

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP

Affonso Celso Favoretto

**ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL – UMA ANÁLISE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO SISTEMA PENAL**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2011

Affonso Celso Favoretto

**ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL – UMA ANÁLISE À LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO SISTEMA PENAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do Título Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Antonio Carlos da Ponte.

São Paulo
2011

BANCA EXAMINADORA

O caminho trilhado até atingir o presente dia não foi simples. Por todos os desafios vencidos, dedico o presente trabalho para a minha mãe, MARIA CRISTINA, e para minha avó DALVA, as únicas responsáveis por eu atingir sonhos e metas tão importantes em minha vida. Pela longa trajetória, pelo árduo desafio de vida e por todo apoio material, eu só tenho a agradecer e dizer que, sem dúvida alguma, este humilde trabalho também é de vocês!!

Para a THAÍS, pelo constante estímulo e colaboração nesta empreitada. Nos momentos em que a exaustão insistia em tomar conta de mim não faltaram palavras de incentivo e carinho para que o objetivo fosse alcançado. Obrigado por tudo!

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Orientador Antonio Carlos Da Ponte, por servir de inspiração constante nos estudos do Direito Penal e por ter me concedido a honra de ser seu orientando. Ao querido professor e amigo os meus sinceros agradecimentos!

Agradeço também à Professora Suzana Maria Pimenta Catta Preta Federighi, por ter sido a primeira pessoa que acreditou no meu potencial para desenvolver os estudos de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mais do que uma chance, ela me deu uma oportunidade de vida!

Por fim, faço menção a todos os professores que colaboraram decisivamente para a minha formação profissional. Dentre eles, nunca me esqueceria de Edson Luz Knippel, grande pessoa que sempre me amparou em todas as etapas até aqui enfrentadas. Meu Mestre, meu parceiro de trabalho e, principalmente, um grande amigo!

RESUMO

O contexto dos crimes sexuais recebeu importantes alterações por parte do legislador pátrio, que as materializou por intermédio da Lei 12.015/2009. O presente trabalho se volta à interpretação das mencionadas transformações, tendo como foco principal o crime de estupro contra vulnerável, tipo penal inovador que desde o seu advento provocou intenso debate na doutrina e jurisprudência pátrias. A tarefa de interpretar o conteúdo do delito em questão somente se torna possível por meio de sua leitura constitucional, sendo os princípios constitucionais penais e os mandados de criminalização importantes ferramentas das quais dispõem os estudiosos e operadores do Direito Penal.

Expressões-chave: crimes sexuais, estupro contra vulnerável, princípios constitucionais penais, mandados de criminalização

ABSTRACT

The context of sexual crimes received important alterations by the Brazilian legislator, which materialized them through law 12.015/2009. The present paper turns around the interpretation of the mentioned transformation, **specially focusing** on the rape against vulnerable people, innovative penal type that since its advent, cause intense debate in Brazilian doctrine and jurisprudence. The task of interpreting the content of the crime in question only becomes possible because of the constitutional reading, **being** the penal constitutional principles and criminalization warrants, important tools of which the studios people and Penal Right operators have.

Keywords: sexual crimes, rape against vulnerable people, penal constitutional principles, criminalization warrants.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. ESCORÇO HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	17
1.1 Introdução.....	17
1.2 Os povos indígenas.....	18
1.3 As ordenações do reino.....	21
1.3.1 Noções introdutórias.....	21
1.3.2 As Ordenações Filipinas.....	22
1.4 O Código Criminal do Império.....	25
1.5 O Código Penal de 1890.....	27
1.6 A Consolidação das Leis Penais de 1932.....	30
1.7 O Código Penal de 1940.....	30
1.7.1 A nova terminologia.....	30
1.7.2 Dos crimes.....	31
1.8 O Código Penal de 1969.....	34
1.9 As alterações da Lei 11.106/05.....	35
2. A LEI 12.015/2009.....	39
2.1 Noções introdutórias.....	39
2.2 Da mudança da nomenclatura. A intenção buscada pelo legislador.....	39
2.3 Estupro e atentado violento ao pudor.....	42
2.4 Assédio sexual.....	45

2.5 Ação penal nos delitos sexuais.....	45
2.6 Corrupção de menores.....	48
2.7 Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual.....	50
 3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	 52
3.1 Introdução.....	52
3.2 Conceito e efetividade dos comandos constitucionais de criminalização.....	52
3.3 Critérios para o reconhecimento dos mandados de criminalização.....	53
3.4 Eficácia e aplicabilidade das normas que descrevem mandados de criminalização.....	55
3.5 Conteúdo dos mandados de criminalização.....	57
3.6 Mandados expressos de criminalização na Constituição de 1988.....	57
3.6.1 Racismo.....	58
3.6.2 Tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos.....	59
3.6.3 Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.....	62
3.6.4 Retenção dolosa do salário dos trabalhadores.....	62
3.6.5 Condutas lesivas ao meio ambiente.....	63
3.7 Mandados implícitos de criminalização na Constituição de 1988.....	64
3.8 Mandados de criminalização e a proteção da criança e do adolescente em face do abuso, violência e exploração sexual (art. 227, § 4.º, CF/88).....	66
3.9 Conclusões.....	68
 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIIS APLICÁVEIS.....	 70

4.1 Introdução.....	70
4.2 Conceito de princípio.....	71
4.3 A influência da dignidade da pessoa humana.....	72
4.4 Princípios da legalidade e anterioridade.....	73
4.5 Princípio da irretroatividade.....	75
4.6 Princípio da individualização da pena.....	76
4.7 Princípio da intervenção mínima.....	77
4.8 Princípio da ofensividade ou lesividade.....	78
4.9 Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade.....	79
4.10 Princípio da culpabilidade.....	80
4.11 Princípio da proporcionalidade.....	82
 5. ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL.....	 93
5.1 Considerações introdutórias.....	93
5.2 Fundamento constitucional.....	94
5.3 Conceito e características gerais.....	97
5.4 Sujeitos do delito.....	99
5.5 Estupro de vulnerável como tipo misto alternativo.....	100
5.6 A revogação do conceito de violência presumida.....	101
5.7 Vulnerabilidade absoluta e relativa?.....	102
5.8 A questão do doente mental à luz da dignidade da pessoa humana.....	104
5.9 A incapacidade de oferecer resistência em virtude de outra causa.....	106
5.10 A Lei dos Crimes Hediondos.....	107
5.11 A ação penal no estupro contra vulnerável.....	109
5.12 Conclusão.....	110

6. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	111
6.1 Considerações introdutórias.....	111
6.2 O tipo penal.....	112
6.3 O conhecimento da lei penal.....	114
6.4 Erro de tipo: conceito e previsão legal.....	115
6.5 Erro essencial e erro accidental.....	117
6.6 Efeitos jurídicos de seu reconhecimento.....	117
6.7 O erro de tipo e o crime de estupro de vulnerável.....	120
6.8 Erro de proibição: conceito e previsão legal.....	121
6.9 Efeitos jurídicos de seu reconhecimento.....	123
6.10 O erro de proibição e o crime de estupro de vulnerável.....	123
 7. A IMPORTÂNCIA DO JULGADOR NOS DELITOS SEXUAIS. O PAPEL DA HERMÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL.....	 125
7.1 Introdução.....	125
7.2 Hermenêutica e interpretação do direito.....	126
7.3 Métodos de interpretação.....	127
7.3.1 Método gramatical ou literal.....	127
7.3.2 Método lógico.....	128
7.3.3 Método histórico.....	128
7.3.4 Método sistemático.....	129
7.3.5 Método teleológico.....	129
7.3.6 Método popular.....	130
7.3.7 Método doutrinário.....	131
7.3.8 Método evolutivo.....	132

7.4 A importância do julgador nos delitos sexuais e os métodos de interpretação.....	134
8. ANÁLISE DA PROTEÇÃO EM FACE DOS DELITOS SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO COMPARADA.....	137
8.1 Argentina.....	137
8.2 Uruguai.....	139
8.3 México.....	141
8.4 Portugal.....	143
8.5 Espanha.....	146
8.6 França.....	148
8.7 Alemanha.....	149
CONCLUSÕES.....	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito deve ser desenvolvido de acordo com as transformações da sociedade. Em um país de dimensões continentais como o Brasil, a produção legislativa se mostra incessante, sendo indispensável que o Poder Legislativo esteja atento às mudanças de comportamento observadas no mundo cotidiano.

O presente estudo diz respeito ao ramo do Direito no qual a atuação estatal na vida do indivíduo se mostra mais severa, uma vez que por meio do devido processo legal o Estado, na qualidade de titular do *jus puniendi*, tem a possibilidade de aplicar as mais árduas sanções previstas no ordenamento jurídico em face do sujeito ativo de infração penal prevista em lei: o direito penal.

No Brasil, as regras gerais em matéria penal estão expressamente previstas no Código Penal, que teve sua elaboração realizada na década de 1940. Há que se ressaltar, contudo, que a Parte Geral do referido diploma legal sofreu grande transformação no ano de 1984, por intermédio da Lei 7.209/84. Apesar da reforma ocorrida na Parte Geral, a Parte Especial ainda é a mesma da década de 1940, tendo apenas recebido pontuais transformações, nunca tendo sido integralmente reformada.

Os comportamentos humanos, principalmente aqueles que apresentam relevância penal, não podem ser interpretados de modo uniforme ao longo do tempo. A mentalidade reinante na sociedade brasileira da década de 1940 sofreu inquestionáveis transformações até a hoje existente, sendo certo que tais modificações interferiram na maneira como o Direito Penal deve ser enfrentado.

O estudo dos crimes sexuais tem como pano de fundo uma nova legislação que inovou consideravelmente o cenário dos referidos delitos. Dentre as muitas alterações de relevo, a Lei 12.015/09 teve o condão de criar um novo tipo penal, referente ao estupro contra pessoa vulnerável, dispositivo legal recorrentemente interpretado e discutido pelos estudiosos do Direito Penal.

O tema se mostra relevante e extremamente atual, sendo necessário debatê-lo para melhor entender a intenção do legislador pátrio.

A Lei 12.015/09, diploma legal responsável por inserir importantes transformações no cenário dos crimes sexuais, não se restringiu a alterar disposições legais acerca desses

delitos. Muito mais do que isso, o legislador deixou clara a opção pela mudança de paradigma, expondo, sem margem de dúvida, que a postura adotada desde a década de 1940 já se mostrava ultrapassada e carente de adequação a uma nova realidade.

Ao longo do referido período, o ordenamento jurídico e a própria sociedade observaram importantes transformações, sendo o advento da atual Constituição da República o acontecimento de maior relevo, tendo em vista a alçada da Dignidade Humana ao *status* de princípio maior que orienta e norteia toda a atividade legislativa.

O enfrentamento do tema impõe aprofundada análise constitucional, uma vez que o Texto de 1988 fornece os fundamentos centrais do Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito e mais aproximado das expectativas sociais atuais. Desse modo, o estudo do ordenamento jurídico somente se legitima se realizado em consonância com a Constituição da República.

Após o longo período de ditadura militar, o Texto Constitucional de 1988 teve o mérito de elencar extenso rol de direitos e garantias individuais, postura que se deve, principalmente, ao momento histórico que o Brasil atravessava à época, bem como à necessidade de reinserção e aprofundamento das garantias fundamentais em sede constitucional.

Sintetizando de forma precisa o quadro sociopolítico de época, o historiador Boris Fausto pontifica que

“a Assembleia Nacional Constituinte começou a se reunir em 1.º de fevereiro de 1987. As atenções e as esperanças do país voltaram-se para a elaboração da nova Constituição. Havia um anseio de que ela não só fixasse os direitos dos cidadãos e as instituições básicas do país como resolvesse muitos problemas fora de seu alcance. (...) A Constituição de 1988 refletiu o avanço ocorrido no país na área da extensão dos direitos sociais e políticos aos cidadãos em geral.”

O autor conclui, em síntese, que “a Constituição de 1988 pode ser vista como o marco que pôs fim aos últimos vestígios formais do regime autoritário”.¹

Diante do referido cenário, o constituinte foi pródigo em consagrar princípios constitucionais do mais alto relevo, sendo certo que o Direito Penal recebeu destacado espaço no Texto Constitucional de 1988. Com a farta previsão de direitos fundamentais, o poder estatal passou a enfrentar importantes limitações, afastando-se o caráter autoritário verificado nos períodos anteriores ao Texto Maior de 1988.

¹ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2009, pp. 288-289.

Assim sendo, torna-se imperiosa a análise dos princípios constitucionais penais aplicáveis aos delitos sexuais e, mais especificamente, ao crime de estupro de vulnerável. Somente através do criterioso estudo dos princípios constitucionais será possível compreender o verdadeiro alcance da norma e a própria intenção do legislador penal.

No contexto dos referidos postulados, a dignidade da pessoa humana terá papel fundamental na análise da Lei 12.015/09. Ela não pode ser apontada como um princípio especificamente penal sendo considerada, contudo, vetor essencial ao estudo de todo e qualquer ramo da dogmática jurídica brasileira

Além dos princípios, outro tema de natureza constitucional se mostra relevante na seara dos delitos sexuais contra pessoas vulneráveis: ao edificar o Texto Maior de 1988, o legislador constituinte consagrou mandados expressos e implícitos de criminalização, que estabelecem assuntos que o legislador penal tem a obrigação de abordar de maneira eficiente.

Dentre os referidos comandos constitucionais de criminalização, optou-se por enfatizar o previsto no art. 227, § 4.º, da Lei Maior. Em tal dispositivo, o constituinte exige a punição severa em face da exploração, abuso e violência sexual contra a criança e o adolescente. Como oportunamente será verificado trata-se de norma constitucional de excepcional relevo para a análise do crime de estupro de vulnerável.

Com o embasamento constitucional do tema, a intenção buscada pelo legislador será apropriadamente absorvida. A abordagem do crime de estupro de vulnerável compreende, consoante se buscará demonstrar, aspectos da mais alta relevância, precipuamente verificados por meio do estudo da natureza jurídica da vulnerabilidade penal, tema gerador de divergência na doutrina e jurisprudência pátrias.

Imperiosa, ao presente estudo, a análise da relevância do caso concreto para a delimitação do exato alcance da norma penal. A divergência verificada na interpretação do delito em tela é insuscetível de ser enfrentada tão somente no campo abstrato, sendo as circunstâncias fáticas determinantes para que o magistrado possa adotar a medida mais eficiente e adequada ao caso concreto.

No contexto prático, há que se discutir a possibilidade do reconhecimento do erro de tipo e do erro de proibição, importantes institutos vocacionados a elidir a responsabilidade criminal do indivíduo.

A investigação incluirá a observação da contribuição dada pela hermenêutica ao Poder Judiciário diante de decisões envolvendo o crime de estupro contra vulnerável. Pela análise dos métodos de interpretação, buscar-se-á a delimitação daqueles que se demonstrem intrinsecamente apropriados à interpretação dos delitos de natureza sexual.

Por fim, ressaltando aspectos relevantes na legislação comparada, far-se-á estudo do tema consoante enfrentamento jurídico existente em ordenamentos alienígenas, objetivando ampliar a base de sustentação do posicionamento que ora se pretende desenvolver.

Em suma, constatar-se-á que a análise do estupro de vulnerável à luz dos princípios constitucionais e do sistema penal vigente proporciona vigoroso debate acerca de tema de inquestionável relevância para o qual buscar-se-á contribuir com a apresentação do estudo que ora se passa a desenvolver.

1. ESCORÇO HISTÓRICO DOS CRIMES SEXUAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Introdução

O estudo da evolução histórica do Direito Penal brasileiro passa, inexoravelmente, pela análise de legislações vigentes em períodos históricos distintos do País.

A análise da evolução dos delitos sexuais demonstrará as diversas formas pelas quais o legislador enfrentou a questão, sendo inequívoca a mudança de mentalidade apresentada ao longo dos anos.

Ressalte-se que a preocupação com crimes sexuais não é inerente, apenas, aos tempos hodiernos, vez que tais condutas encontram-se há muito contempladas na legislação penal pátria. Tal constatação é facilmente compreensível, na medida em que os comportamentos em tela naturalmente despertam a atenção da coletividade, não sendo estranha sua previsão ao longo do tempo.

O que ora se busca é o destaque, em legislações pretéritas, dos principais aspectos relacionados aos crimes sexuais objetivando interpretar a gradual alteração na sociedade que se reflete na mudança de perspectiva do legislador o qual, na positivação vigente deixou de se preocupar apenas com os costumes sociais de uma determinada época para focar sua proteção na dignidade da pessoa humana.

Destarte, o escorço histórico que ora se buscará desenvolver, compreenderá, inicialmente, o estudo relacionado aos povos indígenas que, a despeito de não se sujeitarem a direito positivo, traziam em seus costumes e em sua consciência comportamentos diretamente imbricados no direito penal sendo, pois, merecedores de abordagem e consideração.

Em um segundo momento, dar-se-á início ao estudo de legislações outrora vigentes, de modo a estabelecer os pontos de maior destaque e propiciar o estabelecimento de um quadro evolutivo dos delitos sexuais no direito brasileiro.

1.2 Os povos indígenas

No tocante a esse primeiro período da história evolutiva do Brasil, o que se busca não é a análise de nenhuma legislação codificada, simplesmente pelo fato que o direito não era escrito naquele momento histórico do país. Na verdade, objetivar-se-á demonstrar a existência, do direito penal na consciência dos povos indígenas.

A imposição de sanções não obedecia às limitações de lei penal legitimando-se, portanto, nos costumes e tradições rigorosamente seguidos pelos povos indígenas à época do descobrimento.

Nas palavras de José Henrique Pierangeli,

“apenas não havia na sociedade rude das selvas o direito escrito. Dessarte, o direito como um todo, e também o direito penal, era encontrável na consciência dos índios, e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado.”²

Conforme se observa, o fato de inexistir legislação escrita não impedia que determinadas condutas recebessem sanções de caráter penal. O traço distintivo à época consistia na forma de punição que, como adrede afirmado. De acordo com as imposições consuetudinárias vigentes, o criminoso era entregue à própria vítima ou aos seus familiares ensejando, conseqüentemente, a imposição de punições extremamente exacerbadas por parte dos ofendidos.

Profundo estudioso do tema, João Bernardino Gonzaga constata que

“quanto às formas de punição, evidentemente predominavam as corporais. Haveria também algo equivalente à ‘perda da paz’, tão comum entre os povos antigos, isto é, a exclusão da comunidade, tanto no sentido físico quanto no moral. No primeiro caso, punição cruel, porque quem era por ela atingido ficava entregue à própria sorte, devendo arrostar *sózinho* os perigos da floresta. Ou então, permanecendo embora dentro do grupo, ali levava o proscrito uma vida de humilhações, restrições e permanente censura. Em algumas hipóteses, como a de covardia, podia ser inclusive repudiado pela mulher, a quem se reconhecia então o direito de retornar à própria família.”³

De fato, a inexistência de legislação limitadora fazia com que surgissem punições exacerbadas, as quais se afastavam consideravelmente das sanções verificadas no atual direito posto, constitucionalmente limitado por importantes princípios, tais como dignidade humana, legalidade, proporcionalidade, dentre outros de igual relevo e extensão. Contudo, em que pese o papel desempenhado pelos mencionados postulados, ainda assim se verificam situações em que sua violação é flagrante, tal como ocorre com a atual situações

² PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 41-42.

³ GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena – À época do descobrimento**. São Paulo: Max Limonad, p. 127.

do sistema carcerário pátrio, caracterizado pela superpopulação e pela falta de atendimento às condições básicas previstas no art. 88, da Lei de Execução Penal.

A doutrina costuma elencar determinadas formas de criminalidade que recebiam tratamento severo por parte dos povos indígenas. Consoante ponderação de José Henrique Pierangeli,

“entre os indígenas brasileiros, havia uma série de crimes que eram punidos exemplarmente, e entre eles podemos alinhar o homicídio, as lesões corporais, o furto, o *rapto*, o adultério da mulher, a deserção” (destacamos).

No contexto dos delitos sexuais, o mesmo autor nos ensina que quando o rapto

“ocorria entre tribos diversas, constituía crime gravíssimo, dando origem a sangrentas guerras tribais, porque, em tal situação, a ofensa não era contra a família da donzela, mas principalmente contra a tribo. Contudo, quando o rapto era cometido por membro da própria tribo, o autor era implacavelmente condenado à morte”⁴.

A imposição de sanções em face de sobreditas condutas não dependia da existência do direito escrito, haja vista que tais comportamentos sempre compuseram o repertório humano.

O estudo do Direito Penal indígena existente à época do descobrimento se mostra adstrito à escassa construção doutrinária existente a respeito do tema.

Para o historiador Boris Fausto, “é difícil analisar a sociedade e os costumes indígenas porque se lida com povos com uma cultura muito diferente da nossa, sobre a qual existiram e ainda existem fortes preconceitos”.⁵

Há que se destacar a existência de determinados tabus em matéria sexual, os quais deveriam ser estritamente respeitados pelos membros das tribos indígenas como o relativo à situação da mulher que ainda não havia atingido a puberdade. Tratava-se de rígido padrão de comportamento exigido à sociedade da época, consistente na proteção dessas pessoas em face de qualquer prática sexual.

Nas palavras de Bernardino Gonzaga,

“até o momento da puberdade, era absolutamente vedada para a mulher qualquer prática sexual. Tratava-se de tabu, respeitado mesmo quando, ainda criança, ela já era entregue ao futuro marido. No momento porém em que a moça se tornava púbere, cortavam-lhe os cabelos, gravavam-lhe no corpo certas marcas simbólicas, atalhavam-lhe à cintura um fio de algodão, ‘para que venha à notícia de todos’ o acontecimento; e, daí por diante, passava a gozar de ampla liberdade. Realizada a primeira experiência sexual,

⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 42.

⁵ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Edusp, p. 15.

com o marido ou com qualquer outro, também isso devia ser tornado público pelo rompimento daquele fio de algodão, que simbolizava a virgindade.”⁶

A situação acima descrita por João Bernardino Gonzaga demonstra, ainda que de maneira bastante singela, a preocupação existente à época com a mulher menor de idade. Assim como ocorre atualmente com o crime de estupro de vulnerável, os tabus e costumes indígenas buscavam evitar a prática sexual por mulheres que ainda não haviam atingido a puberdade.

Inquestionável constatar que a situação verificada à época não pode ser comparada com a realidade atual, visto que os momentos históricos e o nível de desenvolvimento das sociedades em confronto são profundamente distintos. Contudo, impende destacar que a preocupação com pessoas que se encontram em determinadas situações – faixa etária e vulnerabilidade, por exemplo – pode ser observada, ainda que de maneira superficial – desde períodos remotos da história do Brasil.

A existência de comportamentos não censurados pelos povos indígenas – como ocorre com o ato obsceno, por exemplo – não significa que todas as práticas sexuais eram ignoradas. Contrastando com a referida tolerância, João Bernardino Gonzaga pontifica que,

“em contrapartida, outras ações eram reprovadas, por representarem violação de tabus v.g. a prática de relações com meninas impúberes ou com mulheres durante a menstruação, o não uso de símbolos indicativos da condição sexual da pessoa etc. De igual modo, seria presumivelmente julgado com severidade o que hoje designamos como estupro (prática de conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça).”⁷

Resta indubitável que o estudo do direito penal da época do descobrimento se mostra complexo por força das profundas diferenças culturais concernentes aos povos indígenas e da falta de expressivo acervo relativo ao direito penal desse período.

Em que pese a existência das referidas práticas criminosas pelos povos indígenas à época do descobrimento, há que se ressaltar que o direito penal da época não influenciou a legislação codificada que posteriormente veio a vigorar no Brasil, que durante muito tempo foi a advinda de Portugal, tendo representado, tão somente, a forma mais primitiva de estudo da legislação penal em nosso país.

1.3 As ordenações do reino

⁶ GONZAGA, João Bernardino. **O direito penal indígena** – À época do descobrimento. São Paulo: Max Limonad, pp. 149-150.

⁷ *Idem*, p. 152.

1.3.1 Noções introdutórias

O estudo das Ordenações do Reino leva em consideração o momento inicial de desenvolvimento do direito penal brasileiro em sua forma escrita , uma vez que a legislação portuguesa foi responsável por fixar os ditames válido no Brasil quando de seu descobrimento.

