram o aprofundamento da argumentação.

92 Semelhante: TADROS, *Wrongs and Crimes*, p. 205.

93 CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 414.

94 Caso semelhante foi julgado pelas cortes inglesas no precedente *Rex v. Williams*, de 1992. Sobre o tema: CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 457.

tódia e custodiados etc. Em todas essas relações, é comum que se estabeleça uma dinâmica de poder que as torna desiguais. Uma das partes, para obter aquilo que se espera da relação (aprendizagem, tratamento, aprimoramento, proteção etc.), precisa confiar nos conhecimentos, nas habilidades e nos recursos que a outra parte alegadamente concentra e, como resultado, vê-se colocada em uma posição de subordinação e dependência em relação à parte que possui (ou se apresenta como tendo) a vantagem informacional⁹⁵. Por outro lado, aquele que assume, por sua própria vontade, funções de orientação, tratamento, aconselhamento, proteção etc. passa a ocupar uma posição de autoridade e, por isso, é dele exigido o cumprimento de determinados deveres de informação e esclarecimento. Obviamente, esses deveres não são amplos (o profissional não tem, por exemplo, a obrigação de revelar informações sobre a sua vida privada), mas se restringem aos aspectos relevantes para o desempenho da função⁹⁶.

3.3 Fraude com potencial de causar dano (físico, patrimonial ou emocional)

O terceiro e último grupo diz respeito à *fraude sexual que tem potencial de causar à vítima danos de natureza diversa*. Nesses casos, o agente tem consciência da periculosidade do ato sexual para os interesses básicos do parceiro, mas não o informa ou mesmo o engana a esse respeito, vindo a relação sexual a ocorrer sem que a outra parte tenha consentido no risco. Ao praticar o ato sexual com a pessoa em erro ou enganada, o agente viola um *dever que deriva do dever negativo geral de não causar dano (nem perigo de dano) não consensual a outras pessoas*. Além de ter a sua liberdade sexual positiva violada, a vítima tem prejudicado ou ameaçado algum interesse protegido por algum direito negativo de outra ordem, ou seja, que não o direito à liberdade sexual negativa.

O *stealthing* se enquadra no presente grupo de casos. A pessoa enganada pelo parceiro quanto ao uso de preservativo não consente nos riscos para a sua integridade física advindos da relação sexual desprotegida, tais como a transmissão de doenças e, no caso de mulheres, de gravidez. Pelo mesmo motivo, deve também ser incluído aqui o caso daquele que esconde ser portador de doença sexualmente transmissível para convencer o parceiro a praticar ato sexual sem preservativo. Nessa última hipótese, não se atribui ao agente o dever positivo de

95 Defendendo a adoção de um modelo fiduciário para as relações sexuais, quando a interação é altamente desigual em razão da diferença entre as partes em termos de competências e informação: WERTHEIMER, *Consent to Sexual Relations*, p. 213.

96 Semelhante: CAMARGO, *ZStW* 134, p. 388.

revelar a sua condição de saúde, o que infringiria o seu direito à privacidade, mas o *dever negativo de não praticar o ato sexual sem a proteção eficiente ou sem o consentimento do parceiro no risco*. Afinal, todos temos *prima facie* o dever de não causar dano a outras pessoas, bem como de não as expor a risco de dano, sem o seu consentimento.

Como nosso dever negativo geral de não causar danos a outras pessoas vai além dos danos à integridade física alheia, não vejo razão para não incluir, nesse grupo de casos, fraudes sexuais com potencial para causar danos de outra natureza. É o caso daquele que se utiliza de uma *falsa promessa de contraprestação financeira* para manter relações com uma profissional do sexo⁹⁷. Em situações assim, o interesse econômico da vítima é frustrado como o de qualquer prestador de serviço que é enganado e manipulado por um golpista que consegue obter o serviço gratuitamente. Para além do desvalor moral intrínseco a qualquer fraude, a relevância penal desse tipo de fraude sexual pode ser justificada pela combinação entre o desrespeito à liberdade sexual positiva da vítima, o prejuízo ao seu interesse financeiro e a obtenção, pelo agente, de uma vantagem indevida.

