

**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO**

MAURO DA CUNHA SAVINO FILÓ

**O DESAFIO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DIANTE DO
CRIME DE “ESTUPRO DE MENOR VULNERÁVEL”**

**Juiz de Fora
2012**

MAURO DA CUNHA SAVINO FILÓ

**O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de
“estupro de menor vulnerável”**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos.

Co-orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Juiz de Fora

2012

F478h Filó, Mauro da Cunha Savino.

O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”
/ Mauro da Cunha Savino Filó. –

Juiz de Fora, 2012.

104f.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos.

Co-orientador: Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Presidente Antônio Carlos, 2012.

1. Direito Penal - Brasil. 2. Hermenêutica jurídica. 3. Direito Penal. 4. Estupro de Vulnerável. 5. Dignidade Sexual. I. Filó, Mauro da Cunha Savino. II. Universidade Presidente Antônio Carlos. III. Título

CDD: 342

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Dissertação intitulada “O DESAFIO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DIANTE DO CRIME DE ‘ESTUPRO DE MENOR VULNERÁVEL’”, de autoria de MAURO DA CUNHA SAVINO FILÓ, analisada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Aprovada em ____/____/____

Ao meu pai, José Mauro, que empreendeu os
maiores esforços para que eu pudesse realizar esta
dissertação.

À minha mãe, Candida, pela paciência e pelo afeto
que sempre tem por mim.

Ao meu irmão, Maurício, sempre exemplo para
minha vida.

À minha querida esposa, Fernanda, que esteve ao
meu lado nesta empreitada.

Ao meu querido filho, Heitor, que já demonstra muita
valentia e alegria neste primeiro ano de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela generosidade do presente da vida.

Ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos.

Ao Professor Doutor Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, por me permitir a realização deste trabalho, por me dar a oportunidade de começar minha vida de docente, pelo carinho e companheirismo que sempre demonstrou comigo quando estamos juntos.

Ao Professor Doutor Sebastião Trogo, pelo incentivo constante e pelos ensinamentos em tantas caronas.

Ao Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, exemplo de professor, amigo e advogado criminalista.

Ao Professor Doutor Marcelo Maciel Ramos, por aceitar a dura incumbência de ser meu Orientador.

À Dra. Gislene Dilly, pelo apoio durante a elaboração deste trabalho e pela amizade.

Aos meus avós, presentes e ausentes, pelo verdadeiro exemplo de vida e de luta.

Aos professores e alunos da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, em especial ao saudoso amigo Aluísio Santiago Campos Júnior.

A todos os familiares e amigos que contribuíram para a concretização deste trabalho de forma direta ou indireta.

RESUMO

Nesta pesquisa, analisa-se o novo tipo penal denominado “estupro de vulnerável”, instituído pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que remodelou o Título VI do Código Penal e criou o art. 217-A, o qual determina que seja apenado aquele que realizar ato libidinoso com menor de catorze anos, além de outras mudanças. Durante anos a punição para aquele que realizasse ato libidinoso com menor dependia, da realização da conduta estipulada da análise de vários elementos do fato concreto. Com a criação do art. 217-A, o legislador busca impedir a relativização da aplicação de tal artigo, para que o julgador não analise os elementos do fato concreto para decidir ou não pela necessidade da reprimenda penal.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica. Estupro de vulnerável. Direito Penal. Dignidade sexual. Presunção relativa.

ABSTRACT

In this research, we analyse a new criminal type denominated rape of vulnerable person, instituted by Law number 12.015, on the 7th of August, 2009 which created, among other changes, article 217-A, that determines that anyone who has a libidinous act with people under fourteen years of age must be punished. For years the punishment for the person who had a libidinous act with an underaged person depended on the conduct stipulated by the analysis of several elements of the concrete fact. With the establishment of article 217-A, the legislator aims at preventing the relativization of applying such article so that the one who is judging do not analyse the elements of the concrete fact when deciding for the penal reprimand.

Key words: Juridical Hermeneutics. Rape of vulnerable person. Penal Law. Sexual dignity. Relative presumption.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIROS.....	12
2.1 A figura do estupro no Código Criminal do Império do Brasil (1830).....	17
2.2 A figura do estupro no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890).....	22
2.3 O estupro na Consolidação das Leis Penais (1932).....	26
2.4 Os crimes contra a liberdade sexual no Código Penal brasileiro (1940)..	27
2.4.1 Estruturação dos “crimes sexuais” no Código de 1940.....	27
2.4.1.1 Estupro.....	28
2.4.1.2 Atentado violento ao pudor.....	34
2.4.1.3 Da presunção da violência.....	41
2.5 Com a Lei n. 12.015/2009 surge um novo tipo penal.....	52
3 HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55
3.1 Hermenêutica, interpretação e as escolas hermenêuticas.....	55
3.2 Hermenêutica jurídica.....	56
3.3 Desenvolvimento da hermenêutica jurídica.....	57
3.3.1 Processo de interpretação.....	61
3.3.2 Direitos fundamentais.....	70
4 ANÁLISE HERMENÊUTICA DO ART. 217-A.....	75
4.1 Bem jurídico tutelado.....	75
4.2 Tipo objetivo.....	77
4.3 Sujeito passivo.....	77
4.4 Sujeito ativo.....	79
4.5 Tipo subjetivo.....	80
4.6 Consumação.....	81
4.7 Tentativa.....	81
4.8 Conclusão prévia.....	82
4.8.1 Análise sistemática do estupro de vulnerável.....	83
4.8.1.1 O menor a partir da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	83
4.8.1.2 O menor perante o Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 217-A.	85
4.8.2 O estupro bilateral.....	86
4.8.3 A tipicidade material e a necessidade de lesão do bem jurídico para a ocorrência de crime.....	88
4.9 O art. 217-A perante a tipicidade conglobante.....	93
5 CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

Nesta dissertação, reflete-se sobre o novo tipo penal denominado “estupro de vulnerável” diante da hermenêutica jurídica, especificamente seu *caput*, que trata do menor vulnerável. O novo tipo penal substituiu o art. 224, “a” do Código Penal – que previa a presunção de violência para quem realizasse conjunção carnal ou ato libidinoso com menores de catorze anos – e criou um tipo autônomo. Tal estudo é importante tendo em vista a clara vontade do legislador de impedir a interpretação do artigo de forma ampla pelos julgadores, excluindo a forma interpretativa gramatical (literal) e lógica.

O art. 217-A foi analisado a fim de verificar a possibilidade e o alcance do novo tipo penal, que visa tutelar a dignidade sexual dos menores de catorze e a (im)possibilidade de analisar o caso concreto mitigando a aplicação do artigo, por ser um assunto de enorme interesse e relevância. Tal tarefa não se torna tão simples, visto que os autores contemporâneos discordam quanto à aplicação do referido artigo.

Ademais, sabe-se que o assunto é árido e, sem dúvida alguma, “a argumentação jurídica, quando deste tema, sempre se vê ameaçada por argumentos éticos e religiosos.”¹

De fato, tal artigo vem gerando decisões antagônicas nos Juízos Singulares e incógnitas a respeito dos Tribunais Superiores. Dessa forma, a discussão a respeito do assunto torna-se necessária e interessante, pois é desconhecida a legitimidade de tal artigo, bem como seus limites e aplicação.

Busca-se, neste trabalho, responder à seguinte pergunta: A redação do art. 217-A, que tipifica o crime de estupro de menor vulnerável, impõe uma aplicação absoluta em qualquer caso concreto ou é possível realizar uma interpretação que permita mitigar sua aplicação em determinados casos concretos? Na busca da obtenção desse conhecimento, a aplicação da metodologia científica é fator *sine qua non* como elemento facilitador da obtenção de conhecimentos, por meio de

¹ CHAMON JÚNIOR, L. A. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 173.

processos de buscas de respostas baseados em raciocínio lógico e em métodos científicos.

O método utilizado na abordagem foi o descritivo-sistemático. Valeu-se do procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, envolvendo pesquisas em dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, atuais e históricos, a fim de se chegar à resposta sobre os alcances da hermenêutica jurídica diante do “estupro de vulnerável”. O método de interpretação jurídica é o tópico sistemático.

O segundo capítulo inicia-se com uma rápida abordagem histórica sobre os Códigos Penais ao longo da História. Assim, analisa-se como foi tratada historicamente a conduta de alguém que realiza atos libidinosos com menores desde o Código Criminal do Império até a edição da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, bem como os doutrinadores de cada época tratavam o tema.

Tal Capítulo permitirá ver um panorama da evolução penal do referido artigo. Afinal,

o direito como regulamentação do comportamento humano dentro da sociedade, é também um fenômeno histórico. Suas regras não são fruto de pura especulação, nem consequências de inexoráveis forças da natureza. Essas regras são produtos, sim, da longa experiência humana e, por isso para compreendê-las, é muito útil, senão imprescindível, conhecer sua evolução histórica.²

Após o final do referido estudo, poder-se-á verificar a razão que levou o legislador a criar um tipo penal autônomo fugindo da fórmula tradicional que pregava haver presunção de violência para aquele que realizasse ato libidinoso com menor de catorze anos, o que configuraria o crime contra a liberdade sexual.

No terceiro capítulo, trata-se da importância da hermenêutica jurídica, suas escolas e seus processos de interpretação, verifica-se quais elementos podem ser obtidos e como os direitos fundamentais interferem diretamente nessa interpretação.

O estudo da hermenêutica jurídica permite obter elementos para interpretar o art. 217-A e, em seguida saber sobre a (im)possibilidade de relativizar a aplicação do mesmo.

² MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3. 209 p.

No quarto capítulo, cuida-se do exame do tipo penal “estupro de vulnerável”, estabelecendo suas diversas formas de interpretação para, ao final, fazer uma análise sistemática do artigo, tendo em vista, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente como paradigma. Vê-se, ainda, a relevância que o bem jurídico tutelado tem para a análise da necessidade de aplicação de reprimenda penal.

Este trabalho insere-se na linha de pesquisa “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”, situando-se nos marcos da Teoria do Direito e da Filosofia Jurídica, em diálogo com o Direito Constitucional, especialmente com os direitos fundamentais insculpidos em seu texto.

Dessa forma, busca-se estudar e descobrir como legitimar e concretizar os direitos fundamentais, problema essencial enfrentado pelo pensamento jurídico contemporâneo, gerando a chamada “crise do direito”:

A mudança de paradigma na teoria do direito, procura estabelecer os parâmetros de uma nova hermenêutica jurídica, que corresponda no âmbito do direito ao movimento geral de refundação das ciências humanas e sociais das últimas décadas. Enquanto a dogmática clássica encontrou nos grandes civilistas e nas condições do século XIX o campo propício para um modelo de aplicação do direito, que se caracterizaria por um modelo de interpretação fundado numa concepção abstrata do direito, e no fundo ideal do Estado e da Sociedade, o pensamento jurídico contemporâneo defronta-se, precisamente, em virtude da chamada ‘crise do direito’, com o desafio de construir uma nova forma de pensar e aplicar o direito.³

Não há mais como pensar o direito tendo como base apenas o direito positivado, pois este deve estar em consonância com o Direito Constitucional, especialmente no tocante à realização da dignidade humana mediante a efetivação dos direitos fundamentais.

Durante o curso e ao longo deste trabalho, verificou-se que o direito hoje não pode mais ser visto com uma ciência que se basta a si mesma, imune e isolada aos pensamentos científicos, morais, políticos e sociais. Intrinsecamente buscou-se resgatar o princípio da igualdade para esclarecer o problema sugerido.

O art. 217-A visa proteger a dignidade sexual dos menores de catorze anos e merece recepção em nosso ordenamento jurídico, mas não pode o legislador

³ CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação*. 3. ed. Prefácio de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Prefácio.

querer que o julgador ignore o caso concreto, aplicando indistintamente o artigo, muito menos querer aplicá-lo em descompasso com a história jurídica e os princípios constitucionais pátrios. “Afinal é necessário que a Constituição ‘permita justificar’ e, correlativamente, colocar bases para a ‘racionalidade’ do sistema de forma ‘legítima’, estabelecendo um vínculo para o legislador penal.”⁴

É nesse sentido que a hermenêutica jurídica, conjugada ao estudo dos direitos fundamentais, aparece neste trabalho como exigência indispensável para a boa aplicação do Direito Penal e do tipo em exame.

⁴ SALES, Sh. J. S. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 110.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CÓDIGOS PENAIS BRASILEIROS

Desde os tempos do Império, após a proclamação da Independência, nosso país possuiu três códigos penais: Código Penal do Império (1830), Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890) e Código Penal (1940). Antes, entre a Proclamação da República (1822) e a sanção do Código de 1830, continuaram como legislação penal aplicada ao Império as Ordenações Filipinas.

Galdino Siqueira ressalta que,

proclamada a independência nacional, o Brasil continuou a reger-se pelas leis e mais atos legais da metrópole portuguesa [...], enquanto não se organizassem novos códigos ou não fossem revogados aqueles atos legislativos.⁵

No período entre a vigência do Código Penal de 1890 e o início da vigência do Código de 1940, após intensa atividade legislativa tratando de diversas mudanças no Código Penal de 1890, foi editada e aprovada, em 1932, a Consolidação das Leis Penais.

Todos os Códigos Penais, desde o Código Penal de 1839 até o presente, tipificaram como crime a prática de ato libidinoso ou conjunção carnal com menor de idade.

O primeiro código a estabelecer como conduta típica a “prática de ato libidinoso com menor” foi o Código Penal do Império. O projeto do *Codex* ficou a cargo de Bernardo Pereira Vasconcelos, após determinação do Imperador.

Dado interessante é que, além de Vasconcelos, outro jurista, José Clemente Pereira, também foi incumbido por Dom Pedro I para elaborar um Código Penal, porém a escolha do regente foi pelo projeto do primeiro jurista.⁶

Sancionado pelo então Imperador Dom Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, o Código foi dividido em quatro partes e possuía 313 artigos.

Sobre o Código, Galdino Siqueira assim se manifestou:

O Brasil antecipava-se, com a codificação das leis penais, a Portugal, à Espanha e a diversas repúblicas americanas, e ainda

⁵ SIQUEIRA, G. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. t. 1, p. 67-68.

⁶ Cf. SIQUEIRA. *Tratado de direito penal*, p. 55.

salientemente, porque, atendendo à época e ao estado da ciência, o código se destacava como um monumento legislativo, onde até originalmente se cristalizaram princípios ora patrocinados pela escola positiva criminal, ou por ela apontados com fundamento da teoria positiva de repressão [...].⁷

Os tipos penais relativos aos crimes sexuais estavam localizados na Parte III, Título I, no Capítulo II intitulado “Dos crimes contra a segurança da honra”.

Após a proclamação da República o Governo Provisório apressou-se em criar e aprovar um novo Código Penal. Assim, o Código Penal do Império teve vigência até a promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, em 11 de outubro de 1890, realizada por Manuel Deodoro da Fonseca por meio do Decreto n. 847.⁸ Tal Código foi dividido em quatro livros, possuindo 412 artigos.

O projeto do novo Código Penal já estava sendo elaborado no último ano do regime imperial pelo Conselheiro João Batista Pereira. Com a Proclamação da República, o então Ministro da Justiça do Governo Provisório, Campos Sales, reiterou a missão do Conselheiro de concluir o projeto do novo Código Penal. Assim, com menos de um ano da República do Brasil, surgia o segundo Código Penal de nosso País. Porém, “mal nascido o Código da Republica, surgia a idéia de sua reforma”.⁹

Galdino Siqueira explica que, “inspirado rigorosamente na instituição clássica, não satisfaz completamente as aspirações e necessidades do país, sendo objeto de intensa crítica, em muitos pontos procedente.”¹⁰

Assim, o Código de 1890 sofreu diversas e constantes críticas quanto aos seus dispositivos, o que gerou muitas mudanças legislativas em curto espaço de tempo. Ressaltando as críticas sofridas pelo Código à época, Edgard Magalhães Noronha afirma:

Infelizmente o novo estatuto estava longe de seu antecessor e logo se viu alvo de veementes e severas críticas. Carvalho Durão foi um dos que mais o criticaram. João Monteiro chegou a chamá-lo ‘o pior de todos os códigos conhecidos’.¹¹

⁷ SIQUEIRA, *Tratado de direito penal*, t. 1, p. 71.

⁸ BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 10 fev. 2011.

⁹ NORONHA, E. M. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1, p. 60.

¹⁰ SIQUEIRA, *Tratado de direito penal*, t. 1, p. 75.

¹¹ NORONHA. *Direito penal*, v. 1, p. 58.

Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, já registrava que, logo com o advento do Código de 1890,

nasceu a tendência de reformá-lo. A data de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as idéias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.¹²

Antonio José da Costa e Silva afirma que

a prática incumbiu-se de pôr em evidência os seus não poucos e reais defeitos. A necessidade de refundil-o ou substituí-lo, de há muito reconhecida, é hoje uma convicção geral. Para ela concorre, além da existência de numerosas leis extravagantes, a circunstância de que, no derradeiro trintênio, profundas transformações se vêm operando no domínio do direito repressivo.¹³

O grande número de câmbios legislativos sofridos em curto espaço de tempo pelo Código Penal de 1890 tornou sua aplicação difícil, dada a grande extensão de nosso território nacional.

Ressalte-se que, até tal data, vários projetos para mudanças do Código Penal da República haviam sido apresentados. Em 1893, logo após a promulgação do Código da República, João Vieira Araújo apresentou um projeto; em 1899, foi a vez de Galdino Siqueira; e a este se seguiu Virgílio de Sá Pereira.

O Governo Provisório criou uma Comissão para a elaboração do Código Penal que deveria substituir o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Tal comissão era formada por Virgílio de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Mario de Bulhões Pedreira.

Em parecer que instruiu o Decreto n. 22.213 de, de 14 de dezembro de 1932,¹⁴ que determinava a criação da Consolidação das Leis Penais Brasileira, essa comissão explicitou que a quantidade de mudanças legislativas que até então

¹² PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, SP: Javoli, 1980, p. 411.

¹³ SILVA, A. J. C. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930, p. II.

¹⁴ Cf. BRASIL. *Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id...tipo>. Acesso em: 20 fev. 2011.

havia alterado o Código Penal vigente, tornaram difícil o acompanhamento dos juristas e afirmaram a necessidade de consolidar a legislação penal em vigor:

Hoje, mais de noventa leis, decretos e regulamentos, em matéria penal, gravitam em torno ao Código Penal de 1890, alterando-o ou completando-o, e a essa legislação extravagante cumpre attender a Justiça na sua actividade diária.¹⁵

Havia, porém, uma dificuldade do Poder Legislativo em finalizar o projeto do novo Código Penal que iria substituir o anterior. Segundo Vargas,

malogradas as varias tentativas de reforma do Código Penal Brasileiro, a que ora se empreende ainda tardará em ser convertida em lei, não obstante a dedicação e competência da respectiva Sub-Comissão Legislativa; [...].¹⁶

O desconhecimento de suas mudanças trouxe disparidades nos julgamentos, o que levou o Governo Vargas a publicar a Consolidação das Leis Penais em 1932, enquanto o projeto de um novo Código Penal era concluído. Tal trabalho foi executado e concluído pelo “Des. Vicente Piragibe encarregado, então, de reunir em um só corpo o Código e as disposições complementares, daí o resultando a Consolidação das Leis Penais”.¹⁷

Getúlio Vargas, no preâmbulo do Decreto que promulgou a Consolidação Legislativa Penal, explicitou os motivos que o levaram querer que a legislação penal brasileira fosse consolidada:

O Código Penal Brasileiro, promulgado pelo Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, tem sofrido inúmeras modificações, quer na classificação dos delitos e intensidades das penas, quer com a adoção de institutos reclamados pela moderna orientação da penalogia;

[...] essas modificações constam de grande numero de leis esparsas, algumas das quaes já foram, por sua vez, profundamente alteradas, o que dificulta não só o conhecimento como a aplicação da lei penal;

¹⁵ PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 327.

¹⁶ PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 2004, p. 325.

¹⁷ NORONHA. *Direito penal*, v. 1, p. 59.

[...] não sendo lícito invocar a ignorância do direito, devem as leis estar ao alcance de todos, já pela clareza, já pela divulgação, o que, com rigor maior, cumpre seja observado em relação às leis penais, em virtude da particular incidência destas sobre a liberdade individual;

[...].¹⁸

Em 1932, foi aprovado o Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que instituiu a Consolidação das Leis Penais. A Consolidação das Leis Penais não inovou a lei vigente, porém sistematizou a legislação penal.

Após mudanças no quadro político brasileiro, as atividades da comissão que buscava atualizar o Código Penal foram completamente interrompidas.

A necessidade de um novo Código Penal, porém, continuava a existir, e Alcântara Machado, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, foi indicado para ser o responsável pela elaboração de um novo Código Penal.

Após a elaboração do projeto, foi criada pelo então Presidente Getúlio Vargas uma comissão para rever e aperfeiçoar o Código, sob a liderança de Francisco Campos. Formada por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lira, finalmente, em 1940, precisamente no dia 7 de dezembro, entrou em vigor o atual Código Penal brasileiro por meio do Decreto-Lei n. 2.848/40,¹⁹ que vigora até o atual momento.

O Código de 1940 foi dividido em duas partes: a primeira, a parte geral, foi dividida em oito títulos e a segunda, a parte especial, em onze títulos.

No atual Código Penal, o crime de estupro sofreu diversas modificações, seja em sua pena, seja na sua redação, principalmente pela Lei n. 12.015/2009.²⁰

Inicialmente se verá como foi tratado pelos diferentes Códigos Penais ao longo de nossa história o fato típico definido como estupro, verificando as diversas interpretações dadas por nossos juristas sobre o tema, para, então, adentrar no

¹⁸ PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 2004. p. 325.

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. Institui o Código penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 fev. 2011.