Sintetizando o período no qual o Brasil se viu governado pelas Ordenações, Francisco de Assis Toledo pontifica que

“a verdadeira história do direito penal brasileiro começa, pois, no período colonial, com as Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal à época do descobrimento, seguidas pelas Manuelinas e, por último, pelas Filipinas. Mas, na verdade, em relação ao Brasil, as Afonsinas não chegaram a ter aplicação, por ausência de uma organização estatal adequada; as Manuelinas, publicadas em 1521, tiveram, por sua vez, aplicação escassa, até que foram substituídas pelas Filipinas, publicadas em janeiro de 1603.” (destacamos.)

Quanto a estas últimas, o mesmo autor nos explica que “foram aplicadas, com toda a sua dureza, durante o Brasil colonial e, depois disso, até a edição e início de vigência do Código Criminal do Império de 1830”.⁸

A constatação exposta por Assis Toledo reafirma ideia anteriormente formulada, qual seja: o comportamento dos povos indígenas não representa traço histórico do direito penal brasileiro o qual tem início, efetivamente, com a aplicação das Ordenações do Reino. Com esta colocação não se pretende olvidar a relevância do período mas, apenas e tão somente, demonstrar o marco inicial do direito penal na história do Brasil.

O breve esboço histórico desenvolvido por Assis Toledo demonstra que as Ordenações Filipinas, em cujo Livro V constavam as disposições criminais, foi aplicada no Brasil mesmo após a Independência declarada no ano de 1822. Trata-se da legislação penal que mais tempo vigorou no Brasil, vindo a ser substituída apenas em 1830, com a edição do Código Criminal do Império.

Impende, portanto, destacar alguns aspectos da referida legislação marcada pela rigidez e pela ilimitada utilização de sanções penais de caráter cruel.

1.3.2 As Ordenações Filipinas

⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56.

A parte criminal das Ordenações Filipinas, prevista no Livro V, foi caracterizada pelo extremo rigor com que dispunha acerca dos delitos e das penas.

Tradicionalmente, os Códigos Penais são estruturados em uma Parte Geral e uma Parte Especial, a primeira contendo as disposições aplicáveis, como regra, a todo o ordenamento jurídico-penal e a segunda delimitando as condutas consideradas criminosas e suas respectivas sanções.

A supramencionada estrutura não era verificada no Livro V das Ordenações Filipinas, o qual já se ocupava, desde o início, com a previsão de condutas e a cominação de sanções penais.

Totalmente afastado da humanização das penas, o texto das Ordenações Filipinas estabelecia as mais variadas formas de punição, sendo a grande maioria delas marcada pela crueldade em face do agente do delito.

Neste sentido a lição de Aníbal Bruno para quem

“baseadas na ideia da intimidação pelo terror, como era comum naqueles tempos, distinguiam-se as Filipinas pela dureza das punições, pela frequência com que era aplicada a pena de morte e pela maneira de executá-la, morte por enforcamento, morte pelo fogo até ser o corpo reduzido a pó, morte cruel precedida de tormentos cuja crueldade ficava ao arbítrio do juiz; mutilações, marcas de fogo, açoites abundantemente aplicados, penas infamantes, degredos, confiscações de bens.”⁹

Note-se que a mentalidade reinante à época distinguia-se extraordinariamente da realidade hoje vigente. Naquele momento, a pena de morte era a regra geral, ao passo que sua aplicação é hoje expressamente vedada pelo Texto Constitucional que excepcionalmente a recepciona nos casos de guerra declarada.

Vale ressaltar, também, que a imposição da pena capital não se restringia às condutas de maior gravidade sendo passível de aplicação também a outros comportamentos que não demonstravam relevância para tamanha punição.

No tocante à pena capital, vale ressaltar que o texto das Ordenações Filipinas contemplava diferentes formas de execução, as quais são trazidas à baila na lição sempre precisa de José Henrique Pierangeli.¹⁰ Vejamos as modalidades à época existentes:

1. *Morte cruel*: a vida era tirada lentamente, entremeada de suplicios (...).

⁹ BRUNO, Aníbal. **Direito penal** – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I, p. 174.

¹⁰ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 57.

2. *Morte atroz*: nesta, acrescentavam-se algumas circunstâncias agravantes à pena capital, como o confisco de bens, a queima do cadáver, o seu esquartejamento, e até a proscrição de sua memória.
3. *Morte simples*: esta representava apenas a perda da vida, e era executada mediante degolação, enforcamento, este reservado para as classes mais humildes, porque era tido como infamante.
4. *Morte civil*: com esta pena eliminavam-se a vida civil e os direitos da cidadania.

Consoante se depreende da lição do supramencionado autor, a sanção capital era utilizada como regra geral para a punição das mais variadas formas de conduta criminosa.

Além dessa, o texto das Ordenações Filipinas previa outras formas de sanção caracterizadas pelo caráter desumano como os castigos físicos exacerbados.

Urge ressaltar, todavia, que o texto das Ordenações Filipinas consagrava uma série de benefícios a determinado grupo de pessoas que estivesse revestido de qualidades específicas. René Ariel Dotti considera que “em contraste com uma tipologia de agentes marcada por *ferro em brasa*, existiam as categorias privilegiadas de sujeitos que gozavam de imunidades ou especial tratamento punitivo: fidalgos, cavaleiros, desembargadores, escudeiros, etc.”¹¹

A supracitada faceta das Ordenações Filipinas nada mais faz do que asseverar que o *princípio da igualdade* não era observado em matéria penal, tendo em vista que a lei estabelecia diferentes critérios a determinadas situações efetivamente carecedoras de tratamento igualitário.

Em verdade, a pena a ser aplicada era preponderantemente baseada em qualidades pessoais do agente, situação inaceitável à luz de uma imperiosa consideração isonômica.

No que tange aos delitos sexuais, cumpre ressaltar que as Ordenações Filipinas previam uma série de comportamentos que, mesmo que não representassem violência ou grave ameaça, relacionavam-se intrinsecamente à questão sexual.

Nas palavras sempre precisas de Basileu Garcia, “um dos traços característicos mais interessantes das Ordenações é a preocupação *quase doentia com que o legislador cogitava dos crimes sexuais*, dedicando-lhes capítulos extensíssimos, feitos de dispositivos os mais extravagantes”.¹² (destacamos).

¹¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 260.

¹² GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977, v. 1, t. I, p. 117.

Nessas hipóteses, o agente do delito, em que pese não ter cometido o crime de forma violenta, era severamente punido por sua conduta. Como exemplo, podemos mencionar o Título XVII, o qual previa as condutas “*Dos que dormem com suas parentas, e affins*”. Como dito, tais condutas eram punidas duramente, havendo a previsão de que “qualquer homem, que dormir com sua filha, ou com qualquer outra sua descendente, ou com sua mãe, ou outra sua descendente, serão queimados, e Ella tambem, e ambos feitos per fogo em pó”.

A conduta incestuosa era severamente reprimida pelas Ordenações Filipinas, não encontrando hoje tipificação específica, embora possa ser apontada como conduta que viola grave e frontalmente a moral e os costumes vigentes.

A legislação ora em comento abordava uma série de outras condutas, sendo o traço em comum de todas elas a rigidez com que eram punidas.

Encontravam-se, outrossim, previsões normativas semelhantes ao atual crime de estupro prevendo-se que “todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello”.

A sanção máxima, qual seja, a pena de morte demonstra que o *princípio da humanidade das penas* era absolutamente ignorado no âmbito das Ordenações Filipinas, uma vez que o objetivo precípua era a intimidação máxima e a punição severa para aqueles que resolvessem afrontar os dispositivos de tão temida legislação.

Ao abordar a matéria sexual, as Ordenações Filipinas faziam constante menção ao termo “mulher honesta”, assim como em relação à virgindade, aspectos que apenas recentemente foram afastados da legislação penal brasileira.

O seu forte conteúdo moral resta evidenciado em diversas passagens. Com relação ao adultério – delito ora tratado como sexual, ora como contrário à família ao longo do histórico criminal no Brasil – optou o por consagrar uma modalidade absolutamente inaceitável de exercício regular do direito, já que autorizava o homem a matar sua esposa quando a encontrasse em adultério (Título XXXVIII).

Por derradeiro, há que se destacar que a proteção do menor de idade não recebeu significativa atenção por parte das Ordenações Filipinas. No mencionado contexto, pode-se destacar a repressão em face “*dos que dormem com mulheres orfãs ou menores, que stão a*

seu cargo” (Título XXI), não sendo ampla, contudo, a abordagem existente sobre o precitado comportamento.

1.4 O Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império pode ser apontado como o primeiro diploma penal genuinamente brasileiro, já que a legislação anteriormente vigente era oriunda de Portugal, tendo vigorado em nosso país por mais de duzentos anos.

Diferentemente do Livro V das Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império dispunha de uma Parte Geral, não se restringindo apenas a consagrar condutas criminosas e cominar suas respectivas sanções.

Em que pese contemplar uma série de penas de considerável crueldade, referido diploma legal representou um primeiro avanço: a previsão, em seu art. 1.º, *do princípio da legalidade*, sustentando que “não haverá crime ou delicto [palavras sinonimas neste Código] sem uma lei anterior que o qualifique”.

Com a exigência de lei anterior ao fato criminoso, determinados abusos cometidos na legislação anterior, tais como a imposição de pena arbitrária, deixaram de existir.

O princípio da legalidade representa um indispensável elemento limitador do Poder do Estado, sendo essa limitação ainda mais relevante em matéria penal, ramo do direito que tem relação direta com a liberdade do indivíduo.

Contudo, a exigência de lei anterior ao fato criminoso não representou a total eliminação das penas de caráter cruel da legislação penal vigente à época, já que o Código Criminal do Império ainda previa penas cruéis, tais como a pena de morte por enforcamento.

No que tange ao contexto dos delitos sexuais, o Código Criminal do Império tratava, a partir do art. 219, de uma série de condutas, todas elas inseridas nos crimes de estupro e rapto.

Resumindo com clareza os comportamentos previstos, Alessandra Greco e João Daniel Rassi prelecionam que

“sob o Capítulo II, da Parte III, do Código Penal do Império, denominado ‘Dos Crimes contra a Segurança da Honra’, tratou-se de punir as condutas de estupro que, genericamente, consistia em defloração, cópula carnal violenta e sedução, em que a

vítima poderia ser a mulher virgem, menor de 17 anos, ou qualquer mulher honesta; e o crime de rapto.”¹³

Considere-se que, em relação às Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império abrandou as penas imputáveis aos delitos sexuais prevendo, inclusive, situações que extinguiram a punibilidade do agente, tais como o casamento da vítima com o agressor.

As condutas relacionadas ao estupro eram tipificadas nos arts. 219 a 225 do Código do Império. Nesses dispositivos, o legislador tratou de disciplinar uma série de condutas criminosas, todas inseridas sob o mesmo *nomen juris*.

O primeiro delito descrito consistia em “deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos”. Para este comportamento, a lei reservava uma pena de desterro para fora da comarca em que residisse a ofendida, pelo prazo de um a três anos, além de pagamento de dote à mesma (art. 219).

Com tal dispositivo, pode-se aduzir a preocupação do legislador da época em estabelecer critérios etários para a proteção da vítima, tal como ocorre nos dias atuais. Contudo, a lei estabelecia que o casamento da mencionada vítima com o agente seria causa idônea a afastar a imposição de pena.

O crime de estupro era previsto no art. 222, no qual o agente, mediante violência ou ameaça, praticava a cópula carnal com qualquer mulher honesta, sendo a conduta punida com prisão de três a doze anos e dote à ofendida.

O mesmo dispositivo fazia distinção no caso da vítima ser pessoa prostituída já que, na referida hipótese, cominava pena mais branda (prisão de um mês a dois anos). Trata-se de diferenciação inconcebível e inadequada, já que o simples fato de exercer a prostituição não autoriza o agente a praticar relação sexual mediante violência ou grave ameaça contra a vítima. Referida previsão legal nos tempos atuais implicaria em flagrante inconstitucionalidade, decorrente de clara ofensa ao *princípio da igualdade*.

O Código do Império previa, outrossim, condutas de menor gravidade, a exemplo do disposto no art. 223.¹⁴ Neste não se verificava a cópula, mas a prática de comportamentos que importunassem a vítima em questão. Também era tipificado o crime

¹³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

¹⁴ Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal. Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das que incorrer o réo pela offensa.

de sedução (art. 224), consistente em seduzir mulher honesta, menor de dezessete anos, mantendo com a mesma cópula carnal.

Importante destacar, contudo, que o casamento da vítima com o agente era causa extintiva da punibilidade nos crimes previstos nos arts. 222 a 224, tipos penais que englobavam a cópula violenta, a sedução, além de comportamentos de menor intensidade lesiva.

Nos artigos referidos, os termos *mulher honesta* e *mulher virgem* eram utilizados em grande escala, fato que, desde o advento da Lei 11.106/05, não mais se verifica no Código Penal ora vigente em nosso país, previsão que encontra-se em consonância com os postulados da Lei 12.015/09.

Como se observa, os referidos termos permaneceram em vigor na legislação brasileira até passado recente, quando acabaram definitivamente revogados pelas Leis 11.106/05 e 12.015/09.

Por força do exposto acredita-se que as condutas previstas pelo Código Criminal do Império apresentaram significativa evolução em relação às disposições contidas nas Ordenações Filipinas tendo em vista, precipuamente, o afastamento da sanção capital, adrede utilizada como regra geral nas referidas ordenações.

1.5 Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 manteve a estruturação já verificada no Código Criminal do Império, distribuindo suas diretrizes em uma Parte Geral e em uma Parte Especial, esta última definidora dos delitos e das penas.

O Código Penal Republicano de 1890 representou importante avanço no sentido da humanização das penas criminais uma vez que, em seu art. 43, não elencou a pena de morte como sanção admitida no ordenamento jurídico da época.

Além disso, sobredito Código afastava, em seu art. 44, a imposição de penas infamantes, disciplinando o limite de 30 anos para as penas que restringissem a liberdade individual. Tratava-se de previsão legal que guardava relação com o art. 75 do Código Penal de 1940, cuja Parte Geral foi reformada pela Lei 7.209/84, atualmente em vigor na República Federativa do Brasil.

O Título VIII, intitulado “*Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor*”, era o responsável pela disciplina dos crimes sexuais no Código Penal de 1890.

Em primeiro lugar, considere-se que o próprio nome dado ao Título não retratava adequada e precisamente as situações abarcadas em seu conteúdo, mormente no que diz respeito às formas de violência sexual.

Referido Título era subdividido em cinco capítulos, os quais traziam a previsão, respectivamente, da violência carnal, do rapto, do lenocínio, do adultério ou infidelidade conjugal e, por fim, do ultraje público ao pudor.

À primeira vista, o fato de maior destaque consistia na reunião, em um mesmo título, de crimes sexuais com outros delitos, a exemplo do adultério. Transportando a situação para o Código Penal de 1940, observa-se a inserção do adultério no Título dos Crimes contra a Família.

No tocante ao estupro, o Código Penal de 1890 cominava penas pouco expressivas, sendo imposta a chamada *prisão celular* que, para René Ariel Dotti, era “aplicável para quase todos os crimes e algumas contravenções, constituindo a base do sistema penitenciário. Caracterizava-se pelo isolamento celular com obrigação de trabalho, a ser cumprida ‘em estabelecimento especial’”.¹⁵

Merecedora de destaque, outrossim, a previsão de norma penal explicativa, que tinha por objetivo definir a conduta do estupro. Neste sentido, confira-se o disposto no 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 narcóticos.”

O crime de estupro vinha previsto pelo art. 268 do Código de 1890. Em sua redação, a conduta de *estuprar mulher virgem ou não, mas honesta*, era punida com pena de prisão celular de 1 a 6 anos. Contudo, o § 1.º alertava que se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a pena seria reduzida para um patamar de 6 meses a 2 anos.

¹⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 271.

Além do estupro, ressaltava-se, também, a tipificação legal do atentado ao pudor, consistente em “attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”, conduta que cominava a mesma pena destinada ao estupro, qual seja, prisão celular de 1 a 6 anos. (art. 266).

Em suma, pode-se aduzir que os crimes sexuais previstos no Código de 1890 eram reprimidos, em geral, de forma branda, não sendo possível encontrar sanções penais de grande rigor.

Cumpre registrar, outrossim, a previsão contida no art. 272 do diploma penal ora em estudo, uma vez que seu conteúdo demonstra pertinência com outros temas que serão oportunamente desenvolvidos.

Nesse sentido, o supramencionado artigo trazia a previsão da violência presumida no contexto dos crimes sexuais, sempre que a vítima fosse pessoa menor de 16 anos.

Na esteira do asseverado por Luiz Regis Prado, “no Brasil, a primeira legislação a prever a presunção de violência foi o Código de 1890, disciplinando no art. 272 que a violência era ficta, quando o ato sexual fosse perpetrado contra menor de dezesseis anos”.¹⁶

A presunção de violência foi adotada pelo direito penal brasileiro até o ano de 2009, quando a reforma efetuada pela Lei 12.015/09 extirpou essa definição do principal diploma penal do país. Além disso, registre-se que o conceito de violência presumida ainda demonstra relevância no contexto do delito de estupro contra vulnerável, foco principal do presente estudo.

1.6 A Consolidação das Leis Penais de 1932

De autoria do Desembargador Vicente Piragibe, a Consolidação das Leis Penais de 1932 repetia previsão anterior que afastava a imposição de penas infamantes, além de

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte especial. 8. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 622. v. 2.

limitar a restrição da liberdade individual ao prazo de 30 anos, conforme consta do seu art. 44.

No tocante aos delitos sexuais, vale ressaltar que a Consolidação pouco inovou em relação ao Código Penal de 1890, sendo certo que muitas de suas disposições representam autêntica repetição das previsões anteriores.

O estupro continua definido e sancionado da mesma forma e com o mesmo rigor anteriormente visualizados. Já o atentado ao pudor teve sua pena máxima reduzida de 6 para 3 anos de prisão celular.

O termo *mulher honesta* continuou sendo reiteradamente utilizado fato que, consoante se buscará oportunamente demonstrar, perdurou até o ano de 2005, quando foi abolido por intermédio das alterações introduzidas pela Lei 11.106/05.

1.7 O Código Penal de 1940

1.7.1 A nova terminologia

O Código Penal de 1940, ainda vigente, sofreu profunda alteração na Parte Geral em 1984, por intermédio da Lei 7.209/84. A Parte Especial do referido diploma legal não sofreu significativa modificação, tendo sido apenas pontualmente revisada desde a sua edição.

Em relação às legislações pretéritas, encontra expressiva alteração, uma vez que a expressão anterior (*Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor*) foi substituída por outra (*Dos Crimes contra os Costumes*) *carecedora de atenta reflexão*.

Observar-se-á que a proteção sexual relacionada aos *costumes* perdurou na legislação pátria até o ano de 2009. Conforme consideração subscrita por Alessandra Greco e João Daniel Rassi, “no Brasil, assim como em outros países, o conteúdo moral sempre esteve presente, de forma preponderante, como elemento orientador da legislação penal frente ao sexo, não sofrendo, até recentemente, qualquer alteração legislativa”.¹⁷

¹⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

Buscando interpretar o termo *costumes*, Heleno Cláudio Fragoso pondera que “a palavra *costumes* empregada pela lei vigente significa a moral pública sexual, que é, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado”.¹⁸

Nas palavras de Nélson Hungria podemos verificar positiva consideração à terminologia utilizada, na medida em que

“os crimes que, de modo genérico, se poderiam denominar *sexuais* ou *atentatórios do pudor* (individual ou social), são contemplados pelo nosso atual estatuto penal sob a rubrica ‘Dos Crimes contra os Costumes’. Apesar de mais concisa do que a do antigo Código (‘Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e do Ultraje Público ao Pudor’), *essa rubrica é, no entanto, mais compreensiva ou mais correspondente ao conteúdo das disposições que se seguem. O vocábulo ‘costumes’ é aí empregado para significar (sentido restritivo) os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adequada à conveniência e disciplina sociais.*”¹⁹

De fato, há que se interpretar o disposto de acordo com os padrões existentes à época da edificação do Código Penal de 1940, período em que a preocupação com a moral e os costumes sociais era mais acentuada na sociedade brasileira.

A questão referente à terminologia será retomada por ocasião da abordagem da mudança de mentalidade do legislador brasileiro, quando da alteração da disciplina relativa aos delitos sexuais consubstanciada pela Lei 12.015/09.

1.7.2 Dos crimes

O Título VI do Código Penal de 1940, que trata dos Crimes contra os Costumes, abrange capítulos que disciplinam os Crimes contra a Liberdade Sexual, a Sedução e a Corrupção de Menores, o Rapto, disposições gerais, o Lenocínio e o Tráfico de Mulheres e, por fim, o Ultraje Público ao Pudor.

No capítulo primeiro relativo aos crimes contra a liberdade sexual, pode-se destacar a divisão das condutas em estupro e atentado violento ao pudor, seja na forma tradicional ou, ainda, quando cometidos mediante fraude contra a vítima (arts. 213 a 216).

A princípio, o fato que mais chama a atenção consiste na cominação de penas distintas para o estupro e o atentado violento ao pudor. O primeiro recebia reprimenda

¹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962, p. 489.

¹⁹ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8, pp. 114-115.

variável de três a oito anos de reclusão ao passo que, para o segundo, a pena variava de dois a sete anos de reclusão.

Referida distinção não se mostrava adequada uma vez que ambas configuram condutas criminosas absolutamente reprováveis, diferenciando-se, apenas e tão somente, no tocante aos sujeitos do crime e à forma exigida para a prática da conduta.

Neste sentido, o estupro era classificado como crime próprio, tendo em vista a característica peculiar exigida pela lei, que restringia sua prática apenas ao homem, podendo a mulher, contudo, figurar como coautora. Além disso, tratava-se de crime de forma vinculada, uma vez que deveria ser praticado por intermédio da conjunção carnal. Diferente contexto era o do atentado violento ao pudor, que tratava de crime comum quanto ao sujeito sendo, ainda, delito de forma livre, isto é, passível de ser praticado de maneiras distintas, não havendo nenhuma exigência legal específica a respeito.

O Código de 1940 ainda disciplinava os delitos de posse sexual e de atentado ao pudor mediante fraude (arts. 215 e 216), condutas nas quais o agente, mediante fraude, conseguia enganar mulher honesta para com ela manter conjunção carnal ou ato libidinoso diverso desta.

Quanto à pena cominada vale registrar que, no ano de 1990, com o advento da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor tiveram suas penas em abstrato aumentadas para patamar idêntico, de seis a dez anos de reclusão.

O Capítulo II dos Crimes contra os Costumes disciplinava os crimes de sedução e corrupção de menores, condutas que foram revogadas ou alteradas por recentes modificações legislativas, a exemplo das Leis 11.106/05 e 12.015/09.

Outras condutas, a exemplo do rapto,²⁰ são consideradas revogadas por parte da doutrina. Contudo, em que pese o fato de terem deixado de ser consideradas como tipos penais autônomos, passaram a integrar outros tipos sendo certo que, atualmente, referida conduta encontra-se disposta no art. 148, V, do Código Penal.

Tendo em vista a relevância da reforma realizada no ano de 2005, dedicar-se-á tópico exclusivamente à análise da Lei 11.106, de modo a destacar seus principais tópicos.

²⁰ Art. 219. Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso.

Quanto às disposições gerais, impende registrar o conceito de *presunção de violência* adotado pelo legislador de 1940. Ver-se-á adiante que referidas hipóteses de *presunção* guardam estreita relação com a reforma efetuada pela Lei 12.015/09, sendo certo que o novo delito de estupro contra vulnerável, teve sua criação relacionada justamente com a questão da *presunção de violência* nos comportamentos de cunho sexual, origem de inquestionável discussão doutrinária e jurisprudencial.

Nos Capítulos V e VI, o legislador tratou da questão do lenocínio e do tráfico de mulheres e do ultraje público ao pudor, respectivamente. Neste sentido, previa os delitos de mediação para servir a lascívia de outrem, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo, tráfico de mulheres, ato obsceno e, por fim, escrito ou objeto obsceno.

Como nota final do Código Penal de 1940, acredita-se necessária a menção ao termo *mulher honesta*, amplamente utilizado pelo legislador em diversos dispositivos.