Mais controversa é a possibilidade de incluir no escopo da lei penal a fraude sexual que produz dano de natureza exclusivamente emocional⁹⁸. De forma geral, há considerável oposição à ideia de legitimar a criminalização de condutas com base em alegados danos emocionais ou psíquicos⁹⁹. No contexto específico da fraude sexual, há quem resista em classificar como danosa uma conduta cuja ofensividade só se manifesta no momento em que a vítima descobre que foi enganada¹⁰⁰. Apesar disso, partindo do pressuposto de que o dano psicológico é um fenômeno real¹⁰¹, não vejo como descartar, de antemão, a validade da decisão do legislador por criminalizar a *fraude sexual que produz perigo concreto*¹⁰² de

97 Murphy se opõe ao reconhecimento de crime sexual nesses casos argumentando que o fato sobre o qual recai o erro da vítima constitui forte evidência de que a vítima não valoriza a sexualidade da forma que é característica às normas protegidas pelo direito penal sexual: MURPHY, *In Harm's Way*, p. 222. O argumento parece implicar a problemática ideia de que a liberdade sexual positiva da prostituta não mereceria proteção penal porque, ao trocar dinheiro por sexo, ela demonstra não atrelar à sexualidade o valor que a lei busca proteger. Porém, esse argumento não pode ser compatibilizado com ideia de que o "valor protegido pela lei" só pode ser a autodeterminação sexual entendida em sentido não perfeccionista.

98 Simpático a essa possibilidade: CHIESA, *Yale Law & Policy Review* 35, p. 459-460.

99 Trata-se de longa discussão que remonta à teoria de Stuart Mill. Conferir: REES, *John Stuart Mill's On Liberty*, p. 142-146; RILEY, *Mill's On Liberty*, p. 190.

100 BOHLANDER, *The Journal of Criminal Law* 71, p. 414-415.

101 ROBERTS, *Incivilities*, p. 15.

102 De fato, quando se trata do risco de transmissão de doença sexual potencialmente letal, como a Aids, mesmo um perigo abstrato já tende a ser suficiente para justificar a intervenção penal, mas isso pode não ser verdade em

grave sofrimento psíquico e emocional para a vítima, quando o agente conhece esse perigo e emprega *comportamento fraudulento especialmente censurável*. Imagine-se o caso da judia ortodoxa S que, em razão de suas crenças religiosas, acredita piamente que será punida por Deus no pós-morte caso mantenha relação sexual com homem de outra religião. Agora suponhamos que R, um homem muçulmano, empregue uma série de artifícios fraudulentos para se fazer passar convincentemente por judeu ortodoxo e manter relações sexuais com S, sabendo que a descoberta da verdade certamente imporá à vítima sofrimento intenso e duradouro. Com efeito, embora R tenha o direito de não revelar a sua religião e, até mesmo, de mentir sobre isso, ele não tem o direito de agir ativamente para ludibriar S, tendo em vista o sério risco que essa fraude representa para o bem-estar psíquico de sua parceira sexual.

Conclusão

Há boas razões para se limitar a criminalização da fraude sexual a determinados grupos de casos. Uma tutela penal ampla da liberdade sexual positiva não conseguiria conviver com outras liberdades negativas, tais como o direito à privacidade. Ademais, a mentira não tem, por si mesma, relevância legal, mas apenas quando reunidas outras condições. Por isso, o art. 215 do Código Penal brasileiro deve ser interpretado restritivamente, de forma a retirar do seu alcance fraudes sexuais não incluídas em algum dos três grupos aqui identificados (item 3): 1) fraudes quanto à natureza sexual do ato, quanto ao tipo de ato sexual e quanto à identidade da pessoa com quem o ato sexual é praticado; 2) fraudes que exercem pressão coercitiva ou em que há exploração de relação especial de confiança; e 3) fraudes com potencial de causar dano (físico, patrimonial ou emocional). Na prática, os agentes da persecução penal já interpretam esse tipo penal restritivamente, tanto que não vemos ninguém sendo processado criminalmente por ter mentido sobre ser solteiro ou rico para obter de outrem o consentimento sexual. Apesar disso, o propósito deste artigo foi fornecer os fundamentos e definir os contornos dessa interpretação restritiva.