²⁰ BRASIL. Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, 10 ago. 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/.../lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

problema deste trabalho, que é a interpretação do crime definido com estupro de vulnerável.

Além de analisar o histórico legislativo, faz-se um breve estudo analítico dos tipos penais para que se possa identificar todos os seus elementos e seu conteúdo. Tal estudo é fundamental para estabelecer sua evolução e verificar as efetivas mudanças em sua estrutura.

Assim, são analisados o bem jurídico tutelado, o sujeito ativo e passivo do crime, seu tipo objetivo e subjetivo, quando se consumava e se era cabível tentativa com base no artigo.

2.1 A figura do estupro no Código Criminal do Império do Brasil (1830)

O Código Penal do Império foi sancionado, em 1830, por Dom Pedro I e foi o primeiro na América do Sul independente e autônomo, realizado efetivamente apenas por juristas nacionais; tendo influência sobre a legislação espanhola e, com consequência, sobre a dos países latino-americanos.

O Codex trazia um capítulo inteiro com condutas chamadas genericamente de estupro, apesar de os fatos típicos serem completamente diferentes entre si. Era tido como estupro, dentre outras, a conduta daquele que deflorasse “mulher virgem, menor de dezasete annos”, como quem seduzisse “mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal” ou quem tivesse “copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta”.

Em quatro oportunidades, o *Criminalis Codex* de 1830 tipificou como crime o fato de se praticar ato libidinoso com menor, mais precisamente, nos arts. 219, 220, 221 e 224. O art. 222 do diploma tipificou como crime a conduta que hodiernamente, *mutatis mutantis*, se conhece como estupro, ou seja, constranger alguém a praticar ato libidinoso mediante violência ou ameaça.

Assim era tratada a prática de sexo com menor no tempo do império:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas – de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas – de desterro para fora da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, e de dotar esta.

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em gráo, que não admitta dispensa para casamento. Penas – de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.²¹

Vê-se, portanto, que o bem jurídico tutelado era a virgindade da menor de dezessete anos, na tentativa de evitar que menores de dezessete anos não tivessem experiências sexuais.

O primeiro ponto a se observar é que o artigo supracitado tinha como sujeito passivo apenas a mulher virgem menor de dezessete anos. O indivíduo menor de dezessete anos do sexo masculino não era tutelado pelo artigo em estudo. Assim, se alguém tivesse qualquer tipo de ato libidinoso com um menor de dezessete anos sem violência, não haveria nenhuma reação estatal contra essa conduta.

Antônio Luiz Ferreira Tinôco afirma que o juiz de direito deveria formular duas perguntas para se condenar ou não o réu, quais sejam:

1º O réu F... no dia ... e lugar... deflorou a F... que era mulher virgem?

2º A offendida era menor de 17 annos?.²²

A mulher que, mesmo tendo idade abaixo de dezessete anos, já tivesse copulado não seria tutelada.

Atente-se que apenas o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro definido pelo art. 219 do Código Imperial, já que a conduta típica era a

²¹ PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980. p. 243.

²² TINÔCO, A. L. *Código criminal do Império do Brazil anotado*. Prefácio de Hamilton Carvalhido. Ed. fac-símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 28. p. 401. (Coleção História do direito brasileiro, v. 28).

defloração de mulher virgem, ou seja, o rompimento do hímen da menor de dezessete anos.

O núcleo do tipo é o verbo deflorar, que significa a “primeira conjunção carnal de mulher virgem, em virtude da qual ela perde a sua virgindade ou a qualidade de donzela”²³. No caso em tela, o agente deveria saber que a vítima era virgem antes da cópula e, ao mesmo tempo, ter conhecimento que ela possuía, à época dos fatos, idade menor de dezessete anos.

O elemento subjetivo exigido pelo agente ao deflorar a menor de dezessete anos é o dolo, ou seja, a vontade, livre e consciente, para realizar a conduta.

Faltando algum desses requisitos – vítima de sexo feminino, virgindade da mesma e idade menor de dezessete anos – não haveria crime.

O crime se consumava quando houvesse o defloramento da vítima, ou seja, o rompimento do hímen da vítima menor de dezessete anos. A tentativa²⁴ era possível.

O crime não era punido com pena privativa de liberdade. O agente condenado teria como pena o desterro, ou seja, sua expulsão da comarca de onde residisse a vítima pelo período de um a três anos, além da obrigação de indenizá-la.²⁵

Caso o agente se casasse com a vítima, ao agente não seria imputado penas.

Antonio Luiz Ferreira Tinôco traz parecer de Francisco Balthasar da Silveira dirigido ao presidente da província de Pernambuco, afirmando:

O art. 225 do Cód. Crim. Não póde ser entendido e applicado isoladamente; sua disposição é relativa, é subordinada á ultima parte do art. 210, com o qual harmonisa-se o art. 228.
[...]

²³ SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2, p. 22.

²⁴ O § 2º do art. 2º do Código Criminal do Império definia dessa forma a tentativa do crime: “Quando fôr manifestada por actos exteriores, e principio de execução, que não teve effeito por circumstancias independentes da vontade do delinqüente.”

²⁵ A pena de desterro era regulada pelo art. 52 do Código, que assim a definia: “Art. 52. A pena de desterro, quando outra declaração não houver, obrigará os réos a sahir dos termos dos lugares do delicto, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles, durante o tempo marcado na sentença”.

Não basta, pois, que o réo diga que quer casar-se; é necessário, é essencial, que siga-se o casamento.

Mas há de seguir-se observando-se em tudo os princípios de direito, e as prescrições positivas e certas de nossa legislação, que regulam a matéria.

Deve a vítima declarar livermente, si concorda em semelhante união, que mãos fructos promette, sendo o resultado do crime.²⁶

Caso o agente tivesse o poder ou a guarda da deflorada, a pena seria de desterro para fora da província²⁷ em que residisse a deflorada, por dois a seis anos, além de indenização à vítima.

Se o sujeito ativo fosse parente da vítima em grau que não permitisse o casamento entre eles, a pena seria de degredo.²⁸

O art. 222 tipificava o que por muitos anos foi o conceito de estupro comumente conhecido. Veja-se:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas – de prisão por um mez a dous annos.²⁹

O referido artigo tutelava a liberdade sexual da mulher, ou seja, sua vontade de realizar o ato sexual ou não. O *caput* do artigo era imputado a quem violentasse mulher honesta.³⁰ Já a segunda parte do artigo tutelava as prostitutas.³¹

²⁶ TINÔCO. *Código criminal do Império do Brazil anotado*, p. 406.

²⁷ As províncias eram as organizações administrativas da época do Império similares aos Estados da Federação nos dias de hoje.

²⁸ O art. 51 do Código Criminal Imperial regulamentava a pena de degredo. Assim, o agente que fosse condenado a essa pena seria obrigado a residir no lugar destinado pela sentença, sem poder dele sair durante o tempo estipulado na mesma. O lugar do degredo não poderia ser localizado dentro da comarca em que morasse a vítima.

²⁹ PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980, p. 243.

³⁰ O conceito de mulher honesta transformou-se durante o tempo, não tendo mais importância jurídica nos dias de hoje. Nas Ordenações Filipinas, as mulheres seriam consideradas desonestas sujeitas a deserdação se “antes dos 25 anos, dormissem com algum homem ou se tivessem casado sem licença de seu pai ou de sua mãe”. Assim, a honestidade da mulher até recentemente baseava-se mais em sua conduta sexual do que em outras atitudes. Na época do Código do Império, era considerada mulher honesta aquela recatada e de bom proceder (cf. NORONHA, E. M. *Código penal brasileiro comentado*. São Paulo: Saraiva, 1954. v. 7, p. 109-295).

³¹ Na época do Império, o conceito de prostituta era mais amplo que o hodierno. Considerava-se prostituta aquela que mercadejava seu corpo àquele que a solicitava, conhecido ou desconhecido, mesmo em caso de não receber pagamento (cf. NORONHA. *Código penal brasileiro comentado*, v. 7, p. 109-295).

O sujeito ativo só poderia ser o homem e o sujeito passivo, a mulher honesta. Estariam excluídas da tutela do *caput* as mulheres não honestas, ou seja, prostitutas.

O núcleo do tipo é “ter cópula carnal”, ou seja, para que se configurasse o crime de estupro mediante violência o homem deveria ter cópula vagínica com a mulher, ou seja, que o pênis masculino penetrasse na vagina da mulher. Qualquer outro tipo de ato libidinoso não configuraria o artigo em estudo.

A violência é o meio físico que o agente utiliza para subjugar a vítima, anulando sua vontade de não realizar o ato. Já a ameaça é promessa de causar mal grave e injusto à vítima. É a violência moral que anula a vontade da vítima por via psíquica ao causar grande temor pelo mal prometido.

O tipo subjetivo era o dolo e a tentativa era possível, caso o agente não realizasse sua conduta por razões alheias à sua vontade.

A prostituta e as mulheres não honestas – tidas como palavras sinônimas – também eram tuteladas, porém a pena para quem cometesse tal ato contra alguma seria inferior ao das mulheres honestas.

Aqui, também, caso o agente casasse com a vítima ao agente não seria imputado penas.

Por fim, o art. 224, último tipo tido como estupro pelo Código Criminal do Império, Determinava:

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas – de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e de dotar a esta.³²

O bem jurídico tutelado desse artigo seria a honra sexual da mulher honesta menor de dezessete anos.

Somente mulher, considerada honesta e menor que dezesseis anos poderia ser sujeito passivo do referido crime. Não era necessário, porém, que ela fosse virgem, como determina o art. 219. Assim a honestidade da vítima seria avaliada por sua conduta perante a sociedade, e não por sua virgindade.

³² PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980, p. 244.

O núcleo do tipo é seduzir vem do latim, *seducere*, que significa levar para si, desviar, conduzir convencendo, ou seja, viciar a vontade da mulher sujeita à ação criminosa. O agente “explora a inexperiência, a boa-fé ou a ingenuidade da mulher, até que ela se preste àquilo que deseja o sedutor”.³³

Os outros elementos, já vistos, equivalem aos estudados nos artigos anteriores, por isso não foram repetidos.

2.2 A figura do estupro no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890)

O Código Penal de 1890 foi decretado por Manoel Deodoro da Fonseca, então Chefe do Governo Provisório da “Republica dos Estados Unidos do Brazil” no dia 11 de outubro. O crime estupro estava localizado em seu título VIII – “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor”, especificamente em seu capítulo I “da violência carnal”. Tal localização geográfica dos crimes sexuais neste capítulo sofreu críticas de Noronha quando afirmou que

[...], a classificação dos crimes não obedece a rigoroso espírito do sistema. A técnica, às vezes, é lamentável. Causava pasmo o nome dado ao título referente aos crimes contra os costumes – ‘Dos crimes contra a segurança da hora e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’ –, estando compreendidos como delitos contra a honra das famílias o estupro de meretriz, o lenocínio etc.³⁴

A expressão estupro vinha disposta apenas do art. 268 do Código, porém é forçoso concluir que o crime do art. 266 também tem relação umbilical com o crime de estupro. Dessa forma, os dois artigos citados serão estudados.

Assim dispunha sobre o Código de 1890:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

³³ SEGURADO, M. D. *Sedução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1977. p. 32.

³⁴ NORONHA. *Direito penal*, v. 1, p. 59.

Pena – de prisão celular por um a seis annos.³⁵

O artigo acima tutelava a liberdade sexual do homem e da mulher. Assim, poderia ser sujeito ativo ou passivo tanto o homem quanto a mulher.

O núcleo do tipo era atentar, ou seja, atacar, ir contra o pudor do sujeito passivo.

O agente violaria a liberdade sexual da vítima, caracterizando crime de estupro mediante duas condutas: violência ou ameaça.

O tipo subjetivo era o dolo. O agente deveria agir com o fim de saciar suas paixões lascivas ou sua depravação moral.

O art. 268 do Código tratava diretamente do estupro:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.³⁶

Far-se-á um breve estudo analítico do artigo abstendo-se de repetir o já explicado anteriormente no presente trabalho.

O *caput* do artigo tutelava a liberdade sexual da mulher honesta, sendo esta virgem ou não.

Em uma leitura rápida fica a dúvida se a mulher poderia ser sujeito ativo do crime em estudo. Tal dúvida se dissipa quando se lê o art. 269 do Código de 1890, que explica o que é estupro. *In verbis*:

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.³⁷

³⁵ PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980, p. 299.

³⁶ RIBEIRO, J. S. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. v. 4, p. 81.

³⁷ RIBEIRO. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil*, p. 81.

Assim, conclui-se que apenas o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro e somente a mulher ser vítima do crime.

Chama a atenção o conceito legal do que deveria ser considerada violência. Assim, seria considerada violência apenas o emprego de força física, mas qualquer coisa que interferisse nas faculdades psíquicas da mulher, impossibilitando-a de defender-se, como o hipnotismo e qualquer droga que lhe privasse de resistir. Se o homem abusasse da mulher mediante ameaça também responderia pelo crime de estupro, já que a ameaça aniquila moralmente a vontade do ameaçado impedindo-o de defender-se.

Observe-se, também, que o legislador utilizou a palavra *abusa* ao indicar ato libidinoso realizado contra a mulher, sem sua permissão ou contra a sua vontade. O Elemento subjetivo do tipo era o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de praticar o estupro. O crime se consumava quando o agente abusasse da mulher, ou seja, com a introdução parcial de seu membro na vagina da vítima. E era possível a tentativa.

A prostituta e as mulheres públicas não eram tuteladas pelo *caput* do artigo, mas, sim, por seu § 1º. A expressão “mulher pública” não se confunde com a mulher que não fosse virgem, mas com aquela que tivesse uma vida desregrada com relação aos prazeres, mulheres de vários homens, que frequentassem determinados lugares impróprios como bares, boates, etc.

A pena cominada em abstrato para quem cometesse estupro contra mulher considerada honesta era de um a seis anos de prisão celular; já para aquele que cometesse estupro contra prostituta ou “mulher pública” a pena seria fixada no patamar de seis meses a dois anos.

O Código não trazia nenhum artigo específico que tipificasse a conduta daquele que realizasse ato libidinoso com menor, porém trouxe a figura da presunção de violência para casos como esses em seu art. 272:

Art. 272. Presume-se cometido com violência qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa ofendida for menor de 16 anos.³⁸

³⁸ PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980, p. 300.

Assim, haveria estupro sempre que algum homem praticasse ato libidinoso contra menor de dezesseis anos, pois a violência seria presumida.

Em um primeiro momento, a presunção da violência foi tida pela doutrina como *iuris et iuris*, ou seja, não importava qual a condição da menor – sexo realizado com menor era tratado como estupro.

Conforme afirma Gusmão,

A única hipótese da chamada violência presumida pelo nosso legislador, ou violência indutiva, como alguns a denominam, *stuprum nec voluntarius, nec violentum*, é o menor de 16 anos vítima de conjunção carnal, caso em que sempre se presume, *iuris et jure* que o ato carnal foi praticado com violência quer seja a menor honesta ou desonesta e haja ou não sido a conjunção carnal consensual, e seja virgem ou não.³⁹

Criticando tal artigo, Noronha ressalta que o legislador

escolhera o limite de dezesseis anos, mas fizera-o com manifesto ilogismo, como largamente foi acentuado. Considerando-se a presunção do art. 272 como absoluta e tendo-se em vista o art. 27, § 2.º, o resultado é que por aquele dispositivo se considerava incapaz o menor de dezesseis anos de consentir no ato libidinoso, por falta de pleno discernimento, mas pelo art. 27, § 2º, tornava-se responsável criminalmente todo menor de 14 e maior de 9 anos que obrasse com discernimento. Vaia dizer: como réu o indivíduo podia ter conhecimento do ato por ele podia ser punido, mas como vítima, esse mesmo menor não tinha capacidade para conhecer, nem assentir ao ato, tendo-se consequentemente como violenta a aquiescência obtida.⁴⁰

Como exceção, tal violência ficta para menor de dezesseis anos não existia para a jurisprudência no caso de a vítima ser prostituta, pois, conforme afirma Edgard Magalhães Noronha,

entre os inúmeros julgados, o transcrito na Revista Forense: 'Sendo a ofendida menor de 16 anos, a violência é presumida *iuris et de jure*, só não se configurando o crime de estupro se se tratar de mulher pública, fazendo comércio da prostituição'.⁴¹

³⁹ GUSMÃO, C. *Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores*. 5. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1981. p. 121.

⁴⁰ NORONHA, E. M. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 3, p. 297.

⁴¹ NORONHA. *Direito penal*, 1964, v. 3, p. 305.

2.3 O estupro na Consolidação das Leis Penais (1932)

Conforme visto, o Código Penal de 1890 sofreu diversas mudanças legislativas após sua decretação, por meio de inúmeras leis esparsas, dada sua imprecisão técnica, já que sua elaboração foi por demais célere.

Nenhuma mudança ocorrida nos artigos do Código Penal de 1890 cambiou os artigos anteriormente estudados, porém foi acrescentado o § 2º ao art. 266 pela Lei n. 2.992, de 25 de setembro de 1915, que trazia a seguinte redação:

§ 2º Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem:
Pena – de prisão cellular por dois a quatro annos.⁴²

O parágrafo acrescentado protegia a constituição psíquica do menor de vinte e um anos, mas nem todos os menores de vinte e um anos eram tutelados, tendo em vista a necessidade anterior ao ato do estado de “não corrupção” da vítima.

É de se imaginar que cada pessoa se desenvolva de forma diferente das demais. Tal parágrafo protegia apenas o menor de vinte e um anos que ainda não havia se corrompido, ou seja, que ainda não tinha experiência na área sexual. O menor de vinte e um anos que já tivesse maturidade sexual não seria tutelado pelo artigo.

Assim, qualquer pessoa poderia ser sujeito ativo do novo parágrafo criado, porém apenas pessoa não ser corrompida e menor de vinte e um anos poderia ser sujeito passivo do tipo.

Corromper alguém significa “perverter, depravar moralmente, induzir à prática de atos condenáveis, fazendo deteriorar sua moral”.⁴³ O efetivo corrompimento da vítima estabelecia o momento da consumação do crime.

⁴² Cf. PIERANGELI. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*, 1980. p. 373.

⁴³ Cf. FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 21, p. 48.

2.4 Os crimes contra a liberdade sexual no Código Penal brasileiro (1940)

2.4.1 Estruturação dos “crimes sexuais” no Código de 1940

O novo *Codex* tratou dos crimes diretamente ou indiretamente ligados ao conteúdo sexual no Título VI e foi dividido em sete capítulos.

No primeiro, tratou-se dos crimes contra a liberdade sexual, trazendo a figura do estupro, atentado violento ao pudor, posse sexual mediante fraude, atentado ao pudor mediante fraude. No segundo capítulo, cuidou-se da sedução e da corrupção de menores. O rapto, quer de forma violenta, quer mediante fraude, como também da forma consensual, foi objeto do terceiro capítulo.

Após os três primeiros capítulos, advém o capítulo no qual se estabelecem as formas qualificadas dos tipos penais dos capítulos anteriores. Ou seja, prescreve-se quando ocorrerá a presunção de violência, as causas de aumento de pena e como se dá a ação penal.

No quinto capítulo tratou-se do lenocínio, ou seja, intermediação para satisfação de lascívia alheia e do tráfico de pessoas trazendo a figura típica da mediação para satisfazer a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo e tráfico de mulheres. O sexto capítulo tratou do ultraje público ao pudor estabelecendo os crimes de ato obsceno e escrito ou objeto obsceno.

A seguir analisa-se como era a redação dos crimes contra a liberdade sexual e como era tratada a questão do menor, figurando como sujeito passivo de tais crimes.

2.4.1.1 Estupro

A redação original do art. 213 do Código Penal trouxe a conduta típica tida como estupro: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”⁴⁴

Para a maioria dos autores, o bem jurídico tutelado pelo art. 213 é a liberdade sexual da mulher, ou seja, sua autodeterminação em escolher o parceiro sexual de sua preferência, assim como dispor de seu corpo.

Noronha afirma que a liberdade sexual “não desaparece nas próprias espécies inferiores, onde se observa que geralmente o macho procura a fêmea, quando ela se acha em cio, isto é, predisposta ao coito.”⁴⁵ E ressalta, ainda, que “fácil, pois, é conjecturar quão intenso é o primitivismo bárbaro do que atenta contra a disponibilidade sexual da pessoa”.⁴⁶

Não é tão simples estabelecer o bem jurídico penal deste artigo. Isso porque a mulher só seria sujeito passivo do crime de estupro no caso de ser constrangida à conjunção carnal, visto que o próprio artigo limita o sujeito passivo ao estabelecer em seu tipo “constranger mulher”.

Assim, entende-se que o artigo em espécie tutelava a liberdade sexual da mulher em sentido estrito, ou seja, sua liberdade vagínica em relação ao pênis do homem, pois qualquer outro ato libidinoso mediante constrangimento não seria tutelado pelo presente artigo.

A dúvida fica se a mulher poderia ser sujeito ativo deste artigo, no caso em que uma mulher forçasse a outra a manter relações, tendo a agente clitóris hipertrófico. Noronha nos traz a indagação: “Pode a mulher ser sujeito ativo do crime em que o ofendido também é mulher?”⁴⁷

Beni Carvalho afirma que

é indubitável poder constituir-se o crime de estupro por meio da *fellatio in ore*, ou a cópula sodômica, ambas violentas; pois, como se viu, ele entende designar a expressão conjunção carnal – todo ato

⁴⁴ A redação foi modificada penal Lei n. 12.015/2009.

⁴⁵ NORONHA, E. M.. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 3, p. 105. 447 p.

⁴⁶ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3. p. 105.

⁴⁷ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 108.

pelo qual o órgão geinital de uma das pessoas seja introduzido no 'corpo da outra'.