Em primeiro lugar, trata-se de termo que demandava forte atividade interpretativa ao magistrado. Além disso, impossível olvidar que o direito evolui conforme progride a própria sociedade. Assim sendo, imperioso é perceber que referida terminologia encontrou, ao longo dos anos, dificuldades ainda maiores, já que o conceito de *mulher honesta* da década de 1940 por certo não é o mesmo dos tempos contemporâneos, sendo certa sua variação também de acordo com a localidade em que se encontra determinada pessoa.

Os padrões de conduta exigidos na década de 1940 se mostravam mais rígidos em relação aos hoje verificados, ou seja, a ideia que se tinha de *mulher honesta* definitivamente não é a mesma interpretada atualmente. Posturas anteriormente repudiadas, hoje são pacificamente aceitas, sendo imperioso ressaltar as inúmeras conquistas alcançadas pelas mulheres neste último século.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 alicerça-se no *princípio da dignidade da pessoa humana*, fundamento inarredável do Estado Democrático de Direito brasileiro. Referido ditame, certamente dos mais importantes do ordenamento jurídico, obriga o reconhecimento e o respeito ao ser humano como sujeito de direitos. Sob a ordem constitucional vigente, não podemos mais cogitar da proteção destinada exclusivamente à *mulher honesta*, devendo ser tutelado o Ser Humano em sua integralidade afastando-se, definitivamente, o emprego de termos dúbios como o ora examinado.

Felizmente, o termo mulher honesta encontra-se atualmente extirpado do Código Penal brasileiro demonstrando, mais uma vez, a constante evolução sofrida pela disciplina dos crimes sexuais no ordenamento jurídico pátrio.

1.8 O Código Penal de 1969

Quanto ao Código Penal de 1969, o ponto mais relevante a ser destacado diz respeito à sua efetiva vigência no Brasil. Constatar-se-á que tal diploma legal acabou não entrando em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

O quadro evolutivo enfrentado pelo Código Penal de 1969 é, de forma sintetizada, ilustrado na lição de Luiz Regis Prado. Confira-se:

“objetivando a substituição do Código Penal de 1940, solicitou-se a Nélson Hungria o preparo de um anteprojeto de Código Penal. Terminado em 1963, foi revisado e promulgado pelo Dec.-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1973. *O Código Penal de 1969, como ficou conhecido, teve sua vigência sucessivamente postergada até que finalmente foi revogado pela Lei 6.578, de 10 de outubro de 1978.*”²¹

No que tange aos delitos sexuais, o Código Penal ora abordado manteve estrutura semelhante àquela verificada no Código Penal de 1940.

Nesse sentido mantinha, por exemplo, o conceito de violência presumida contido no Código de 1940, conceito que somente veio a sofrer considerável alteração no ano de 2009, por intermédio da reforma que, mais do que alterar dispositivos do Código Penal, teve o condão de transformar a própria mentalidade do legislador.

Ainda no tocante à presunção de violência, indispensável mencionar o disposto no art. 247, I, do referido Código. Nesse dispositivo legal, o legislador estabelecia a presunção de violência se a vítima não fosse maior de quatorze anos, *salvo fundada suposição contrária do agente*.

Assim, o legislador de 1969 consagrava, expressamente, a hipótese de erro de tipo, ou seja, a situação na qual o agente se equivoca em relação a algum elemento constitutivo do tipo penal configurando engano em relação à idade da vítima.

Referida prescrição legislativa pode ser facilmente relacionada com o atual momento dos delitos sexuais no Brasil, sendo o reconhecimento do erro de tipo importante

²¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 117.

instrumento de exclusão da conduta criminosa do indivíduo acusado da prática de estupro contra vulnerável.

Fato distintivo verificado no Código de 1969 é o estabelecimento, em diversos tipos penais, do preceito secundário desprovido de pena mínima. Assim, por exemplo, no crime de posse sexual mediante fraude²² o agente restava sujeito a pena de *até três anos de reclusão*. Trata-se de técnica legislativa um tanto distinta da usualmente adotada ao redor do mundo.

Mencionada técnica permite ao magistrado fixar a pena em parâmetros irrisórios, fato que, de per si, já seria o bastante para ensejar efetiva reflexão.

1.9 As alterações da Lei 11.106/2005

O Código Penal atualmente vigente enfrentou significativas transformações no ano de 2005, inseridas pela Lei 11.106/2005.

Conforme posicionamento de Alessandra Greco e João Daniel Rassi, referida legislação “pretendeu afastar a discriminação de gênero, dando novos contornos jurídicos igualitários em relação à mulher, visando coibir a exploração sexual infantil e eliminar outros dispositivos considerados ultrapassados pelo novo direito penal sexual”.²³

Dentre as alterações realizadas uma, em especial, merece atenção no contexto das causas extintivas da punibilidade.

O art. 107 do Código Penal, em seu inciso VII, previa que o casamento da vítima com o agente do delito extingua a punibilidade nos crimes sexuais, causa esta que abrangia o estupro, o atentado violento ao pudor, dentre outras condutas.

Mencionada revogação ocorreu com considerável atraso, uma vez que, à luz da Constituição Federal de 1988, não se poderia mais conceber uma hipótese vetusta como a que ora está em comento.

Como sabido, a República Federativa do Brasil tem como um de seus principais fundamentos a *dignidade da pessoa humana*, considerada como *princípio* vetor do ordenamento jurídico pátrio.

²² Art. 240. Ter conjunção carnal com mulher honesta mediante fraude.

²³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 129-130.

Assim sendo, imperioso concluir com Guilherme de Souza Nucci, que o propósito da Lei 11.106/2005 foi

“justamente buscar a valorização da vítima do crime praticado contra a liberdade sexual, impedindo que o matrimônio constitua motivo de afastamento da possibilidade punitiva do Estado em questão grave, em especial quando ocorrerem estupro e atentado violento ao pudor. Cuida-se de nova política criminal estatal nesse cenário”.²⁴

Além dessa importante alteração, a Lei 11.106/2005 optou por revogar alguns tipos penais incriminadores já considerados inadequados à realidade atual, a exemplo da *sedução*. Quanto ao rapto, reitere-se que o comportamento continua respaldado pelo Código Penal mediante inclusão no contexto do delito de sequestro e cárcere privado.²⁵

Referida legislação teve, ainda, o mérito de retirar o termo *mulher honesta* do Código Penal brasileiro, inovação extremamente adequada, tendo em vista se tratar de elemento normativo do tipo que não guardava mais relação de pertinência com o momento em que foi criado. Em outras palavras, o atual conceito de mulher honesta não coincide com o sentido preconizado na década de 1940.

Enfatize-se que o atual objeto de proteção da norma deve ser a dignidade e a liberdade sexual da mulher independentemente da *honestidade* ou não da vítima.

Seguindo essa mudança de parâmetro, a Lei em comento teve o condão de revogar o crime de sedução²⁶ do ordenamento jurídico, conduta que também já se mostrava inadequada aos tempos atuais. Referido tipo penal levava em conta elementos como a virgindade e a inexperiência da vítima, em clara defasagem e consequente inadequação aos padrões impostos à sociedade vigente.

Objetivando modernizar a legislação penal vigente, o art. 231, anteriormente voltado à previsão do “tráfico de mulheres”, passou a contemplar o “tráfico internacional de *peessoas*”. Inseriu-se, ainda, o disposto no art. 231-A, relativamente ao tráfico interno de pessoas.

Trata-se de mais uma imperiosa mudança, na medida em que a mulher, inquestionavelmente deixou de ser o único alvo do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou de outra forma de exploração sexual.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado** – Versão compacta. São Paulo: RT, 2009, p. 446.

²⁵ Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: (...) § 1.º A pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos: V – se o crime é cometido com fins libidinosos.

²⁶ Art. 217. Seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

É de se imaginar que na década de 1940 a prostituição masculina não fosse sequer cogitada pelo legislador. Contudo, conforme ensinamento de Alessandra Greco e João Daniel Rassi,

“a prostituição masculina já era uma realidade nítida na sociedade brasileira, sem falar nos conhecidos *travestis* que, por serem homens, não se adequavam ao objeto material da antiga conduta descrita no art. 231, que só punia o tráfico de mulheres para exercer a prostituição.”²⁷

Em suma, andou bem o legislador ao igualar a proteção entre homens e mulheres punindo, assim, a exploração de qualquer pessoa que seja vítima do tráfico para fins de exploração sexual.

Por fim, vale mencionar a revogação do delito de adultério pela Lei 11.106/2005. No que tange ao referido crime, impende justificar sua inserção no presente estudo.

O Código Penal em vigor previa o adultério no contexto dos Crimes contra a Família separando-o, portanto, dos delitos sexuais. Contudo, a legislação pátria nem sempre foi organizada dessa forma, sendo certo que referido crime já foi previsto no mesmo Título destinado a importantes crimes sexuais, como o estupro.

Neste sentido, o Código Penal de 1890 disciplinava em seu Título VIII os crimes *contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor* tipificando condutas relacionadas à violência carnal, ao rapto, ao lenocínio e também ao adultério ou infidelidade conjugal. Justamente por esse motivo torna-se adequada a menção à revogação deste comportamento do ordenamento jurídico-penal no ano de 2005.

²⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 134.

2. A LEI 12.015/2009

2.1 Noções introdutórias

O estudo histórico que teve início com as Ordenações Portuguesas tem como marco conclusivo a análise da Lei 12.015/2009, que teve o condão de reformular significativamente a matéria relativa aos delitos sexuais no ordenamento jurídico-positivo brasileiro.

A lei em exame não se restringiu em alterar o Código Penal brasileiro. Mais do que isso, buscou consagrar verdadeira mudança de mentalidade do legislador e da própria sociedade em relação aos delitos de natureza sexual.

A postura adotada na década de 1940 já não se mostrava adequada à realidade atual. A Constituição da República adotou como vetor de interpretação a Dignidade da Pessoa Humana que, nas precisas palavras de Rizzatto Nunes, é

“o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço de guarida dos direitos individuais (...). É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.”²⁸

De acordo com majoritário posicionamento doutrinário, a denominação *crime contra os costumes* restava ultrapassada perante a Constituição vigente, verdadeira consagradora de extenso rol de direitos fundamentais e da *dignidade da pessoa humana* como inarredável e estruturante fundamento.

Destarte, o primeiro aspecto a ser imperiosamente enfrentado diz respeito, precipuamente, à mudança de nomenclatura efetivada pelo Código Penal, a partir da substituição dos preteritamente designados crimes contra os costumes pelos atuais crimes contra a dignidade sexual.

2.2 Da mudança da nomenclatura. A intenção buscada pelo legislador

A primeira e significativa alteração introduzida pela Lei 12.015/2009 impôs-se a partir da mudança de nomenclatura. Extirpou-se a já ultrapassada ideia de *crimes contra os*

²⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

costumes com a consagração de uma nova mentalidade vocacionada à aceitação dos *crimes contra a dignidade sexual*.

Ressaltando o acerto da sobredita alteração, encontra-se posicionamento de Guilherme de Souza Nucci segundo o qual

“há muito vínhamos sustentando a inadequação da anterior nomenclatura (‘dos crimes contra os costumes’), lastreada em antiquados modelos de observação comportamental da sexualidade na sociedade em geral. Afinal, os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente (...). A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época da edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais se compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988.”²⁹

Pontifica o autor a inquestionável noção de que o direito deve evoluir de acordo com as transformações da sociedade. Um diploma legal elaborado na década de 1940 sofre necessária influência dos costumes predominantes à época defasando-se dos padrões que os novos tempos acabam inexoravelmente por impor.

Considere-se, outrossim, que condutas flagrantemente atentatórias à dignidade humana eram encaradas, apenas e tão somente, como violadoras de costumes sociais.

Para Heleno Cláudio Fragoso, “a palavra *costumes* empregada pela lei vigente significa a moral pública sexual que é, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado”.³⁰ A ideia de moral, pois, sempre esteve imbricada nos comportamentos de cunho sexual ao longo dos tempos.

Contudo, em sendo o direito penal a *ultima ratio*, não há como reconhecer a necessidade deste ramo do direito para tutelar meramente o senso moral médio de uma sociedade. Tal constatação apenas reafirma a inadequação do termo *costumes*, uma vez que, consoante posicionamento de André Estefam, “o direito penal não se volta à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos”.³¹

Inquestionável admitir, porém, que a doutrina historicamente imprimiu alto grau de moralidade no trato dos crimes sexuais.

Neste sentido, imperiosas as palavras de Néelson Hungria, das quais se extrai forte conteúdo moral:

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009, p. 11.

³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – Parte especial**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1962, v. 2, p. 489.

³¹ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

“Desgraçadamente, porém, nos dias que correm, verifica-se uma espécie de crise do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e sua melhor defesa estão no seu próprio recato (...). Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As *môças* de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas (...). Dada essa frouxidão de pudícia, abre-se a porta à corrupção, e cada vez maior é a frequência de infelicidades sexuais.”³²

As palavras de inestimável valor proferidas por Nélson Hungria demonstram a mentalidade reinante nos idos de 1940. Contudo, o que se pretende sustentar é a total discrepância de referidos posicionamentos para com a realidade atual.

Alçada a dignidade humana ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, o bem jurídico a ser tutelado pelo direito penal passa a ser a própria dignidade sexual da pessoa, tornando-se inaceitável a manutenção dos bons costumes como alvo do legislador penal.

O extraordinário alcance desse princípio constitucional, no entanto, dificulta sua precisa delimitação. Em que pese referida dificuldade, a noção de dignidade humana trazida a lume por Ingo Wolfgang Sarlet merece citação:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”³³

Para Jorge Miranda, a natureza superior e estruturante da *dignidade da pessoa humana* frente ao ordenamento jurídico assim se manifesta:

“Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como *objecto*, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, *dir-se-ia mesmo um metaprincípio*.”³⁴ (destacamos).

³² HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 8, pp. 92-93.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

³⁴ MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (coordenação). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 170.

Conclua-se, pois, acerca do citado, pela incontestável consonância da nova nomenclatura adotada pelo Código Penal (*Crimes contra a Dignidade Sexual*) com os preceitos existentes na Constituição Federal de 1988.

Destarte, ao coibir comportamentos como o estupro e o estupro de pessoa vulnerável, o legislador brasileiro assume a dignidade sexual da vítima como bem jurídico a ser tutelado, olvidando a moral sexual e os costumes de uma determinada sociedade como critérios preponderantes de proteção.

2.3 Estupro e atentado violento ao pudor

A Lei 12.015/09 introduziu relevantes alterações no que tange aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Pode-se dizer que tais condutas representavam as mais tradicionais formas de crimes sexuais, sendo imperiosa a abordagem de suas principais modificações.

Pela redação anterior, o crime de estupro consistia em *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*. Já o atentado violento ao pudor era definido pela conduta de *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal*.

Com o advento da Lei 12.015/09 foi revogado o art. 214 – dispositivo que tipificava a conduta do atentado violento ao pudor – passando referida conduta a integrar o tipo penal do estupro. Com a nova previsão, o estupro deixa de ser um crime próprio e passa a ser classificado como delito comum, isto é, aquele que pode ser praticado por qualquer um, não mais se exigindo especial qualidade do sujeito ativo.

Considere-se, todavia, a inexistência de *abolitio criminis* em relação ao atentado violento ao pudor, conduta não descriminalizada, mas, apenas e tão somente, descaracterizada como tipo penal autônomo.

A expressa revogação do art. 214 não conferiu, portanto, atipicidade à conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Tal comportamento apenas passou a integrar o crime de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal vigente.

Com a reunião das condutas em apenas um tipo penal, instigante discussão se acirra no contexto do concurso de crimes em torno da subsistência de sobredito concurso e da eventual caracterização de nova lei mais benéfica e, conseqüentemente, retroativa.

Para Guilherme de Souza Nucci “não há mais possibilidade de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor (...). Se o agente constranger a vítima a com ela mantiver conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa”.³⁵

Em verdade, por intermédio da tipificação conjunta dessas condutas cria-se o chamado tipo misto alternativo no qual a prática de uma ou mais das condutas previstas em lei gera responsabilização por um único crime afastando, drasticamente, a possibilidade jurídica do concurso.

Reconheça-se, contudo, que a prática de mais de uma conduta dentro do mesmo tipo penal, em que pese não mais autorizar o concurso de delitos, deverá ser levada em conta pelo magistrado no momento da individualização da pena.

O Código Penal coloca à disposição do magistrado um plexo de elementos voltados à individualização da pena consagrando o princípio constitucional da igualdade, visando evitar a imposição de penas padronizadas a criminosos que se encontrem em situação diversa.

A discussão, porém, não se configura pacífica na medida em que, sob a ótica de alguns doutrinadores, o art. 213 do Código Penal não se classifica como *tipo misto alternativo*, mas como *tipo misto cumulativo*, de maneira a permitir a configuração do concurso de delitos.

Em interessante art. denominado “*Uma interpretação de duvidosa dignidade*”, Vicente Greco Filho discorda do posicionamento que majoritariamente cristaliza-se na doutrina brasileira ao afirmar que:

“A interpretação que se está querendo entrujar é a de que, tendo sido revogado o art. 214, deixou de existir o crime de atentado violento ao pudor a lei é mais branda e, portanto, retroage para beneficiar os condenados por atentado violento ao pudor em concurso com o estupro para que se entenda que o crime é único, de estupro, ainda que mais de uma agressão sexual à mesma vítima tenha sido praticada em momentos diferentes e sob diversas formas. O estupro na forma de conjunção carnal absorveria as demais condutas (...). A interpretação é absurda,

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009, pp. 18-19.

viola o espírito da lei e viola o princípio da juridicidade.”³⁶

Adverte, ainda, que

“o que deve ser buscado é a vontade da lei, na sua realidade e seu contexto mediante a aplicação de métodos técnicos, mas antes ou mais que tudo mediante o respeito à sua razão de ser no mundo jurídico. Neste momento nacional, de violência de todas as formas, de preocupação de respeito à dignidade da pessoa humana, de combate à pedofilia e violência sexual em especial, a reforma empreendida pela lei somente pode ser interpretada com esses componentes.”³⁷

Impende considerar que a reunião do estupro e do atentado violento ao pudor proporciona disciplina mais benéfica em relação a determinados condenados fundamentalmente no contexto do concurso de delitos. Tal benefício, todavia, apresenta-se incondizente com a postura da Lei 12.015/09 introdutora de rigor em relação a outros aspectos, a exemplo do que ocorre com o crime de estupro de vulnerável. Em que pesem, contudo, sobreditas considerações, propugna-se aqui pelo *tipo misto alternativo* consubstanciado no art. 213 ensejando a punição por apenas um crime, inobstante a prática de diversas condutas.

As formas qualificadas adrede previstas no art. 223 passam a ser diretamente preceituadas pelo tipo penal inobstante as alterações concernentes à quantidade de pena e à vítima menor de 18 e maior de 14 anos.

A especial preocupação com a condição do menor caracteriza especificamente a Lei 12.015/09, vez que buscou instituir tipos penais até então inexistentes visando, desta forma, propiciar tutela efetiva e eficiente a referidos indivíduos.

Por derradeiro, urge asseverar que a revogação do atentado violento ao pudor como tipo penal autônomo acarretou a consequente revogação do crime de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216, CP) fato consagrador da alteração já considerada em relação ao estupro e ao referido atentado. Considere-se, ademais, que a citada unificação de condutas inviabiliza a manutenção do art. 216 do Código Penal face à integração do tipo penal da violação sexual mediante fraude (art. 215, do Código Penal).

2.4 Assédio sexual

³⁶ GRECO FILHO, Vicente. “Uma interpretação de duvidosa dignidade. Publicado”. Disponível em: <<http://www.mp.sp.org.br>>.

³⁷ **Idem, ibidem.**

Quanto ao referido delito, permanece a conduta inalterada tendo, apenas, sido acrescentado o § 2.º, que prevê causa especial de aumento de pena, em até 1/3, se a vítima for menor de 18 anos.

Saliente-se, uma vez mais, a preocupação precípua do legislador em assegurar posicionamento protetivo ao menor de idade.

A conduta base, por sua vez, consiste no comportamento de “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

Discutível a aplicabilidade do tipo à relação professor-aluno sendo recorrente, na doutrina pátria, a desconsideração de sua incidência. Referida hipótese, todavia, merece atenção do direito comparado, consoante se buscará adiante demonstrar. Outras hipóteses, tais como a hierarquia religiosa, também podem ser mencionadas como divergentes, sendo comumente afastadas do âmbito de incidência do tipo penal em comento.

2.5 Ação penal nos delitos sexuais

Antes da reforma introduzida pela Lei 12.015/09 a ação penal era, em regra, de titularidade do ofendido procedendo-se mediante queixa-crime.

Excepcionalmente, a ação era de natureza pública quando a vítima ou seus pais não pudessem prover as despesas do processo sem prejuízo à própria subsistência, e na hipótese de abuso do pátrio poder – ora poder familiar – ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Pela hodierna redação do art. 225 do Código Penal a ação penal será, no mais das vezes, pública condicionada à representação. Excepcionalmente, será pública incondicionada quando se tratar de vítima menor de 18 anos ou de pessoa vulnerável.

Reitere-se, a respeito e uma vez mais, a especial preocupação do legislador em resguardar, com redobrada cautela, as figuras do menor de idade e da pessoa considerada vulnerável.

Merece menção o acirrado questionamento acerca da eventual vigência da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal após a reforma do Código Penal.

Trata-se de assunto extremamente controverso. De acordo com referida Súmula prevê o STF que “*no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*” excepcionando a regra anteriormente estabelecida pela lei penal consubstanciada na ação de iniciativa privada nos crimes sexuais.

Sintetizando o teor da Súmula 608 encontra-se a lição de Cezar Roberto Bitencourt para quem:

“Tratando-se de estupro e atentado violento ao pudor com violência real, há duas correntes: para uma se trata de ação pública, por ser crime complexo; para outra, a ação é privada. O STF optou pela primeira, emitindo a Súmula 608, adotando a seguinte orientação: a) se há violência real, com lesão corporal, a ação penal é pública, pois na lesão assim o é; b) se a violência é constituída somente pela ameaça, a ação penal é de iniciativa privada. Na *violência presumida* não se aplica a Súmula 608.”³⁸

Explorado o cenário anterior, cumpre avaliar se o conteúdo da Súmula 608 do STF continua imperante após a reforma introduzida pela Lei 12.015/2009.

Observe-se, a princípio, que para chegar à formulação da Súmula em comento, o Supremo Tribunal Federal adotou o disposto no art. 101 do Código Penal,³⁹ acerca da ação penal no crime complexo.

Consoante posicionamento subscrito por André Estefam,

“aplicada a diretriz da Parte Geral ao art. 213, chegava-se ao seguinte raciocínio: o estupro possui como uma de suas elementares o emprego de violência, entendida como a produção de lesões corporais na vítima. Sendo o delito de lesão corporal, capitulado no art. 129 do CP, de ação pública incondicionada, o mesmo se deve concluir do estupro.”⁴⁰

A rigor, o disposto na Súmula 608 do STF guarda compatibilidade com os termos da reforma introduzida pela Lei 12.015/2009.

O crime de estupro, que ora açambarca o atentado violento ao pudor passa a ser, com a nova redação, de ação penal pública condicionada à representação, exceto nos casos já anteriormente explicitados.

Contudo, em se tratando de violência real, isto é, quando se verificar a produção de lesões corporais graves ou morte, a ação continua a ser pública incondicionada, com

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 4, p. 76.

³⁹ Art. 101 – Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

⁴⁰ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

fundamento na mesma Súmula 608 do STF o que, por si só, inviabilizaria a suposta cogitação de sua revogação pela Lei ora em comento.

Ainda neste sentido, importante o alerta de André Estefam, no sentido de que a Súmula 608 “fora editada antes da Lei 9.099/95, que transmutou a ação penal da lesão corporal dolosa leva de pública incondicionada para pública condicionada à representação (art. 88 da Lei mencionada)”. Preconiza que

“a rigor, com o advento da Lei 9.099/95, duas situações deveriam ser distinguidas: a) estupro com lesão leve (ação penal pública condicionada à representação); b) estupro com lesão grave ou morte (ação penal pública incondicionada).”⁴¹

Do exposto depreende-se que, em se tratando de estupro cometido mediante lesões leves à vítima, segue-se a regra prescrita no art. 225 (ação penal pública condicionada à representação) uma vez que, após as alterações da Lei do Juizado Especial Criminal, a situação não se enquadra no que prevê o art. 101 do Código Penal.