Além disso, os três grupos de casos aqui indicados podem servir como referência para uma reforma no tipo penal em questão. Por certo, há outros aspectos que devem ser considerados para além da legitimidade material da incriminação.

Assim, é provável que, por razões de *fair labelling*¹⁰³, apenas as hipóteses mais graves de fraude sexual – como os casos de fraude quanto à natureza sexual do ato – mereçam receber a denominação de “estupro”¹⁰⁴. Pelo mesmo motivo, pode ser que o legislador decida por tratar as fraudes sexuais reunidas no terceiro grupo não como crimes sexuais, e sim como crimes de outra natureza, tendo em vista que, nesses casos, a violação à liberdade sexual positiva é secundária em relação ao dano ilícito a outros interesses (integridade física, patrimônio, bem-estar psíquico)¹⁰⁵. Por outro lado, preocupações com o ideal de proporcionalidade recomendam que não se submeta todos os tipos de fraude sexual penalmente relevante às mesmas penas¹⁰⁶. Finalmente, o respeito ao princípio da legalidade pode obstar a criminalização de determinados tipos de fraude sexual, mormente quando a lei não for capaz de definir de forma clara e precisa o comportamento proibido¹⁰⁷ (o que pode ocorrer tanto no caso de fraude em relação à identidade do parceiro sexual quanto no caso de fraude sexual com potencial de causar dano exclusivamente emocional).

Referências

ARCHARD, David. *Sexual Consent*. Colorado: Westview Press, 1998.

ARNESON, Richard J. Principle of Fairness and Free-Rider Problems. *Ethics*, Chicago, v. 92, n. 4, p. 616-633, 1982. Disponível em: <http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/documents/writings/principle-of-fairness-and-free-rider-problems.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2024.

ASHLEY, Florence. Genderfucking Non-Disclosure: Sexual Fraud, Transgender Bodies and Messy Identities. *Dalhousie Law Journal*, Halifax, v. 41, n. 2, p. 339-377, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.schulichlaw.dal.ca/dlj/vol41/iss2/3/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

103 O princípio do *fair labelling* exige, em última instância, que os crimes sejam nomeados de forma a refletir as diferenças quanto à natureza e a gravidade da conduta criminosa. Ver: CORNFORD, *Oxford Journal of Legal Studies* 42, p. 988.

104 Semelhante: BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 166-167.

105 Assim, a fraude cometida pelo cliente da prostituta poderia ser tratada no âmbito do crime de estelionato e a fraude quanto ao uso de preservativo ou quanto ao risco de transmissão de doenças, no âmbito do crime de lesões corporais. Nesse sentido: BERGELSON, *Legal Perspectives on State Power*, p. 166-167; GREEN, *Law and Lies*, p. 236-237.

106 Nesse sentido: BRYDEN, *Buffalo Criminal Law Review* 3, p. 462.

107 VON HIRSCH/SIMESTER, *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 198-199.

BADARÓ, Tatiana. *Teoria da criminalização*. Fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal. São Paulo: Marcial Pons, 2023.

BERGELSON, Vera. Sex, Lies and Law: Rethinking Rape-by-Fraud. In: ASHFORD, Chris; REED, Alan; WAKE, Nicola (ed.). *Legal Perspectives on State Power: Consent and Control*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing, 2016. p. 152-167.