Nessas condições, como é patente, conjunção carnal não significa, exclusivamente, conjunção sexual.

[...].

Ora, assim sendo, é lógico que, si uma mulher, possuidora de clitóris hipertrófico, pode estuprar um homem, ou outra mulher [...] é porque já aí, ele não dá à expressão conjunção carnal a sinonímia de conjunção sexual; pois fora absurdo ver, no comércio anal violento conjunção sexual e também, de outro lado porque conjunção carnal, contrariamente ao que afirmou, pode realizar-se sem concurso do órgão sexual masculino, visto aceitar sua substituição pelo clitóris, embora em circunstâncias excepcionais.⁴⁸

Na contramão de Carvalho, Nelson Hungria explica que

Por conjunção carnal, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a introdução do pênis na cavidade vaginal.⁴⁹

Em nota de rodapé Hungria ainda cita que “Se o agente, em substituição ao pênis, usa dos dedos ou de algum objeto (pau roliço, vela, *phallus* artificial, etc.), não se dá a penetração do órgão genital masculino. Não há estupro sem a *introductio penis intra vas*.”⁵⁰

Filiando-se ao pensamento de Hungria, Noronha afirma que

Não obstante opiniões em contrário, muitos admitem que o coito entre mulheres é possível pela existência de clitoris hipertrófico. Tal cópula, entretanto, não integrará o delito em questão. [...] a expressão conjunção carnal, adotada neste artigo [...] significa exclusivamente congresso sexual, realizado por meio do membro viril e do órgão sexual da mulher. É o coito normal, em que de um lado há o sujeito ativo – o homem – e do outro a vítima ou sujeito passivo – a mulher.⁵¹

⁴⁸ CARVALHO, B. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1943. p. 80-81.

⁴⁹ HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956. v. 8, p. 115.

⁵⁰ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 115.

⁵¹ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 109.

Após calorosa discussão sobre o tema, a doutrina, acertadamente, pacificou o entendimento de que apenas o homem poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, já que a expressão “conjunção carnal” significaria “conjunção sexual” sinônimo da conjunção do pênis masculino com a vagina feminina.⁵² Assim, o sujeito ativo somente poderia ser o homem, dada a exigência do tipo penal pela cópula vagínica.

O núcleo do tipo é constranger, que significa “forçar, compelir, obrigar”.⁵³

Os doutrinadores se debateram sobre a necessidade da resistência da vítima para a existência do estupro.

Carvalho afirma que

o constrangimento do sujeito passivo à conjunção carnal pode ocorrer mesmo quando a vítima não oponha constante, viva e tenaz resistência, ou não haja invocado socorro, bem como se, dalgum modo, não resistiu fisicamente; e, ainda, se consentiu, – desde que se lhe tenha extorquido o consentimento, em função de violência ou de ameaça.⁵⁴

Hungria não concorda com o posicionamento acima citado e explicita que

o dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro.⁵⁵

⁵² Nesse sentido, MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2, p. 407, e BITENCOURT, C. R.. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4, p. 2. 374 p. Na contramão da doutrina tradicional Luis Regis Prado afirma: “Registre-se, porém, a existência de casos de hermafroditismo que expressam um bissexualismo quase que completo, de forma que não pode ser afastada a hipótese de uma destas pessoas, aparentemente do sexo feminino, praticar um delito de estupro, embora se trate de possibilidade raríssima” (PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 184 a 288*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3, p. 200).

⁵³ PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 249*. 8. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2, p. 601.

⁵⁴ CARVALHO. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, p. 125.

⁵⁵ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 118.

Noronha corrobora com Hungria e afirma:

A par da violência do estuprador, exige a resistência da vítima. É necessário seja ela *constrangida*, isto é, obrigada à conjunção carnal, pois a lei, tutelando sua liberdade sexual, impõe-lhe seja a primeira defensora dessa liberdade. Não há violência onde não existe resistência.⁵⁶

A mera negativa da vítima ou seu silêncio com relação ao constrangimento não gera o estupro. É necessário que a vítima manifeste sua negativa com relação à cópula e que essa resistência seja vencida mediante violência ou a grave ameaça.

Noronha esclarece:

A lei, entretanto, não pode exigir que a ofendida vá ao extremo da resistência, até o risco da própria vida. Seria impor que fosse mártir da sua virtude. Exige que a resistência seja sincera, mas não requer se prolongue até o instante do desfalecimento ou do trauma psíquico⁵⁷

Tão importante quanto o constrangimento é a forma como o agente constrange a vítima conforme atesta o artigo art. 213 do Código Penal. Como visto, o ato de constranger deve ser realizado mediante a ação violenta *lato sensu*, na qual se compreende em violência *stricto sensu* e grave ameaça.

A violência *stricto sensu* é o uso da força física do agente buscando a anular a vontade da mulher. “A violência física concretiza-se no emprego da força material, tendente a reduzir a vítima à impossibilidade de resistir”.⁵⁸ “Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente, que, no entanto, poderá preferir utilizar meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases, etc.”⁵⁹

Reafirma-se que a resistência ativa da vítima é a contraprova da violência como elemento integrante do estupro. Decerto, “exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda a sua força e energia, em dissenso sincero e positivo”.⁶⁰

⁵⁶ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 117

⁵⁷ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 118.

⁵⁸ CARVALHO. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, p. 122.

⁵⁹ BITENCOURT. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4, p. 3.

⁶⁰ MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*, v. 2., p. 410.

Porém não basta a violência somada à conjunção sexual, pois

É bem de ver que, se à violência do agente não corresponde a repulsa da vítima quanto à conjunção carnal, como, por exemplo, no caso do atentado sádico (consensiente a vítima *ante coitum*), não será reconhecível o estupro, mas outro crime. Em tal caso, a mulher, passando a resistir, não o faz em defesa de sua liberdade sexual, mas de sua integridade física ou de sua vida.⁶¹

A ameaça também é uma violência. “Violência é a necessidade imposta *contraria voluntati*, e tanto se exerce pelo emprêgo de força física, como pela ameaça, pela intimidação, pelo incutimento do medo.”⁶² Porém, em vez de *vis corporalis*, a ameaça é *vis compulsiva*. Por meio da ameaça, o agente consegue limitar a resistência da vítima por meio de sua vontade.

Gusmão afirma que

a ameaça exerce na vítima atingida, o poder de ação inibitória da vontade, ou seja, de uma faculdade psíquica precípua, produzindo-se o pavor, o temor angustiante, uma ação mental compressora e absorvente que lhe tolhe a faculdade psíquica da volição, destruída esta ou pelo menos fundamente perturbada, como, outrossim, inibindo-lhe a capacidade moral de resistência, e, pois, a possibilidade de se defender.⁶³

A ameaça anula a vontade da vítima, fazendo que seja um joguete, um fantoche dos caprichos do agente. A ameaça “exerce uma força intimidativa, inibitória, anulando ou minando a vontade e o querer da ofendida, procurando, assim, inviabilizar eventual resistência da vítima”.⁶⁴

A ameaça é a promessa de mal futuro. A doutrina divergiu se o mal necessitaria ser injusto, como ocorre no crime de ameaça descrito no art. 147 do Código Penal brasileiro, para a configuração do crime de estupro. Porém a doutrina fixou-se no pensamento de Hungria, que afirma:

Pouco importa a justiça do mal ameaçado. O agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode

⁶¹ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 119.

⁶² HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 120.

⁶³ GUSMÃO. *Dos crimes sexuais*: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores, p. 104.

⁶⁴ BITENCOURT. *Tratado de direito penal*: parte especial, v. 4, p. 3.

prevalecer-se de uma ou outra para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta. Não se eximiria à acusação de estupro, por exemplo, o agente de polícia que anulasse a resistência da vítima sob ameaça de denunciar crime que saiba tenha ela praticado.⁶⁵

Até mesmo Noronha, que admitia a necessidade da ameaça injusta para a ocorrência do crime de estupro, afirmou posteriormente:

Já sustentamos, com apoio em MANCI e outros, que a ameaça deve ter por objeto um dano, além de grave, injusto. Todavia mais tarde chegamos à conclusão de que o crime existe ainda que o dano contido na ameaça não seja, em si, injusto, assim nos manifestando em outro livro, ao mesmo tempo em que mostrávamos a discordância reinante na matéria. [...] Para nós, o mal sempre será injusto se injusto for o objetivo do agente⁶⁶

O legislador, porém, preferiu explicitar que nem toda ameaça poderia gerar o crime de estupro. “O que a lei quis deixar bem claro é que nem toda ameaça constitui material do estupro: é necessária uma ameaça grave.”⁶⁷

Grave ameaça é “aquela ameaça que efetivamente imponha medo, receio, temor na vítima, e que lhe seja de capital importância, opondo-se a sua liberdade de querer e de agir”⁶⁸

Faria afirma que

é necessário que a vítima tenha conhecimento da ameaça, mas não é indispensável que a ameaça seja dirigida contra ela, porque, [...] a violência moral pode subsistir ainda quando praticada contra pessoa cara a mesma vítima.⁶⁹

Conforme visto, conjunção carnal é uma espécie do gênero ato libidinoso que se caracteriza pela introdução do pênis do homem na vagina da mulher. “Não se compreendem, portanto, na expressão legal, o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais”⁷⁰

⁶⁵ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 121.

⁶⁶ NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 212.

⁶⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 120.

⁶⁸ BITENCOURT. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4, p. 3.

⁶⁹ FARIA, A. B. *Código penal brasileiro comentado*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 6, p.13.

⁷⁰ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 116-117.

O crime de estupro se consuma mesmo com a introdução incompleta do pênis na vagina da ofendida.⁷¹ “Não é mister a ejaculação”⁷² ou orgasmo. Portanto, consuma-se o crime quando o homem introduz seu membro viril na vagina da mulher ainda que parcialmente.

A tentativa era possível e ocorria quando o homem constrangia a mulher à conjunção carnal, mas esta não ocorria dadas razões alheias à sua vontade. Da mesma forma, “se não há introdução do membro viril ou se ocorre o simples contato superficial dos órgãos genitais, não poderá ser reconhecida senão a tentativa de estupro”.⁷³

2.4.1.2 Atentado violento ao pudor

Inicialmente o crime de atentado violento ao pudor tinha uma função residual, sendo considerado somente quando o agente não praticava a conjunção carnal mediante violência contra mulher.

Exemplificando, Hungria afirma que pode haver tentativa de estupro “desde que haja um inequívoco ensaio de introdução da vêrga”.⁷⁴ Porém,

se as circunstâncias são ambíguas, isto é, se não demonstram positivamente a intenção de cópula vagínica, o que deve ser identificado é o ‘atentado violento ao pudor’ (consumado ou tentado). Este crime é que também ficará como resíduo no caso em que o agente desista voluntariamente de atingir a *meta optata* (conjunção carnal).⁷⁵

Consubstancia-se mais claramente o caráter residual do crime de atentado violento ao pudor ao verificar-se que na data da promulgação do Código

⁷¹ Cf. FARIA, A. B. *Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1920. v. 2, p. 343.

⁷² NORONHA. *Direito penal*, 1982, v. 3, p. 122.

⁷³ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 125.

⁷⁴ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 126.

⁷⁵ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 126.

Penal, sua pena era mais branda que a do estupro.⁷⁶ Enquanto esta era de reclusão, de três a oito anos, aquela era de reclusão de dois a sete anos.

Tal diferença de pena foi defendida por Hungria ao afirmar que “o valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que pela mulher, de modo que, em princípio, não se justificaria, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos.”⁷⁷

Ocorre que, com as mudanças legislativas ocorridas, as penas do crime de estupro e do atentado violento ao pudor foram igualadas e aumentadas. A Lei n. 8.072/1990, que instituiu os crimes hediondos, aumentou a pena dos dois tipos penais de reclusão de seis a dez anos. Assim, o legislador começou a dar o mesmo valor a condutas que iam contra a liberdade sexual do homem, ou que atentavam contra a liberdade sexual da mulher, cujo ato fosse diverso da conjunção carnal.

O art. 214 do Código Penal define assim a conduta do atentado violento ao pudor:

Art. 214. Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O bem jurídico tutelado por esse artigo é a liberdade sexual do homem e da mulher, porém exclui-se da tutela do artigo a conjunção carnal praticada por homem contra a mulher.

O “sujeito ativo e sujeito passivo podem ser qualquer pessoa, homem ou mulher, em relações hetero ou homossexuais.”⁷⁸ “O crime pode ser praticado mesmo por uma mulher contra um homem.”⁷⁹

Hungria, diferenciando o crime de estupro do crime de atentado violento ao pudor, cita o seguinte exemplo:

Uma mulher, mediante ameaça, consegue que um homem (menos obstinado que José do Egito) ceda em ter com ela cópula normal. O fato não constituirá estupro, porque este só por homem contra

⁷⁶ O apego vagínico do legislador se fazia presente dada a flagrante diferenciação que fazia do ataque do homem à vagina da mulher, tendo em vista os outros atos libidinosos realizados no corpo dela. Tal fixação ainda encontra eco em nossos dias, como veremos mais adiante.

⁷⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 116.

⁷⁸ BITENCOURT. *Tratado de direito penal: parte especial*, v. 4, p. 8.

⁷⁹ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 139.

mulher pode ser praticado; mas não deixará de ser punido a título de atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência de conjunção carnal, pois, mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representa ato libidinoso.⁸⁰

Prado afirma que

o crime poderá ser praticado por uma mulher contra um homem, ainda que a *meta optata* seja a conjunção carnal, pois em tal hipótese é impossível que se configure o delito de estupro em razão da particularidade do sujeito passivo.⁸¹

Há, também, a impossibilidade de a mulher responder pelo crime de atentado violento ao pudor, mantendo conjunção carnal com homem mediante violência ou grave ameaça. Ocorre que o tipo é muito claro ao afirmar que a conjunção carnal não está tutelada ao usar a expressão “diverso da conjunção carnal”.

Reitere-se que o crime de estupro só tutelava a mulher, e não o homem.

Assim, caso uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, obrigue um homem a manter conjunção carnal, responderá pela violência ou pela ameaça, mas jamais por estupro ou atentado violento ao pudor.

O núcleo do tipo é o verbo constranger, núcleo do tipo, possui o mesmo significado do crime de estupro já visto no item anterior, portanto, não será necessário repeti-lo. Da mesma forma deixa-se de repetir o *modus operandi* para a configuração do estupro, também já vista, pois não há reparos a fazer.

Deve-se compreender o sentido de ato libidinoso. Ato libidinoso “é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência”. Porém, conforme visto acima, a conjunção carnal, que é espécie de ato libidinoso, não está incluída nos atos capazes de caracterizar o crime de atentado violento ao pudor.

Mas o que seria ato libidinoso? Prado enumera exemplos de atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

Fallatio ou *irrumatio in ore*, *connilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (caso de sexo oral, bucal ou lingual); coito anal, penetração *inter femora*;

⁸⁰ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 139.

⁸¹ PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*: arts. 184 a 288, v. 3, p. 209.

masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, dentre outros⁸²

Um dos pontos mais controvertidos do direito é saber se um beijo seria capaz de gerar o crime em espécie?⁸³ Carvalho questiona:

Poder-se-á considerar ato libidinoso, capaz de configurar o delito, o toque ou apalpação das partes sexuais, dos seios, ou das nádegas da vítima, bom como o beijo, uma vez que tais atos, por si sós, não constituem equivalentes fisiológicos ou psíquicos da cópula, nem implicam, por isso mesmo direta ou normalmente, satisfação sexual?⁸⁴

Respondendo à sua indagação, especialmente sobre a possibilidade de o beijo ser considerado ato libidinoso, Carvalho afirma que a “questão de ser, ou não, o beijo ato de libidinagem, não pode ser resolvida de modo absoluto e apriorístico”.⁸⁵

Hungria, por sua vez diz que

o ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua.⁸⁶

Para o mesmo autor, porém, há de se ressaltar possivelmente que o beijo, “à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua [...] autentico atentado violento ao pudor”.⁸⁷

⁸² PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*: arts. 121 a 249, v. 2, p. 624.

⁸³ Pensava-se que tal discussão estaria superada, porém, no dia 11/11/2010, um jovem foi preso por beijar outro na boca de forma consentida. Dessa forma, reacendeu-se na seara jurídica o interesse pelo tema. O Desembargador Antonio Carlos Malheiros, coordenador da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de São Paulo, em entrevista ao site G1 sobre a notícia da prisão do jovem de 18 anos afirmou: “T tecnicamente é correto porque é menino menor de 14 anos de idade que está sofrendo, foi atingido por um maior de idade que está praticando com ele algum ato libidinoso. Se ele tivesse 14 e houvesse consentimento poderia entrar em alguma indicação delituosa, como por exemplo, corrupção de menor, algo nesse sentido. Mas com menos de 14 anos, tudo agora é estupro. Agora é estupro de vulnerável para menor de 14 anos. Não é considerado pedofilia porque pedofilia é no âmbito infantil. A vítima teria de ter 12 anos de idade” (JOVEM de 18 anos é preso por beijar garoto de 13 em cinema de shopping. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/jovem-de-18-anos-e-preso-por-beijar-garoto-de-13-em-cinema-de-shopping.html>>. Acesso em: out. 2011).

⁸⁴ CARVALHO. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, p. 153.

⁸⁵ CARVALHO. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*, p. 155.

⁸⁶ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 133.

⁸⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 135.

Noronha reafirma essa posição ao afirmar sobre o beijo que “não temos dúvida em considerá-lo ato de libidinagem, capaz de integrar o crime deste artigo, quando dado, por meio de violência ou ameaça, num impulso de luxúria e de volúpia”.⁸⁸

Prado sugere “a inclusão de todos os tipos de cópula no delito de estupro, qualificando o atentado violento ao pudor como um crime menos grave”.⁸⁹ E complementa:

Um desafio que causa inquietação à doutrina e aos tribunais é a gradação dos atos libidinosos, que, obviamente, posicionam-se numa linha ascendente de um simples toque até o coito anal, que situa-se no mesmo grau do estupro. Assim, se é correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas.⁹⁰

Bitencourt afirma que

a diferença entre o desvalor e a gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada [...] pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61.⁹¹

Rogério Sanches Cunha afirma que

A expressão ‘outro ato libidinoso’ é bastante ampla, porosa e, se não interpretada com cautela, pode culminar em séria injustiça, como já registrada pela nossa jurisprudência quando os Tribunais subsumiam ao tipo do art. 214 do CP o simples beijo lascivo. De *lege ferenda* (leitura futura), deve o legislador exemplificar os atos considerados libidinosos, permitindo ao aplicador encontrar outros que com aqueles se assemelham. Por enquanto, *de lege lata* (lei posta), precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima.

⁸⁸ NORONHA. *Direito penal*, 1964, v. 3, p. 167.

⁸⁹ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 184 a 288, v. 3, p. 210.

⁹⁰ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 184 a 288, v. 3, p. 209-210. Na oitava edição de sua obra, não escreve uma linha sequer sobre o problema (PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 121 a 249, v. 2).

⁹¹ BITENCOURT. *Tratado de direito penal*: parte especial, v. 4, p. 9.

Como exemplo citamos o coito *anum*, *inter femora*, a *fellatio*, o *cunnilingus*, o *anilingus*, ou ainda a associação da *fellatio* e o *cunnilingus*, a cópula axiliar, entre os seios, vulvar, etc.⁹²

Assim, somente os atos libidinosos que estiverem no mesmo patamar da conjunção carnal é que devem ser tidos como atos libidinosos capazes de gerar o crime de atentado violento ao pudor tendo em vista os princípios da razoabilidade lesividade e proporcionalidade que podem, nesse caso, se resumir no princípio da insignificância.⁹³ Assim, “os atos libidinosos de pouca significação, como os simples toques e os beijos lascivos”⁹⁴ não são objeto do presente artigo.

São duas as condutas que o agente pode cometer. A primeira é de praticar mediante violência ou grave ameaça o ato libidinoso diverso da conjunção carnal; a segunda é permitir que com ele se pratique tais atos.

Noronha esclarece que

a primeira – praticar – refere-se à ação ativa da vítima; é ela quem pratica o ato libidinoso; na segunda – permitir que com ela se pratique – considerou a ação passiva do ofendido; nesse caso, o ato lascivo é entregue à iniciativa e execução do criminoso, intervindo a vítima tão-somente com a sua passividade e inércia, sofrendo o ato libidinoso praticado pelo réu.⁹⁵

Sobre o papel da vítima Hungria ensina que

Na prática do ato libidinoso, o papel da vítima pode ser passivo (como no coito *per anus*), ativo (como na *fellatio*) ou, ao mesmo tempo, ativo e passivo (como na conjugação entre a *fellatio* e o *cunnilingus*). A vítima pode ainda ser coagida a praticar o ato libidinoso em si mesma (automasturbação) [...].⁹⁶

⁹² CUNHA, R. S. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 250.

⁹³ Em apertada síntese, os doutrinadores entendem que não seria razoável que alguém fosse condenado a uma mesma pena tendo realizado coito anal mediante constrangimento de violência enquanto outro fosse condenado por tocar mediante grave ameaça na perna da vítima. Da mesma forma, o princípio da lesividade exige que as ações, para serem tipificadas, devem tutelar os bens jurídicos realmente importantes. Assim, os atos libidinosos devem ser separados em categorias, sendo a primeira a daqueles que geram o crime de atentado violento ao pudor e daqueles que não geram o crime. Por fim, o princípio da proporcionalidade exige que a resposta estatal seja proporcional ao prejuízo causado à vítima. Não seria proporcional condenar alguém à pena de seis anos de prisão por dar um beijo francês em alguém, embora possa ser considerado ato libidinoso.

⁹⁴ PIERANGELI, J. H. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 60.

⁹⁵ NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 160.

⁹⁶ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 135.

O elemento subjetivo do crime de atentado violento ao pudor é o dolo.