A discussão em debate está longe de consagrar pacífica doutrina consoante ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

“A alteração legislativa produz efeito direto em relação à Súmula 608 do STF. *Não vemos mais sentido na sua subsistência, advindo que foi de época passada, onde houve necessidade de imperar uma política criminal mais rígida, em favor da mulher estuprada.* Na ocasião, não dispondo de outros meios de proteção, deixava de registrar a ocorrência do estupro, envergonhada, muitas vezes, de ter que contar detalhes do crime para policiais do sexo masculino. Criou-se, então, a Delegacia da Mulher e outros avanços foram gerados, inclusive com o advento da Lei Maria da Penha. A referida Súmula não é vinculante e pensamos que deva ceder à novel legislação penal.”⁴²

Em que pese a existência de posicionamentos em contrário, entende-se que a Súmula 608 do STF permanece em vigor aplicando-se inquestionavelmente aos casos de lesão corporal grave ou morte.

Por derradeiro, impende ressaltar que o atual regramento da ação penal nos delitos sexuais provocou vigoroso debate no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, tendo em vista a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Procurador Geral da República em face de parte do conteúdo previsto no art. 225 do Código Penal.

Vale relembrar que o resultado de referida ação, ainda pendente de julgamento, terá eficácia *erga omnes*. Nesta, o Procurador Geral da República sustenta violação aos

⁴¹ **Idem, ibidem.**

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 839.

princípios da *dignidade da pessoa humana* e da *proporcionalidade*, vez que o disposto no art. 225 configuraria hipótese de insuficiente proteção estatal.

O aspecto confrontado pela ação de inconstitucionalidade em comento diz respeito aos casos de estupro com lesão grave ou morte nos quais, consoante preceito do art. 225, procede-se mediante representação e não de maneira incondicionada por parte do Ministério Público, como se poderia equivocadamente supor.

Propugna-se aqui pela vigência da Súmula 608. Contudo, afastando-se referida orientação sumular, será o resultado da mencionada ação direta de inconstitucionalidade relevante à definição da natureza da ação penal no caso de produção de lesões graves ou do resultado morte.

2.6 *Corrupção de menores*

Antes da atual reforma do Código Penal, a matéria referente à corrupção de menores era abordada pelo art. 218 do Código Penal e pela Lei 2.252/54.

Pela *antiga* redação do art. 218 do Código Penal, cometia crime apenado com reclusão de 1 a 4 anos aquele que praticasse a conduta de “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”.

De acordo com as novas diretrizes estabelecidas, foi revogada a Lei 2.252/54, que tratava da conduta de “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou, ainda, induzindo este a praticar a conduta criminosa”. Tal conduta passou a ser prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 244-B, fato que evidencia a inexistência de *abolitio criminis* no caso.

O novo dispositivo legal ainda prevê, em seu § 1.º, que incorre nas mesmas penas o indivíduo que pratica a conduta criminosa se utilizando de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo na internet. Trata-se, uma vez mais, da real intenção do legislador em combater comportamentos situados no contexto da pedofilia e, principalmente, a sua propagação verificada no âmbito da internet, em que muitas pessoas, de forma dissimulada, se passam por crianças para, de modo condenável, ter contato com menores de idade, visando o cometimento de infrações penais.

No tocante ao art. 218 do Código Penal, vale ressaltar que este, após a recente reforma legislativa, passou a vigorar com nova redação.

O supramencionado tipo penal sofreu significativas alterações com o advento da Lei 12.015/09 tendo sido, ainda, acrescidos os arts. 218-A e 218-B ao corpo do Código Penal. Vale destacar que a recente reforma suprimiu a nomenclatura *corrupção de menores* dos referidos dispositivos, que ora passam a ser inominados.

A nova redação do art. 218 tipifica a conduta de induzir o menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, cominando uma pena de reclusão, de 2 a 5 anos.

Observe-se que a lei vigente visa proteger o menor de 14 anos, diferentemente do que ocorria na redação anterior do crime de corrupção de menores, que tutelava a pessoa maior de 14 e menor de 18 anos. Referida alteração legislativa tornou atípica a prática de atos libidinosos com pessoa maior de 14 anos, salvo quando referido comportamento verificar-se no contexto da exploração da prostituição.

A prática de atos libidinosos na presença de menor de 14 anos com a finalidade de satisfazer lascívia própria ou de outrem também é sancionada pela nova Lei (art. 218-A, CP).

Ressalte-se, por oportuno, ainda, a previsão mais rigorosa de pena aplicável ao delito contemplado pelo art. 218-B, referente a comportamento criminoso, em que andou bem o legislador (reclusão, de 4 a 10 anos).

Referido tipo penal preceitua a prática de crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoa vulnerável. Sanciona-se, pois, a conduta do agente que submete, induz ou atrai à prostituição ou a outra forma de exploração sexual menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a vítima abandone a prática.

Impende salientar que incorre nas mesmas penas o indivíduo que, na situação descrita no tipo, pratica conjunção carnal com pessoa menor de 18 e maior de 14 anos.

Trata-se de relevante modificação que consagra e obedece ao mandado de criminalização previsto pelo art. 227, § 4.º, da Constituição Federal a exigir severa punição em face da violência, abuso e exploração sexual da criança e do adolescente.

O Capítulo V não visa a punição da prática da prostituição mas, na verdade, à proibição de comportamentos que induzam terceiros a aderirem à referida prática sexual.

Para parte da doutrina, muitas das condutas atualmente previstas no contexto da prostituição deveriam ser extirpadas da legislação penal pátria, dado o seu conteúdo eminentemente moral e, portanto, descompassado com as exigências do direito penal vigente. É essa a lição de Renato de Mello Jorge Silveira. Confira-se:

Por outro lado, a Lei 12.015/09 se preocupou em prever formas de favorecimento da prostituição ou outras formas de exploração sexual, as quais tenham como sujeito passivo pessoa considerada vulnerável e, conseqüentemente, passível de consideração por parte do legislador.

A exploração da prostituição do menor e da pessoa vulnerável ou o envolvimento de qualquer forma de violência ou grave ameaça ensejam eficiente e determinante combate, por extrapolarem situações ligadas exclusivamente à moral sexual posto que ferem o âmbito da dignidade da pessoa humana.

Na conduta prevista no art. 228 do Código Penal o agente induz ou atrai alguém à prostituição ou a outra forma de exploração sexual ou, ainda, impede ou dificulta que a

49

pessoa abandone esta prática, sem que se configure comportamento violento contra a vítima.

Saliente-se, todavia, que o próprio legislador disciplinou a qualificadora na qual o agente se utiliza de violência ou grave ameaça, situações que não poderão ser ignorada pela lei penal brasileira.

3. MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

3.1 Introdução

A Constituição Brasileira de 1988 reservou destacado espaço para o direito penal, nele inserindo parâmetros norteadores do ordenamento jurídico-positivo.

No tocante à fundamentação constitucional do direito penal, insta destacar tema relativo aos mandados de criminalização explícitos e implícitos no Texto Constitucional vigente. Seu desenvolvimento se torna imperioso e inarredável ao contexto dos crimes sexuais e, mais especificamente, do delito de estupro contra vulnerável, no que concerne à repressão e criminalização do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente.

Cumprir considerar, a título introdutório, o conceito e as características gerais dos mandados de criminalização para posterior desenvolvimento e análise de suas espécies, com ênfase no comando previsto pelo art. 227, § 4.º, intrinsecamente relacionado com a proteção do menor de idade.

3.2 Conceito e efetividade dos comandos constitucionais de criminalização

Antes de adentrar ao estudo dos mandados constitucionais de criminalização impende apresentar imediata delimitação conceitual que, *ab initio*, ressalte sua verdadeira dimensão. Segundo a lição sempre precisa de Antonio Carlos da Ponte,

“os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.”⁴⁴ (destacamos).

Ao direito penal incumbe a proteção das violações mais severas em face de bens jurídicos que apresentem maior relevância, restando a proteção dos demais bens e interesses jurídicos por conta da intervenção de outros ramos do ordenamento jurídico, tais como o direito civil e o direito administrativo.

⁴⁴ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

Destarte, ao estabelecer mandados de criminalização, o legislador constituinte preordena o Legislativo a criminalizar determinadas condutas que atentem contra bens jurídicos considerados constitucionalmente fundamentais. Quanto a esses não há discricionariedade, mas a obrigação de instituir efetiva proteção por meio do direito penal.

Inobstante a importância do preceito urge considerar, todavia, que o desatendimento ao comando constitucional de criminalização não acarreta efeitos jurídicos relevantes, nem tampouco a aplicação de sanção assim prejudicando, sensivelmente, sua efetividade.

O direito pátrio contempla alguns instrumentos aptos a combater as chamadas *omissões legislativas*, merecendo destaque a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. A respeito, assevera Antonio Carlos da Ponte:

“No ordenamento jurídico brasileiro, o não-atendimento a um mandado de criminalização por parte do Poder Legislativo não traz, no âmbito legal, qualquer consequência, a não ser a instituição do Congresso Nacional em mora legislativa, desde que, para tanto, tenha sido proposta ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou mandado de injunção. *Esse é o grande problema que acomete o assunto, qual seja, não há qualquer tipo de sanção destinada ao legislativo que, de forma dolosa ou não, deixa de proceder ao enfrentamento de matéria que seria obrigatório.*”⁴⁵ (destacamos.)

Com efeito, a omissão legislativa a respeito do tema não acarreta qualquer consequência de expressão, ensejando severa crítica à legislação ordinária vigente objetivando conferir efetividade aos mandados de criminalização contidos na Constituição da República.

Buscar-se-á, ao longo desta análise, considerar mandados de criminalização satisfatoriamente atendidos pelo legislador, enquanto outros tantos permanecem carentes de adequado atendimento e operacionalização.

3.3 Critérios para o reconhecimento dos mandados de criminalização

Aponta a doutrina que o reconhecimento dos mandados de criminalização pode ocorrer de maneira *ampla* ou *restrita*.

Partidário da posição restrita, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves assevera que referido critério “nega reconhecimento da natureza de mandado de criminalização àquelas

⁴⁵ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

menções constitucionais ‘às penas da lei’, sem outros elementos que tornem inequívoca a opção pelo instrumental das sanções penais”.⁴⁶

Como exemplo, o mesmo autor menciona o disposto no art. 9.º, § 2.º, da Constituição da República, relativamente ao direito de greve.⁴⁷ Para o autor,

“essa disposição, nesta concepção restritiva autoriza a utilização de sanções penais, *mas não afirma diretamente que as condutas deverão ser consideradas criminosas. A expressão ‘as penas da lei’ pode apresentar o sentido de ‘sanções previstas em lei’, não necessariamente sanções penais.*”⁴⁸

De fato, a simples menção constitucional à necessária atuação do legislador ordinário não autoriza a constatação da existência de um mandado de criminalização, sendo imperiosa a apresentação de outros elementos.

Devido à natureza fragmentária do direito penal, apenas os bens jurídicos de maior espectro deverão receber a atenção desse ramo do ordenamento jurídico, fazendo com que a exigência de legislação infraconstitucional não se confunda com mandados de criminalização.

Mais do que tarefa atribuída ao Poder Legislativo, os comandos constitucionais de criminalização exercem relevante função assecuratória da realização da Justiça Social num Estado Democrático de Direito não se atrelando, necessariamente, à proteção de direitos e garantias individuais. No que tange a essa última consideração, Antonio Carlos da Ponte afirma que “tal conclusão seria plenamente aceitável numa sociedade que não tivesse que atuar frente a novas formas de criminalidade”.⁴⁹

Diante de delitos como o terrorismo, o tráfico de drogas e o crime organizado como um todo, a flexibilização de determinados direitos fundamentais se mostra inarredável, uma vez que a principal finalidade da lei penal consiste em promover a Justiça Social e, precipuamente, os objetivos fundamentais da República traçados no art. 3.º da Constituição Federal. Assim, medidas como a infiltração policial e a quebra de sigilo fiscal representam, dentre outras, importantes instrumentos no combate a formas de criminalidade que consideravelmente se afastam das modalidades típicas mais tradicionais.

⁴⁶ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 156.

⁴⁷ Art. 9.º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. (...) § 2.º Os abusos cometidos *sujeitam os responsáveis às penas da lei*. (destacamos).

⁴⁸ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 156.

⁴⁹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164.

As considerações até aqui desenvolvidas servirão de suporte à oportuna eleição de *mandado implícito* de criminalização, já que a Constituição não exauriu expressamente o grupo de bens e interesses jurídicos carecedor de atuação do legislador infraconstitucional.

3.4 Eficácia e aplicabilidade das normas que descrevem mandados de criminalização

Os mandados de criminalização veiculam matérias em face das quais o legislador ordinário não pode negar enfrentamento.

Considere-se não incumbir à Constituição da República o estabelecimento dos exatos limites da criminalização, mas sim, a estipulação de específicos assuntos em que a atuação do direito penal se mostra indispensável.

Incumbe, a propósito, relacionar os mandados constitucionais de criminalização e o posicionamento de José Afonso da Silva concernente à análise da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Apenas como forma de desenvolvimento do raciocínio, cumpre destacar que o renomado autor subdivide as normas constitucionais em três grandes grupos, a saber: normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que apresentam aplicabilidade *imediata*, produzindo todos os seus efeitos desde a entrada em vigor. Dessa forma, independem da atuação do legislador ordinário para que possam ostentar total eficácia.

Também apresentando aplicabilidade imediata, as *normas de eficácia contida* se diferenciam das primeiras pelo fato de admitirem a redução do seu alcance por meio da atuação do Poder Legislativo. Justamente por este motivo, Michel Temer prefere denominá-las de “normas de eficácia *reduzível ou restringível*”.⁵⁰ Assim, enquanto não sobrevier legislação reduzindo o seu alcance, as normas de eficácia restringível apresentam aplicabilidade imediata e integral.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que não apresentam aplicabilidade imediata, de modo a depender da formulação de lei ordinária para que atingir esse objetivo.

⁵⁰ TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26.

É equivocado afirmar que tais normas não apresentem efeito jurídico algum, uma vez que têm o condão de revogar as disposições em sentido contrário e, principalmente, vincular o legislador ordinário à formulação de legislação integradora. Porém, para que sejam aplicáveis no caso concreto, as normas de eficácia limitada dependem da atuação do Poder Legislativo, fato que, infelizmente, nem sempre ocorre no momento adequado, sendo facilmente constatada a mora do legislador em diversas oportunidades.

Impende relacionar os mandados de criminalização com o último grupo de normas constitucionais elencado, na esteira do pontificado por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, para quem

“os mandados de criminalização são ordens para que o legislador ordinário edite leis considerando crimes as condutas que menciona. Essa necessidade de *interpositio legislatoris* faz desses mandados normas constitucionais de eficácia limitada, na clássica conceituação de Silva.”⁵¹

As considerações ora expostas não pretendem sustentar a total correlação entre as normas de eficácia limitada e os mandados de criminalização, mas, apenas e tão somente, afirmar que a necessidade de atuação do legislador penal faz com que estes se enquadrem no grupo das normas de eficácia limitada.

Ainda neste sentido, imperioso ressaltar que nem sempre uma norma de eficácia limitada irá conter mandato de criminalização, tendo em vista que a inserção do direito penal só se legitima com relação a bens jurídicos de maior relevo, sendo certo, portanto, que a norma constitucional pode adquirir eficácia plena por meio da elaboração de lei extrapenal.

Como oportunamente se verá, nem sempre o Poder Legislativo atende satisfatoriamente aos mandados de criminalização previstos na Lei Maior, de modo a deixar à margem de proteção adequada bens jurídicos considerados fundamentais pelo constituinte.

3.5 Conteúdo dos mandados de criminalização

Por meio dos mandados de criminalização, o legislador constituinte não buscou a criação de tipos penais incriminadores, de modo que o comportamento típico, antijurídico e

⁵¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 162.

culpável não vem definido no texto da Constituição, tarefa esta destinada ao legislador ordinário.

No tocante ao seu conteúdo, Luciano Feldens esclarece que

“o mandado constitucional não define a conduta incriminada, menos ainda estabelece sanção, mas tão somente, e de forma nem sempre específica, a conduta por incriminar. Daí por que centra-se, a princípio, em uma obrigação de caráter positivo dirigida ao legislador, para que edifique a norma incriminadora, ou, quando esta já existe, em uma obrigação negativa, no sentido de que se lhe é vedado retirar, pela via legislativa, a proteção já existente.”⁵²

Como bem salientado pelo autor, haverá hipótese em que o mandado atribuirá obrigação *negativa* em face do legislador impossibilitando-o de suprimir a norma do ordenamento jurídico.

Intensifica-se esse dever imposto ao Poder Legislativo a partir do momento em que se constata que muitos mandados de criminalização previstos na Constituição da República constituem cláusulas pétreas, fato que impossibilita a sua supressão por meio de emenda.

3.6 Mandados expressos de criminalização na Constituição de 1988

A Constituição Brasileira contempla diversos mandados *expressos* de criminalização incumbindo destacar sua previsão ao longo de todo o Texto Constitucional.

Antonio Carlos da Ponte elenca referido catálogo asseverando que

“os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos artigos 5.º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), e § 3.º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais); 7.º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, § 4.º (abuso, violência e a exploração sexual da criança ou do adolescente); 225 (condutas lesivas ao meio ambiente).”⁵³

Considerem-se, pois, os aspectos mais relevantes de cada mandado de criminalização explícito na Constituição Federal de 1988.

3.6.1 Racismo

⁵² FELDENS, Luciano. **A constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75.

⁵³ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 152-153.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5.º, XLII, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, *nos termos da lei*”, dispositivo que torna imperiosa a criminalização de tais comportamentos humanos.

Para Christiano Jorge Santos, o supracitado comando constitucional

“condena de forma absoluta qualquer modalidade de preconceito ou discriminação negativa, chegando ao ponto de ter sido inserido em seu texto de maneira expressa que o racismo constitui crime.”⁵⁴

Pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, o legislador ordinário editou a Lei 7.716/89, de maneira a atender o mencionado mandado de criminalização. Trata-se de diploma legal que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Em que pese o fato de consagrar o princípio da igualdade, há que se afirmar que a Lei 7.716/89 não atendeu integralmente ao comando constitucional restringindo seu alcance de maneira injustificável, já que o próprio Texto Maior estipulou tutela mais ampla.

Como visto, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil consiste na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade *e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3.º, IV, CF/88).

Assim, não há explicação lógica para a restrição editada pelo legislador ordinário. Como preceitua Antonio Carlos da Ponte,

“formas gravíssimas permanecem impunes, como as discriminações decorrentes de orientação sexual ou provenientes do fato de a vítima ser portadora de doença grave; que, quando muito, podem configurar crimes contra a honra.”⁵⁵

3.6.2 Tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos

O art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

⁵⁴ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação** – Análise jurídico-penal da Lei 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 54.

⁵⁵ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154.

A Constituição da República legou aos cuidados do legislador infraconstitucional a tarefa de definir os crimes hediondos e estabelecer as bases a serem seguidas pelo aplicador do direito. Contudo, pretendeu assegurar que os crimes de tráfico de drogas, terrorismo e tortura fossem por ele abordados de maneira mais rígida⁵⁶ face à sua equiparação a hediondo pelo próprio Texto Constitucional.

Impende, todavia, salientar a falta de adequado cumprimento do mandato de criminalização referente ao terrorismo, conduta cujo combate deveria ser do interesse da coletividade mundial, visto tratar-se de crime que ultrapassa fronteiras. Além disso, destaque-se a dificuldade em determinar o agente do delito, já que uma de suas principais características reside justamente em não apresentar “rosto”, isto é, não apresentar sujeito ativo determinado.

Diverge a doutrina acerca do disposto no art. 20 da Lei de Segurança Nacional, diploma legal que faz menção a “atos de terrorismo”, mas que não tem o condão de estabelecer de forma sistemática os limites da conduta criminosa.

É equivocado propugnar-se pela inexistência de previsão legal do crime em comento no Brasil. Todavia, a edição de lei específica que precisasse os contornos do terrorismo seria adequada ao atendimento de mandato expresso de criminalização a respeito.

As leis de tortura e de drogas atendem satisfatoriamente ao mandato explícito de criminalização inobstante a necessidade de permanente aperfeiçoamento de referida legislação.

Com a edição da nova Lei de Drogas (11.343/06), o legislador pátrio enrijeceu o tratamento em face do tráfico de drogas ampliando os parâmetros abstratos da pena, instituindo delito específico para o financiamento ao tráfico, além de vedar uma série de benefícios penais, tais como o “sursis” e a substituição por pena alternativa.

Situação distinta contempla-se em relação à Lei dos Crimes Hediondos, tendo em vista tratar-se de legislação passível de críticas por parte dos estudiosos do direito.

Considere-se que a edição de lei específica estabelecendo vedações em face de delitos de especial gravidade configura medida de inquestionável pertinência e relevo.

⁵⁶ FAVORETTO, Affonso Celso; MARTINS, Ana Paula da Fonseca; KNIPPEL, Edson Luz. **Manual esquematizado de leis penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2010, p. 33.

Todavia, reconhecem-se problemas inerentes a essa lei, demonstrativos de atendimento parcial ao mandado constitucional de criminalização.

O primeiro aspecto doutrinariamente debatido reside na ausência de conceituação de crime hediondo e na apresentação de elenco de delitos assim considerados. Na visão de alguns, a tarefa de reconhecer o caráter hediondo de um determinado comportamento deveria ser atribuída ao Poder Judiciário, quando da análise do caso concreto, de modo que a previsão de elenco taxativo se mostra inadequada.

Para Antonio Carlos da Ponte “a tese é válida e evitaria que o juiz de direito se tornasse refém de uma lei casuística, que estabelece conseqüências nocivas para situações concretas que não as reclamariam”.⁵⁷

De fato, o rol de crimes hediondos contempla situações que não mereceriam ser etiquetadas como tal, caracterizando violação a importantes princípios constitucionais penais, tais como a proporcionalidade.

Em sua versão original, a Lei 8.072/90 olvidava o homicídio qualificado em seu rol de delitos diferenciados. Posteriormente, a Lei 8.930/94 inseriu referida conduta, além de prever o homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que por um só agente.

Trata-se de hipótese de interpretação extremamente difícil, já que a lei não contemplou o conceito de atividade típica de grupo de extermínio. Além disso, como assevera Antonio Carlos da Ponte, o legislador não definiu como “uma só pessoa pode praticar atividade própria de grupo”.⁵⁸

Urge lembrar que a inserção de referidos crimes no rol dos hediondos ocorreu após incidência de grande clamor popular. À época, conhecida atriz foi brutalmente assassinada, gerando inconformismo público. A mãe da vítima, jornalista da mesma rede de televisão, buscou angariar significativa quantidade de assinaturas para que pudesse propor ação de iniciativa popular, fato que motivou o Legislativo a modificar a Lei 8.072/90.

Hipótese representativa de maior destaque no que concerne à Lei 8.072/90 é a relacionada ao escândalo das pílulas de farinha ocorrido no ano de 1998. À época, expressivo número de mulheres engravidou inobstante a utilização de pílula

⁵⁷ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.

⁵⁸ **Idem**, p. 155.

anticoncepcional, gerando extraordinária repercussão junto aos meios de comunicação que acarretou a inserção do crime previsto no art. 273 do Código Penal, no rol de delitos hediondos.

Mencionado tipo penal trata da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, conduta em face da qual o legislador cominou sanção rígida, variável de 10 a 15 anos de reclusão, além da multa.

Na realidade, a hipótese de relevo encontra-se no § 1.º-A, que inclui entre os produtos a que se refere o artigo os medicamentos, *as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes* e os de uso diagnóstico.

A conduta do legislador penal mostrou-se minimamente destituída de proporcionalidade já que, de acordo com o dispositivo legal, a falsificação de um remédio de combate ao câncer e a adulteração de um esmalte podem acarretar a mesma pena para ambos os infratores.⁵⁹

Situações contraditórias também encontravam-se previstas pela Lei 8.072/90. Em sua redação original, o legislador vedou a concessão do benefício da progressão de regime, fato que obrigava o condenado por crime hediondo ou equiparado a cumprir sua reprimenda integralmente em regime fechado. Em que pese referida proibição, a concessão do livramento condicional, benefício de maior amplitude, nunca foi obstada pela Lei dos Crimes Hediondos conduzindo à vedação de benefício mais restrito e permissão do de maior abrangência.