BOHLANDER, Michael. Mistaken consent to sex, political correctness and correct policy. *The Journal of Criminal Law*, [s.l.], v. 71, n. 5, p. 412-426, 2007. DOI: 10.1350/jcla.2007.71.5.412.

BRODSKY, Alexandra. "Rape-adjacent": imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Columbia Journal of Gender and Law*, New York, v. 32, n. 2, p. 183-210, 2017.

BROMWICH, Danielle; MILLUM, Joseph. Lies, Control, and Consent: A Response to Dougherty and Manson. *Ethics*, Chicago, v. 128, n. 2, p. 446-461, 2018. DOI: 10.1086/694277.

BRYDEN, David P. Redefining Rape. *Buffalo Criminal Law Review*, Berkeley, v. 3, n. 2, p. 317-479, 2000.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 134, n. 2, p. 351-390, 2022. DOI: 10.1515/zstw-2022-0011.

CHIESA, Luis E. Solving the Riddle of Rape-by-Deception. *Yale Law & Policy Review*, New Haven, v. 35, n. 2, p. 407-460, 2017. Disponível em: https://yalelawandpolicy.org/sites/default/files/YLPR/chiesa_produced.web_.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

COCA VILA, Ivó. El stealthing como delito de violación. Comentario a las STSJ-Andalucía 186/2021, de 1 de julio y SAP-Sevilla 375/2020, de 29 de octubre. *InDret Penal*, Barcelona, n. 4, p. 294-308, 2022. Disponível em: <https://indret.com/revista-critica-de-jurisprudencia-penal-9/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

CONLY, Sarah. *Against Autonomy*. Justifying Coercive Paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013.

CORNFORD, Andrew. Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 42, n. 4, p. 985-1011, 2022. DOI: 10.1093/ojls/gqac007.

DOUGHERTY, Tom. Sex, Lies, and Consent. *Ethics*, Chicago, v. 123, n. 4, p. 717-744, 2013. DOI: 10.1086/670249.

DRIPPS, Donald A. Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent. *Columbia Law Review*, New York, v. 92, n. 7, p. 1780-1809, 1992. DOI: 10.2307/1123045.

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FALK, Patricia J. Rape by fraud and rape by coercion. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 64, n. 1, p. 39-180, 1998. Disponível em: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol64/iss1/2/>. Acesso em: 2 mar. 2024.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, v. 1, 1984.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, v. 3, 1986.

FEINBERG, Joel. In Defence of Moral Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 12, n. 1, p. 149-169, 1992.

FEINBERG, Joel. Victims' excuses: The case of fraudulently procured consent. *Ethics*, Chicago, v. 96, n. 2, p. 330-345, 1986.

GIBSON, Matthew. Deceptive Sexual Relations: A Theory of Criminal Liability. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 40, n. 1, p. 82-109, 2020. DOI: 10.1093/ojls/gqz031.

GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*. [s.l.], 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2967280>. Acesso em: 2 mar. 2024.

GREEN, Stuart P. Lies, Rape, and Statutory Rape. In: SARAT, Austin (ed.). *Law and Lies: Deception and Truth-Telling in the American Legal System*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 194-253.

GROSS, Aeyal. Rape by Deception and the Policing of Gender and Nationality Borders. *Tulane Journal of Law & Sexuality*, New Orleans, v. 24, p. 1-33, 2015. Disponível em: <https://journals.tulane.edu/tjls/article/view/2875>. Acesso em: 2 mar. 2024.

HERRING, Jonathan. Mistaken Sex. *Criminal Law Review*, [s.l.], p. 511-524, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1287130>. Acesso em: 2 mar. 2024.

HORDER, Jeremy. Consent, Threats and Deception in Criminal Law. *King's Law Journal*, London, v. 10, n. 1, p. 104-108, 1999. DOI: 10.1080/09615768.1999.11427516.