Parte da doutrina, como Luiz Regis Prado, entende que

exige-se ainda o elemento subjetivo do injusto consistente em particular tendência ínsita no sujeito ativo, 'que se identifica com a tendência de envolver a outra pessoa em um conteto sexual'; [...] de uma finalidade de excitar ou satisfazer o impulso sexual próprio ou alheio.⁹⁷

Hungria afirma que “o Código atual não faz referência expressa ‘ao fim de saciar paixão lasciva’ como fazia o Código de 90; mas implicitamente o exige. Não se concebe ato libidinoso sem impulso ou fim lúbrico, sem a nota essencial de concupiscência.”⁹⁸ Noronha rebate tal argumentação afirmando que “o motivo em mira pode ser outro, como o menosprezo, o ridículo da vítima, mas a intenção é sempre a mesma: praticar um ato que lesa o pudor.”⁹⁹

Noronha ainda afirma que, se o crime de atentado violento ao pudor exigisse a existência de um especial fim de agir do agente em satisfazer a própria lasciva, poderia se chegar à conclusão de que

o indivíduo que, de arma em punho, obriga a esposa de seu inimigo ao coito nefando, completo ou incompleto, com o fim de escarnecer dele mais tarde, não atenta absolutamente contra o pudor da mulher: pratica somente o levíssimo crime de injúria real.¹⁰⁰

É negar a existência de um elemento subjetivo especial do injusto ou especial fim de agir, já que “é absolutamente irrelevante a eventual existência da finalidade de satisfazer a própria lascívia”.¹⁰¹

Noronha corrobora com esse posicionamento ao afirmar que “elogios merece a lei em não referir ao fim do agente. Não constitui ele o elemento subjetivo do crime, que reside na intenção do sujeito ativo.”¹⁰²

A tentativa da prática do crime é possível.

⁹⁷ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 121 a 249, v. 2, p. 603.

⁹⁸ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 137.

⁹⁹ NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 170.

¹⁰⁰ NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 169.

¹⁰¹ BITENCOURT. *Tratado de direito penal*: parte especial, v. 4, p. 10. No mesmo sentido MIRABETE. *Manual de direito penal*, v. 2, p. 414..

¹⁰² NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 170.

A consumação do crime “coincide com a prática do ato libidinoso”¹⁰³

2.4.1.3 Da presunção da violência

Viu-se que o Código de 1940 trouxe a figura do estupro e do atentado violento ao pudor considerando-o como o constrangimento de alguém ao sexo, em suas diferentes formas, mediante violência e grave ameaça.

Como o Código anterior, o atual trouxe a figura da presunção de violência em seu art. 224, acrescido de uma mudança e dois acréscimos. A primeira mudança foi na idade do menor para a existência da presunção de violência. No antigo Código, a vítima deveria ser menor de dezesseis anos para que a violência fosse presumida. No Código atual, caso a vítima deve ser menor de catorze anos.

O legislador, porém, ampliou o rol dos casos em que se presume a presunção de violência. “Muito mais previdente que a lei anterior, o Código não limitou essa presunção ao caso de a vítima ser menor; abrangeu outros em que também a presunção tem toda razão de ser.”¹⁰⁴

Mais duas hipóteses foram agraciadas como presunção de violência, como no caso de a vítima ser alienada ou débil mental e o agente conhecer tal circunstancia, e no caso de a vítima não poder oferecer resistência por qualquer outra causa.

Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima:

- a) Não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Como ensina Hungria,

o Código presume ou finge a violência, nos crimes sexuais, quando a vítima, por sua tenra idade ou morbidez mental, é incapaz de consentimento ou, pelo menos, de consentimento válido, e, a

¹⁰³ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 140.

¹⁰⁴ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 286.

exemplo de outros Códigos modernos, acrescenta a esses casos de violência presumida (ficta, indutiva) uma terceira hipótese, de caráter genérico: quando a vítima, por qualquer meio é incapaz de resistência.¹⁰⁵

Chrysolito de Gusmão cita Manzini, que afirma:

O verdadeiro critério da lei, límpido e positivo é este: essa impõe a cada um ou a determinadas pessoas, um dever absoluto de abstenção de conjunção carnal com aquelas pessoas que a própria lei tutela, e que, implicitamente, considera carnalmente invioláveis ainda que consintam.¹⁰⁶

Dessa forma, tratando-se de presunção de violência, “o consentimento (no sentido natural) pode existir (e existe na maioria dos casos), embora não seja juridicamente válido.”¹⁰⁷

Torna-se desnecessário o consentimento ou não da vítima: “Desde que não se apresente uma reação ou defesa a conjurar, não há o pressuposto da violência real.”¹⁰⁸

Tal presunção existe, dada a impossibilidade de a vítima opor-se à ação do ofensor. Verifica-se que, nos dois primeiros casos, a vítima pode manifestar sua aquiescência para o ato, porém, dada sua incapacidade presumida de consentir, a lei considera inválido seu consentimento.

Nesse momento reporta-se apenas ao primeiro caso, cuja presunção de violência baseia-se na idade da vítima, objeto de nossa pesquisa.

Sobre a idade da vítima, pergunta-se se no dia em que a vítima completa catorze anos estaria incluído o dia do aniversário da vítima nesse prazo temporal.

Hungria afirma que “o texto legal usa da expressão “não maior de 14 anos”, isto é, a proteção amplia-se até o dia em que o menor completa 14 anos.”¹⁰⁹ Fragoso é contundente ao afirmar que “a presunção se aplica até o dia em que o menor completa 14 anos, inclusive.”¹¹⁰

Comparando nosso direito com o direito estrangeiro, Noronha afirma:

¹⁰⁵ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 221-222.

¹⁰⁶ MANZINI, V. *apud* GUSMÃO. *Dos crimes sexuais*: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores, p.121.

¹⁰⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 222.

¹⁰⁸ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 222.

¹⁰⁹ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 225.

¹¹⁰ FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*. São Paulo. Bushatsky, 1958, v. 2, p. 439.

A fixação de um limite de idade tem sido norma geralmente seguida pelas legislações, embora variando esse limite. O Código italiano passado adotou a de 12 anos e o atual fixa em 14. A lei espanhola presume a violência quando a vítima for menor de 12 anos, igual critério o seguido também pelo atual Código argentino.¹¹¹

Sobre a presunção de violência, o autor afirma não ter ela

sido aceita unanimemente pelos juristas. Argumenta-se que fixando idade certa para a presunção, nem sempre esse limite estará de acordo com o desenvolvimento do indivíduo que varia de pessoa para pessoa, consoante os fatores étnicos, mesológicos, etc.¹¹²

Fragoso diz que

a presunção de violência os crimes sexuais, pela menoridade [...] remonta aos práticos. O primeiro a estabelecer foi Carpzóvio (*Practica nova rerum criminalium, quaest*, 75 n. 39), fundado em duas passagens do Digesto. [...] o pupilo, nem quer, nem deixa de querer (*nec velle, nec nolle*), para significar que sua vontade é juridicamente, irrelevante. Na base disso, Capzóvio formulou a célebre princípio: *qui velle non potuit, ergo noluit*.

Quem não pode querer, conseqüentemente, dissente, isto é não quer, equiparando, assim, ao estupro, o atentado ao pudor não violento, de menores [...]¹¹³

Para Hungria, “o raciocínio é, sem dúvida, sofisticado. O incapaz de querer é também incapaz de não querer. É um indiferente: *nec nolle nec velle*.”¹¹⁴ Porém, aceita a presunção de violência ao afirmar que “o estado de indiferença ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados à falta de consentimento, justificando a presunção de violência”.¹¹⁵

Por fim Hungria conclui que “não há despropósito algum em que se presuma a violência (não obstante o sofisma do *velle non poluit, ergo noluit*) quando

¹¹¹ NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 287.

¹¹² NORONHA. *Direito penal*, 1964. v. 3, p. 287.

¹¹³ FRAGOSO. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 436

¹¹⁴ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 223.

¹¹⁵ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 224.

falte, na vítima, a capacidade de manifestação da vontade, ou, pelo menos, de consentir validamente.”¹¹⁶

Assim, “a presunção se aplica até o dia em que o menor completa 14 anos, inclusive.”¹¹⁷

Noronha afirma:

Tomou o legislador como base completa insciência dos fatos sexuais, a impossibilidade de consideração quanto aos efeitos por eles produzidos. Considerou que abaixo desse limite não é dado ao agente valer-se da aquiescência do menor, tido com incapaz de querer, impossibilitado de livre aceitação desse ato que desconhece e assim, pelo inciso em apreço, a lei pune o agente[...].¹¹⁸

E ainda complementa:

Nossa lei disse expressamente que se trata de presunção de violência, e a Exposição de Motivos acrescenta ter sido fundamento *innocentia consili* da vítima. É a impossibilidade de compreender o menor em toda a extensão o ato a que é levado a praticar. Faltam-lhe madureza fisiológica e capacidade psico-ética para ter alcance, para estimar com precisão o ato violador dos bons costumes, donde consequentemente pleno e livre, e donde consequentemente a presunção de violência.¹¹⁹

A presunção de violência para aquele que realiza ato sexual com menor de 14 anos, porém, é absoluta? Tal assunto é

assaz delicado, em matéria de relevante importância e de grande aplicação na prática, sendo por isso mesmo um dos pontos capitais em matéria de crimes contra os costumes. Trata-se que conhecer o caráter das presunções aí estabelecidas, de saber se são elas absolutas ou condicionais.¹²⁰

¹¹⁶ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 223.

¹¹⁷ FRAGOSO. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 439.

¹¹⁸ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 288.

¹¹⁹ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 304.

¹²⁰ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 295.

Para Fragoso “não se trata de presunção absoluta, pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção.”¹²¹

Jesus afirma que “a presunção de violência, no caso de a vítima não ser maior de catorze anos, é relativa, cedendo a hipótese de o agente incidir em erro quanto a idade desta, erro este plenamente justificado”.¹²²

Bitencourt também afirma que “esta presunção é relativa [...]. O erro justificado sobre a idade do menor exclui sua aplicação”.¹²³ Fragoso e Jesus, porém, não elencam outro exemplo em que a presunção de violência poderia ser relativizada além do erro sobre a idade da vítima.

Simplista por demais a observação dos autores ao afirmar que o erro exclui do agente sobre a idade da vítima exclui a aplicação da presunção, uma vez que o

erro de tipo incriminador é o que incide sobre circunstâncias ou elementos, fáticos ou jurídicos, integrantes do tipo legal. Se for essencial, tem como consequência a exclusão do dolo, permitindo, porém, a punição por crime culposos, se previsto em lei.¹²⁴

Ora, o erro sobre a idade da vítima recai sobre “um dos elementos essenciais do tipo objetivo, sem o qual o crime deixa de existir”.¹²⁵

Dá-se o seguinte exemplo: o agente realiza ato libidinoso consensual, seja conjunção carnal, seja outro, com menor de 14 anos, supondo, pela constituição física da vítima, ter ela mais que tal idade. Nesse caso, há erro essencial, pois, eliminando-se a idade da vítima, nada resta do crime de estupro, já que o autor deve ser conhecimento da idade da vítima para a configuração do crime. Porém, Tal raciocínio serve para qualquer crime.

¹²¹ FRAGOSO. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 439.

¹²² JESUS, D. E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a Dos crimes contra a paz pública*, 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3, p. 141.

¹²³ BITENCOURT. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49.

¹²⁴ ISOLDI FILHO, C. A. S. *Causas de exclusão da tipicidade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 40.

¹²⁵ TOLEDO, F. A. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 50.

Noronha também afirma que “se o agente está convicto, se crê sinceramente que a vítima é maior de catorze anos, não ocorre a presunção. Não existe crime, porque age de boa-fé.”¹²⁶

Hungria discorda de Fragoso e Noronha, erroneamente, a nosso ver, e afirma:

Não é, porém, de aceitar a opinião [...], no sentido de que a presunção da letra a pode ser excluída pela errônea suposição por parte do agente (de ter a vítima idade superior a 14 anos), provocada pelo precoce desenvolvimento da vítima.¹²⁷

Para Hungria a dúvida do agente com relação à idade da vítima não excluiria o crime, pois o tipo penal caberia o caso de dolo eventual.¹²⁸

Bitencourt aceita o erro justificado, embora “a dúvida possa configurar dolo eventual, que é suficiente para subsistir a presunção de violência.”¹²⁹

Danilo Rios discorda e afirma que

A lei exige o dolo direto e, no caso de dúvida, a ação não é enquadrada no art. 224 do CP. O dolo eventual está afastado, pois a lei exige que o agente saiba da incapacidade de resistência da vítima – menor de 14 anos, débil mental etc.¹³⁰

Para Mirabete, “não se exclui a presunção quando há ignorância, dúvida ou incerteza por parte do agente quanto à idade da vítima, já que no caso o sujeito ativo arrisca, subsistindo o dolo eventual.”¹³¹

Noronha discorda que a presunção de violência seja absoluta. Para iniciar seu raciocínio, indaga: “Essas menores, meretrizes de portas abertas, deverão ter a seu favor a presunção de *innocentia consilli*? Seria ir de encontro à realidade afirmar tal coisa”.¹³²

¹²⁶ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 308-309.

¹²⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 228.

¹²⁸ Cf. HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 227.

¹²⁹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte especial*, 2009. v. 4, p. 49.

¹³⁰ RIOS, D. *Manual de direito penal: parte especial*. Goiânia: Ed. da UCG, 2007. v. 2, p. 164.

¹³¹ MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 20 ed. ver. e atual. até novembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2, p. 451.

¹³² NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 304.

Crysolito afirma que tal fato não é importante porque se trata de

uma presunção de falta de consentimento, em que se não avalia a gravidade dos atos praticados, pondo-a (a vítima), assim debaixo de um pálio como que sagrado, não se permitindo, eficazmente, a investigação da honestidade ou não da menor; é a idade, em que debaixo do ponto de vista penal, não se reconhece malícia na vítima – *quce non est doli capax*¹³³

Noronha afirma e ao final indaga que

para essas desventuradas já não existe mistério algum no ato sexual. Como se falar em incapacidade de apreciação de um ato em quem habitualmente, cotidianamente o pratica? Conhecem-no muito mais que qualquer jovem de dezoito anos, praticam-no revelando a experiência das personagens das decorações femininas das alcovas de Tibério... Sabem das consequências todas que ele traz; não ignoram como se livrar do produto da concepção e são peritas em evitá-lo. Em condições tais, poder-se-á falar em *innocentia consilii*?¹³⁴

A resposta lógica é NÃO! Não se pode afirmar que tal pessoa não tenha maturidade suficiente para entender o caráter do ato libidinoso e que seu consentimento tenha sido obtido ao explorar a sua inocência.

Antevendo a réplica, Noronha admite que “pode sustentar-se até que essas menores merecem proteção maior e que o ato sexual com elas praticado em nada pode abonar o homem”.¹³⁵

Findando a discussão, Noronha pondera:

teremos, então, deixado o campo do direito repressivo, para penetrarmos os puros domínios da moral, coisas que, nos crimes contra os costumes, devem ser cuidadosamente separadas. Não se trata de saber se o fato é moral ou imoral, o que é necessário esclarecer é se constitui crime¹³⁶

Concluindo seu pensamento, Noronha afirma que não acredita que tais fatos tenham os elementos necessários para serem considerados crimes se a vítima for menor prostituta ou pessoa de devassidão precoce.

¹³³ GUSMÃO. *Dos crimes sexuais*: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores p. 121 et seq.

¹³⁴ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 305.

¹³⁵ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 305.

¹³⁶ NORONHA. *Direito penal*, v. 3, p. 305.

Hungria afirma o caráter relativo da presunção de violência:

É decisivo em tal sentido o elemento histórico. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula ‘não se admitindo prova em contrário’ [...] visou justamente a abolir a inexorabilidade da presunção.¹³⁷

Embora os doutrinadores clássicos tenham afirmado o caráter relativo da presunção de violência, Antônio Rosa desconhece qualquer exceção, não tecendo comentários sobre a ela.¹³⁸

Castelo Branco por outro lado, afirma que

a presunção é absoluta, *juris et de jure*, ainda que, por exemplo, a vítima, menos que catorze anos, esteja completamente corrompida porque, pelo menos teoricamente, não é capaz de avaliar o caráter torpe do atentado ao pudor, por *innocentia consilli*, ou por *non doli capax*.¹³⁹

Luiz Regis Prado não aceita o caráter absoluto da presunção de violência e afirma que “não se deve aceitar a presunção como fonte de certeza criminal, já que tal procedimento pode fomentar o desprezo pela prova, mostrando que sem ela se pode chegar à certeza”¹⁴⁰

Fernando Capez entende que

a presunção não pode ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. O dispositivo em questão tem como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado, ainda, 14 anos, apresenta evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não há por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades.¹⁴¹

¹³⁷ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 228.

¹³⁸ ROSA, A. M. F. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 597.

¹³⁹ CASTELO BRANCO, V. P. *O advogado diante dos crimes sexuais*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 108.

¹⁴⁰ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*: arts. 184 a 288, v. 3, p. 269.

¹⁴¹ CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3: Dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H), p. 61-62.

Prado afirma que

decorridos mais de cinqüenta anos, é mister que se faça um novo questionamento. Destarte, sob pena de conflitarem lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento, sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psico-ética, logo, em face do conhecimento do adolescente nessa faixa etária sobre sexo, há que se relativizar a presunção legal quanto a violência.

Mirabete entende que a melhor posição é tratar a presunção de violência como relativa e afirma que “na jurisprudência, alias, é praticamente pacífico de que se trata de presunção relativa”. Com base em julgados, afirma que

Não se caracteriza o crime, por essa razão, quando a menor de 14 anos é destinada à prostituição em logradouros públicos [...]; não tem vida recatada [...]; se mostra experiente em matéria sexual [...]; já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos [...]; é despudorada e sem moral [...]; é corrompida [...]; apresenta péssimo comportamento[...]. No STF se decidiu pelo afastamento da presunção de violência em caso de vítima menor que já mantivera relações sexuais com outras pessoas e que acedeu ao pedido do agente porque ‘pintou vontade’ [...] Desaparece a presunção quando a menor aparenta ser maior de 14 anos pelo seu precoce desenvolvimento físico [...], ou quando o agente é informado pela vítima que tem mais de 14 anos e tal circunstância não é verdadeira.¹⁴²

Tal entendimento jurisprudencial, porém, começou a se repetir com mais frequência e a se cristalizar

a partir da década de 80 do século passado [...] nossos Tribunais superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do art. 224, ‘a’, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.¹⁴³

¹⁴² MIRABETE. *Manual de direito penal: parte especial*: arts. 121 a 234 do CP, p. 450-451.

¹⁴³ GRECO, R. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. v. 3, p. 531. 757 p.

Tais julgados eram mais frequentes nos tribunais inferiores, porém o STF continuava a rejeitar a tese de que a presunção de violência nos crimes sexuais pudesse ser relativa. Apenas no dia 21 de maio de 1996, em julgamento histórico, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto de lavra do Ministro Marco Aurélio, no *Habeas Corpus* 73.662-9, o STF passou a adotar posicionamento diverso, aceitando ser relativa a presunção de violência presumida, quando a vítima for menor de catorze anos.

Assim, o estudo desse caso torna-se primordial para se entender a lógica jurisprudencial que rompeu com o entendimento até então sedimentado no Supremo Tribunal Federal.

Nesse feito os fatos narrados indicam que a vítima menor de catorze anos

ouvida em Juízo, esclareceu que vinha saindo de motocicleta com o Paciente, sempre indo a lugar deserto para troca de beijos e carícias. Apontou que o mesmo já fizera com um dos amigos do Paciente, entre outros rapazes. A seguir, noticiou que o Paciente pedira gentilmente que mantivesse consigo conjunção carnal, e que recusara, de início, mas cedera em face às carícias. Retornando à residência, pedira ao Paciente que a deixasse longe de casa, visando a fugir à fiscalização de seu genitor, que, por falta de sorte, viu-a descer da motocicleta.¹⁴⁴

Interessante o trecho do acórdão em que o Ministro Marco Aurélio afirma que “ao que tudo indica, a ação penal em que condenado o paciente surgiu única e exclusivamente da reação do pai da vítima”.¹⁴⁵

Em depoimento, a vítima menor de catorze anos afirmou:

Já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais com o réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação não foi forçada em

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC* 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade [...] que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica.¹⁴⁶

Uma testemunha no processo afirmou que

tinha conhecimento de que Márcio saía junto à menor Maria Adelaide Noronha; que, igualmente ficou sabendo pelo próprio acusado que ambos mantiveram relações sexuais; [...] é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito a noite ficando até a madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha.¹⁴⁷

Para o Ministro Marco Aurélio,

a pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações sexuais com o Paciente por livre e espontânea vontade. O quadro se revela estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promiscua. [...] ¹⁴⁸

O Relator, para embasar sua conclusão e referindo-se à idade hodierna, afirma, ainda, que

a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. [...] não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos correntes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40 [...]. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida. [...] Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. [...] A

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535.. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535.. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535.. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

maioria já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades [...].¹⁴⁹

Finalmente, concluiu o Relator assentando que “a presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal não é absoluta; é legal, sim, mas cede às circunstâncias do caso”¹⁵⁰.

Desde então, pulverizou-se o entendimento da jurisprudência relativizando a violência presumida

quando a menor não é mais virgem [...], é leviana [...], é fácil e namoradeira [...] ou apresenta liberdade de costumes [...], considerando-se que a presunção só é afastada quando se trata de menor ‘prostituta de porta aberta’ ou de corrupção notória [...].¹⁵¹

Assim, sedimentada ficou na jurisprudência e na doutrina brasileiras que a presunção de violência trazida pelo art. 224 do Código Penal seria presunção de natureza relativa.