Hodiernamente, mencionada situação encontra-se superada, uma vez que a Lei 11.464/07 passou a permitir a concessão da progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crime hediondo ou equiparado.

3.6.3 Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático

O mandado de criminalização ora em comento encontra-se atendido pela Lei 7.170/83, conhecida como Lei de Segurança Nacional.

⁵⁹ FAVORETTO, Affonso Celso; MARTINS, Ana Paula da Fonseca; KNIPPEL, Edson Luz. **Manual esquematizado de leis penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2010, p. 33.

De acordo com o art. 1.º da referida Lei, são punidos os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito e, por fim, a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Consoante importante alerta de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves,

“não há confundir terrorismo com a ‘ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático’ prevista no artigo 5.º, inciso XLVI. Nesse comando indica-se a punição das ‘quarteladas’, dos ‘pronunciamentos’, dos ‘golpes’ civis ou militares, ou seja, da tentativa de tomar o poder pela força, ao invés de pelo voto. São ações voltadas contra a sede, pessoas e instituições governamentais, com o objetivo de empolgar o aparato do governo estatal.”⁶⁰

Vale lembrar que o art. 20 da mesma Lei traz tipificação que, na visão de parte significativa da doutrina, representaria crime de terrorismo. Mencionado dispositivo prevê a conduta de

“devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal *ou atos de terrorismo*, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”.

Conforme o adrede asseverado, a tipificação trazida pelo art. 20 não pode ser ignorada sendo certo, contudo, que a elaboração de lei específica seria opção mais adequada ao atendimento do mandado de criminalização expresso na Constituição Federal.

3.6.4 Retenção dolosa do salário dos trabalhadores

Segundo reza o art. 7.º, X, da Constituição Federal, constitui direito do trabalhador a “proteção do salário na forma da lei, *constituindo crime sua retenção dolosa*”.

Trata-se de mandado expresso de criminalização simplesmente ignorado pelo legislador ordinário, uma vez que a punição em face da referida conduta não é encontrada em nenhum dispositivo relativo a crimes contra a organização do trabalho, tipificados no Código Penal (arts. 197 a 207).

Dessa forma, diante da ausência de tipificação específica, a conduta do empregador deverá ser enquadrada no crime de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal.

⁶⁰ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 240.

3.6.5 *Condutas lesivas ao meio ambiente*

A proteção ao meio ambiente recebeu especial atenção do legislador constituinte de 1988, tendo contemplado capítulo exclusivamente voltado às questões ambientais.

Trata-se de tutela das mais relevantes, uma vez que protege bem jurídico difuso, de interesse de toda a coletividade.

No tocante aos mandados de criminalização, vale destacar que o legislador penal atendeu diretamente ao comando constitucional, tendo elaborado diploma legal específico para tratar dos delitos contra o meio ambiente (Lei 9.605/98).

Contudo, a intervenção do direito penal para a proteção do meio ambiente apresenta aspecto que propicia grande divergência doutrinária no que concerne à responsabilização criminal da Pessoa Jurídica.

Parte da doutrina considera viável a punição criminal da Pessoa Jurídica, sendo apenas necessário adaptar o sistema de punição tradicionalmente adotado.

Considere-se, todavia, que o ordenamento jurídico pátrio não se encontra inteiramente preparado para adotar a responsabilidade criminal da Pessoa Jurídica. Um dos elementos indispensáveis à configuração do crime é a existência de conduta humana, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade, fato que apenas reforça a polêmica existente acerca da Pessoa Jurídica criminosa.

Segundo preleciona Antonio Carlos da Ponte,

“a punição criminal da pessoa jurídica reflete, por outro lado, postura radicalizada que esquece preceito básico. Crime pressupõe conduta humana, e pessoa jurídica não pratica conduta humana, apenas seus representantes. Atenta a punição criminal da pessoa jurídica contra os princípios da culpabilidade, da individualização da pena, além de trazer reflexos em outros institutos penais como reincidência, arrependimento, excludentes da ilicitude, dirimentes da culpabilidade etc.”⁶¹

De fato, a forma pela qual a tradicional teoria do delito encontra-se estruturada, impede a sua aplicação imediata ao contexto da pessoa jurídica criminosa. O fato típico exige a presença de *conduta humana* consciente e voluntária, elemento indispensável de impossível verificação na pessoa jurídica.

⁶¹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

Em suma, trata-se de assunto interessante e polêmico, em relação ao qual o direito penal tradicional não oferece instrumentos adequados à sua adequada constituição.

3.7 Mandados implícitos de criminalização na Constituição de 1988

Na qualidade de ramo do direito que impõe as mais árduas sanções previstas no ordenamento jurídico, o direito penal deve buscar fundamentar sua atuação nos ditames previstos pela Constituição.

Ao edificar a Lei Maior, o Constituinte não esgotou as situações nas quais a intervenção da lei penal se mostra indispensável, de modo que não se pode negar a existência de mandados de criminalização implícitos no texto constitucional.

Note-se, porém, que a intervenção do direito penal não se mostra legítima apenas para a proteção de bens jurídicos expressamente previstos pela Constituição da República. Esta deve representar o *limite* de atuação do legislador penal, de modo que a elaboração das leis obedeça aos mandados de criminalização bem como aos princípios constitucionais penais. Nas palavras de Luiz Luisi,

“é nas constituições que a criminalização há de encontrar preponderantemente os bens que lhe cabe tutelar. Mas, ainda quando protege com suas sanções bens não-constitucionais, não o pode fazer em conflito com os princípios constitucionais, neles encontrando definitiva fronteira. As constituições, portanto, são para as criminalizações sua base e seu limite.”⁶²

Além de consagrar extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o Constituinte de 1988 se preocupou em alicerçar o Texto Maior sobre importantes pilastras, as quais encontram-se disciplinadas pelos arts. 1.º e 3.º. O primeiro dos dispositivos trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil.⁶³ Já o segundo estipula os objetivos fundamentais a serem alcançados.⁶⁴

⁶² LUISI, Luiz. **Princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003, p. 175.

⁶³ Art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁶⁴ Art. 3.º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os supramencionados artigos consagram os fundamentos estruturantes do Estado brasileiro, sendo de rigor a sua análise no momento de se reconhecer um mandato implícito de criminalização.

Entenda-se o crime de *corrupção eleitoral* como importante parâmetro ao presente estudo considerando-se seu combate, por meio do direito penal, implicitamente consagrado.

O delito em comento encontra-se previsto no art. 299 do Código Eleitoral,⁶⁵ tendo o legislador tratado, em um único dispositivo, da corrupção *ativa* e *passiva* em matéria eleitoral, diferentemente do que se verifica no Código Penal brasileiro. Pela simples leitura do dispositivo, pode-se perceber que se trata de conduta violadora de princípios fundamentais.

O combate à corrupção eleitoral não consta como mandato de criminalização explícito na Constituição Federal de 1988. Todavia, tendo por base a própria estrutura do Estado Brasileiro e a opção política adotada em 1988, não há como imaginar esta forma de criminalidade sendo ignorada pelo legislador. Na precisa lição de Antonio Carlos da Ponte,

“o combate à corrupção eleitoral não se afigura como uma opção do legislador brasileiro, mas como obrigação decorrente de mandato implícito de criminalização contido na própria Constituição Federal, que indica como alguns fundamentos do Estado brasileiro a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (...). Mais adiante, em seu artigo 3.º, a Carta Magna aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem comum, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação. *Tais finalidades só podem ser alcançadas por intermédio de um parlamento legítimo, ético e plural, constituído com regras claras, que não cedam espaço à corrupção ou às práticas inaceitáveis no campo ético-social.*”⁶⁶

Perceba-se que a atuação do legislador penal no combate à corrupção eleitoral não se funda em discricionariedade mas na mais absoluta vinculação, por tratar-se de conduta atentatória ao processo eleitoral e aos próprios fundamentos da República tais como a cidadania, dignidade humana e soberania popular.

Por derradeiro, há que se ressaltar que o mandato implícito de criminalização ora sob exame foi *parcialmente atendido* pelo legislador, uma vez que a pena cominada se mostra absolutamente irrisória em face da lesividade provocada pela conduta típica.

⁶⁵ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena – reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

⁶⁶ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 167.

Configurando-se como o mais grave dentre todos os crimes eleitorais, a previsão abstrata de pena variável de 1 a 4 anos torna-se irrisória demonstrando insuficiente proteção do bem jurídico. Destaque-se, ademais, que o montante de pena atribuído permite a concessão de benefícios, tais como o cumprimento em regime aberto (art. 33, § 2.º, alínea c, CP) e a substituição por pena restritiva de direitos (art. 44, CP) demonstrativos de atendimento apenas parcial ao mandado de criminalização.

3.8 Mandados de criminalização e a proteção da criança e do adolescente em face do abuso, violência e exploração sexual (art. 227, § 4.º, CF/88)

A proteção da criança e do adolescente em face do abuso, violência e exploração sexual foi alvo da preocupação do legislador constituinte, que a respeito edificou mandado expresso de criminalização a ser atendido pelo Poder Legislativo.

De acordo com o art. 227,

“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Em que pese a importância do art. 227, *caput*, da Constituição Federal, o mandado de criminalização ora em comento encontra-se previsto no § 4.º do mesmo dispositivo, que dispõe que “lei punirá *severamente* o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

Note-se que ao exigir punição *severa* em face das condutas mencionadas, a Constituição Federal não fez menção expressa à atuação da lei penal. Todavia, a inarredável constatação de que a punição mais severa do ordenamento jurídico é a criminal já autoriza, por si só, a conclusão de que a intervenção penal é indispensável para a tutela da criança e do adolescente em face da exploração, violência e abuso sexual.

O conteúdo do art. 227, § 4.º, da Constituição Federal guarda estreita relação com o crime de estupro contra vulnerável, uma vez que a criação do referido delito serviu para conferir proteção efetiva à criança e ao adolescente, quando expostos à exploração, abuso ou violência sexual.

Consoante oportunamente se verá, o delito previsto no art. 217-A, do Código Penal não tem o condão de reprimir severamente qualquer tipo de relacionamento sexual com

pessoa menor de 14 anos, mas, em verdade, estabelecer necessária consonância da legislação ordinária com os ditames constitucionais.

Assim, condutas que visem ao abuso e exploração sexual do menor não podem admitir forma alguma de flexibilização, uma vez que o próprio Constituinte originário indicou a rigidez como inarredável opção.

Neste sentido, surge o debate relativo à prostituição, conduta sempre mencionada no contexto da presunção de violência prevista pelo ora revogado art. 224, do Código Penal.

Sob a vigência da lei anterior, a situação da pessoa menor de 14 anos prostituída era constantemente apontada como exemplo no qual a presunção de violência poderia ser afastada, ignorando inteiramente o conteúdo do mandado de criminalização previsto pelo art. 227, § 4.º, da Constituição Federal.

Com o advento da Lei 12.015/09, a discussão antes travada no contexto da presunção de violência passa a ganhar espaço sob a égide da vulnerabilidade. Neste sentido, manifesta-se Guilherme de Souza Nucci:

“A tutela do Direito Penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se trata de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuaremos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. *Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída)*, não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do artigo 218-B, o fato poderia ser atípico ou comportar desclassificação.”⁶⁷ (destacamos).

De fato, o rigor do disposto no art. 217-A do Código Penal não deve se aplicar a toda e qualquer situação, sendo de se impor criteriosa análise judicial. Todavia, em se tratando de exploração, abuso e violência sexual contra criança e adolescente, não há que se falar em vulnerabilidade relativa, mas em proteção absoluta que consagra a vontade do Constituinte de 1988.

A controvérsia acerca do caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade será mais bem desenvolvida no decorrer do presente trabalho.

Considere-se, a propósito, que o atendimento ao mandado de criminalização em epígrafe não ocorreu, apenas, por força do disposto no Código Penal, mas também pela abordagem encontrável na legislação extravagante.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 830.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) contempla uma série de tipos penais que objetivam incrementar a proteção da criança e do adolescente, sendo importante mencionar que referido diploma legal recebeu alterações de destaque a partir da Lei 11.829/08.

Percebe-se, com meridiana clareza, que um dos maiores méritos da recente reforma do Estatuto da Criança e do Adolescente foi a percepção de que a evolução dos meios de comunicação passou a permitir a prática de delito, inclusive de natureza sexual, por meio de instrumentos impensados em outras épocas. O avanço da internet e o fácil acesso à rede mundial de computadores despertaram o interesse do legislador que acertadamente constatou ser esse um profícuo cenário para o cometimento de graves infrações penais.

3.9 Conclusões

A análise dos mandados de criminalização previstos no Texto Constitucional de 1988 permite asseverar a intenção do Constituinte de especialmente proteger determinados bem jurídicos, materializando-se referida tutela por meio do direito penal.

Após a apreciação do mandado contido no art. 227, § 4.º, da Constituição da República, pode-se nitidamente perceber a vontade do legislador ao tipificar o crime previsto pelo art. 217-A do Código Penal. Considerando-se que o próprio Constituinte exigiu punição severa em face da exploração, abuso e violência sexual contra a criança e o adolescente, não há que se admitir a flexibilização do rigor em relação a condutas como a prostituição infantil. Em comportamentos como esse, torna-se imperiosa a rigidez estatal punitiva, de modo a propiciar adequado desenvolvimento da pessoa de menor idade, como preceitua o art. 227, *caput*, da Lei Maior.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS APLICÁVEIS

4.1 Introdução

A Constituição de 1988 é rica em normas e princípios de natureza penal, fato gerador da imprescindível leitura constitucional desse ramo do ordenamento jurídico.

Ao elaborar a Lei Maior, o legislador constituinte originário optou pela construção de texto que contemplasse uma série de assuntos considerados relevantes. Com isso, a Constituição da República Federativa do Brasil não se restringiu a tratar de matéria eminentemente constitucional, tendo concedido destacado espaço para normas e princípios de natureza penal, processual penal, civil, processual civil, ambiental, tributário e trabalhista.

Quanto à extensão, as Constituições podem ser classificadas como *sintéticas* ou *analíticas* . Explicando a mencionada diferença, Uadi Lammêgo Bulos afirma que

“Constituições sintéticas, tópicas, breves, curtas são as compactas, concisas, enxutas, sucintas. Nelas, a matéria constitucional vem predisposta de modo breve e resumido (...). Constituições analíticas ou longas, diversamente das anteriores, são amplas, detalhistas, minuciosas, pleonásticas, pois os seus artigos, desdobrados em incisos e alíneas, ordenam-se de modo reiterado em várias partes do texto.”⁶⁸

A natureza *analítica* da Constituição de 1988 é evidente, vez que extrapola do âmbito eminentemente constitucional o âmbito de seus assuntos. Desta forma, prevê normas *formalmente constitucionais* , que assim podem ser consideradas em virtude da observância de adequado processo.

Neste contexto encontram-se as normas e princípios atinentes ao direito penal, sendo de rigor destacar os mandados de criminalização e os princípios constitucionais penais, postulados de superior hierarquia que orientam todo o sistema positivo de comandos.

Não raras vezes, o estudioso do direito penal analisa o ordenamento jurídico-positivo de forma isolada, esquivando-se de previamente verificar as disposições previstas na Lei Maior. O próprio Poder Legislativo, por vezes, ignora as diretrizes traçadas pelo Constituinte, fato que apenas incrementa o número de disposições legais contraditórias e distantes dos ditames basilares do direito penal.

⁶⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 22-23.

Buscar-se-á, neste ponto, analisar os princípios constitucionais penais aplicáveis aos delitos sexuais e, mais especificamente, ao estupro contra vulnerável (art. 217-A, CP).

4.2 Conceito de princípio

Estabelecer a conceituação dos princípios jurídicos não é tarefa simples, não se apresentando a doutrina uníssona a respeito.

Incontrastável sobre o tema, a lição que demonstra com clareza solar a importância dos princípios subscrita por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo”. O referido doutrinador continua seu raciocínio sustentando que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.”⁶⁹ (destacamos).

Ressalte-se, pela imprescindibilidade, a inequívoca demonstração do caráter superior dos princípios, extraída do pontificado do consagrado autor, que servem de orientação a todo o ordenamento jurídico-positivo, não se confundindo com as demais regras existentes no ordenamento.

Atingir um princípio constitucional representa afronta a todo o sistema de comandos, não se tratando de violação a uma regra específica, uma vez que o conteúdo dos princípios se irradia por todas as disposições legais, servindo de verdadeiro fundamento de validade para a legislação ordinária.

Cumpre, pois, assumir a imprescindível tarefa de estabelecer os mais relevantes aspectos dos princípios constitucionais penais aplicáveis aos delitos sexuais.

4.3 A influência da dignidade da pessoa humana

A abordagem dos princípios constitucionais penais no contexto do Estado Democrático de Direito não pode ser feita sem prévia apreciação do *princípio da dignidade da pessoa humana*.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

Previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, CF/88), o presente ditame pode ser apontado como o princípio fundamental da Constituição Federal vigente, do qual decorrem todos os demais princípios constitucionais penais. Não se trata de princípio específico penal, mas de postulado fundamental que orienta todo o ordenamento jurídico-positivo.

O direito penal, como já mencionado, é o ramo do ordenamento jurídico que tem aptidão para impor as mais árduas sanções, tendo em vista que trabalha diretamente com a liberdade do Ser Humano. Justamente por essa característica, a dignidade humana deve ser interpretada como principal vetor da atuação punitiva do Estado, o qual se vê limitado por tal princípio superior e, conseqüentemente, pelos demais princípios constitucionais que dele constituem decorrência lógica.

Difícil é a missão de conceituar dignidade humana. O próprio alcance do princípio torna complexa sua delimitação. A respeito, a ponderação de Ingo Wolfgang Sarlet:

“temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”⁷⁰

As características fundamentais do direito penal variam de acordo com a postura adotada pelo próprio Estado, sendo certo que no Estado Democrático de Direito a observância a determinados princípios fundamentais se mostra indispensável.

Ao edificar o Texto Maior de 1988, o Constituinte tornou explícita a opção por um Estado Democrático de Direito, fato histórico relevante para concretizar a ruptura com a postura autoritária verificada durante o longo período de ditadura militar. No modelo político adotado em 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana representa o mais relevante parâmetro interpretativo do direito penal, tendo sido de grande influência na edição da Lei 12.015/09.

Consoante o abordado, o supramencionado diploma legal não se restringiu a proceder a alterações no Código Penal, uma vez que teve o condão de demonstrar a mudança de mentalidade do legislador, ora voltado a tutelar a dignidade sexual da pessoa

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67.

humana, de modo a afastar a defasada concepção moralista de proteção aos costumes sociais.

Com o advento da Constituição de 1988, que tem na dignidade humana seu princípio maior, não restou mais espaço para considerar os costumes sociais como bens jurídicos protegidos nos delitos sexuais.

4.4 Princípios da legalidade e anterioridade

Os princípios ora em exame receberam destacado papel pelo legislador, que optou por prevê-los expressamente na Constituição Federal (art. 5.º, XXXIX, CF/88), e no Código Penal (art. 1.º).

Traduzido na ideia de que

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, o princípio da legalidade protege o indivíduo em face do *jus puniendi* do Estado, uma vez que terá a garantia de que “a fonte única do direito penal é a norma legal. *Não há direito penal vagando fora da lei escrita.*”⁷¹ (destacamos).

Impende destacar que a legalidade apresenta facetas distintas, já que pode ser abordada sob o aspecto *político, jurídico em sentido amplo* e, por derradeiro, no sentido *jurídico em sentido estrito ou penal*.

Em seu aspecto político, o princípio da legalidade representa indispensável limitação em face do poder punitivo do Estado. Assim, o indivíduo terá a garantia de que um determinado comportamento só será considerado criminoso com fundamento na lei.

Juridicamente, o princípio da legalidade pode ser observado em *sentido amplo* ou em *sentido estrito*.

Em sentido amplo, significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme dispõe o art. 5.º, II, da Constituição Federal. Já em seu sentido estrito ou penal, o princípio traduz a ideia de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, conforme previsto tanto pelo art. 1.º, do Código Penal, quanto pelo art. 5.º, XXXIX do Texto Constitucional de 1988.

⁷¹ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, t. I. p. 21.

Seu conteúdo comporta quatro importantes postulados. Desta forma, não basta a existência de lei penal, sendo necessário que a referida lei seja *prévia, escrita, estrita e certa*.

A primeira característica sustenta que a lei penal deve ser *anterior* ao fato criminoso. Trata-se do princípio da anterioridade, sem o qual a legalidade teria seu conteúdo completamente esvaziado. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

“de nada adiantaria estipular a regra de que não há crime sem lei, se esta lei não for editada anteriormente à prática da conduta. A criação de leis penais incriminadoras que pudessem retroagir para envolver fatos ocorridos antes de seu advento esvaziaria por completo a garantia constitucional da legalidade penal.”⁷²

A lei penal deve ser *escrita*, sendo da própria tradição do direito pátrio a existência de legislação positivada. Dessa forma, afasta-se a incidência dos costumes para a criação do crime ou para a agravação da reprimenda penal.

Além de *prévia* e *escrita*, a lei penal também deve ser *estrita*, característica que afasta a admissibilidade da analogia no âmbito do direito penal. Apenas em caráter excepcional, quando venha a trazer algum benefício ao acusado e, além disso, quando houver lacuna na lei, é que o referido meio supletivo de lacuna poderá ser admitido.

Por derradeiro, merece ênfase o conteúdo do princípio da taxatividade, segundo o qual a lei penal deve ser *certa*, isto é, desprovida de ambiguidades e termos vagos, de modo a permitir sua total compreensão pelos destinatários da norma.

Trata-se de postulado constantemente violado pelo legislador pátrio, o qual edita diplomas penais repletos de termos ininteligíveis, dificultando sua interpretação e atribuindo ao Poder Judiciário a tarefa de dirimir dúvidas acerca do alcance da norma penal.

Imperioso ressaltar que o presente postulado não impede a criação de *tipos penais abertos* e *normas penais em branco*, instrumentos por vezes indispensáveis para a adequada proteção de determinados bens jurídicos. Na realidade, busca-se afastar, como ensina Heleno Cláudio Fragoso,

“a incriminação vaga e indeterminada, que não permite saber de forma exata qual é a conduta incriminada (...). trata-se, como se percebe, de exigência dirigida ao legislador, proibindo a formulação de tipos imprecisos, de contornos incertos. Estando, no entanto, o princípio da Reserva Legal inscrito na Constituição, a consequência será o

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 96.

reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que não permitem conhecer com segurança o conteúdo do fato proibido.”⁷³

4.5. Princípio da irretroatividade

A irretroatividade da lei penal constitui princípio de índole constitucional que complementa o conteúdo dos princípios da legalidade e anterioridade.

Segundo prevê o art. 5.º, XL, da Constituição Federal *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*. De forma complementar, o art. 2.º, § 2.º, do Código Penal dispõe que *a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*. Assim, a lei penal encontra na irretroatividade sua regra geral, sendo permitida a sua aplicação retroativa apenas quando mostrar-se benéfica ao réu.

Acerca do caráter benéfico da lei penal, importante se mostra o preceito subscrito por Nelson Hungria, segundo o qual “a lei posterior apresenta-se mais favorável que a lei anterior, para o efeito de retroatividade, não só quando elimina a incriminação de um fato, como quando, de qualquer modo beneficia o réu”.⁷⁴

O primeiro aspecto apontado por Hungria representa a *abolitio criminis*, lei nova que retira o caráter criminoso de determinada conduta. O segundo trata da hipótese em que a lei mantém o *status* de crime a um dado comportamento, sendo inovadora apenas no sentido de introduzir benefício anteriormente olvidado (*novatio legis in melius*).

Impende destacar que o crime de estupro contra vulnerável não apresenta nenhuma das mencionadas características, sendo certo que a Lei 12.015/09 se mostra mais rigorosa nesse aspecto, não podendo, portanto, retroagir para alcançar comportamentos anteriores à sua edição.