HÖRNLE, Tatjana. Rape as non-consensual sex. In: MÜLLER, Andreas; SCHABER, Peter (ed.). *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*. London and New York: Routledge, 2018. p. 235-246.

- HOVEN, Elisa; WEIGEND, Thomas. Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht. *Kriminalpolitische Zeitschrift*, [s.l.], v. 3, n. 3, p. 156-161, 2018. Disponível em: <https://kripoz.de/wp-content/uploads/2018/05/hoven-weigend-straftbarkeit-von-taeschungen-im-sexualstrafrecht.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2024.
- HYAMS, Keith. When Consent Doesn't Work: A Rights-Based Case for Limits to Consent's Capacity to Legitimise. *Journal of Moral Philosophy*, Leiden, v. 8, p. 110-138, 2011. DOI: 10.1163/174552411X549417.
- KRAMER, Renato; DENZEL, Moritz. A punibilidade da fraude sexual à luz do direito penal alemão (§177 abs. 1 STGB). *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 18, n. 75, p. 107-125, 2019.
- LAZENBY, Hugh; GABRIEL, Iason. Permissible secrets. *The Philosophical Quarterly*, Oxford, v. 68, n. 271, p. 265-285, 2018. DOI: 10.1093/pq/pqx044.
- MANSON, Neil C. How Not to Think about the Ethics of Deceiving into Sex. *Ethics*, Chicago, v. 127, n. 2, p. 415-429, 2017. DOI: 10.1086/688743.
- MCGREGOR, Joan. Force, consent, and the reasonable woman. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 231-254.
- MURPHY, Jeffrie G. Some ruminations on women, violence, and the criminal law. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994. p. 209-230.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
- REES, John C. *John Stuart Mill's On Liberty*. Oxford: Clarendon, 1985.
- RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*. New York: Routledge, 2015.
- ROBERTS, Paul. Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation. In: SIMESTER, Andrew. P.; VON HIRSCH, Andrew. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 1-56.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, t. I, 1997.
- RUBENFELD, Jed. The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 122, n. 6, p. 1372-1443, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.13051/4879>. Acesso em: 2 mar. 2024.

SCHEIDEGGER, Nora. Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception. *German Law Journal*, Wiesbaden, v. 22, p. 769-783, 2021. DOI: 10.1017/glj.2021.41.

SCHULHOFER, Stephen J. Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond. *Law and Philosophy*, New York, v. 11, n. 1/2, p. 35-94, 1992. DOI: 10.1007/BF01000918.

SHARPE, Alex. *Sexual Intimacy and Gender Identity "Fraud"*. Reframing the Legal & Ethical Debate. New York: Routledge, 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SPENA, Alessandro. Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle. *Diritto & Questioni Pubbliche*, [s.l.], v. 10, p. 497-524, 2010. Disponível em: http://www.dirittoequationipubbliche.org/page/2010_n10/3-12_stu_A_Spena.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, New York, v. 4, n. 1, p. 17-35, 2010. DOI: 10.1007/s11572-009-9082-9.

TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

VAVRA, Rita. Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 13, n. 12, p. 611-618, 2018. Disponível em: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2018_12_1256.pdf. Acesso em: 2 mar. 2024.

VON HIRSCH, Andreas; SIMESTER, Andrew P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.

WERTHEIMER, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WESTEN, Peter. *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. London: Ashgate, 2004.

Conflito de interesses

A autora declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Agradecimentos

Um esboço do presente artigo foi apresentado e discutido em seminário realizado na FGV-SP em 2022. Agradeço aos participantes pelas críticas e sugestões. Agradeço, também, aos avaliadores anônimos pelas correções e contribuições para o aprimoramento do texto final.

Sobre a autora:

Tatiana Badaró | *E-mail:* tatianambadaro@gmail.com

Doutora em Direito (UFMG). Professora (Cedin/MG). Advogada.

Recebimento: 02.03.2024

Aprovação: 04.04.2024