2.5 Com a Lei n. 12.015/2009 surge um novo tipo penal

Com o advento da Lei n. 12.015/2009 a estrutura dos crimes contra a liberdade sexual sofreu modificação. Tal mudança iniciou-se pelo título. Antes intitulado de “Crime contra os costumes”, o Título VI do Código passou a ter a redação de “Crimes contra a dignidade sexual”.

Da mesma forma, o crime que tipificava o ato de realização de ato sexual contra menor que estava localizado nas disposições gerais dos crimes contra a liberdade sexual foi tipificada em capítulo inédito em nossa legislação, batizado de “Crimes contra vulnerável”.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535.. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 73.662-9/MG. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535.. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>. Acesso em: 7 mar. 2012.

¹⁵¹ MIRABETE. *Manual de direito penal*: parte especial: arts. 121 a 234 do CP, p. 450.

Os crimes em espécie também sofreram mudanças radicais em seu conteúdo. Os crimes de estupro (art. 213, CP) e o crime de atentado violento ao pudor (art. 214, CP), foram unidos, transformando-se em apenas um tipo penal, o estupro¹⁵² (art. 213, CP). Dessa forma, qualquer ato libidinoso, seja conjunção carnal ou não, praticado contra homem ou mulher mediante violência ou grave ameaça será tipificado desde então como estupro.

Não se adentrou nas consequências que tal mudança ocasionou por não ser objeto deste trabalho.

O art. 224 do Código Penal, que estabelecia a figura da presunção de violência, foi revogado. Em seu lugar surgiu a figura do “estupro de vulnerável” para tipificar a realização de ato libidinoso com menor. Tal ato está agora tipificado no art. 217-A, que possui a seguinte redação: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.”

“Percebe-se sem muito esforço, que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência constantes do revogado art. 224 do Código Penal.”¹⁵³

Verifica-se que a realização de ato sexual contra menor de catorze anos tornou-se um crime autônomo e não acessório do crime de estupro. Não há mais presunção de violência. Aqui também a lei não traz nenhuma exceção para aquele que praticar o ato sexual com menor de catorze anos.

Ressalte-se que o novo artigo também traz em seu parágrafo único a figura de outros vulneráveis, como o enfermo ou deficiente mental que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou aquele que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência.

Também não se tratou aqui da figura destes visto não fazer parte do objeto de estudo, ainda que secundariamente.

Fez-se, entretanto, a análise do referido artigo no Capítulo 3, no qual analisou-se o novo tipo penal para que se pudesse verificar as diferenças existentes entre a figura do estupro e do atentado violento ao pudor por presunção de violência com a nova figura do estupro de vulnerável.

¹⁵² O crime de estupro, no Código Penal, ficou com a seguinte redação após a promulgação da Lei n. 12.015/2009: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

¹⁵³ GRECO. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, p. 535.

Para identificar a possibilidade ou não de relativizar a aplicação do novo tipo penal, é necessário estudar a hermenêutica, suas escolas e métodos. É por meio do estudo da hermenêutica jurídica que se terá substrato para verificar se o art. 217-A deve ser aplicado literalmente ou se pode aplicá-lo ou não tendo em vista o caso concreto.

3 HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Hermenêutica, interpretação e escolas hermenêuticas

Palmer ensina que “as raízes da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por ‘interpretar’, e no substantivo *hermeneia*, ‘interpretação’.¹⁵⁴ O substantivo *hermeneia* e o verbo *hermeneuein* remetem à mitologia grega, especificamente ao deus-mensageiro-alado Hermes, não se sabendo, no entanto, se são derivações do referido personagem ou seu nome é derivado daqueles. Tal dúvida justifica-se, pois Hermes era o responsável por trazer a mensagem do destino (mundo dos deuses) para o mundo dos mortais (humano) e “transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que a inteligência consiga compreender”.¹⁵⁵

Durante séculos, com o fim do império Romano, a hermenêutica foi empossada pela religião cristã, que, baseada no teocentrismo, permitia apenas estudos que houvesse ligação com o texto bíblico.

Com a revolução das ciências, aos poucos, a hermenêutica foi ganhando importância com relação a outras ciências, auxiliando-as até conseguir *status* de ciência.

Não se deve confundir hermenêutica com interpretação.

Conforme ensinamento de Pasquale Fiore, registrado por Rubens Limongi França, “a interpretação da lei é, conforme o ensinamento de Fiore, a operação que tem por fim ‘fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador’.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 24.

¹⁵⁵ PALMER. *Hermenêutica*, p. 24.

¹⁵⁶ FIORI, P. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Tradução de E. A. de Paz. 3. ed. Madrid, 1927, p. 564 *apud* FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1995, 98 p.

A hermenêutica é uma ciência que tem seu objeto e método definido, assim como seus princípios; a interpretação é a aplicação da hermenêutica. “A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”¹⁵⁷

“A interpretação, portanto, consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais.”¹⁵⁸

3.2 Hermenêutica jurídica

A hermenêutica jurídica é parte da ciência Hermenêutica, tendo por “objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito”.¹⁵⁹

Isso porque as leis são criadas para incidir de forma genérica, abstrata e geral. Dessa forma, o hermeneuta jurídico deve “descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão.”¹⁶⁰ “A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito.”¹⁶¹ Interpretar é uma arte e possui sua técnica estando subordinada aos princípios da Hermenêutica.¹⁶²

Maximiliano ensina que a aplicação do direito pressupõe a prévia existência da hermenêutica, sendo esta o meio para se chegar àquela. A hermenêutica jurídica tem um somente objeto, que é a lei; já a aplicação possui dois objetos, que são o Direito e o fato.¹⁶³

A palavra interpretar significa “explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo”. Porém, “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar

¹⁵⁷ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

¹⁵⁸ FRANÇA. *Hermenêutica jurídica*, p. 3-4.

¹⁵⁹ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 1.

¹⁶⁰ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 1.

¹⁶¹ HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 12. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9.

¹⁶² Cf. MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 1.

¹⁶³ Cf. MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 7.

claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”.¹⁶⁴

A vida real ganha destaque na interpretação do Direito, visto que não há como criar normas completas que consigam abarcar todos os casos que irão ocorrer no tempo. Tentou-se até mesmo codificar todos os casos que poderiam existir, como se verificou com a edição do Código de Napoleão.

Dessa forma,

para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. Há casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros, em que se exigem restrições cautelosas. A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.¹⁶⁵

3.3 Desenvolvimento da hermenêutica jurídica

Dilvanir José da Costa afirma que a evolução da concepção das várias formas de interpretar o Direito se iniciou pela Escola da Exegese, seguindo pelas demais – por exemplo, a passando pela Escola Científica, Escola Histórica, Escola Teológica, Escola Sociológica e Escola do Livre Direito.¹⁶⁶

Em um primeiro momento, surge a ideia de que o simples texto legal seria autossuficiente para que o hermeneuta realizasse a correta interpretação. Tal ideia deu nascimento à chamada “Escola da Exegese” que estabelecia a ideia de que a lei seria suficiente para a solução de todos os problemas que o hermeneuta enfrentasse. Reale afirma:

Sob o nome de ‘Escola da Exegese’ entende-se aquele grande movimento que, no século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no Código Civil, já se encontra a possibilidade de

¹⁶⁴ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 7-8.

¹⁶⁵ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 14.

¹⁶⁶ Cf. COSTA, D. J. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 25-40.

uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social.¹⁶⁷

O aplicador do direito não poderia buscar em outros textos, senão o legal, a solução para os problemas enfrentados. Assim, para a Escola da Exegese, o texto legal seria o início e o fim da investigação do hermenêuta jurista. Pensava-se que a lei escrita preveria e resolveria todos os conflitos, dúvidas, situações e hipóteses que porventura pudessem em algum momento ocorrer no cotidiano.

Verificando tal pensamento, Montesquieu já havia afirmado que

os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos.¹⁶⁸

Entre as justificativas para que a interpretação ficasse adstrita ao texto legal seria a preocupação do subjetivismo do intérprete que poderia levar a um desvirtuamento da lei, ofendendo a vontade do legislador. Dilvanir Costa, citando Eduardo Espínola, afirma que a escola da exegese

tem toda a sua atenção voltada para a lei. É fruto da preocupação de limitar todo o arbítrio da interpretação científica, movimentando-se baseado na concepção de que o legislador é o criador do direito. No seu conceito, o direito se identifica com a lei. Parte da idéia de que a lei escrita deve satisfazer a todas as exigências da vida jurídica, bastando ao intérprete examinar-lhe diretamente o conteúdo, para, com os meios fornecidos pela lógica, tirar as consequências todas que dela derivam, sem ultrapassar os limites que lhe animaram a formação.¹⁶⁹

De fato, Maximiliano comenta que “preceituava a Escola da Exegese em direito Positivo, a corrente tradicionalista por excelência, que o objetivo do intérprete seria descobrir, através da norma jurídica, e revelar – a vontade, a intenção, o

¹⁶⁷ REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 278.

¹⁶⁸ MONTESQUIEU, Ch. L. S. (Baron de la). *Do espírito das leis*. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 150.

¹⁶⁹ ESPÍNOLA, E. *apud* COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 18.

pensamento do legislador.”¹⁷⁰ Tal sistema de interpretação ganhou o nome de escolástica ou dogmática.

O sistema escolástico que buscava interpretar a lei com base na tentativa de se buscar a vontade do legislador, baseando-se no somatório do pensamento dos sofistas atenienses e na Escola Teológica.

Os sofistas afirmavam que o Direito surgia de um acordo entre a vontade dos cidadãos. Já a escola Teológica afirmava que o Direito tem como origem a vontade divina, não sendo, portanto, criações humanas, mas revelações.

Buscava-se então que a interpretação da lei realizada pelo jurista não fosse adstrita apenas no texto objetivo, mas que ao interpretá-lo o interprete procurasse identificar o que havia levado o legislador ao criar tal norma, ou seja, qual a vontade do legislador em criar a norma.

Havia, portanto, um cuidado para limitar a interpretação do magistrado no caso concreto com a crença de que o legislador é o criador do direito e da lei, como sinônimo do direito, bastando por si só seu conteúdo para satisfazer o hermeneuta. Surgia daí a “Jurisprudência Conceitual, por dar mais atenção aos preceitos jurídicos, esculpidos na lei, do que às estruturas sociais, aos campos de interesse aos quais aqueles conceitos se destinam.”

Maximiliano afirma:

Reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o todo com a parte; seria útil, embora nem sempre realizável, aquela descoberta; constitui um dos elementos da Hermenêutica; mas não o único; nem sequer o principal e o mais profícuo; existem outros de maior valia.¹⁷¹

“A velha escolástica cedeu o lugar ao sistema que se poderia denominar histórico-evolutivo”.¹⁷² Para esse sistema, o intérprete não deveria apenas descobrir o que quis o legislador quando criou a norma, em tempo passado, mas qual a vontade que ele teria se estivesse no tempo atual. Tal entendimento foi afastado dada sua falta de cientificidade.

Não concordando com a escola exegética que sacrificava as regras de direito e seus princípios em face da lei, levantou-se a Escola Científica, afirmando

¹⁷⁰ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 15.

¹⁷¹ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 24.

¹⁷² MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 38.

que os princípios e regras de direito teriam tanta importância para a hermenêutica quanto a lei escrita.

Por sua vez a Escola Histórica, criticando a codificação defendida pela Escola da Exegese, se “opôs às construções jurídicas puramente ideais, racionais ou abstratas a noção do Direito fundado sobre os dados positivos da história, sujeito à evolução. O Direito é produto histórico e não arbitrário.”¹⁷³

A Escola Teleológica, também repudiando a Escola da Exegese, afirma que

o fim e o motivo criam o Direito, cuja finalidade primeira e geral é a garantia das condições de vida social. [...] a vida não deve se amoldar aos princípios; estes é que se devem modelar pela vida. Não é a lógica que determina como deve ser o Direito, como quis a Escola Tradicional, mas sim a vida, as relações e o sentimento jurídico é que o reclamam tal como deve ser.¹⁷⁴

A Escola Sociológica defende que o Direito é um ser orgânico composto de vários elementos. Assim, o hermenauta deve conhecer todos estes elementos e, ainda, utilizar-se de todas as ciências sociais para conhecer todos os seus aspectos. “a Escola Sociológica defendeu [...] a tese de que a melhor interpretação da lei é a que amolda às necessidades da hora presente, do momento de sua aplicação”.¹⁷⁵

Por sua vez, a Escola do Direito Livre defende que “o domínio imperativo da lei é muito restrito e as soluções direitas, visadas pelo legislador, são a parte mínima do mundo jurídico.”¹⁷⁶ Para a Escola do Direito Livre, a lei não consegue acompanhar as manifestações da sociedade e a lei não pode prender o Direito a si. Dessa forma nega que o legislador seja o único criador do Direito, sendo todas as manifestações diárias, como a família, sociedade, o comércio, manifestações sociais, dentre outras, parte do Direito. Assim, o intérprete deve-se inspirar em critérios filosóficos para sua orientação. Como critérios filosóficos podem ser citados o “Direito Justo”, o “Direito Natural”, as normas de cultura, o sentimento jurídico ou a equidade.¹⁷⁷

¹⁷³ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 28.

¹⁷⁴ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 29.

¹⁷⁵ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 31.

¹⁷⁶ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 22.

¹⁷⁷ CF. COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 32-34.

Contra a adoção das ideias das Escolas da Escolástica e do Direito Livre, Bittar afirma:

Se não se pode atribuir a um texto uma realidade de sentido unívoca, por ser a grande maioria dos signos (lingüísticos ou não) equívoca, muito menos se pode dizer que a interpretação é um exercício ilimitado, como se infere da discussão encetada [...]. Ambas as posturas configuram extremismos. O dimensionamento da questão hermenêutica na univocidade é o mesmo que fazer repousar na superfície a explicação do texto; o dimensionamento da questão hermenêutica no quadrante da ilimitação é opção desqualificadora da operacionalidade dos textos.¹⁷⁸

3.3.1 Processo de interpretação

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho afirma que “o problema da interpretação do direito, por quem quer que seja (não há diferença ontológica se se trata do particular ou de um simples juiz), pode ser pensado como o encontro entre quem proclamou a norma e aquele que a compreende.”¹⁷⁹

“A interpretação é uma só; não se fraciona,”¹⁸⁰ porém, para se chegar a essa interpretação, deve-se realizar diversos processos, também chamados de métodos, momentos ou elementos.

O primeiro processo que o intérprete deve realizar ao interpretar a lei é o processo gramatical,¹⁸¹ que busca entender o sentido das palavras existentes na lei. Assim, “toma por base o significado das palavras da lei e sua função gramatical. Apoiando-se na gramática, contribui, muitas vezes, para o aperfeiçoamento da redação das leis.”¹⁸²

¹⁷⁸ BITTAR, E. C. B. *et al.* *Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização*. Organizado por Anna Candida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006. p. 40.

¹⁷⁹ COELHO, N. M. M. S. Compreensão como arte: notas “hermenêuticas” sobre Constituição e constitucionalismo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 64. Disponível em: <http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/1591/1322>. Acesso em: 11 mar. 2012.

¹⁸⁰ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 87.

¹⁸¹ O processo gramatical é também chamado de literal ou filológico.

¹⁸² MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 373.

“O método gramatical constitui o início da interpretação.”¹⁸³ Trata-se de entender a forma das palavras para buscar seu sentido na lei ou norma. Isso porque a lei, por ser “uma realidade morfológica e sintática” [...], torna inafastável a utilização do processo gramatical de interpretação.”¹⁸⁴

A interpretação gramatical “é a mais simples e menos compreensiva limitando-se a pesquisar o sentido do texto pelo significado de suas palavras.”¹⁸⁵

Maximiliano afirma que o processo gramatical exige do intérprete vários requisitos sendo o principal o “conhecimento perfeito da língua empregada no texto, isto é, das palavras e frases usadas em determinado tempo e lugar; propriedades e acepções várias de cada uma delas; leis de composição; gramática”.¹⁸⁶

O intérprete deve buscar o sentido do vocábulo não de forma isolada, mas no complexo de palavras que formam o texto, pois a palavra pode possuir mais de um significado. “São as palavras símbolos apenas. Agrupadas, enfeixam, em reduzida síntese, um processo complexo de pensamentos. Cabe ao aplicador do direito desdobrar as ideias consubstanciadas no bloco[...]”.¹⁸⁷

“O processo gramatical, sobre ser o menos compatível com o progresso, é o mais antigo (único outrora)”.¹⁸⁸ Maximiliano afirma que o método gramatical, com apego servil à letra da lei que ossifica o Direito, pois impede o desenvolvimento da jurisprudência, sobreviveu até a vitória do método sociológico.¹⁸⁹

Verifica-se que ao se interpretar o artigo em espécie de forma gramatical, fica claro que sua aplicação não aceita dilações ou exceções. Não importa para o texto legal a condição da vítima, seus aspectos individuais, suas experiências, sua condição social, como é vista em sociedade. Para o texto da lei o importante para se

¹⁸³ DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeitos de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 177.

¹⁸⁴ HERKENHOFF. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p. 15.

¹⁸⁵ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 76.

¹⁸⁶ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 88. Maximiliano cita, ainda, os seguintes requisitos que o intérprete deve possuir para realizar o processo gramatical: “Informação relativamente segura, e minuciosa quanto possível, sobre a vida, profissão, hábitos pelo menos intelectuais e estilo do autor; notícia completa do assunto de que se trata, inclusive a história respectiva; certeza da autenticidade do texto, tanto em conjunto como em cada uma das suas partes” (MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 88).

¹⁸⁷ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 96.

¹⁸⁸ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 99.

¹⁸⁹ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 97-98.

puna alguém que realizou ato libidinoso com alguém cuja idade seja menor de catorze anos.

Inegável é a conclusão de que para ir a outro momento da interpretação deve-se realizar o processo gramatical para, depois, realizar outro tipo de interpretação. Da mesma forma, conforme assevera Montoro, o processo gramatical é

por si só insuficiente, porque não considera a unidade que constitui o ordenamento jurídico e sua adequação à realidade social. É necessário, por isso, colocar seus resultados em confronto com os elementos das outras espécies de interpretação.¹⁹⁰

Azevedo afirma:

É fundamental sublinhar-se, até para contrabalançar e afastar a redução lógico-mecanicista sempre persistente em amplos setores da doutrina e do ensino jurídico, algumas asserções que se podem ter como axiomáticas no raciocínio orientador do processo hermenêutico no deslinde das questões práticas.¹⁹¹

Após a interpretação gramatical, “impõe-se um trabalho lógico, pois nenhum dispositivo está separado dos demais”.¹⁹² No processo lógico, procura-se descobrir o sentido e o alcance da lei usando apenas o raciocínio dedutivo para obter a correta interpretação. Tal processo rechaça o auxílio de qualquer elemento externo que não seja a lógica geral. O processo lógico, porém, “vai além do significado textual e procura penetrar o espírito ou a intenção da lei (a *mens legis*).”¹⁹³

Herkenhoff, explicando o processo lógico, afirma:

Procura a idéia legal que se encontra *sub litteris*, partindo do pressuposto de que a razão da lei pode fornecer elementos para a compreensão de seu conteúdo; de seu sentido e de sua finalidade. Numa lei, o que interessa não é seu texto, mas o alvo fixado pelo legislador.¹⁹⁴

¹⁹⁰ MONTORO. *Introdução à ciência do direito*, p. 373.

¹⁹¹ AZEVEDO, P. F. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre. Fabris, 1989. p. 16.

¹⁹² REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 279.

¹⁹³ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 77.

¹⁹⁴ HERKENHOFF. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p. 17.

Por consequência, o resultado da interpretação é o afastamento da lei do fator humano tratando-a como uma equação matemática. O processo lógico usado isoladamente

tirava a um ramo de estudos a sua principal característica, a de ser, por excelência, uma ciência social, e, portanto, destinada a adaptar-se à vida da coletividade, variar à medida das necessidades da prática, fornecer novas concepções jurídicas acordes com as circunstâncias mutáveis do meio.¹⁹⁵

Maximiliano afirma sobre o uso dos processos gramatical e lógico:

O mal está no abuso, que leva a desprezar o coeficiente pessoal e os valores jurídico-sociológicos; e não em simples uso, consistente em aplicar os processos da Lógica, sem deixar de contar com outros elementos, inclusive a cultura, o critério profissional, a isenção de ânimo, o tato e outros predicados individuais do verdadeiro exegeta e aplicador do Direito.¹⁹⁶

Sheila Jorge Selim de Sales afirma:

Mais precisamente, a exegese não é nem mesmo o início de ciência, mas apenas o agrupamento e preparação do material para o trabalho científico. E isto pela decisiva razão que a exegese, sendo estudo da singular norma, é estudo do individual, enquanto verdadeira ciência se tem quando, do estudo do individual, passa-se ao estudo do geral.¹⁹⁷

Outra metodologia possível parte do processo sistemático, que tem ligação com a lei e seu texto. O texto legal, porém, não é seu início e seu fim. O processo sistemático procura comparar a lei que se procura interpretar com outros do mesmo texto legal ou, ainda, outras leis que tenham consonância com o assunto.

Assim, “para melhor entender o mandamento legislativo, devemos analisar a norma dentro do contexto da regulamentação legal, levando em consideração as relações lógicas e hierárquicas entre as várias normas”.¹⁹⁸

¹⁹⁵ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 102-103.

¹⁹⁶ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 103.

¹⁹⁷ SALES. *Escritos de direito penal*, p. 95.

¹⁹⁸ DIMOULIS. *Manual de introdução ao estudo do direito*: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeitos de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem, p. 178.