De fato, a Lei 12.015/09 apresenta facetas distintas, uma vez que contempla normas favoráveis ao réu, como ocorre com a reunião do estupro e atentado violento ao pudor em um só tipo penal, como também prevê a edição de normas mais gravosas e, portanto, irretroativas, sendo de rigor a criteriosa análise do caso concreto para a constatação de sua aplicabilidade.

⁷³ HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal** – Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, t. I, p. 213.

⁷⁴ **Idem**, p. 119.

4.6 Princípio da individualização da pena

Como visto anteriormente, o crime de estupro contra vulnerável (art. 217-A, CP) apresenta consequências gravosas ao indivíduo, uma vez que o legislador cominou rígida reprimenda penal, variável de 8 a 15 anos de reclusão. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci,

“a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da *mecanizada* ou *computadorizada* aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante.”⁷⁵

O legislador estabelece uma série de elementos para que o magistrado possa fixar o montante e a espécie adequados de pena, tornando-se injustificável a padronizada imposição de sanção penal, cumprindo detectar as peculiaridades inerentes a cada situação fática.

A individualização da pena pode ser observada em sede *legislativa, judicial e executória*.

Inicialmente, o princípio da individualização da pena se materializa no momento em que o legislador atribui *status* criminoso a uma conduta, cominando-lhe determinado montante de pena.

Em sede *judicial*, incube ao magistrado a aplicação da norma abstrata ao caso concreto, após criteriosa análise do fato. Nesse momento, o aplicador do direito obedece a critério trifásico de aplicação da pena, de acordo com o que dispõe o art. 68 do Código Penal.⁷⁶

O princípio também é de observância obrigatória na fase de execução penal, momento em que o juiz da Vara das Execuções analisa, diante do caso concreto, a situação de determinado sentenciado cabendo-lhe ponderar, de maneira mais justa, acerca da interposição de eventuais pedidos de benefícios prisionais.

Por derradeiro, cumpre ressaltar que no momento de individualizar a pena e determinar o regime adequado para o seu cumprimento, o juiz deverá considerar que o

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 34.

⁷⁶ Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

comportamento em tela recebeu o *status* de hediondo, fato que impõe a fixação de regime inicial fechado ao condenado pelo crime de estupro de vulnerável.

4.7 Princípio da intervenção mínima

O direito penal é recorrentemente considerado como remédio indispensável ao combate a todo e qualquer mal existente em sociedade. O clamor público e a pressão dos veículos de comunicação reforçam a crença equivocada de que a simples intervenção penal, por si só, é apta a solucionar toda e qualquer situação.

Ignora-se, com isso, o caráter residual desse ramo do ordenamento jurídico, o qual somente deveria ser ativado mediante comprovada ineficiência de outros ramos do direito para a tutela de bem jurídico determinado.

Tal postulado, de acordo com Antonio Carlos da Ponte, significa que

“o direito penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar com a *ultima ratio legis*, depois que todos os outros ramos do direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes”.⁷⁷

Vale ressaltar que o princípio ora em comento encontra como destinatários principais o legislador e o aplicador do Direito.

Segundo Fernando Capez,

“ao legislador o princípio exige cautela no momento de eleger as condutas que merecerão punição criminal, abstendo-se de incriminar qualquer comportamento. Somente aqueles que, segundo comprovada experiência anterior, não puderam ser convenientemente contidos pela aplicação de outros ramos do Direito (...). Ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico (...). Se o furto de um chocolate em um supermercado já foi solucionado com o pagamento do débito e a expulsão do inconveniente freguês, não há necessidade de movimentar a máquina persecutória do Estado, tão assoberbada com a criminalidade violenta, a organizada, o narcotráfico e as dilapidações ao erário.”⁷⁸

A natureza residual do direito penal é o principal parâmetro em que o magistrado deve se fundamentar no momento de não enquadrar determinadas condutas que, consoante análise superficial, submeter-se-iam às normas proibitivas contidas na lei penal.

⁷⁷ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74.

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 38.

Ver-se-á, ainda, que a interpretação literal não pode ser a única ferramenta utilizada no momento de aferição do alcance da norma penal, uma vez que referido método hermenêutico é apenas um dentre outros de igual ou superior importância.

Em suma, a intenção do legislador ao formular o crime de estupro de vulnerável não foi proibir em toda e qualquer circunstância a prática de relações sexuais com as pessoas descritas na lei. Na verdade, buscou-se reforçar a proteção da criança e do adolescente em face da exploração, abuso e da violência sexual, condutas que acarretam grave violação ao bem jurídico tutelado e que, por consequência, exigem resposta severa por parte do Estado, em obediência a mandado expresso de criminalização estipulado pelo Constituinte originário.

4.8 Princípio da ofensividade ou lesividade

O princípio da ofensividade significa que a criminalização de uma conduta só se justifica caso ela venha a gerar a lesão ou, no mínimo, um perigo concreto e real a um determinado bem jurídico tutelado pelo direito penal.

O conteúdo do princípio fomenta discussão acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ou seja, daqueles nos quais a situação de risco é simplesmente presumida pelo legislador, não havendo necessidade de qualquer comprovação de caráter prático.

Defendendo a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, Cezar Roberto Bitencourt afirma que

“para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. (...) Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.”⁷⁹

Contudo, não há como negar que existem formas de criminalidade nas quais se torna difícil vislumbrar tutela distinta da prevista nos chamados crimes de perigo abstrato. A título exemplificativo, pode-se considerar que o porte ilegal de armas dificilmente seria

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

criminalizado caso fossem desconsiderados os delitos onde o risco é presumido pelo legislador.

Além de sua inserção na esfera legislativa, o princípio da ofensividade também apresenta repercussão em sede jurisdicional. Francesco Palazzo assevera que

“a nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do *princípio da lesividade* deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.”⁸⁰

O princípio em apreço guarda estreita relação com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, uma vez que todos os referidos postulados defendem a comedida utilização do Direito Penal, consagradora de sua natureza subsidiária.

Assim, a sua aplicação aos delitos sexuais e especialmente ao crime de estupro contra vulnerável se mostra indispensável, tendo em vista a necessidade de reprimir apenas as condutas efetivamente lesivas à dignidade sexual do ser humano e, conseqüentemente, excluir outras que se caracterizem como criminalmente indiferentes.

4.9 Princípio da inderrogabilidade ou inevitabilidade

O princípio da inderrogabilidade não recebeu fundamentação expressa do legislador Constituinte Originário, tendo seu reconhecimento advindo de outros princípios constitucionais, tais como a legalidade.

Conforme preciso ensinamento de Antonio Carlos da Ponte, o princípio em exame “possui como valor fundamental a concepção de que todas as vezes em que for praticada uma infração penal e imposta sanção, esta deverá ser efetivamente cumprida”.⁸¹

É bem verdade que a lei penal pátria é pródiga em benefícios que acabam por exacerbadamente flexibilizar o conteúdo do referido princípio. Contudo, as próprias características do crime de estupro de vulnerável afastam ou tornam mais dificultosa a concessão de referidas benesses.

Em verdade, sua classificação como crime hediondo obsta a concessão de anistia, graça, indulto e fiança. Para progredir de regime de cumprimento de pena, o condenado por estupro de vulnerável estará sujeito à observância de requisito objetivo mais severo,

⁸⁰ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989, p. 80.

⁸¹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

consistente no cumprimento de mais de 2/5 da pena se for primário, e mais de 3/5 no caso de ser reincidente. Para fazer *jus* ao livramento condicional, o sentenciado também estará sujeito a condição mais gravosa, já que deverá cumprir mais de 2/3 de sua reprimenda.

Outros benefícios como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também é inadmissível, em razão da própria pena cominada pelo legislador – reclusão de 8 a 15 anos – incondizente com fruição de pena alternativa.

Em suma, percebe-se que o legislador optou por estruturar o delito de tal forma a suspender ou dificultar a concessão de benefícios, de modo a exigir o cumprimento de g parte significativa da pena privativa de liberdade imposta.

4.10 Princípio da culpabilidade

A culpabilidade ostenta diferentes significados no direito penal brasileiro, sendo certo que a primeira acepção a ser destacada reside no próprio conceito analítico de crime.

Para os partidários da teoria *tripartida*, a culpabilidade constitui um dos elementos formadores do conceito de crime, atuando em conjunto com a tipicidade e a ilicitude. Já para os defensores da teoria *bipartida*, o crime pode ser definido como fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto para a aplicação da pena.

Outros posicionamentos podem ser apontados, como a teoria quadripartida defendida por Basileu Garcia. Para o autor, no conceito de crime deveriam se encontrar a tipicidade, ilicitude, culpabilidade e, por fim, a própria punibilidade, sem a qual não se poderia falar em delito.

Papel fundamental também exerce a culpabilidade no contexto da aplicação da pena. No momento da individualização da reprimenda, o magistrado dispõe de uma série de elementos que exigem cuidadosa análise visando considerar as distinções inerentes a cada caso (art. 59, CP).

O primeiro elemento citado no supramencionado dispositivo legal é a culpabilidade. O termo utilizado no *caput* do art. 59, porém, não se confunde com a culpabilidade em sentido estrito, isto é, com o terceiro elemento constitutivo do crime. No

dizer de Nucci “trata-se, naturalmente, da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”.⁸²

Por derradeiro, há que se destacar o conteúdo do princípio da culpabilidade, que nos leva ao estudo da responsabilidade criminal no direito penal pátrio. Em regra, o Brasil adota a responsabilidade penal subjetiva, aquela na qual se exige a presença de dolo ou, ao menos, culpa para que seja imposta sanção penal a alguém. Impende registrar, ainda, que a punição por dolo constitui a regra geral, somente sendo admitida a repressão por conduta culposa quando expressamente admitida na lei penal.

É bem verdade que a doutrina aponta situações excepcionais, nas quais a existência de dolo ou culpa não é exigida para que o direito penal atue.

O primeiro exemplo refere-se à responsabilidade criminal da Pessoa Jurídica, já abordada no capítulo referente aos mandados de criminalização.

O segundo relaciona-se à teoria da *actio libera in causa*, que diz respeito à embriaguez não accidental, ou seja, àquela em que a culpabilidade do agente não é excluída.

Para que tenha o condão de excluir a imputabilidade do agente e, por consequência, sua própria culpabilidade, a embriaguez deve se mostrar em estado completo e decorrer de situação accidental, decorrente de caso fortuito ou força maior.

Por outro lado, se a embriaguez do agente for voluntária ou culposa, não há que se falar em exclusão de culpabilidade, uma vez adotada a teoria da *actio libera in causa*. Voluntária é a embriaguez livremente desejada pelo indivíduo, ao passo que a embriaguez culposa decorre da imprudência do agente.

No momento em que o indivíduo, completamente embriagado, comete a infração penal, apresenta consciência fortemente prejudicada. Porém, para a teoria ora em exame não é levado em consideração o momento em que o agente pratica a conduta criminosa, mas sim, aquele em que, de livre e espontânea vontade, resolve se embriagar.

Na esteira de Guilherme de Souza Nucci “leva-se em consideração que, no momento de se embriagar, o agente pode ter agido dolosa ou culposamente, projetando-se esse elemento subjetivo para o instante da conduta criminosa”.⁸³

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 449.

⁸³ **Idem**, p. 308.

Para parte da doutrina, essa “transferência” do elemento subjetivo existente no momento em que o agente se embriaga para o momento da prática da conduta configura flagrante opção legislativa pela responsabilidade objetiva, fato que poderia acirrar discussão acerca do princípio da culpabilidade.

Em que pese polêmica envolvendo o tema, permanece dúvida acerca da melhor alternativa a ser utilizada à hipótese. Descabida seria a consideração de inimputabilidade do agente em razão da ingestão, deliberada, de bebida alcoólica, consistindo a teoria da *actio libera in causa* uma forma válida de se constatar e, portanto, atribuir responsabilidade penal a alguém que sob essas circunstâncias comete o crime.

Por fim, importante registrar que o conteúdo do princípio da culpabilidade será de grande importância no contexto do crime de estupro de vulnerável. Certamente, a forma pela qual foi construído o tipo penal ensinará o reconhecimento do erro de tipo no caso concreto. Em tais circunstâncias, o dolo do agente será frequentemente afastado, sendo permitida a punição a título de culpa quando a lei assim o dispuser e nas hipóteses em que a conduta do indivíduo demonstre tal necessidade.

4.11 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser apontado como ditame de extraordinária relevância para o direito penal moderno. Trata-se de princípio constitucional implícito, que não encontra menção expressa no Texto Constitucional de 1988, mas constitui decorrência lógica de outros importantes dispositivos constitucionais.

O primeiro fundamento constitucional a dar suporte ao princípio da proporcionalidade é a dignidade da pessoa humana.

Ora, não há como se imaginar o direito penal em um Estado Democrático de direito desprovido da observância a postulados tais como a legalidade, a humanidade e a proporcionalidade.

É doutrinariamente pontificado que o princípio da proporcionalidade restou implicitamente consagrado no Texto Constitucional vigente a partir do momento em que a Lei Maior disciplinou as características basilares da pena. De acordo com Mariângela Gama de Magalhães Gomes,

“pode-se argumentar, também, que a proporcionalidade é um princípio implícito ao direito penal constitucional, uma vez que, ao se falar em pena, a Constituição já está fazendo referência a todas as características inerentes a tal conceito.”⁸⁴

Decorrente da legalidade, encontra-se a proporcionalidade insculpida tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal brasileiro. Diante do preceito de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* vislumbra-se mandamento do mais alto relevo voltado à limitação da atuação estatal, impositiva de lei anterior ao fato criminoso como garantia da segurança jurídica de todos perante o poder do Estado.

De fato, o princípio da legalidade alberga em seu bojo a exigência de proporcionalidade entre o delito praticado e a sanção penal correspondente, tarefa essa atribuída tanto ao legislador (pena em abstrato), quanto ao magistrado responsável pela subsunção do fato à norma.

Além de fundamentar-se na dignidade humana e na legalidade, o princípio da proporcionalidade decorre de outros dispositivos expressos na Lei Magna de 1988. Na visão de Antonio Carlos da Ponte, “o princípio da proporcionalidade encontra fundamento nos incisos XLII, XLIII, XLIV, XLVI e XLVII”. Ainda no contexto dos dispositivos mencionados, o mesmo autor sustenta que

“é a Carta Magna que aponta como imprescritíveis os crimes de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; que estabelece os crimes de tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos como inafiançáveis e insuscetíveis de anistia ou graça; que exige a individualização da pena no caso concreto e proíbe a adoção de outras.”⁸⁵

Os dispositivos constitucionais mencionados representam, em última análise, a consagração do princípio da proporcionalidade. Constata-se que o Constituinte estabeleceu formas de criminalidade que deveriam receber tratamento mais severo (*proibição de proteção insuficiente*), ao passo que implementou limites em face da atuação do Estado na vida da pessoa humana (*proibição do excesso*).

Muitos dos dispositivos mencionados traduzem *mandados de criminalização* sobre temas acerca dos quais o legislador penal não tem a opção, mas a obrigatoriedade de editar adequada legislação.

⁸⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 64.

⁸⁵ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

Para Antonio Carlos da Ponte,

“o princípio em apreço trabalha diretamente com o conceito de justiça em um Estado Democrático de Direito, apontando as infrações penais que não são passíveis de prescrição, aquelas consideradas de extrema gravidade por parte do Estado brasileiro e, ao mesmo tempo, proibindo a adoção de determinadas penas e exigindo a individualização das permitidas, com o que assegura o controle da própria ação estatal.”⁸⁶

No tocante aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, há que se destacar os merecedores de preocupação do legislador destacando-se, nesse passo, a dignidade sexual.

Segundo Antonio Carlos da Ponte,

“o princípio da proporcionalidade prega que na relação entre infração penal e pena deva existir um equilíbrio abstrato feito pelo legislador – daí a necessidade de comunicação entre o mínimo e o máximo legal –, e o concreto realizado pelo juiz de direito, que deverá fixar o patamar considerado como justo a título de reprimenda, tomando por referência o bem jurídico atingido e a intensidade em que se deu a violação.”⁸⁷

Inconcebível resposta penal do Estado desprovida de proporcionalidade impondo-se inarredável equilíbrio entre a conduta praticada e a sanção aplicada. A análise do princípio da proporcionalidade, todavia, desdobra-se em três diferentes aspectos carecedores de significativa atenção. Para Luciano Feldens,

“o juízo de proporcionalidade de uma determinada medida questionada, tal e como desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, é alcançado a partir de um raciocínio escalonado, trifásico, envolvendo as parciais que analiticamente a estruturam: *os exames de adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito.*”⁸⁸

Tal raciocínio demonstra, a princípio, que a medida adotada pelo Estado, titular exclusivo do *jus puniendi*, mostra-se adequada ao alcance dos fins almejados.

Em segundo lugar, vale ressaltar que o estudo dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade (exames da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) conduz ao estudo de importantes princípios constitucionais penais.

Através do exame da *necessidade*, verifica-se que a medida a ser tomada deve, efetivamente, mostrar-se necessária ao caso concreto, uma vez que o direito penal não deve caracterizar-se como meio adequado para a proteção de toda e qualquer situação juridicamente relevante. O critério ora abordado explica-se pela própria nomenclatura.

⁸⁶ **Idem**, pp. 79-80.

⁸⁷ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

⁸⁸ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 161.

Referida constatação aplica-se satisfatoriamente ao contexto teórico. Contudo, a aplicação prática da legislação penal no Brasil demonstra a existência de expressiva quantidade de leis penais tipificadoras de comportamentos insuscetíveis de proteção. O fenômeno da “inflação legislativa” decorre exatamente da crença de que o direito penal configura instrumento hábil a tutelar todo e qualquer bem jurídico.

Do exposto depreende-se a importância do princípio da intervenção mínima que, nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes,

“aponta para um direito penal que só intervenha nos casos de real necessidade, com a missão de proteger os bens jurídicos fundamentais em face dos ataques mais graves, e apenas quando os outros ramos do direito se mostrarem ineficientes para tal proteção. Com base, ainda, na ideia de que o Estado não se vale apenas do direito penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma enorme gama de outros ramos do direito que também se prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a este ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal.”⁸⁹

No contexto do ordenamento jurídico-positivo, um determinado bem jurídico pode receber proteção em níveis distintos, cabendo a intervenção penal apenas e tão somente quando outros ramos do direito, naturalmente menos invasivos, não puderem tutelá-lo de forma satisfatória. Daí a mencionada importância existente nos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade.

Destarte, o bem jurídico sujeito à proteção deve ser, primeiramente, tutelado por ramos do direito distintos da intervenção penal.

Por fim, no estudo do princípio em comento deve ocorrer a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Segundo Luciano Feldens,

“esse exame procura determinar se a pena não é desproporcional em seu sentido estrito, que é o que se sucede quando se detecta um desequilíbrio patente e excessivo entre a sanção e a finalidade da norma, considerando, no particular, o bem atingido em face de sua incidência.”⁹⁰

Tradicionalmente, no exame da proporcionalidade em sentido estrito acabamos nos deparando com a menção ao princípio da insignificância ou da bagatela, princípio implícito que, caso reconhecido na prática, tem o condão de afastar a tipicidade da conduta.

⁸⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 85.

⁹⁰ FELDENS, Luciano. **A Constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 166.

O princípio da insignificância sustenta que não deve o direito penal levar em consideração lesões ínfimas ao bem juridicamente tutelado. Justamente por sua natureza fragmentária, o direito penal não se afigura ramo idôneo a cuidar de violações irrisórias.

Por todo o exposto impende concluir que a busca de proporcionalidade entre o crime e a pena é tarefa a ser implementada tanto pelo legislador, quanto pelo magistrado.

No momento da individualização da pena, o legislador deve acautelar-se em verificar se a pena abstratamente prevista em face de determinado comportamento criminoso é a ele proporcional, visando afastar tanto o exagero quanto a proteção deficitária do bem jurídico.

Com relação ao Poder Judiciário, a individualização da pena, seja na fase judicial ou no momento da execução da pena, deve pautar-se em diversos princípios constitucionais penais, dentre os quais a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade traz em seu conteúdo um importante binômio consistente em proibir o excesso, assim como a proteção insuficiente de um determinado bem jurídico.

Trata-se de exigência que objetiva atingir o equilíbrio afastando o direito penal do rigor excessivo, assim como da extrema liberalidade buscando alcançar situação intermediária que possa, de maneira eficiente, proteger o bem jurídico e respeitar os ditames impostos pela Constituição da República.

Não raras vezes, o estudioso do direito penal associa o princípio da proporcionalidade à ideia de proibição de excessos por parte do Estado ignorando, conseqüentemente, a outra faceta do princípio, consistente na proibição de proteção insuficiente.

Segundo Luiz Carlos dos Santos Gonçalves,

“situações há nas quais meios mais brandos de controle se mostram incapazes para dissuadir a prática de condutas anti-sociais ou para reafirmar, na sociedade, a prevalência de determinados valores. Nesses casos, a não-adoção de sanções penais pode ser vista como desagregadora do tecido social ou, no sentido aqui alvitrado, *desproporcionalmente deficiente*”.⁹¹ (destacamos).

⁹¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 58.

A natureza subsidiária do direito penal impõe seja esse o ramo do direito idôneo à proteção de bens jurídicos de superior relevância, restando a proteção dos demais aos cuidados de outros ramos do ordenamento jurídico.

Contudo, a restrição do direito penal em proteger apenas um fragmento dos bens jurídicos não autoriza atuação deficitária. Na verdade, impõe-se a atuação do direito penal em relação aos mais relevantes bens e interesses jurídicos, devendo essa inserção caracterizar-se pela efetividade, ou seja, pela proteção eficiente.

O Código Penal atualmente em vigor é oriundo da década de 1940. Sua Parte Especial nunca passou por reformulação integral tendo sofrido, apenas, reformas pontuais ao longo do período.

Constatou-se que o raciocínio de proporcionalidade entre o delito e a sanção penal é tarefa atribuível, primeiramente, ao *legislador* e, posteriormente, ao *magistrado*. Neste momento, a análise pretendida insere-se no primeiro contexto, isto é, na tarefa do legislador em criar abstratamente figuras criminosas, cominando-lhes sanções penais correspondentes.

A Parte Especial do diploma penal brasileiro prodigaliza-se em exemplos de violação ao princípio da proporcionalidade, seja pelo excesso seja pelo implemento de proteção insuficiente a determinado bem jurídico.

Na tarefa de cominar sanções em face de condutas criminosas, não há que se estabelecer penas exageradas para delitos de irrelevante ofensividade, nem tampouco punir-se com sanções irrisórias comportamentos efetivamente violadores de bens jurídicos de destaque.

Nesse contexto, alguns tipos penais mostram-se violadores do princípio da proporcionalidade desde a redação original do Código Penal de 1940. Outros, ao serem inseridos no bojo do Código Penal mostram-se excessivos ou insuficientes em relação a outros tipos penais incriminadores.

A Parte Geral do Código Penal passou por reformulação integral no ano de 1984 (Lei 7.209/84). No que tange à Parte Especial, grande parte de seus dispositivos mantém redação original do Código elaborado na longínqua década de 1940. Ao longo do período, algumas reformas pontuais alteraram a disciplina de determinados grupos de tipos penais, situação geradora de incongruência e desproporcionalidade no direito penal.

A reformulação integral da Parte Especial configuraria cenário ideal para o direito penal brasileiro. Contudo, enquanto esta ampla reforma não ocorrer, impõe-se a tarefa de interpretar e desenvolver análise crítica do conteúdo ora vigente na legislação penal pátria.

Como visto, o legislador é o primeiro destinatário responsável por estabelecer proporcionalidade entre delito e sanção observando etapas sobejamente esclarecidas nas palavras de Rogério Greco:

“Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre os diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes.”⁹² (destacamos).

Acima ressaltou-se que o Código Penal brasileiro é pródigo em exemplos de violação ao princípio da proporcionalidade. Cumpre, destarte, pontuar algumas delas.

Com a criação de novos tipos penais incriminadores, alarmante se torna a forma branda com que o legislador puniu o crime de homicídio (art. 121, CP), comportamento criminoso ofensivo da vida, bem jurídico de relevância maior a ser tutelado pelo sistema.

Ao homicídio simples, previsto no *caput* do art. 121, o legislador cominou pena de reclusão de 6 a 20 anos. Diversos tipos penais incriminadores possuem patamar mínimo de suas penas em abstrato mais elevado do que o previsto para o homicídio.

Trata-se de situação que apenas reafirma a falta de proporção característica da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Resulta inconcebível que bens jurídicos de menor relevância sejam protegidos de maneira mais rígida do que a própria vida.

A doutrina recorrentemente critica novos tipos penais em face do exagero de suas penas mínimas, tendo o crime de homicídio como parâmetro de comparação. De fato, a consideração do homicídio elevará consideravelmente a pena mínima de diversas condutas criminosas vigentes no Código Penal ou na legislação penal especial. Entretanto, a violação ao princípio da proporcionalidade encontra-se na previsão de reduzida pena mínima para o crime de homicídio, e não nos delitos que porventura asseverem adequadas sanções.

⁹² GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, pp. 97-98.

Merece destaque, o delito trazido a lume pela Lei 11.923/2009, introduzindo a figura do *sequestro relâmpago* no Código Penal Brasileiro.

Afastese o posicionamento daqueles que consideram a figura criminosa como efetivamente inovadora, uma vez que antes mesmo de sua criação a conduta já podia ser enquadrada em outros dispositivos do Código Penal vigente, a exemplo do art. 157, § 2.º, V.⁹³

À modalidade criminosa em exame, prevista pelo art. 158, § 3.º, do Código Penal, o legislador pátrio cominou pena variável de 6 a 12 anos, além da multa.

Em que pese ter o legislador estabelecido pena mínima em patamar idêntico ao destinado ao homicídio, inexistente exagero na previsão, por tratar-se de crime cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Na verdade, reitere-se que o vício ao princípio da proporcionalidade reside no crime de homicídio, brandamente apenado pelo legislador, e não no delito de sequestro relâmpago, carecedor da sanção efetivamente estabelecida em lei.

Além desse, outros exemplos merecem destaque.

O Código Penal, em seu art. 165 prevê o crime de dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico. Trata-se de conduta abstratamente sancionada com pena irrisória, uma vez que o indivíduo pode vir a destruir objeto de relevante valor histórico sendo, desta forma, descabida a pena de detenção de 6 meses a 2 anos.

A previsão de pena de detenção para referido crime propicia que o agente cumpra, desde o início, sua reprimenda em regime semiaberto ou aberto,⁹⁴ reforçando a ideia de indevido tratamento dispensado à hipótese pelo legislador pátrio.

A situação abaixo considerada representa um dos mais graves casos de desrespeito ao princípio da proporcionalidade albergado pelo Código Penal brasileiro.

O art. 273 do Código Penal estabelece conduta referente à falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. A referido

⁹³ Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...) § 2.º. A pena aumenta-se de um terço até metade: (...) V – se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

⁹⁴ Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado.

comportamento, o legislador brasileiro estabeleceu sanção extremamente rígida, mediante imposição de pena de reclusão, variável de 10 a 15 anos, e multa.

Contudo, a hipótese que mais chama a atenção não encontra previsão no *caput* do dispositivo. Em que pese a rígida sanção cominada, resta indubitável que a conduta de, exemplificativamente, falsificar remédio destinado ao tratamento do câncer deva ser coibida de forma severa pelo legislador.

A situação passível de crítica encontra-se inserida no § 1.º-A do mesmo dispositivo, que equipara cosméticos, saneantes, e insumos farmacêuticos às condutas previstas no *caput* do tipo penal.

Inconcebível admitir-se que o falsificador de um remédio para tratamento de câncer e o adulterador de um esmalte sejam punidos com medidas de idêntico teor. Inequivocamente, as formas equiparadas representam flagrante violação ao princípio da proporcionalidade, em face da constatação de excessivo rigor.

A conduta ora abordada proporciona dificuldades ainda maiores ao sujeito ativo do delito, inserido no rol de crimes hediondos do art. 1.º, da Lei 8.072/90. Em verdade, a esse agente são vedadas a concessão de anistia, graça, indulto e fiança, além de necessitar cumprir, ao menos, 2/5 da pena para fazer *jus* ao benefício da progressão de regime.

Apenas a reforma integral e sistemática da Parte Especial do Código Penal seria capaz de evitar a ocorrência de tão adverso cenário, propiciando ao legislador a consecução da individualização legislativa da pena de forma harmônica e equilibrada, evitando a criação de situações de flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Com a criação do estupro de vulnerável como delito autônomo, a primeira impressão deixada pelo legislador consistiu na superação da polêmica anterior, voltada à discussão natureza da presunção de violência estabelecida no art. 224 do Código Penal.

Todavia, pouco tempo após o advento da Lei 12.015/09, a doutrina começou a colocar em debate o conceito de vulnerabilidade estampado na legislação.

Assim sendo, a doutrina considera a natureza jurídica do conceito de *vulnerabilidade*, buscando interpretar se o mesmo desenvolveu-se de forma absoluta pelo legislador ou, se admitiria prova em contrário, constatando-se sua relatividade.

Considera-se aqui, referida vulnerabilidade como *relativa*, como imperiosa interpretação a elidir situações de extrema injustiça violadoras do princípio da proporcionalidade.

Sobredita constatação vale tanto para a situação do menor de 14 anos, quanto para a hipótese da pessoa que apresente grave doença mental. Parece-nos que em ambas as situações a vulnerabilidade absoluta acarretaria flagrantes injustiças, incompatíveis à luz dos princípios constitucionais penais.

Não se trata, necessariamente, de relativizar a questão referente à idade da vítima, mas, na verdade, de analisar o caso concreto e não permitir que determinadas circunstâncias venham a ser enquadradas no rigor do art. 217-A, do Código Penal.

Para Rogério Greco,

“se o legislador é o primeiro responsável pelo raciocínio da proporcionalidade, considerando-se abstratamente a infração penal por ele criada, *o segundo responsável será o juiz*, agora quando do cometimento da infração penal prevista em algum diploma repressivo (...).”⁹⁵

Dessa forma, cumprirá ao magistrado a função de verificar as circunstâncias do caso concreto para que, assim, não imponha rígida sanção penal a determinada conduta não caracterizadora da lesividade exigida pela lei penal.

De fato, estabelecer um rígido parâmetro levando apenas a idade em consideração seria atitude equivocada. Contudo, em determinadas situações, a capacidade de consentir da pessoa menor de 14 anos deve ser apreciada, sob pena de incidir-se em hipóteses de flagrante injustiça e desnecessária intervenção do direito penal.

Resta inconteste que os seres humanos se desenvolvem de maneiras distintas, sendo impossível a concepção de critério único de definição. Neste sentido, imagine-se menina de 13 anos que, a despeito da pouca idade, apresente pleno desenvolvimento corporal. Suponha-se que a mesma relacione-se sexualmente com um rapaz de 18 anos, por considerável período de tempo. Ao praticar relações sexuais com a menina, mencionado indivíduo deveria ser condenado por estupro de vulnerável e, conseqüentemente, sujeitar-se a pena de 8 a 15 anos de reclusão?

⁹⁵ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 98.

A resposta ao questionamento deverá ser concretamente enfrentada pelo magistrado, não se mostrando eventual condenação condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade aplicáveis à hipótese em questão.

Segundo as precisas palavras de Fernando Capez,

*“a dignidade humana, assim, orienta o legislador no momento de criar um novo delito e o operador no instante em que vai realizar a atividade de adequação típica. Com isso, pode-se afirmar que a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social.”*⁹⁶

Em verdade, a criação do tipo penal relativo ao estupro de vulnerável trouxe e trará importantes contribuições para o direito penal, tal como incidirá no combate a graves delitos, a exemplo da prostituição infantil e dos crimes praticados no contexto da pedofilia.

Todavia, com fundamento nos princípios constitucionais penais, mormente a proporcionalidade, há que se admitir a produção de prova em contrário, propiciando ao magistrado a análise das particularidades do caso concreto e evitando o surgimento de situações em que a intervenção penal reste desnecessária.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 25-26.

5. ESTUPRO CONTRA VULNERÁVEL

5.1 Considerações introdutórias

A reforma legislativa introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.015/09 buscou algo além do que a simples alteração de dispositivos legais. Mais do que isso, representou verdadeira mudança de mentalidade a compatibilizá-la com o Estado Democrático de Direito criado pelo Constituinte Originário de 1988, fundamentado no princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como ressaltam Alessandra Greco e João Daniel Rassi,

“o comportamento sexual do brasileiro muito modificou desde os anos 60 até os dias de hoje, valorizando o aspecto positivo da sexualidade e a sua privatização. Pelos novos paradigmas, *há um afastamento das moralidades religiosas herdadas da época medieval, ganhando a sexualidade uma autonomia individual e subjetiva (...).*”⁹⁷ (destacamos).

O fato de ser um tipo incriminador recente justifica a acirrada polêmica envolvendo algumas de suas disposições.

Ver-se-á que a intenção buscada pelo legislador foi louvável, uma vez que a proteção eficiente do direito penal se faz necessária no contexto das pessoas de menor idade e das legalmente consideradas vulneráveis, em efetivo atendimento a mandado expresso de criminalização contido no Texto Constitucional de 1988 (art. 227, § 4.º).

No contexto das leis penais, não há como ignorar a importância da *política criminal* que, para Guilherme de Souza Nucci consiste em

“uma maneira de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento.”⁹⁸

No mesmo sentido, Heleno Fragoso esclarece que

“é no campo da Política Criminal (e não no da Dogmática Jurídico-Penal) que o jurista discute e critica a oportunidade ou a conveniência de medidas ou soluções propostas ou

⁹⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 58.

existentes no direito vigente, sendo este o terreno em que se defrontam as diversas correntes de opinião.”⁹⁹

Assim sendo, tendo por base os preceitos de Política Criminal, considera-se necessário assumir posicionamento crítico acerca da reforma legislativa havida no Código Penal brasileiro possibilitando analisar seus pontos polêmicos.

A Lei 12.015/09 trouxe inegável contribuição ao contexto dos delitos sexuais no país. Todavia, aspectos carecem de melhor discussão doutrinária e jurisprudencial, vez que o fato de inserir modificação legislativa recente já justifica a dificuldade em pacificar o entendimento da vontade trazida pelo legislador.

Na verdade, o direito deve ser constantemente interpretado pelos estudiosos e operadores desse ramo do conhecimento, fato que evidencia que o crime de estupro de vulnerável se encontra em seu primeiro estágio de discussão e análise por parte da doutrina e da jurisprudência, sendo certa a existência de divergências acerca do assunto.

Trata-se de uma das mais relevantes alterações executadas pelo diploma legal em comento, já que teve o condão de obedecer ao comando constitucional de criminalização contido no art. 227, § 4.º, da Constituição da República. Urge considerar, todavia, a indissociabilidade da análise do caso concreto, uma vez que o rigor da lei penal não deve alastrar-se em direção a toda e qualquer situação fática, mas apenas em relação às hipóteses de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.

Por imperiosa, proceda-se à interpretação de todas as vertentes relacionadas ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal e recentemente inserido no corpo do Código Penal por intermédio da Lei 12.015/09.

5.2 Fundamento constitucional

No contexto do Estado Democrático de Direito, a busca pela fundamentação constitucional de um determinado tema se mostra atividade indispensável ao correto entendimento do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Após a realização de uma primeira leitura do *caput* do art. 217-A do Código Penal, o estudioso do direito não enfrentará dificuldades em perceber a especial proteção dada à

⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – A nova parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 17.

pessoa menor de 14 anos, sendo certo que tal tutela encontra guarida no Texto Constitucional de 1988.

A Constituição Federal é o documento fundamental da República Federativa do Brasil servindo, assim, de fundamento lógico para toda a legislação infraconstitucional.

Nesse sentido, o Capítulo VII da Lei Magna de 1988 trata da *família, da criança, do adolescente e do idoso*. Cuida-se de determinados grupos de pessoas que, em virtude de suas características, receberam do Constituinte especial atenção, visando o implemento de um âmbito de proteção bastante abrangente.

Esclareça-se desde logo, que as questões ora apontadas são tratadas em diplomas penais específicos, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

No tocante ao texto expresso da Constituição, impende destacar o disposto no art. 227, nos seguintes termos:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (destacamos).

O presente dispositivo caracteriza-se como um dos fundamentos constitucionais que legitimaram a criação do tipo penal em exame, retratando a vontade do Constituinte em implementar integral proteção da criança e do adolescente.

O § 4.º do mesmo preceito estabelece que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

O supramencionado artigo caracteriza mandado de criminalização de relevo a exigir atuação efetiva do Poder Legislativo no sentido de punir comportamentos que visem o abuso e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Do conteúdo em comento, extrai-se que o Constituinte exigiu severa punição legislativa em face do abuso e da exploração sexual da criança e do adolescente, inobstante a ausência de expressa menção à intervenção do direito penal. Contudo, tendo por base a relevância do bem jurídico tutelado, não há como cogitar-se de severa punição advinda de outros ramos do ordenamento.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um cenário de redemocratização do país após longo período de ditadura militar. Justifica-se claramente a opção do Constituinte em disciplinar extenso rol de direitos fundamentais e proteger determinados grupos de pessoas, como crianças, adolescentes e idosos.

Asseveram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que:

“Inegavelmente, quando da promulgação da Constituição, o País vivia (e ainda vive) um momento social difícil, em que a marginalização da criança, que era colocada de lado no processo de integração social. Tal preocupação fez com que o constituinte de 1988 destinasse longo capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.”¹⁰⁰

Ainda no tocante à fundamentação constitucional, não há como negar que a tipificação estabelecida no art. 217-A consagra o ditame constitucional da isonomia, observando natural desigualdade sustentada pelo menor de 14 anos e pelas demais pessoas ali elencadas.

Acirra-se a discussão diante de leis penais que destinam tratamento diferenciado a determinadas pessoas ou situações. Considere-se, a respeito, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), frequentemente confrontada por tutelar apenas a mulher no âmbito da violência doméstica. A situação em tela mostra-se semelhante, já que ao agente que cometer o delito em face dos sujeitos passivos estabelecidos pela Lei, o legislador estabeleceu punição distinta da que é cominada ao delito de estupro, previsto no art. 213, do Código Penal.

A hipótese claramente demonstra equivocada interpretação do princípio constitucional da igualdade. A respeito, o incontestável ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, *o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.*”¹⁰¹ (destacamos).

Destarte, a atenção às diferenças existentes entre os indivíduos e entre as situações de fato abarcadas pelo direito mostra-se essencial para que referido ditame seja efetivamente observado. Com isso, pode-se reafirmar o postulado segundo o qual a

¹⁰⁰ DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 544.

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 12.

igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, visando a isonomia real e não meramente formal.

Entenda-se que a tipificação do estupro contra pessoa vulnerável consagra o princípio constitucional da igualdade punindo severamente comportamento praticado em face de pessoas que, por suas peculiares características, demonstram menor capacidade de consentir com a prática do ato sexual, ensejando a imposição de tratamento diversificado.

A fundamentação constitucional do crime em tela não poderia, consoante anteriormente sustentado, deixar de contemplar a dignidade da pessoa humana, verdadeiro alicerce do Estado Democrático de Direito, que se irradia por todo o ordenamento jurídico-penal pátrio.

Acerca da dignidade, impende ressaltar que a mesma não se restringe ao âmbito do estupro de vulnerável estendendo-se, na realidade, a todos os delitos sexuais, que, com as alterações da Lei 12.015/09, deixaram de violar apenas costumes sociais, mas a própria dignidade sexual do ser humano.

5.3 Conceito e características gerais

O art. 217-A¹⁰² tipifica a prática de relação sexual – seja por meio de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso – com pessoa menor de 14 anos de idade, sendo cominada pena variável de 8 a 15 anos de reclusão. Vale ressaltar que incorre na mesma pena quem perpetra a conduta com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Como se verá adiante, a última hipótese mencionada (incapacidade de resistência em virtude de qualquer outra causa) é capaz de levantar debate acerca de determinado grupo de pessoas, a exemplo do que ocorre com o indivíduo viciado em drogas.

Trata-se de crime de forma livre, para o qual o legislador não exigiu *modus operandi* específico, diferentemente do que ocorria com a anterior redação do crime de

¹⁰² Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1.º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2.º (Vetado.) § 3.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4.º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

estupro, em que a conjunção carnal era prevista para a prática do crime, caracterizando-se como delito de forma vinculada.

À primeira vista, estranha-se o rigor empregado pelo legislador pátrio ao estabelecer pena mínima abstrata superior à cominada ao crime de homicídio, a despeito do bem jurídico pelo último tutelado sobrelevar-se em importância.

Não se trata de excesso por parte do Estado, dada a efetiva necessidade de proteger-se a dignidade sexual da pessoa vulnerável, Trata-se, ao contrário, de insuficiente proteção ao bem jurídico vida, situação evidenciada pela análise da Parte Especial do Código Penal, carecedora de reforma integral.

Ao tipificar mencionado comportamento, o legislador ordinário previu modalidades qualificadas (produção de lesões corporais graves ou morte) a exigir a presença de conduta violenta em face da vítima. Verifique-se, por outro lado, que a conduta típica em sua forma simples não exige violência por parte do agente criminoso. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci,

“a relação sexual com vulnerável pode não envolver violência ou grave ameaça, leia-se, pode ter sido ‘consentida’ pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato.”¹⁰³

De forma geral, urge depreender que a postura adotada pelo legislador visa tornar dar efetividade ao combate a determinados delitos como a prostituição e outras formas de exploração sexual da criança e do adolescente.

Contudo, mencionadas particularidades do tipo penal em comento já são recorrentemente postas em debate pela doutrina pátria objetivando interpretar a real vontade do legislador. Assim sendo, busca-se aqui compreender a divergência existente acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade estabelecida pela norma penal visando o entendimento da finalidade buscada pela lei penal.

5.4 Sujeitos do delito

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 828.

Trata-se de crime comum quanto ao sujeito ativo, uma vez que a Lei não lhe atribui característica específica.

Situação distinta diz respeito ao sujeito passivo do presente crime. Neste sentido, a Lei estabeleceu o gênero consistente na pessoa vulnerável, sendo esta subdividida em pessoa menor de 14 anos de idade e pessoa enferma ou deficiente mental sem discernimento para a prática do ato ou, ainda, pessoa incapaz de oferecer resistência.

No tocante aos sujeitos passivos legalmente elencados, considera-se válido tecer algumas ponderações.

Em primeiro lugar, ressalte-se uma sutil mudança no contexto da idade da vítima. De acordo com o ora revogado art. 224, a violência era presumida quando a vítima não fosse maior de 14 anos, comportando pessoa de idade *igual* ou *inferior* a patamar. Com o advento da Lei 12.015/09, o critério para tipificação do crime do art. 217-A, passa a ser a pessoa *menor de 14 anos*.

Nesse sentido, importante é a crítica aduzida por Fernando Capez, no sentido de que

“o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14.º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo.”¹⁰⁴

Em segundo lugar, entende-se que o legislador poderia ter igualado os critérios para a conceituação de criança e adolescente, já que parâmetro diverso pode ser encontrado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que considera criança o ser humano com idade entre zero e 12 anos incompletos, sendo considerada adolescente aquela pessoa com idade entre 12 anos completos até os 18 anos. Para Guilherme de Souza Nucci

“perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – Parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 81-82. Volume 3.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 829-830.

De fato, inexistente motivo justificador para a existência de parâmetros distintos dentro de um mesmo ordenamento jurídico, razão pela qual se considera que ambos deveriam ter sido iguados pelo legislador.

Isso não significa que a idade da vítima deva ser utilizada como critério absoluto de análise. Na realidade, a atividade do magistrado será crucial à interpretação e enquadramento do caso concreto às rigorosas sanções previstas pela legislação penal.

5.5 Estupro de vulnerável como tipo misto alternativo

A redação do art. 217-A demonstrou que a prática de uma ou mais condutas levará à existência de um único delito, uma vez que o referido tipo penal caracteriza-se como *misto alternativo*.

Dessa forma, se o agente, além de praticar conjunção carnal com a vítima, resolver com ela praticar outro ato libidinoso (coito anal, sexo oral), responderá, apenas, pelo delito tipificado no art. 217-A do Código Penal.

Todavia, não há como aquilatar os reflexos desse comportamento no contexto da aplicação da pena, sujeita ao princípio constitucional da individualização.

Vale ressaltar a íntima relação desse princípio com a isonomia constitucional, uma vez que atribui a cada indivíduo a pena adequada em face da conduta praticada, sendo incabível igualar a reprimenda aplicável a dois indivíduos que tenham praticado condutas dotadas de gravidade social distintas.

Ao delito de estupro de vulnerável o legislador cominou pena variável de 8 a 15 anos de reclusão. Caso o sujeito ativo pratique conjunção carnal com a vítima, sua reprimenda poderá aproximar-se do mínimo legal. Por outro lado, caso pratique diversas condutas criminosas em face da vítima, sua sanção, em que pese tratar-se de um único crime, será aplicada de forma mais elevada, consoante parâmetros legalmente estabelecidos.

Ao aplicar a pena abstrata ao caso concreto, o magistrado deverá ater-se aos elementos contidos no art. 59 do Código Penal¹⁰⁶ que possibilitam a efetivação do

¹⁰⁶ Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...) II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos.

princípio constitucional da individualização da pena. Em que pese ostentar o livre convencimento motivado, encontra-se o juiz vinculado à análise dos elementos legalmente fornecidos para delimitação da pena evitando-se a imposição de penas idênticas a situações distintas.

5.6 A revogação do conceito de violência presumida

Trata-se de ponto fundamental da Lei 12.015/09, uma vez que a ideia de violência presumida estabelecida pelo art. 224 do Código Penal encontra-se revogada, restando as antigas hipóteses estabelecidas no referido artigo disciplinadas como condutas típicas autônomas. Mencione-e, a respeito, o crime de estupro contra vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal. Considere-se a evolução de referidas ideias.

O Código Penal de 1940 estabelecia em suas disposições gerais a chamada presunção de violência, situações nas quais, a despeito da concordância da vítima, a conduta era considerada criminosa, em virtude de condições específicas apresentadas pelo sujeito passivo.

Desta forma, segundo disposição do art. 224, ora revogado, a violência era presumida:

1. quando a vítima não fosse maior de 14 anos;
2. quando a vítima fosse alienada ou débil mental, e o agente tivesse conhecimento dessa circunstância;
3. quando a vítima não pudesse, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Ainda no que tange à presunção de violência, vale destacar divergência à época existente, quanto à natureza de mencionada presunção ser absoluta ou relativa, dada a essencialidade do tema para a delimitação dos efeitos jurídicos a partir dela gerados.

Como se sabe, a presunção de natureza *relativa* admite ao agente a produção de prova em sentido contrário fato não extensivo às hipóteses consagradoras de presunção *absoluta*.

Majoritariamente, a doutrina acreditava que a presunção estabelecida por lei era de caráter relativo permitindo ao agente, portanto, a produção de prova em sentido contrário. Neste sentido, a doutrina era pródiga em exemplos, sendo até mesmo a prostituição infantil

apontada como situação na qual a violência do agente poderia ser afastada. Em outras palavras, não se poderia sustentar a presunção de violência em face de pessoa que, embora menor de 14 anos, já se dedicasse há algum tempo à prostituição.

Considere-se, em verdade, que apontar para o não enquadramento criminal em determinada situação, significa ignorar simplesmente comando constitucional de criminalização previsto no art. 227, § 4.º, da Constituição de 1988. Consoante adrede consignado, referido dispositivo constitucional exige punição *severa* em face da violência, abuso e exploração sexual da criança e do adolescente.

Desta forma, imperioso considerar que o principal mérito do novo crime de estupro de vulnerável resida precipuamente no adequado atendimento ao mandado de criminalização expressamente estabelecido pelo legislador Constituinte.

Com a alteração da Lei 12.015/09, a impressão consequente seria a de que a discussão acima restaria superada, face à revogação da chamada presunção de violência substituída por tipo penal autônomo. Pretender-se-á demonstrar, entretanto, que a polêmica não deixou de existir.

Sustentam alguns que o conceito de vulnerabilidade empregado pela lei comporta as espécies absoluta e relativa.

5.7 Vulnerabilidade absoluta e relativa?

O Código Penal brasileiro foi alterado, no contexto dos crimes sexuais, pela Lei 12.015/09. Apesar de tema recente, posiciona-se parcela significativa da doutrina favorável à inexistência da chamada presunção de violência, já que, com a nova redação, fica explícita a proibição de se manter relação sexual com menor de 14 anos e com pessoas consideradas vulneráveis.