No processo sistemático,¹⁹⁹ afirma-se que o Direito possui caráter estrutural e que não se deve interpretar isoladamente a lei, mas, sim, de acordo com o sistema legal ou organismo. Explicando o processo sistemático, Maximiliano aduz:

Não se encontra um princípio isolado, em ciência algum; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. [...] Cada preceito, é membro de um grande todo, por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.²⁰⁰

O processo sistemático de interpretação é o que busca extrair “o sentido da lei do contexto, do conjunto ou do sistema da legislação ou de determinado instituto jurídico, em que o texto interpretado se insere”.²⁰¹

Cabe ao método histórico uma abordagem diferencial dos processos interpretativos. “A interpretação histórica baseia-se na investigação dos antecedentes da norma.”²⁰² O processo histórico ou histórico-evolutivo busca resgatar os sentimentos, interesses, fatos, ideias, modismos e os pensamentos que influenciaram o legislador no momento da elaboração da lei.

Assim, busca-se resgatar os fenômenos do passado para ver a atual vontade da lei. Foge-se, portanto, da tradicional busca da *voluntas legislatoris* (vontade do legislador) para se buscar a *voluntas legis* (vontade da lei).

Verifica-se quais transformações jurídicas tiveram os institutos durante o tempo, seja antes de sua criação, durante sua criação e sua vigência. Porém, ao se usar o processo histórico-evolutivo o intérprete deve-se ater, como nos processos gramatical e lógico, ao texto da lei.

Para Herkenhoff o processo histórico despreza “a postura estática, meramente descritiva, e assume a postura crítica, de aprofundamento da realidade, dialética, momento histórico é de grande valia no trabalho hermenêutico”.²⁰³

¹⁹⁹ O processo sistemático é também chamado de orgânico.

²⁰⁰ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 105.

²⁰¹ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 77.

²⁰² MONTORO. *Introdução à ciência do direito*, p. 372.

²⁰³ HERKENHOFF. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p. 24.

Assim, a interpretação histórica é a que

leva em conta não só os antecedentes ou a evolução da lei através dos tempos, com suas sucessivas alterações, para servir de subsídio ao intérprete, como também a própria história de sua promulgação, através dos trabalhos preparatórios, projetos, exposição de motivos, debates parlamentares, etc.²⁰⁴

Plauto Azevedo, analisando sua importância, diz:

A consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da afirmação jurídica, e os efeitos satisfatórios desse progresso.²⁰⁵

Coelho afirma:

É claro que o passado é sempre mobilizado nesse processo (sob a forma de comparação, na medida em que não há compreensão sem pré-compreensões), entretanto não há lugar para pensar a compreensão de textos (como as normas éticas e jurídicas) como a simples repetição do passado.²⁰⁶

Viu-se que até o presente momento a

‘aplicação da lei’, vale dizer, a adequação do fato aos ditames da norma jurídica, consistia no objeto central da dogmática clássica, que transitava no universo fechado do sistema jurídico não levando em conta o que Hans Kelsen chamou de fatores ‘a-científicos’ na análise jurídica. O direito bastava-se a si próprio, como se fosse uma mônada dentro da qual deveria ser enquadrados os fatos e as relações sociais.²⁰⁷

O Direito, aos poucos, buscou outros caminhos ao conceito da dogmática clássica, que possuía um modelo de interpretação basicamente abstrato. Da mesma

²⁰⁴ COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 77.

²⁰⁵ AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 15-16.

²⁰⁶ COELHO. *Prisma Jurídico*, p. 64. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/1591/1322>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

²⁰⁶ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 87.

²⁰⁷ CAMARGO. *Hermenêutica jurídica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Prefácio.

forma, a hermenêutica jurídica foi se afastando de sua concepção clássica e adquirindo outros contornos.

Surgiu, então, o processo teleológico que busca descobrir a finalidade da lei, ou seja, os interesses e valores que defende. Cabe ao hermeneuta verificar qual o fim da lei, o motivo pelo qual foi criada e qual o resultado que a mesma busca atingir na prática.

“Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou *finalística*; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, *teleológica*.”²⁰⁸

O direito brasileiro atentando para tal processo hermenêutico, consagrou na Lei de Introdução às Normas do Direito, em seu art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.”²⁰⁹

Maximiliano adverte:

Para atingir determinado fim há diversos meios; por outro lado, um meio serve para conseguir mais de um objetivo; por isso a finalidade constitui um elemento mediato, de valor subido, porém não absoluto, para descobrir o verdadeiro sentido e alcance das disposições.²¹⁰

O processo sociológico conduz o intérprete a buscar os motivos e efeitos sociais da Lei.

Busca levar para a interpretação que se quer fazer do texto legal os fatos contemporâneos, com mira no futuro, atendendo às aspirações coletivas, seja na área política, seja na social ou econômica. Assim, para o autor, o fenômeno jurídico está contido no sistema social, que está conectado com os outros fenômenos sociais, devendo-se observar as outras ciências sociais para se buscar a correta interpretação da norma.

Maximiliano assevera sobre o uso que se faz do processo gramatical e lógico que são extremamente engessadores do Direito por sua ligação com o texto legal e do sociológico que pouca importância dá para o texto da lei e que

²⁰⁸ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 124.

²⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 1º out. 2011.

²¹⁰ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 128.

no meio termo está a virtude: os vários processos completam-se reciprocamente, todos os elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça. Aos fatores verbais aliam-se os lógicos, e com os dois colaborem, pelo objetivo comum, os sociais, bem modernos, porém, já pressentidos pelos juristas clarividentes da Roma antiga. Todos os exageros são condenáveis; nenhum exclusivismo se justifica. Devem operar os três elementos como forças sinérgicas, conducentes a uma resultante, segura, precisa.²¹¹

Todos os processos citados são instrumentos de enorme valia para o intérprete da lei, que não deve relegar a nenhum deles. “Concordamos com aqueles que proclamam que a interpretação completa e segura constitui um processo que abrange todas essas fases ou etapas, a partir da literalidade do texto.”²¹²

Azevedo, citando Anne Lagneu-Devillé, afirma:

É preciso ver o processo hermenêutico por inteiro, isto é, reclamando ‘uma palavra (escrita ou oral) ou uma prática, que constitui seu objeto; um autor, o intérprete; os métodos destinados a atingir o objetivo buscado; e, ademais, a consideração do contexto histórico-social no qual esta operação se realiza’.²¹³

Reale afirma que a hermenêutica jurídica atual

desenvolve, de maneira mais orgânica, a compreensão histórico-evolutiva, entendendo a norma jurídica, como temos ensinado ultimamente, em termos de: a) um modelo operacional de uma classe ou tipo de organização ou de comportamentos possíveis; b) que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; c) implicando a apreciação dos fatos e valores que, originalmente, o constituíram; d) assim como em função dos fatos e valores supervenientes.²¹⁴

Assim, fica a dúvida que desde a promulgação da lei doutrina e jurisprudência debatem: O art. 217-A permite que o intérprete realize alguma interpretação além da literal?

Azevedo afirma, citando Luis Recaséns Siches:

²¹¹ MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 104.

²¹² COSTA. *Curso de hermenêutica jurídica*, p. 77.

²¹³ LAGNEU-DEVILLÉ, A. *apud* AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 15.

²¹⁴ REALE. *Lições preliminares de direito*, p. 293-294.

o conteúdo de uma norma legislativa não é uma proposição válida em si e por si, como sucede, por exemplo, com as proposições da lógica ou da matemática... Um princípio matemático é válido sejam quais forem as conseqüências que venha a produzir sobre a realidade.²¹⁵

Azevedo ressalta que “Já aos preceitos jurídicos não se pode atribuir validade imanente, independentemente dos casos a que se apliquem.”²¹⁶ E citando Recaséns Siches afirma que “A índole do direito positivo não está em constituir um reino de idéias puras, válidas por si sós, abstraindo-se toda aplicação real a situações concretas da vida...” E “a validade das normas jurídicas positivas está necessariamente condicionada pelo contexto situacional em que e para que se produzem”.²¹⁷

Para Márcia Dometila Lima de Carvalho,

a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal.²¹⁸

Portanto, “para justar-se (a norma) às realidades em que e para que são revividas, é que pode pôr-se ao juiz a questão da *lei injusta*.”²¹⁹

Ferrajoli pergunta e logo responde:

O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser, portanto, aplicada mediante providências válidas relativamente a ela. Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz considere inválida. Em tal caso dever-se-ia mesmo dizer que estes devem não aplicá-la, se não se tratasse de um dever puramente potestativo, isto é, dependente do juízo de invalidade por ele mesmo operado.²²⁰

²¹⁵ RECASÉNS S. L. *apud* AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 16.

²¹⁶ AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 16.

²¹⁷ AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 16.

²¹⁸ CARVALHO, M. D. L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 23.

²¹⁹ AZEVEDO. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, p. 17.

²²⁰ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 805.

Para este estudo, todos os processos hermenêuticos devem ser usados para que se consiga chegar à melhor interpretação do artigo que define o crime de estupro de vulnerável. As técnicas de hermenêutica desenvolvidas para o trabalho, porém, não são suficientes para a realização de um trabalho hermenêutico correto. Isso porque o trabalho hermenêutico jurídico, hoje, é influenciado pelos Direitos Fundamentais conquistados historicamente e instituídos pela Constituição Federal. No próximo item são analisados, ainda que de maneira sintética, o que são os Direitos Fundamentais e como eles interferem no desenvolvimento deste estudo.

3.3.2 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são os direitos de todo ser humano, e são inspirados inicialmente pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.²²¹ Tais direitos estão contidos em nossa Constituição em diversos momentos, como nos capítulos “Fundamentos e Objetivo da República”; “Direitos e Garantias Fundamentais” e “Direitos Sociais”.

Para Nobre Júnior, hodiernamente, os direitos fundamentais têm o significado de “conjunto de direitos subjetivos que se encontram consagrados na Constituição.”²²²

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como

direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter

²²¹ Existem aqueles que entendem que o primeiro exemplo de direito fundamental seria a Carta Magna de João Sem-Terra em que se estabeleceu que nenhum tributo ou taxa poderia ser cobrado sem o consentimento do conselho geral do reino, a pena decorrente da prática de um delito deveria ser proporcional à sua gravidade e que ninguém poderia ser privado de sua liberdade, ou se seus bens, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e sem harmonia com a lei do país (cf. NOBRE JÚNIOR, E. P. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Fabris, 2004. p. 31). Outros autores afirmam que tais direitos teriam sido positivados em 1776 na “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*) do Estado da Virgínia (EUA), na qual seu conteúdo trazia como direitos “a liberdade, a autonomia e a proteção da vida do indivíduo, a igualdade, a propriedade e a livre atividade econômica, a liberdade de religião e de imprensa, a proteção contra a repressão penal” (cf. DIMOULIS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 23).

²²² NOBRE JÚNIOR, E. P. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Fabris, 2004. p. 11.

normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.²²³

A expressão “direitos fundamentais” é confundida, em geral, como “direitos do homem”. Vargas esclarece que

A distinção está em que os primeiros são aqueles vigentes numa dada e concreta ordem jurídica, enquanto que os direitos do homem têm uma dimensão jusnaturalista, ou seja, são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos.²²⁴

Assim, os direitos fundamentais do homem estão diretamente ligados à concepção que se tenha do ser humano, principalmente dos valores que desta decorrem e de seus princípios constitutivos. Quanto maior for o entendimento do arquétipo humano, maior poderá ser a possibilidade de positivizar seus direitos, transformando-os em direitos fundamentais.²²⁵

Inegável que os direitos fundamentais reduzem o poder estatal em todas as suas esferas. Assim, ainda que de forma teórica, não pode o Poder Executivo emitir atos administrativos que desrespeitem direitos fundamentais, ou o Poder Judiciário julgar desrespeitando esses direitos ou, ainda, o Poder Legislativo legislar matérias que atentem contra tais direitos.

Dessa forma, a atuação do Estado deve estar vinculada diretamente ao respeito pelos direitos fundamentais, em todas as suas esferas.

O estudo do Direito Penal deve atentar não somente por compreender a norma isoladamente, mas, sim, estabelecer sua validade e extensão diante dos direitos fundamentais que vinculam a atuação do Estado.²²⁶ Assim, com o advento da Constituição da República de 1988, o Direito Penal ficou, obrigatoriamente, vinculado e restrito aos direitos fundamentais nela estabelecidos.

²²³ DIMOULIS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 46-47.

²²⁴ VARGAS, J. C. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 32.

²²⁵ Recentemente, mais um direito fundamental foi instituído em nossa Constituição, que é o de julgamento em tempo razoável.

²²⁶ Deve-se lembrar que é o Estado que atua quando pune alguém, já que trouxe para si exclusivamente a função de legislar quais seriam os tipos penais, como também a aplicação de pena no caso de alguém descumprir a norma.

Para Carvalho, o Direito Penal está engajado “no espírito, no objeto, nos princípios, valores e fundamentos da Constituição e do Estado Democrático de Direito por ela constituído”.²²⁷

A visão jurídica sobre os direitos fundamentais passou por transformações ao longo do tempo. Em primeiro lugar, encontra-se uma abordagem dos direitos fundamentais de cunho retórico, baseada na expressão da “prevalência dos direitos humanos e dos valores por eles expressos”.²²⁸ Tal discurso, porém, não era transferido à prática, pois juridicamente não havia solução clara de como e quando executá-los. Em um segundo momento, tentou-se dar direitos fundamentais um caráter pragmático, alegando que eles não passariam de ideais ou marcos destinados aos legisladores infraconstitucionais que deveriam positivá-los em leis infraconstitucionais para que tivessem efetividade.

Dimoulis afirma que

tais posicionamentos desprezam o valor jurídico do texto constitucional, apresentando-o como espécie de manifesto ou programa político (daí, serem suas normas denominadas ‘programáticas’) e atribuindo relevância somente às normas infraconstitucionais que são caracterizadas por terem maior concretude. [...] Ignora-se a primazia ou supremacia constitucional, cuja finalidade é [...] estabelecer múltiplos e estritos limites ao legislador ordinário, ‘desconfiando de seu poder que pode oprimir os indivíduos e os grupos minoritários’.²²⁹

Tentou-se, então, ultrapassar tal pensamento buscando dar efetividade aos direitos fundamentais. Como aplicar, porém, os direitos fundamentais, uma vez que estes são muitas vezes genéricos e abstratos?

Não se pode afirmar que o legislador infraconstitucional tem o cuidado necessário para criar leis observando os direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais, mais do que na criação legislativa, devem ser efetivados no caso concreto.

Dimoulis reafirma a importância da hermenêutica no processo de integração dos direitos fundamentais ao caso concreto ao afirmar que para efetivá-los

²²⁷ CARVALHO, M. D L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 23.

²²⁸ DIMOULIS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p.16.

²²⁹ DIMOULIS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p.17.

deve-se partir dos cânones clássicos da metodologia da interpretação jurídica: em primeiro lugar, o textual-gramatical e o sistemático-contextual (interno e de direito comparado, quando o texto permitir) e, em segundo lugar, o genético, o histórico, e, em última instância, tendo em vista o seu diminuto grau de racionalidade jurídica, o teleológico.²³⁰

Todos os princípios convivem entre si e, em determinado momento, podem chocar-se de acordo com o interesse de defendem. No Direito Penal, existe sempre o conflito de direitos fundamentais – por exemplo, o direito a liberdade em face ao direito à segurança.

Com resolver eventuais conflitos de princípios? Alexy afirma que

se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.²³¹

Assim, no caso concreto, será possível analisar qual princípio será usado e prevalecerá perante o outro.

A Constituição Federal instituiu um modelo penal garantista “como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva”.²³² Ocorre que tal modelo muitas vezes é desrespeitado ora pelo legislador, que emite leis penais e processuais contrárias a esse modelo garantista, ora pela jurisdição, que julga ignorando seus preceitos.

Dessa forma, o garantismo funciona como “um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”.²³³

²³⁰ DIMOULIS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p.19.

²³¹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

²³² FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 785.

²³³ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p.786.

Para asseverar que as garantias constitucionais seriam respeitadas, mesmo em caso de leis ordinárias contrárias aos seus preceitos, Ferrajoli afirma que, “já que os juízes têm o poder de interpretar as leis e de suspender-lhes a aplicação se as consideram inválidas por contraste à Constituição, não se pode dizer, a rigor, que tenham a obrigação jurídica de aplicá-las.”²³⁴

Sem dúvida, no caso do estupro de vulnerável, existe conflito entre princípios – por exemplo, o de proteção ao menor em face ao direito de liberdade. Assim, é possível que o julgador entenda que a aplicação literal do texto legal do art. 217-A seja inconstitucional e, portanto, o aplique de forma a moldá-lo aos ditames constitucionais.

Tais apontamentos serão feitos no próximo capítulo em que se interpreta o artigo em estudo diante das técnicas hermenêuticas, respeitando-se os princípios penais que advêm dos direitos fundamentais.

²³⁴ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 805.

4 ANÁLISE HERMENÊUTICA DO ART. 217-A

Viu-se que a ciência hermenêutica dá ao intérprete da lei os meios para que realize sua correta interpretação. Tal interpretação deverá ser feita mediante vários processos e utilizando diversos elementos, tendo sempre em vista os direitos fundamentais insculpidos pela Constituição Federal. O primeiro a ser realizado é o gramatical, em que se define a extensão do texto por meio da análise de seus vocábulos.

Sheila Sales afirma que, nesse sentido, “o método exegético é – como ensinava Ihering – o primeiro degrau da ciência jurídica [...]”.²³⁵

Além dessa análise, também foram feitas comparações com a antiga redação do crime de estupro, vista no capítulo 1.

4.1 Bem jurídico tutelado

O estudo do bem jurídico penal é de extrema importância já que

dentre outros dogmas que têm sido objeto de reconstrução dogmática com função crítica, com vistas a legitimar o sistema, encontra-se o bem jurídico, objeto da tutela penal, em sua função político-criminal enquanto legítimo critério de individualização da matéria a ser criminalizada e, correlativamente, procurando impor limites à atuação do legislador na atividade de criminalização”²³⁶

Assim, o estudo do bem jurídico penal é fundamental para nosso tema, tendo em vista que

até hoje se lhe assinala uma função liberal e garantista, como instrumento crítico para conter o magistério punitivo, já que a sanção criminal *par excellence* incide sobre a liberdade dos cidadãos, direito fundamental em nossa Constituição da República.²³⁷

²³⁵ SALES. *Escritos de direito penal*, p. 95.

²³⁶ SALES. *Escritos de direito penal*, p. 108.

²³⁷ SALES. *Escritos de direito penal*, p. 108.

O tipo do estupro de vulnerável tem a seguinte redação: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.”

À análise primária, verifica-se que o tipo penal busca proibir a realização de qualquer ato libidinoso com menor de catorze anos. Não se aceitam exceções.

Pode-se até mesmo verificar que o estupro de vulnerável tutela

a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis, assim entendidas aquelas que não têm suficiente capacidade de discernimento para consentir de forma válida no que se refere à prática de qualquer ato sexual.²³⁸

Prado entende que, para a lei, o menor de catorze anos não possui maturidade sexual para consentir em matéria sexual e, se o faz, falta-lhe validade.

Fayet afirma que o artigo em estudo “tutela a dignidade sexual dos vulneráveis”.²³⁹ Tal entendimento é seguido pela maioria dos doutrinadores. Para Fuhrer, porém, “é a dignidade da pessoa humana.”²⁴⁰

O conceito de dignidade sexual, porém, não é um conceito objetivo, mas vago e impreciso. O bem jurídico tutelado pelo direito penal deve ser determinado, preciso e real, sob pena de se criarem tipos penais que, em vez de tutelarem bens jurídicos concretos, tutelem expressões idiomáticas ou ideias amplas sem valor jurídico ou que visem simplesmente tutelar aspectos morais, o que não é aceito pelo direito penal.²⁴¹ Assim, o bem jurídico, para ser tutelado pelo Direito Penal, este deve ser “suscetível de ataque (ofensa)”²⁴².

“Daí a importância elevada da delimitação exata do bem ou interesse atingido pela ação delituosa.”²⁴³

²³⁸ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 121 a 249, v. 2, p. 623.

²³⁹ FAYET, F. A. *O delito de estupro*, p. 87.

²⁴⁰ FÜHRER, M. R. E. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135.

²⁴¹ Führer afirma que “é possível classificar os tipos penais incriminadores em (1) crimes naturais, com fundamento em um bem jurídico digno; (2) crimes de plástico ou “leis azuis”, com fundamento em interesses meramente estatais, estáticos, morais ou econômicos particulares; e (3) crimes vazios, cujo objeto jurídico não existe mais, ou nunca existiu” (FÜHRER. *Novos crimes sexuais*, p. 109).

²⁴² BIANCHINI, A.; MOLINA, A. G.-P.; GOMES, L. F. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 273. 411 p.

²⁴³ FÜHRER. *Novos crimes sexuais*, p. 109.

Para Greco,

a lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.²⁴⁴

Assim, entende-se que a dignidade sexual, nesse caso, deve ser entendida como o normal desenvolvimento do menor de catorze anos para sua vida sexual. O texto legal indica que o legislador entendeu que o adolescente até a idade dos catorze anos está em desenvolvimento psicológico para as coisas do sexo.

4.2 Tipo objetivo

Os núcleos do tipo em estudo são os verbos “ter” e “praticar”. Diferentemente do verbo utilizado no crime de estupro genérico, que é “constranger”. Praticar é realizar uma ação, dá a ideia de um fazer positivo. Ter significa “conquistar, possuir, adquirir”.²⁴⁵

Conjunção carnal é uma espécie de ato libidinoso que ocorre quando há o encontro do pênis com a e vagina, sendo necessária para sua caracterização, ao menos, a introdução parcial daquele nesta. Atos libidinosos são todos os atos interpessoais que estão ligados à luxúria, prazer carnal, sexo e erotismo.

4.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o vulnerável, ou seja, a pessoa menor de catorze anos.

²⁴⁴ GRECO, R. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3. p. 539

²⁴⁵ FAYET, F. A. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 90.

Vulnerável, portanto, “é o incapaz de consentir validamente para o ato sexual [...] passível de lesão, despido de proteção”.²⁴⁶

Guilherme de Souza Nucci afirma que

o que se pretende é inserir, tacitamente, sem mais falar em presunção – um termo que sempre gerou polêmica em direito penal, pois atuava contra os interesses do réu -, a coação psicológica no tipo idealizado. Proíbe-se o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos.²⁴⁷

Sobre o momento em que o novo tipo penal tutelaria alguém, indaga-se se tal proteção se daria até o dia em que o menor completaria catorze anos, inclusive, ou se este dia estaria excluído.

Hungria já havia manifestado seu elogio à antiga redação quando era estabelecido à presunção de violência àquele “não maior de 14 anos”, afirmando: “Evitou, assim, a ambigüidade da expressão ‘menor de 14 anos’, que comumente, tanto se aplica aos que ainda não completaram essa idade como aos que ainda não atingiram 15 anos”.²⁴⁸

Ao contrário da antiga redação que levava a crer que a presunção de violência se aplicava até o dia em que o menor completaria catorze anos, entende-se que a data do dia em que o menor completa seu décimo quarto aniversário está excluída da tutela do art. 217-A, pois completando catorze anos já não será “menor de catorze anos”.

Assim, até a zero hora do dia em que a vítima do estupro completa catorze anos, independente de sua vontade, o Estado pune aquele que lhe fizer qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal. A partir do primeiro segundo do dia em que completa catorze anos, a vítima estará protegida, [...], pela norma do §1º do art. 213 do Código Penal.²⁴⁹

Greco esclarece que “se o agente, mediante o consentimento da vítima, com ela, por exemplo, tem conjunção carnal no dia de seu aniversário, em que

²⁴⁶ NUCCI, G. S. *Crimes contra a dignidade sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100-101.

²⁴⁷ NUCCI. *Crimes contra a dignidade sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009, p. 101.

²⁴⁸ HUNGRIA; LACERDA. *Comentários ao código penal*, v. 8, p. 226.

²⁴⁹ FAYET. *O delito de estupro*, p. 88-89.

completava 14 (catorze) anos, o fato deixará de se amoldar ao tipo penal em estudo, devendo ser considerado atípico.”²⁵⁰

Dessa forma, se o menor completou catorze anos de idade, já não será tutelado pelo art. 217-A, e a partir desse momento sua liberdade sexual passa a ser tutelada pelo tipo genérico de estupro em que é necessário para sua configuração, a prática de violência ou a grave ameaça, conjuntamente com o ato libidinoso.

4.4 Sujeito ativo

Verifica-se que o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino.

Prado concorda que o sujeito ativo “possa ser qualquer pessoa, do sexo masculino ou feminino”, porém, ressalva que “desde que maior de dezoito anos”.²⁵¹ Verificando o texto legal, não se consegue verificar a exceção trazida por Prado ou em que se baseou para chegar a tal conclusão.

Assim, não há que se falar em idade mínima para a prática do crime de estupro de vulnerável, podendo ser realizado por pessoa de qualquer sexo ou de qualquer idade.

Fayet, comungando esse entendimento, afirma que

a norma do art. 217-A não estabelece expressamente sujeito ativo próprio, podendo, portanto, ser praticado por qualquer pessoa, homens e mulheres, independentemente de sua idade, opção sexual ou qualquer outra circunstância. Basta que consiga, de qualquer forma, ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos.²⁵²

Também para Pierangeli, com relação ao sujeito ativo do estupro de vulnerável, “trata-se de crime comum, em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher.”²⁵³

²⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, p. 543.

²⁵¹ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*: arts. 121 a 249, v. 2, p. 623.

²⁵² FAYET. *O delito de estupro*, p. 88.

²⁵³ PIERANGELI, José Henrique. *Crimes sexuais*, p. 55.

Da mesma forma, entende Führer que o “sujeito ativo deste crime pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher.”²⁵⁴

Para ilustrar tal afirmação Fayet traz importantes exemplos:

Se pensarmos uma adolescente de quinze anos que seduz um menino de doze anos e com ele pratica, delicada e apaixonante, diversos atos sexuais, incluindo a conjunção carnal, também ela pratica (formalmente) o tipo penal.²⁵⁵

Se um menor de catorze anos, [...] caso não haja emprego de violência, e a vítima consinta o ato praticado, haverá estupro de vulnerável bilateral, isto é, ambos os agentes praticam (formalmente) o tipo.²⁵⁶

Trata-se, portanto, de crime comum.

4.5 Tipo subjetivo

O elemento subjetivo exigido pelo tipo penal é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente do agente de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos.

No crime de estupro de vulnerável, o tipo subjetivo é exclusivamente doloso, não se concebendo a hipótese de prática das condutas descritas no tipo por imperícia, imprudência ou negligência, características do tipo subjetivo culposos.²⁵⁷

Sobre o conhecimento do agente sobre a idade da vítima Greco afirma que “não tendo o agente conhecimento de que a vítima se amolda a uma das situações elencadas pelo *caput* ou pelo §1º do art. 217-A do Código Penal, poderá ser alegado o erro de tipo.”²⁵⁸

Assim, o conhecimento do agente sobre a idade da vítima é ponto fundamental para a existência do crime.

²⁵⁴ FÜHRER. *Novos crimes sexuais*, p. 176.

²⁵⁵ FAYET. *O delito de estupro*, p. 88.

²⁵⁶ FAYET. *O delito de estupro*, p. 90.

²⁵⁷ FAYET. *O delito de estupro*, p. 95.

²⁵⁸ GRECO. *Curso de direito penal: parte especial*, v. 3, p. 543.

4.6 Consumação

A consumação do estupro de vulnerável ocorre com a introdução do pênis na vagina, no caso de conjunção carnal, ou com a realização do ato libidinoso.

Assim, “adolescente que convida um menor de catorze anos para dormir consigo, o primeiro toque lascivo dela no corpo do menor consoma o crime”,²⁵⁹ sendo, portanto, crime instantâneo.

Não importa quantos atos libidinosos o agente praticar com a vítima, pois haverá a consumação do crime de estupro de vulnerável apenas por uma vez. “A repetição de atos deverá ser valorada pelo julgador na dosagem da pena.”

4.7 Tentativa

O crime de estupro de vulnerável aceita a forma tentada, pois sua execução pode ser fracionada no tempo em vários atos.

Prado exemplifica a tentativa dizendo que

o agente, apesar de desenvolver atos inequívocos tendentes ao estupro, não consegue atingir a *meta optata*. Cite-se, como exemplo, a hipótese do agente que, após subjugar a vítima a fim de concretizar a conjunção carnal, é surpreendido por terceira pessoa ou consegue fuga do local, frustrando, destarte, o fim delituoso por ele almejado.²⁶⁰

Trata-se, pois, de crime plurissubsistente.

²⁵⁹ FAYET. *O delito de estupro*, p. 97.

²⁶⁰ PRADO. *Curso de direito penal brasileiro*: parte especial: arts. 121 a 249, v. 2, p. 623.

4.8 Conclusão prévia

Analisando o tipo por meio da interpretação gramatical e lógica, chega-se à seguinte conclusão: basta que o agente pratique conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de catorze anos para que se configure o crime de estupro de vulnerável. Essa conclusão foi a buscada pelo legislador ao criar tal figura penal.

A interpretação do artigo isoladamente, seja pelo método gramatical, seja pelo método lógico, deixa claro que não se tolera exceção com relação à prática de ato libidinoso realizada com menor de catorze anos.

Verifica-se que o legislador, ao criar esse tipo penal buscou impossibilitar a análise do fato real, punindo indiscriminadamente quem praticasse ato libidinoso com menor de catorze anos, interrompendo o fluxo histórico de evolução e o entendimento jurisprudencial e doutrinário que se cimentava em nosso país.

Tal análise, porém, não esgota o tema. Ficam as indagações: O menor tem o mesmo tratamento no restante da legislação pátria, especialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente? Seria a idade de catorze anos a ideal, nos dias de hoje, para tipificar o presente crime? O menor de dezoito anos pode ser responsabilizado por ato infracional, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, caso realize ato libidinoso com menor de catorze anos? O que ocorrerá se dois menores de catorze anos praticarem ato libidinoso? Ambos serão autores e vítimas de estupro de vulnerável? Se o menor de catorze anos já for experiente e tiver capacidade de discernimento para consentir a prática de ato libidinoso? Poderá a lei ser ignorada, relativizada ou deve ser aplicada em todos os casos ignorando-se o caso concreto? Pode-se, ainda, interpretar o art. 217-A como se tal idade fosse uma presunção do legislador, aceitando exceções como ocorreu no passado? O menor de catorze anos deverá ser tratado como vítima, independentemente de seu estado e experiência, sendo a idade da vítima condição *iuris et de iure* para a condenação de alguém?

Para responder a algumas dessas perguntas, deve-se buscar o auxílio do processo hermenêutico sistemático.

4.8.1 Análise sistemática do estupro de vulnerável

4.8.1.1 O menor a partir da Constituição da República de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente

Antes de responder a tais perguntas é necessário buscar o conceito legal de criança e adolescente perante a legislação brasileira. Para tanto analisa-se, em primeiro lugar, a Constituição Federal.

A Constituição Federal deu atenção especial à criança e ao adolescente e explicitou em seu art. 227, § 4º que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.²⁶¹ Dessa forma, indubitavelmente, o art. 217-A busca reprimir a exploração sexual de crianças e adolescentes, assim como os demais tipos penais do Título VI, especificamente em seu Capítulo II, Dos crimes sexuais contra vulnerável.

O Estatuto da Criança e do Adolescente define que crianças são as pessoas com até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquelas entre doze e dezoito anos de idade.²⁶²

Liberati, citando Grünspun, afirma que o que diferencia a criança do adolescente é que este se caracteriza

‘pela aparição dos primeiros sinais exteriores da maturação sexual. Na menina, consideramos o aparecimento das primeiras regras, que após a década de 50 se antecipou de 2 anos, entre 9 e 13 anos’. Em relação à adolescência, continua Grünspun, ‘vai do fim da puberdade até próximo aos 18 anos, podendo ser antecipada até aos 16 anos, na atualidade’.²⁶³

Tem-se, então, que o legislador, no Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu por forma de presunção com base no início da maturação

²⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Organização de Marcos Antônio Oliveira Fernandes; coordenação de Anne Jayce Angher. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 126-127.

²⁶² Cf. GRÜNSPUN, Haim *apud* LIBERATI, W. D. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 11. ed. ampl. e rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 16.

²⁶³ LIBERATI. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*, p. 17.

sexual do ser humano, ou seja, considera criança até doze anos incompletos e adolescente a partir dos doze anos.

Com o início da maturação sexual, inicia-se também, logicamente, as experiências sexuais. O tratamento dado pelo legislador ao menor perante o Código Penal difere com relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, pois aquele não o considera apto a escolher a realização do ato libidinoso.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança é diferenciada do adolescente, visto que este pode, até mesmo, vir ser privado de sua liberdade caso cometa infração penal, o que não ocorre com os menores de doze anos.

Munir Cury afirma:

A distinção entre ‘criança’ e ‘adolescente’, como etapas distintas da vida humana, tem importância no estatuto. Em geral, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais, reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, o que pode ser percebido principalmente no decorrer do livro I. O tratamento de suas situações difere, com é lógico, quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções penais pela lei penal.²⁶⁴

O art. 228 da Constituição da República estabelece que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às normas da legislação especial”.²⁶⁵ Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabeleceu-se que, em caso de cometimento de conduta tipificada como crime ou contravenção penal, os menores praticariam ato infracional. Assim, em caso de cometimento de infração penal,

a criança infratora fica sujeita às medidas de proteção previstas no art. 101, que implicam um tratamento através de sua própria família ou na comunidade, sem que ocorra privação de liberdade. Por sua vez, o adolescente infrator pode ser submetido a um tratamento mais rigoroso, como são as medidas sócio-educativas do art. 112, que podem implicar privações de liberdade. [...] Igualmente, o Estatuto considera que o adolescente, em determinadas circunstâncias, possui a maturidade suficiente para formar sua opinião e decidir sobre certos assuntos que o podem afetar e concernem à sua própria vida e destino. Prevê, assim, em matéria de adoção, que o

²⁶⁴ CURY, M. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 11. ed., atual. de acordo com a Lei 12.010, de 3/8/2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21.

²⁶⁵ MORAES, A. *Direito constitucional*. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 64 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010. p. 856.

adolescente (adotando mais de 12 anos) deverá dar seu consentimento para a adoção.²⁶⁶

A aplicação de medida socioeducativa ao maior de doze anos justifica-se, tendo em vista que a lei estabelece que o adolescente possui certa capacidade de discernimento.

4.8.1.2 O menor perante o Estatuto da Criança e do Adolescente e do art. 217-A

Ao se analisar sistematicamente o tratamento dado ao menor pelo art. 217-A do Código Penal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente aos menores, verifica-se uma incongruência. Este afirma que os maiores de 12 anos já possuem maturidade para consentir para a adoção, podem sofrer medidas socioeducativas em caso de cometimento de ato infracional, dentre outros exemplos, enquanto o Código Penal afirma, por presunção, que estes não têm maturidade para consentir ou não sobre a realização de atos libidinosos.

O art. 217-A não pode nem deve ser interpretado isoladamente diante do resto do sistema normativo:

As normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente. Uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, não é um depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, uma ordem de normas, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem.²⁶⁷

Nucci afirma que deveria haver união da legislação nesse sentido:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama se adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos

²⁶⁶ CURY. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, p. 21.

²⁶⁷ ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 396.

já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tem sido feito, permanecendo válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade no tocante ao adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14.²⁶⁸

Assim, vê-se que há discrepância entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal com relação ao estupro de vulnerável. Isso porque aquele presume que aos doze anos o menor já possui necessário discernimento para vários atos, sendo passível de receber medida de privação de sua liberdade (medida socioeducativa) e é o marco para o início de sua maturidade sexual enquanto este estabelece a idade de catorze anos para tal presunção.

Deveria o legislador ter se atinado para a “ordem mínima, que as normas devem guardar entre si”²⁶⁹ e estabelecer – como fez o Estatuto da Criança e do Adolescente – a idade de doze anos, que é o início da maturidade sexual média e da capacidade de discernimento, para se fixar a idade do vulnerável, vítima no art. 217-A.

4.8.2 O estupro bilateral

O legislador, ao criar o tipo “estupro de vulnerável”, buscou impedir que o julgador relativizasse sua aplicação, punindo a todos que realizassem ato libidinoso com menor de catorze anos indiscriminadamente, independentemente da vontade do menor, da sua experiência sexual, ou seja, das características reais do fato concreto.

O que ocorreria, porém, se dois menores de catorze anos realizassem entre si atos libidinosos, sendo que tal ato fosse fruto da vontade livre e consciente deles mesmos? Ambos praticariam o crime de estupro bilateral? Se ambos forem maiores de doze anos e menores de catorze anos cometeriam ato infracional?

²⁶⁸ NUCCI. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*, p.102-103.

²⁶⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, p. 396.

Para aqueles que entendem que não cabe exceção ao art. 217-A, a resposta é positiva! Sim, os dois teriam cometido estupro de vulnerável e ambos responderiam por ato infracional e seriam ao mesmo tempo vítimas.

Para Salvador Netto,

a recente lei, ao alterar a redação e a sistemática dos crimes sexuais, cometeu, sem prejuízo de outros, ao menor um grande equívoco. Mais um de nosso trôpego legislador. [...] A aplicação do dispositivo, da forma como se coloca, refuta a reflexão jurisdicional. [...] Dois adolescentes de 13 anos relacionam-se sexualmente. Nessa hipótese, quis o legislador, inconscientemente ou não, consagrar a enigmática figura do estupro bilateral. Afinal, se aplicado literalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 103) e seu microssistema penal, ato infracional cometerão ambos os adolescentes, um contra o outro. A violência é indiferente. A autodeterminação, relativizada nesta idade, nada importa. O moralismo, por via transversa, é aplaudido pelo legislador de 1940.²⁷⁰

Verifica-se que o legislador, ao criar o crime de “estupro de vulnerável”, impedindo que alguém que realize ato sexual com menor seja absolvido, independentemente do fato concreto, busca, na verdade, não defender a dignidade sexual do menor, mas, sim, algo moral, uma idade fictícia que entendeu ser razoável para que alguém pratique ato libidinoso.

Fica claro que a aplicação do art. 217-A de forma rígida não protege os vulneráveis, mas busca podar os menores de catorze anos de sua vida sexual até completarem tal idade. Tal entendimento fere o direito do menor de catorze anos ao seu normal desenvolvimento sexual, transformando o início de sua vida sexual em um dogma legislativo obtido ao acaso.

A sexualidade é um componente importante da vida. Para alguns, é o seu ingrediente mais valioso, porquanto, no procedimento biológico das espécies superiores, o objetivo único parece ser a perpetuação dos genes, constituindo o indivíduo mero material descartável e invariavelmente descartado.²⁷¹

²⁷⁰ SALVADOR NETTO, A. V. Estupro bilateral: um exemplo de limite. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009. 20 p.

²⁷¹ FÜHRER. *Novos crimes sexuais*, p. 176.

Nos dias de hoje, segundo Bittar,

A concepção que se propõe para a importância da expressão dignidade da pessoa humana, sobretudo na pós-modernidade, passa por uma compreensão não-unilateral das culturas, e muito menos centrada-ocidental das culturas. Mas passa pela visão de que a afirmação da dignidade da pessoa humana, em territórios com amplas distinções culturais regionais, como é o caso do Brasil, ou mesmo, projetando-se para fora do território do Estado, para se alcançar o plano das relações entre os povos, passa por um profundo respeito da diferença, bem como pela afirmação da multiculturalidade e da relatividade das concepções de dignidade, como forma mesmo de se realizarem valores com preocupações isomórficas.²⁷²

Claramente, o art. 217-A torna o menor de catorze anos um mero objeto da vontade do legislador, e sua aplicação de forma irrestrita pode até mesmo violar a dignidade sexual do menor ao não lhe permitir um desenvolvimento sexual normal.

4.8.3 A tipicidade material e a necessidade de lesão do bem jurídico para a ocorrência de crime

O tipo penal é o modelo jurídico construído pelo legislador, “a partir da realidade que vem a recortar, elevando ao plano abstrato ações que constituem um todo indecomponível, cujas partes se inter-relacionam e se polarizam em torno de um sentido, de um valor, que se apresenta negado pela ação delituosa.”²⁷³

Dessa forma, o legislador estabelece um modelo abstrato preciso de ação – buscando que esta não seja praticada por alguém; ou de omissão – buscando que determinada conduta seja realizada por todos.

A tipicidade penal, em seu conceito tradicional, “diz respeito à subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal.”²⁷⁴

²⁷² BITTAR, E. C. B. et al. *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*, p. 56.

²⁷³ REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 135.

²⁷⁴ GRECO, R. *Código penal comentado*. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 27.

Dessa forma, sempre que um fato se adequar perfeitamente ao tipo, estar-se-á falando da existência de tipicidade penal formal.

Assim, não se deve analisar a tipicidade apenas averiguando a adequação típica do fato à norma, ou seja, sua tipicidade formal, mas, também, a tipicidade material do tipo, bem como sua antinormatividade:

O tipo material [...] diz respeito à possibilidade de imputação segura de um resultado lesivo ao bem jurídico (ou que o tenha colocado em perigo de lesão) ao seu autor, 'quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo'.²⁷⁵

Ao analisar a tipicidade material, deve-se analisar a efetiva ofensividade do fato ao bem jurídico tutelado no caso concreto. Bitencourt liga a tipicidade material ao princípio da ofensividade e ressalta que

o princípio da ofensividade do Direito Penal tem como pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois panos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constrangendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.²⁷⁶

Greco afirma:

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber: [...] d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.²⁷⁷

²⁷⁵ FAYET. *O delito de estupro*, p. 93.

²⁷⁶ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral* 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 22.

²⁷⁷ GRECO. *Curso de direito penal*, 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 1, p. 51.

No estupro de vulnerável, cabe, portanto, a necessidade efetiva de se demonstrar, além da ocorrência do ato libidinoso com menor de catorze anos, efetivamente lesão ao bem jurídico tutelado pelo artigo, ou seja, à dignidade sexual da criança, que é, ao final, seu normal desenvolvimento sexual, não bastando a simples subsunção do fato ao art. 217-A.

Assim, mesmo que tenha ocorrido a prática do ato libidinoso com menor de catorze anos, deve-se analisar se o bem jurídico tutelado pelo estupro de vulnerável foi efetivamente atingido.

Assim,

a conduta perpetrada pelo sujeito ativo deve inicialmente criar um risco de lesão a essa dignidade sexual, realizar a lesão propriamente dita, e esta lesão deve estar no alcance do tipo. (É indispensável, nesse talante, ser o vulnerável consultado sobre a consciência que tenha de sua dignidade sexual, se tem conhecimento e consciência sobre as consequências de sua utilização; se é capaz de consentir ao ato sexual com responsabilidade.²⁷⁸

Se a dignidade sexual do menor não foi atingida, não há que se falar em ocorrência de crime, pois faltaria, para sua configuração, a ocorrência do resultado lesivo ao bem jurídico.

Esse é o entendimento da maioria dos autores pátrios que emitiram sua opinião sobre o assunto, quando afirmam que é necessário analisar o caso concreto para definir sobre a existência ou não do crime de estupro de vulnerável.

Essa é a opinião de Nucci, avalizada por Pierangeli,²⁷⁹ quando afirma que “não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.”²⁸⁰ Cunha ressalta: “Alerta Nucci, com razão, que o nascimento do novel tipo penal não tornará sepultada a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência”.²⁸¹ Fayet reafirma a necessidade de analisar o caso concreto ao afirmar que “quer nos parecer mais adequado aos tempos ser indispensável ao juízo a efetiva cognição sobre a capacidade intelectual e consciência sobre o ato para caracterizar o tipo em comento.”²⁸²

²⁷⁸ FAYET. *O delito de estupro*, p. 93.

²⁷⁹ PIERANGELI. *Crimes sexuais*, p. 56.

²⁸⁰ NUCCI. *Crimes contra a dignidade sexual*: de acordo com a Lei 12.015/2009, p. 102.

²⁸¹ CUNHA. *Direito penal*: parte especial, p. 256.

²⁸² FAYET. *A. O delito de estupro*, p. 92.

Há ainda, porém, doutrinadores que afirmam que o referido artigo deve ser aplicado em todos os casos, independentemente da lesão a algum bem jurídico. Rogério Greco é um deles, quando afirma:

Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós não existe dado mais objetivo do que a idade.²⁸³ [...] Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal e criavam as próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa venia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação.²⁸⁴

Greco continua seu pensamento e conclui, reticente:

O que se esquecia, infelizmente, era de que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).²⁸⁵

Viu-se que Greco, divergindo da maioria dos doutrinadores pátrios, não entende que tenha importância a situação fática do caso concreto ou mesmo a experiência sexual do menor de catorze anos.

²⁸³ Embora o autor tenha afirmado que sempre entendeu que a presunção de violência é absoluta, não é o que se vê ao se ler a 6ª edição de sua obra *Curso de Direito Penal*, quando afirma que “Inicialmente, entendia-se como absoluta essa presunção de violência, sendo, portanto, considerada *iure et de iure*, não se admitindo prova em contrário. Entretanto, hoje em dia, a maioria de nossos doutrinadores, bem como nossos Tribunais Superiores, têm entendido como relativa essa presunção de violência, sendo, portanto, agora *juris tantum*, cedendo diante do caso concreto. [...] Assim, a proteção legal não poderia ser dirigida, por exemplo, à vítima que tivesse já uma vida sexual ativa, com pleno desenvolvimento dos seus atos” (GRECO. *Curso de direito penal*. v. 3, p. 551-552).

²⁸⁴ GRECO. *Código penal comentado*. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 687.

²⁸⁵ GRECO, R. *Código penal comentado*, p. 687.

Entretanto, razão não assiste a Greco, tendo em vista a falta de tipicidade material para a caracterização do crime de estupro de vulnerável. Isso porque como visto, não basta a existência da tipicidade formal para a caracterização do crime, sendo necessário uma lesão efetiva ao bem jurídico tutelado. Assim, se, com a realização do ato libidinoso, o normal desenvolvimento da vítima não foi atingido com a realização do ato, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável.

Greco entende que,

com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar a incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. [...] Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo, ou mesmo repulsa, mas que embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros.²⁸⁶

Desta forma, ocorrendo o fato, mesmo que reprovado moralmente, se este não repercutir diretamente sobre a dignidade sexual do menor, deve-se afastar a incidência de aplicação da lei penal, não devendo o autor responder por estupro de vulnerável.

A tal conclusão se chega em razão da

impossibilidade de atuação do Direito Penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes.²⁸⁷

Observa-se, todavia, que hodiernamente torna-se impossível a existência de algum tipo penal que obstrua a análise da tipicidade material. A análise da tipicidade material torna-se imperiosa para se verificar a existência do crime, nos afastando da interpretação gramatical e lógica, nos aproximando da sistemática. Sem a existência da tipicidade material torna-se desnecessária e impossível a aplicação da norma penal, sob pena de violação do princípio da ofensividade.

²⁸⁶ GRECO, R. *Curso de direito penal*, v. 1, p. 53.

²⁸⁷ GRECO, R. *Curso de direito penal*, v. 1, p. 53.

4.9 O art. 217-A perante a tipicidade conglobante

Zaffaroni ensina que a para um fato ser típico é necessário que, além de formal e materialmente típico, seja também antinormativo, ou seja, contrário à norma.²⁸⁸

Pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparentemente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de modo algum, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente. [...] Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal.²⁸⁹

Uma ação pode ser formal e materialmente típica, sem ser, contudo, fato típico. Zaffaroni explica que,

apesar da tipicidade legal configurar-se uma atipicidade conglobante, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir (cumprimento do dever jurídico), quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma parece proibir o que outra norma exclui do âmbito de proibição, por estar fora da ingerência do Estado, e quando uma norma parece proibir condutas cuja realização garantem outras normas, proibindo as condutas que a perturbam.²⁹⁰

Fernando Capez explica que,

quando algum ramo do direito, civil, trabalhista, administrativo, processual ou qualquer outro, permitir o comportamento, o fato será considerado atípico. O direito é um só e deve ser considerando como um todo, um bloco monolítico, não importando sua esfera.²⁹¹

O exercício de identificar se um fato praticado pelo agente se enquadra ao fato típico narrado pela norma abstrata trata-se, na verdade, de forma de

²⁸⁸ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1, p. 395-397.

²⁸⁹ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1. p. 475..

²⁹⁰ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, v. 1. p. 475.

²⁹¹ CAPEZ. F. *Curso de direito penal*: parte geral (arts. 1º a 120) De acordo com a Lei n. 11.466/2007. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 197.

interpretação literal da norma e posterior averiguação para verificar se todos os seus elementos estão presentes no fato concreto.

Sabe-se, porém, que não se deve interpretar a norma utilizando apenas os processos gramatical e lógico. A norma necessita ser interpretada de acordo com o processo sistemático que leva em conta, como visto, ao se interpretar a lei, todo o sistema jurídico, dado o caráter estrutural do Direito.

Aparentemente não há nenhuma norma que permita que menores de catorze anos realizem atos libidinosos ou que liberem seu consentimento para que a conduta do art. 217-A seja atípica. Viu-se, porém, que o Estatuto da Criança e do Adolescente entende que maior de doze anos de idade já tem certo discernimento sobre a ilicitude de um fato, tanto que pode sofrer medida socioeducativa caso cometa ato infracional.

Ora se uma norma entende que o maior de doze anos possui discernimento para entender a ilicitude de um ato infracional, forçoso é admitir que também o tenha para consentir ou dissentir sobre a realização de ato libidinoso. A aceitação para a realização do ato libidinoso seria um acordo de vontades.

Zaffaroni explica:

Acordo é precisamente o exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica, de modo que, por maior que seja a aparência de tipicidade que tenha a conduta, jamais o tipo pode proibir uma conduta para a qual o titular do bem jurídico tenha prestado sua conformidade.²⁹²

Dessa forma, entende-se que, ao se unir o estupro de vulnerável com o estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pode-se estabelecer que, no caso concreto, a vontade do maior de doze anos e menor de catorze anos (capaz de discernir conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente) em realizar ato libidinoso torna a conduta do agente atípica, tendo em vista a tipicidade conglobante, no caso, não sendo antinormativa.

Zaffaroni alerta:

Há 'proteções' de bens jurídicos que a lei parece fazer além da própria vontade do titular, porque o considera incapaz para acordar, isto é, para valer-se da relação de disponibilidade, privando-os de

²⁹² ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, p. 478.

verdadeiros direitos garantidos pela Constituição Federal e por todos os documentos internacionais de direitos humanos. Os exemplos mais claros parecem ocorrer na área dos delitos sexuais: a tipificação como ‘estupro’, da conjunção carnal com pessoa ‘alienada ou débil mental’ não pode ser admitida como uma privação do direito de dispor do próprio corpo por qualquer pessoa que seja etiquetada como ‘alienada ou débil mental’.²⁹³

A lei não pode simplesmente tolher a vontade do menor de catorze anos e maior de doze anos, que possui capacidade para discernir, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo uma conduta típica que busca ignorar o fato concreto, como é o “estupro de vulnerável”:

Por esta via, os bens jurídicos acabariam dissolvidos nos casos referidos e a lei, simplesmente, imporá norma de conduta ética, limitando-se a reduzir o âmbito de liberdade nos menores de 18 anos e dos deficientes psíquicos, mediante a ameaça de pena para qualquer um que pretenda aproximar-se sexualmente de algum deles, ou fazê-lo de maneira não permitida legalmente.²⁹⁴

A tipicidade conglobante determina que no caso de algum dispositivo legal permitir determinada conduta, esta não pode ser rechaçada pelo direito penal, já que o Direito é um todo coerente e indivisível. Fica claro que no caso de alguém praticar ato libidinoso com maior de doze anos e menor de quatorze anos a conduta será atípica – desde que realizada sem violência ou grave ameaça – tendo em vista a tipicidade conglobante. Tal conclusão se chega ao se examinar o Estatuto da Criança e do Adolescente que estabeleceu a regra que os maiores de doze anos são adolescentes por possuírem, em regra, maturação sexual, além de discernimento para responderem por seus atos – podendo, inclusive, serem privados de sua liberdade. Em momento algum o Estatuto faz distinção entre os maiores de doze anos e menores de dezoito anos, tratando-os de forma absolutamente simétrica. Assim, não pode o Código Penal fugir a esta regra vedando totalmente a realização de ato sexual por menor que esteja na faixa de idade entre doze e catorze anos, sob pena de romper a lógica do sistema jurídico pátrio.

²⁹³ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v.1, p. 478-479.

²⁹⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, p. 480.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se, neste trabalho, desenvolver um estudo analisando o desenvolvimento legislativo, jurisprudencial e doutrinário do tipo penal denominado hoje de “estupro de vulnerável”. Da mesma forma, buscou-se analisar a hermenêutica em seu aspecto conceitual, metodológico e em seus alcances, uma vez que é instrumento necessário para a elucidação do problema. Assim, chegou-se às seguintes conclusões:

1. Desde o Código Penal do Império, existe a tipificação da conduta do hoje chamado “estupro de vulnerável”, sendo que a idade para ser vítima desse crime é que se diferenciou ao longo do tempo, iniciando-se dezessete anos até a idade estabelecida, hoje, de catorze anos.

2. Ao longo do tempo, a conduta daquele que realiza ato libidinoso com menor foi tendo maior atenção da sociedade e, por consequência, do legislador, o que fez que sua reprimenda fosse aumentando gradativamente.

3. A jurisprudência, durante anos, entendeu que bastava a configuração do ato libidinoso com menor para a configuração de crime, independentemente das condições do menor e de sua relação com o agente. Tal entendimento, porém, foi mitigado pela jurisprudência e pela doutrina pátria, que passaram a aceitar que determinados fatos tornariam a realização de ato libidinoso com menor atípico. Isso porque, para a existência do crime, seria necessária a existência de abuso da inexperiência do menor com relação aos atos sexuais.

4. Com o advento da Lei n. 12.015/2009, ocorreu uma interrupção na evolução legislativa com relação aos crimes sexuais, e o legislador buscou impedir que os julgadores analisassem o caso concreto, punindo indiscriminadamente quem realizasse ato libidinoso com menor de catorze anos.

5. A interpretação literal (gramatical) do texto jurídico é apenas uma das técnicas usadas pela hermenêutica para a interpretação da Lei, sendo a mais simples delas, o marco inicial do trabalho hermenêutico.

6. Para interpretar a Lei, deve-se realizar, além da interpretação literal, a teleológica, a lógica, a histórica e a sistemática, buscando que esta última esteja em consonância com os direitos fundamentais.

7. A Constituição Federal criou um modelo penal garantista, pautado pelos conceitos de racionalidade, justiça e legitimidade. Para tanto, dentre outras características, estabeleceu a possibilidade de os juízes, ao interpretarem as leis, suspenderem sua aplicação caso as considerem inválidas por contrastarem com a Constituição.

8. Ao criar o tipo penal denominado “estupro de vulnerável”, o legislador buscou a abstinência de menores de catorze anos com relação aos atos libidinosos. O objetivo do legislador era impedir a possibilidade de interpretação do artigo que não fosse a gramatical, de modo que o julgador não pudesse analisar o fato concreto, o que levaria à sua aplicação relativa e à análise da necessidade ou não de reprimenda penal.

9. Existe uma disparidade entre o Estatuto da Criança e o Adolescente com Código Penal em relação ao estupro de vulnerável: aquele entende que maiores de doze anos já possuem discernimento e é esta a idade que diferencia a criança e o adolescente (início da maturidade sexual média); este entende que menores de catorze anos não possuem discernimento para assentir ou não sobre a realização de ato libidinoso. Assim, é necessário unificar o entendimento de que maiores de doze anos já possuem discernimento para consentir na prática de atos libidinosos.

10. Existe a possibilidade de dois maiores de doze anos e menores de catorze anos responderem ambos por ato infracional ao realizarem entre si ato libidinoso, sendo considerados ambos vítimas e autores de estupro de vulnerável caso a aplicação do art. 217-A seja realizada de forma literal.

11. O bem jurídico que o art. 217-A busca tutelar é a dignidade sexual do menor, ou seja, seu normal desenvolvimento sexual. Tal bem jurídico, porém, pode ser violado caso o artigo seja aplicado, já que o início geral da maturação sexual ocorre, em geral, aos doze anos.

12. Assim, para se configurar a ocorrência do estupro de vulnerável, o julgador deve verificar, além da existência da tipicidade formal, que é a adequação do fato à norma, a ocorrência da tipicidade material, que é a lesividade do fato ao bem jurídico tutelado, ou seja, à dignidade sexual do menor.

13. Tendo a vítima de estupro de vulnerável tenha mais de doze anos caso se demonstre que ela possuía no momento da prática do ato libidinoso

capacidade de consentir sobre sua vontade ou não de sua realização, é possível a declaração de inocência do agente, tendo em vista a tipicidade conglobante. Isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente entende que o início da maturação sexual e a capacidade de discernir sobre os atos de alguém iniciam-se quando o menor completa doze anos. Assim não pode o art. 217-A afirmar que algum menor não possui capacidade para discernir, enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que possui.

14. Atos libidinosos irrelevantes, como toques e beijos, ainda que lascivos, não são objeto de tutela do art. 217-A, tendo em vista o princípio da insignificância.

15. O art. 217-A busca tutelar a dignidade sexual, porém, ao negar ao menor de catorze anos a oportunidade de ter suas experiências sexuais, acaba ofendendo o bem jurídico que buscava tutelar. Isso ocorre porque as experiências ligadas ao instinto não podem ser baseadas em dogmas ou datas preestabelecidas. Não! Elas devem ocorrer no tempo do indivíduo, e não no tempo estabelecido pelo legislador.

16. Isso não significa que os menores que não estejam preparados para viver determinadas experiências não possam ser tutelados pelo artigo em estudo. O que não se pode aceitar, isto sim, é que a lei estabeleça uma data que impeça o normal desenvolvimento sexual de alguém. “A vida e a dignidade no viver passam necessariamente pelos efeitos da pulsão sexual.”²⁹⁵

17. Inegável estabelecer a certeza de que a “presunção absoluta é francamente inconstitucional e impõe vivências subtraídas de fração significativa e essencial, vitimizando ainda mais as pessoas vulneráveis que pretende proteger”.²⁹⁶

18. A velha fórmula estabelecida e amadurecida por décadas pela jurisprudência que considerava a presunção legal relativa – na qual se analisava o caso concreto, verificando as condições pessoais da vítima, sua compreensão e experiências sobre o sexo, e se algum bem jurídico protegido pelo artigo foi violado – é a que deve servir de paradigma ao julgador ao proferir sua sentença.

²⁹⁵ FÜHRER, M. R. E. *Novos crimes sexuais*, p. 176.

²⁹⁶ FÜHRER, M. R. E. *Novos crimes sexuais*, p. 176.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

AZEVEDO, P. F. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre. Fabris, 1989. 79 p.

BIANCHINI, A.; MOLINA, A. G.-P.; GOMES, L. F. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 273. 411 p.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 753 p.

BITENCOURT. *Tratado de direito penal: parte especial*. 3. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2009. 374 p.

BITTAR, E. C. B. *et al. Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização*. Organizado por Anna Candida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifício, 2006. 303 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Organização de Marcos Antônio Oliveira Fernandes; coordenação de Anne Jayce Angher. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2007. 390 p.

BRASIL. *Decreto n. 22.213, de 14 de dezembro de 1932*. Aprova a Consolidação as Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id...tipo>. Acesso em 20 fev. 2011.

BRASIL. *Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848/40. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657/1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. *Diário Oficial da União*, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 1º out. 2011.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. *CLBR* de 1830. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 fev. 2011.

BRASIL. Lei n. 12.015/2009. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. *Diário Oficial da União*, 10 ago. 2009. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/.../lei/l12015.htm>. Acesso em: 15 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 73.662-9/MG*. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 21 maio 1996, *Diário Oficial da União*, 20 set. 1996 p. 34.535. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74663>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

CAMARGO, M. M. L. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Prefácio de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 294 p.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte especial*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3: Dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H). 706 p.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). De acordo com a Lei n. 11.466/2007. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1. 612 p.

CARVALHO, B. *Crimes contra a religião, os costumes e a família*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1943. 383 p.

CARVALHO, M. D. L. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992. 172 p.

CASTELO BRANCO, V. P. *O advogado diante dos crimes sexuais*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. 442 p.

CHAMON JÚNIOR, L. A. *Teoria constitucional do direito penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 206 p.

COELHO, N. M. M. S. Compreensão como arte: notas “hermenêuticas” sobre Constituição e constitucionalismo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 64. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/viewFile/1591/1322>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

COSTA, D. J. *Curso de hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 159 p.

CUNHA, R. S. *Direito penal: parte especial*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 525 p.

CURY, M. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 11. ed., atual. de acordo com a Lei 12.010, de 3/8/2009. São Paulo: Malheiros, 2010. 211 p.

DIMOULIS, D. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos; norma jurídica; fontes, interpretação e ramos do direito; sujeitos de direito e fatos jurídicos; relações entre direito, justiça, moral e política; direito e linguagem*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 348 p.

FARIA, A. B. *Anotações theorico-praticas ao codigo penal do Brazil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1920. v. 2. 641 p.

FARIA, A. B. *Código penal brasileiro comentado*. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 6. 375 p.

FAYET, F. A. *O delito de estupro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136 p.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Prefácio da 1. ed. italiana por Norberto Bobbio. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925. p.

FIORI, P. *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*. Tradução de E. A. de Paz. 3. ed. Madrid, 1927.

FRAGOSO, H. C. *Lições de direito penal*. São Paulo. Bushatsky, 1958. v. 2. 499 p.

FRANÇA, R. L. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 21. 515 p.

FRANÇA, R. L. *Hermenêutica jurídica*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1995. 98 p.

FÜHRER, M. R. E. *Novos crimes sexuais*. São Paulo: Malheiros, 2009. 232 p.

GRECO, R. *Código penal comentado*. 4. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2010. 1.020 p.

GRECO, R. *Código penal comentado*. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. 1.145 p.

GRECO, R. *Curso de direito penal*. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. v. 1. 784 p.

GRECO, R. *Curso de direito penal*. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. v. 3. 719 p.

GRECO, R. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. v. 3. 757 p.

GUSMÃO, C. *Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores*. 5. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1981. 407 p.

HERKENHOFF, J. B. *Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*. 12. ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 179 p.

HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1956. v. 8, 530 p.

ISOLDI FILHO, C. A. S. *Causas de exclusão da tipicidade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. 103 p.

JESUS, D. E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. 18 p.

JOVEM de 18 anos é preso por beijar garoto de 13 em cinema de shopping. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/jovem-de-18-anos-e-preso-por-beijar-garoto-de-13-em-cinema-de-shopping.html>>. Acesso em: 1º out. 2011>.

LIBERATI, W. D. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. 11. ed. ampl. e rev. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 16. 319. 5. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 319 p.

MARKY, Th. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. 209 p.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 19. ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 342 p.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2. 510 p.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 20 ed. ver. e atual. até novembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. 506 p.

MONTESQUIEU, Ch. L. S. (Baron de la). *Do espírito das leis*. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. 539 p.

MONTORO, A. F. *Introdução à ciência do direito*. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 620 p.

MORAES, A. *Direito constitucional*. 26. ed. rev. e atual. até a EC n. 64 e Súmula Vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2010. 922 p.

NOBRE JÚNIOR, E. P. *Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Fabris, 2004. 127 p.

NORONHA, E. M. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 1. 429 p.

NORONHA, E. M. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. 3. 567 p.

NUCCI, G. S. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 221 p.

PALMER, R. E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1999. 284 p.

PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 752 p.

PIERANGELI, J. H. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. Bauru, São Paulo: Javoli, 1980. 770 p.

PIERANGELI, J. H. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 198 p.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 184 a 288*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 3. 666 p.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts. 121 a 249*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 2. 735 p.

REALE JÚNIOR, M. *Instituições de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. 344 p.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. 391 p.

RIBEIRO, J. S. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942. v. 4. 398 p.

RIOS, D. *Manual de direito penal: parte especial*. Goiânia: Ed. da UCG, 2007. v. 2. 254 p.

ROSA, A. M. F. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 1.044 p.

SALES, Sh. J. S.. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 265 p.

SALVADOR NETTO, A. V. Estupro bilateral: um exemplo de limite. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 202, p. 8-9, set. 2009. 20 p.

SEGURADO, M. D. *Sedução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1977. v. 23. 181 p.

SILVA, A. J. C. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930. 492 p.

SILVA, D. P. *Vocabulário jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2. 526 p..

SIQUEIRA, G. *Tratado de direito penal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. t. 1. 556 p.

TINÔCO, A. L. *Código criminal do Império do Brasil anotado*. Prefácio de Hamilton Carvalhido. Ed. fac-símile. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 28. p. 401. 574 p. (Coleção História do direito brasileiro, v. 28).

TOLEDO, F. A. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. 139 p.

VARGAS, J. C. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. 328 p.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1. 766 p.