Contudo, a questão merece cautela ensejando o conceito de vulnerabilidade criteriosa interpretação.

Guilherme de Souza Nucci entende que

“o nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência (...). Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos

especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada.”¹⁰⁷

Inclina-se, aqui, pela aplicabilidade da norma penal às hipóteses que efetivamente exijam atuação severa do direito penal, situações nas quais exista violência, exploração ou abuso sexual do menor de idade. Com a edificação do tipo penal em estudo, o legislador não buscou proibir a prática de relações sexuais em toda e qualquer hipótese, mas naquelas em que exista efetiva violação à dignidade sexual.

Em verdade, a ideia de abrandar o rigor da lei penal não se destina a condutas relacionadas à exploração, abuso e violência sexual em face do menor da idade. Nessas hipóteses, o controle do Estado deve ser efetivado de maneira rígida, visando dar cumprimento a mandado de criminalização previsto na Constituição da República.

Contudo, em outras hipóteses a intervenção do direito penal mostrar-se-ia excessivamente rígida e, conseqüentemente, desnecessária, afastando-se do objetivo precípua da lei, qual seja, o combate à exploração, abuso e violência sexual contra a criança e o adolescente.

Assim, a vulnerabilidade estabelecida pelo Código Penal não pode ser interpretada de forma absoluta, tornando-se imperiosa a consideração das particularidades inerentes ao caso concreto, objetivando elidir que a interpretação literal conduza a respostas judiciais inadequadas e injustas.

Parte da doutrina considera a prática da prostituição, de per si, motivo idôneo a afastar a imposição das penas aplicáveis ao crime de estupro de vulnerável em face do agente. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci,

“a tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se trata de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuaremos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. *Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual (ex.: pessoa prostituída), não tendo ocorrido violência ou grave ameaça real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, o que poderia configurar o crime do artigo 218-B, o fato poderia ser atípico ou comportar desclassificação.*”¹⁰⁸ (destacamos).

A despeito do respeitável posicionamento, considere-se que a prostituição não deva ser apontada como situação idônea a afastar a aplicação da lei penal.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009, p. 37.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 830.

Impõe-se que as condutas relacionadas à prostituição e a qualquer outra forma de exploração sexual do menor sejam cuidadosamente interpretadas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 a respeito contempla mandado de criminalização a exigir severa punição em face dos mencionados comportamentos. Em outras palavras, o Constituinte não deixou opção ao legislador ordinário, o qual se vê obrigado a editar norma penal que tutele eficientemente a questão abordada.

Dessa forma, sustentar a inaplicabilidade do art. 217-A do Código Penal a caso envolvendo pessoa de 13 anos que exerce a prostituição é, na realidade, ignorar a própria vontade do legislador constituinte, que optou por amplamente proteger a pessoa do menor de idade. Resta indubitado que a *exploração sexual* do menor deva ser rigorosamente sancionada visando, com isso, coibir condutas como a pedofilia e a prostituição da criança e do adolescente.

Assim, sustentar o caráter relativo da vulnerabilidade estabelecida por lei é defender a sua aplicabilidade aos casos efetivamente gravosos, nos quais o bem jurídico seja, de fato, afrontado pelo comportamento humano.

A simples existência de relacionamento envolvendo, exemplificativamente, adolescente de 13 com jovem de 18 anos não significa que eventual relação sexual deva acarretar-lhes a incidência de lei penal incriminadora. Impende que a situação seja analisada à luz dos princípios constitucionais penais, inarredáveis ferramentas voltadas a fornecer indispensável suporte para que o magistrado proceda à correta exegese da norma penal aplicável às particularidades do caso concreto.

5.8 A questão do doente mental à luz da dignidade da pessoa humana

O ora revogado art. 224 do Código Penal elencava hipóteses de presunção de violência aplicáveis aos delitos sexuais. No tocante ao doente mental, acredita-se que a Lei 12.015/09 tenha trazido significativa alteração, considerando as naturais diferenças existentes entre pessoas e situações concretas.

Pela redação anterior, presumia-se a violência quando a vítima fosse alienada ou débil mental e o agente conhecesse tal circunstância (art. 224, *b*, CP).

Já pela nova redação, incorrerá na mesma pena do crime de estupro de vulnerável quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha *o necessário discernimento para a prática do ato*.

Busca a nova Lei considerar que o doente mental pode apresentar níveis diversos de discernimento, rechaçando o estabelecimento de previsão legal que generalize o tratamento. Situação diversa era encontrada na redação anterior, em que restringia-se o legislador a definir a existência de doença mental, ignorando o nível de entendimento no qual se enquadrava o sujeito. Assim, consoante Alessandra Greco e João Daniel Rassi,

“pela nova sistemática, se aquele portador de enfermidade ou deficiência mental tiver discernimento para a prática do ato, seu consentimento será válido, não havendo qualquer ofensa à sua liberdade sexual. Diferentemente do que ocorria na revogada lei, acolheu o legislador a postura de que o doente mental tem liberdade sexual e, dependendo do caso, poderá exercê-la desde que tenha discernimento para consentir, caso em que não haverá abuso sexual.”¹⁰⁹

Ignorada a possibilidade de discernimento por parte da pessoa portadora de deficiência mental, inevitavelmente incorreria a previsão legal em situações de flagrante injustiça, certamente não desejadas pelo legislador.

Dessa forma, a proteção ao doente mental merece destaque, uma vez que visa resguardar o indivíduo que, em razão de suas particularidades, não tenha condições de manifestar discordância com a prática do ato sexual. Contudo, caracterizada a existência de discernimento para a prática desse ato, não se mostra razoável a intervenção do direito penal, diante da ausência de abuso ou exploração em face da pessoa humana.

O aspecto ora em comento destaca o debate acerca da natureza da vulnerabilidade definida por lei. Nota-se, no tocante à doença mental, que o próprio legislador enfatiza que a norma penal será aplicável quando a vítima não apresentar o necessário discernimento para a prática do ato sexual, situação diversa da relativa ao menor de 14 anos.

Assim, conforme André Estefam, “uma pessoa pode ter plena consciência de sua sexualidade, mas possuir quadros de distúrbios mentais que comprometam outras áreas de seu comportamento”. Diante desse quadro, sustenta o autor que

“a demonstração dessa hipótese de vulnerabilidade encontra-se (como antes) condicionada à realização de perícia psiquiátrica, em que o *expert* deverá avaliar dois

¹⁰⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

aspectos fundamentais: a existência do transtorno mental e o comprometimento da capacidade de discernimento para atos de natureza sexual.”¹¹⁰

Portanto, entende-se que a Lei 12.015/09 consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que possibilita ao magistrado analisar o caso concreto em suas particularidades, possibilitando afastar do rigor da lei penal hipóteses em que a pessoa portadora de doença mental, tenha o necessário discernimento para a prática de relações sexuais.

5.9 A incapacidade de oferecer resistência em virtude de outra causa

De acordo com o art. 217-A, parágrafo único, do Código Penal, incorrerá nas mesmas penas previstas no *caput* do dispositivo – reclusão, de 8 a 15 anos – quem praticar a conduta em face de vítima que, por qualquer outra causa, não tenha capacidade de oferecer resistência em face do comportamento criminoso do agente.

Em determinadas hipóteses, a vítima pode apresentar incapacidade de oferecer resistência por motivos diversos da idade ou de doença mental. A doutrina é pródiga em exemplos neste sentido, como ocorre na situação em que o agente ministra substância idônea a retirar a consciência da vítima, propiciando ao sujeito ativo o aproveitamento desse estado alterado de consciência. Determinadas enfermidades, paralisia transitória de membros, idade avançada, desmaios, embriaguez, hipnose, dentre outras causas, também permitem a configuração do delito.¹¹¹

Como anteriormente anunciado, há determinadas situações que provocam dúvida acerca do cabimento da presente tipificação. É o caso, por exemplo, do indivíduo cujo vício nas drogas já atinge estado avançado e da pessoa em condição de acentuada miserabilidade.

A solução para as referidas situações será encontrada por meio da cuidadosa análise do caso concreto, sendo possível que a conduta em face das mencionadas pessoas configure o crime do art. 217-A, do Código Penal, uma vez que, a depender das circunstâncias fáticas, sua condição de vulnerabilidade deverá ser reconhecida pelo magistrado, de modo a coibir qualquer situação que represente abuso ou exploração sexual.

¹¹⁰ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61.

¹¹¹ **Idem**, p. 62.

Vale ressaltar que não se exige que o próprio agente tenha colocado a vítima nesse estado, sendo necessário, apenas e tão somente, que tenha se aproveitado da sobredita circunstância.

5.10 A Lei dos Crimes Hediondos

As modificações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.015/09 acabaram influenciando a redação da Lei 8.072/90, diploma legal que trata dos crimes hediondos.

A primeira das alterações ocorridas na Lei 8.072/90 pode ser observada já no rol do art. 1.º da referida Lei. Como se sabe, a Lei dos Crimes Hediondos não traz o conceito de crime hediondo, restringindo-se a relacionar as condutas consideradas como tal. Nesse sentido, Alberto Silva Franco entende que

*“não é hediondo o delito que se mostre repugnante, asqueroso, sórdido, depravado, abjeto, horroroso, horrível, por sua gravidade objetiva, ou por seu modo ou meio de execução, ou pela finalidade que presidiu ou iluminou a ação criminoso, ou pela adoção de qualquer outro critério válido, mas sim aquele crime que, por um verdadeiro processo de colagem, foi rotulado como tal pelo legislador.”*¹¹² (destacamos).

A Lei 8.072/90 adota um *critério objetivo* para definir o que vem a ser crime hediondo, isto é, a lei não traz conceito para estipular o que vem a ser um delito dessa natureza, mas, na verdade, relaciona os crimes considerados hediondos consoante enumeração prevista pelo art. 1.º da Lei 8.072/90.

Antes da atual reforma legislativa, a Lei 8.072/90 etiquetava os crimes de estupro e atentado violento ao pudor como hediondos. Pela redação da mencionada Lei, consideravam-se hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor (arts. 213 e 214, CP) e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, também do Código Penal.

Divergia a doutrina acerca dos crimes em sua modalidade simples. Em outras palavras, a dúvida existente à época consistia em saber se os delitos mencionados também eram considerados hediondos em sua forma simples ou se, em segunda hipótese, seriam assim considerados apenas quando combinados com o art. 223, o qual trazia as formas qualificadas das condutas (lesão corporal grave ou resultado morte).

¹¹² FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: RT, 1994, p. 45.

Certamente, a redação adotada pelo legislador deu origem a interpretações conflitantes tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. À época considerava Guilherme de Souza Nucci:

“Constituem crimes hediondos. Há discussão acerca disso, pois alguns defendem que a referência feita nos incisos V e VI do art. 1.º da Lei 8.072/90 teria enumerado apenas o art. 213 c.c. art. 223, *caput* e parágrafo único, bem como o art. 214 c.c. art. 223, *caput* e parágrafo único. Não é a nossa visão. O legislador, realmente, não promoveu a redação adequada, livre de qualquer dúvida (...). Portanto, o ideal seria mencionar: estupro e sua forma qualificada pelo resultado (o mesmo ocorrendo com o atentado violento ao pudor). Não agiu assim, mas parece-nos que indicou seu desiderato de qualquer forma.”¹¹³

Felizmente, referida discussão encontra-se sepultada, já que o legislador cuidou de claramente indicar sua opção através da Lei 12.015/09.

Como estupro e atentado violento ao pudor passaram a integrar um só tipo penal, revogou-se a disposição legal que considerava este último hediondo. Já o estupro continuou a ser considerado hediondo, tanto em sua forma simples, quanto nas modalidades qualificadas (art. 213, *caput* e §§ 1.º e 2.º).

Além disso, o legislador cuidou de incluir o estupro de vulnerável no rol de crimes hediondos (art. 1.º, VI, Lei 8.072/90). Destaque-se, que outra não poderia ter sido a postura do legislador, uma vez que criou novo tipo penal cominando sanção mais severa em relação ao estupro impossibilitando, com isso, considerar como hedionda a conduta mais branda em detrimento da conduta mais severa.

Além das alterações expressamente previstas, importante destacar outra que, em que pese não ter havido revogação expressa, merece ser mais bem analisada. O art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos prevê que:

“As penas fixadas no art. 6.º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3.º, 158, § 2.º, 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.”

Note-se que o precitado dispositivo legal faz menção a artigos do Código Penal revogados pela Lei 12.015/09. Contudo, em que pese o afirmado, o art. 9.º da Lei dos Crimes Hediondos não foi expressamente revogado.

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 642.

Referido dispositivo encontra-se tacitamente revogado, uma vez que atrelava o aumento de pena a situações previstas no art. 224 do Código Penal, expressamente revogado pela Lei 12.015/09. As hipóteses anteriormente previstas no art. 224, ora configuram elementos do tipo penal do estupro de vulnerável, o que corrobora a presente consideração.

Tendo em vista que o estupro de vulnerável foi alçado pelo legislador à categoria de crime hediondo, vale relembrar, ainda que de forma superficial, os efeitos jurídicos dessa classificação.

Assim, sua previsão no rol de crimes hediondos (art. 1.º, Lei 8.072/90) impede a concessão de anistia, graça, indulto e fiança. Além disso, torna mais árdua a concessão do benefício da progressão de regime, a qual, no caso de crimes hediondos e equiparados, está sujeita a requisitos objetivos mais severos, quais sejam: 1) cumprimento de mais de 2/5 da pena, se o condenado for primário e; 2) cumprimento de mais de 3/5 da pena, se o condenado for reincidente.

5.11 A ação penal no estupro contra vulnerável

Consoante o anteriormente afirmado, a disciplina relativa à ação penal nos delitos sexuais também recebeu importantes alterações do legislador ordinário, quando do advento da Lei 12.015/09.

Antes da reforma, a ação penal procedia-se, em regra, mediante queixa-crime de titularidade do ofendido. Após as alterações, passou a ser condicionada à representação admitindo, porém, exceções nas quais a titularidade passa a ser do Ministério Público agindo independentemente de autorização da vítima.

O crime de estupro contra vulnerável se enquadra nas exceções estabelecidas em lei já que pela redação do parágrafo único do art. 225 do Código Penal, a ação penal será pública incondicionada sempre que a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Resta fortalecida a proteção destinada às pessoas consideradas por lei como vulneráveis, ao afastar o legislador a possibilidade de condutas criminosas ficarem à margem da lei, caso a ação penal necessitasse de representação da vítima ou fosse de sua própria titularidade.

Assim, estabelecendo-se a ação penal pública incondicionada como modalidade aplicável à hipótese da vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, melhor atendido restou o mandado de criminalização previsto pela Constituição Federal de 1988.

5.12 Conclusão

Quando o Código Penal brasileiro passou a vigorar com as alterações introduzidas pela Lei 12.015/09, notabilizou-se a preocupação do legislador com a pessoa do menor e com aquelas por lei consideradas vulneráveis, em absoluta conexão com o constitucionalmente disposto.

É frequente a veiculação de condutas criminosas em que as vítimas são crianças e adolescentes em flagrante situação de vulnerabilidade. Condutas como a prostituição infantil têm recebido considerável atenção, em face da proliferação da exploração sexual da criança e do adolescente.

No contexto dos delitos sexuais, considera-se louvável o estabelecimento de tratamento mais severo diante de condutas que representam alto índice de reprovação social, especialmente quando praticadas contra crianças e adolescentes.

Contudo, em que pese a louvável intenção do legislador ordinário, não há como negar que as reformas pontuais realizadas no principal diploma penal pátrio acarretam questionamentos interpretativos para a doutrina, a jurisprudência e para o magistrado diante da análise do caso concreto.

Registre-se, a propósito, o inquestionável avanço verificado na lei penal em efetivo atendimento ao mandado de criminalização previsto no art. 227, § 4.º, da Constituição Federal. O rigor da norma penal em questão deve ser dirigido a situações que envolvam a exploração, violência e abuso sexual da criança e do adolescente. No tocante a outras situações fáticas, cumprirá ao magistrado criteriosa análise para que possa, com fundamento nos princípios constitucionais penais, proceder ao correto enquadramento e adequada prestação jurisdicional.

6. ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

6.1 Considerações introdutórias

A Lei 12.015/09 teve o mérito de avançar na proteção da criança e do adolescente em face do abuso, violência e exploração sexual. Com a criação do crime de estupro de vulnerável, o legislador atendeu, de maneira mais eficaz, ao mandado de criminalização contido no art. 227, § 4.º, da Constituição da República.

Contudo, como já desenvolvido, o crime em tela suscita discussões na doutrina, que se divide quanto à natureza da vulnerabilidade prevista pela lei penal.

Defende-se, aqui, a aplicação do conteúdo da norma penal em comento às hipóteses representativas de efetiva violação à dignidade sexual enquanto bem jurídico, competindo ao magistrado a avaliação das circunstâncias, afastando o rigor da lei penal a hipóteses que não representem ofensa alguma ao bem jurídico tutelado.

Além das circunstâncias em que a vulnerabilidade deva ser relativizada, não há como olvidar institutos voltados a afastar a responsabilização criminal do indivíduo, como o erro de tipo e o erro de proibição.

O estudo do erro de tipo e de sua natureza de causa excludente da tipicidade mostra-se fundamental ao contexto do crime de estupro de vulnerável. Da mesma forma, merece destaque a possibilidade do reconhecimento do erro de proibição, fato que culminaria com o afastamento da culpabilidade do agente.

A Lei 12.015/09, no que tange à prática de atos sexuais, optou por alterar a forma de tratamento destinado à pessoa do menor de 14 anos, ao doente mental e à pessoa incapaz de oferecer resistência.

O novo tratamento jurídico-penal mostra-se mais severo em relação ao regramento outrora verificado, negando menção à presunção de violência diante da criação de conduta criminosa autônoma.

Assim sendo, necessária se faz a delimitação do conteúdo relativo ao erro de tipo e ao erro de proibição, de modo a possibilitar sua relação com o crime de estupro contra vulnerável.

6.2 O tipo penal

O direito penal nortear-se pelo princípio da legalidade, o qual estabelece a necessidade de lei anterior ao fato criminoso como meio indispensável de limitação ao poder do Estado.

Impende destacar a relevância do princípio da legalidade no Estado Democrático de direito pátrio a partir das expressas previsões do Código Penal (art. 1.º, CP) e da Constituição Federal (art. 5.º, XXXIX, CF/88).

Dá-se a criação de um tipo penal mediante a concretização do princípio da individualização da pena em sua fase legislativa. Nessa etapa, o legislador atribui *status* de crime a determinada conduta e comina-lhe sanção penal, de forma abstrata para que, em momento posterior, seja o tipo penal utilizado pelo magistrado para fixação da pena ao caso concreto (individualização judicial da pena).

O conceito de tipo penal é claramente exposto por Francisco de Assis Toledo, no sentido de ser

“um modelo abstrato de comportamento proibido. É, em outras palavras, descrição esquemática de uma classe de condutas que possuem características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica.”¹¹⁴

O caráter abstrato do tipo penal auxilia a entender a distinção existente em relação à tipicidade caracterizada pela subsunção do fato concreto às disposições da norma. Assim, o tipo existe abstratamente, ao passo que a tipicidade é um juízo que deve ser realizado pelo magistrado em face do caso concreto.

Impende destacar que referido processo pode ser realizado de forma imediata, quando se dá diretamente ou, ainda, de maneira mediata, quando a adequação típica depende da concorrência de outra norma legal.

Versando sobre a adequação típica, Cezar Roberto Bitencourt afirma que

“a adequação típica pode operar-se de forma *imediata* ou de forma *mediata*. A adequação típica imediata ocorre quando o fato se subsume imediatamente no modelo legal, sem a necessidade da concorrência de qualquer outra norma, como, por exemplo, matar alguém: essa conduta praticada se amolda imediatamente ao tipo descrito no art. 121 do CP, sem precisar do auxílio de nenhuma outra norma jurídica. No entanto, a adequação típica mediata, que constitui exceção, necessita da concorrência de outra norma, secundária, de caráter extensivo, que amplie a abrangência da figura típica. Nesses casos, o fato praticado pelo agente não vem a se

¹¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

adequar direta e imediatamente ao modelo descrito na lei, o que somente acontecerá com o auxílio de outra norma ampliativa, como ocorre, por exemplo, com a tentativa e a participação em sentido estrito, bem como com o crime *omissivo impróprio* (...).¹¹⁵ (destacamos).

Cumprido considerar que o tipo penal é formado por elementos, que podem ser: 1) *meramente descritivos* ou; 2) *normativos*. Os primeiros podem ser facilmente percebidos pelo intérprete da norma. Já os normativos exigem correta compreensão de seu significado ensejando criteriosa atividade interpretativa, como ocorre com o crime de *ato obsceno*. Segundo os ensinamentos de René Ariel Dotti,

“os *elementos descritivos* também chamados *objetivos* são os que indicam o aspecto externo do que deve ser o fato punível, *i.e.*, a ação com seu objeto e as circunstâncias acessórias típicas que se realizam objetivamente e podem ser percebidas pela simples capacidade de conhecimento, sem a necessidade de qualquer recurso de avaliação (...). Os elementos normativos são aqueles para cuja compreensão o intérprete não pode se limitar a desenvolver uma atividade meramente cognitiva, subsumindo em conceitos o dado natural, mas deve proceder a uma interpretação valorativa.”¹¹⁶

Assim, o erro sobre elementos constitutivos do tipo poderá, a depender das circunstâncias, tornar atípico o comportamento do indivíduo, conseqüentemente elidindo sua responsabilização criminal.

Além do mencionado *tipo objetivo*, urge ressaltar os elementos do chamado *tipo subjetivo* relacionados à vontade do agente.

Sob a ótica finalista, os elementos subjetivos do delito – dolo e culpa – passam a integrar a própria conduta criminosa, não mais se relacionando à culpabilidade, posição adotada pelos adeptos da teoria causal da ação.

Ainda no tocante ao elemento subjetivo, vale relembrar que determinados delitos exigem a presença de elemento subjetivo específico ou, como denominam alguns doutrinadores, de dolo específico, consistente na especial finalidade de agir implícita ou explícita em determinados tipos penais.

6.3 O conhecimento da lei penal

O conhecimento da lei penal caracteriza-se como tema gerador de dúvida.

¹¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

¹¹⁶ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 391.

Ressalte-se, a princípio, que o ordenamento jurídico consagra a ideia de que o *desconhecimento da lei é inescusável*, encontrando-se tal previsão no Código Penal, e em diplomas legais afeitos a outros ramos do direito.

A propósito dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/42) em seu art. 3.º, que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Acerca do supracitado dispositivo, preleciona Maria Helena Diniz que

“a lei depois de publicada, decorrido, se houver, o prazo da *vacatio legis*, tornar-se-á obrigatória para todos, sendo inescusáveis o erro e a ignorância. O art. 3.º, ora analisado, contém o rigoroso princípio *ignorantia juris neminem excusat*, requerendo que as leis sejam conhecidas, pelo menos potencialmente.”¹¹⁷

No contexto da lei penal, a doutrina costuma dividir o conhecimento da lei em presumido, potencial e real.

O conhecimento presumido, consoante o afirmado, refere-se à suposição de que, uma vez publicada, torna-se a lei de conhecimento de todos.

Verifica-se o conhecimento potencial, quando o agente apresenta determinadas características consideradas essenciais à possibilidade de compreensão da lei penal. Segundo René Ariel Dotti,

“o conhecimento da lei é *potencial* ou *virtual* quando o destinatário tem a idade e as condições mentais para atingir esse conhecimento que não advém porque a sua conduta ofende valores éticos e sociais que compõem a norma. Diz-se, então, que se caracteriza o fenômeno da *cegueira jurídica* porque o sujeito, penalmente imputável, orienta o seu comportamento em sentido contrário à preservação dos bens e interesses jurídico-penais.”¹¹⁸

Assim, o conhecimento potencial da lei refere-se à possibilidade que o agente teria de conhecer o teor da norma.

Ligado à questão material, o conhecimento real da lei penal ocorre quando o sujeito ativo tem a consciência do caráter lícito ou ilícito de seu comportamento, sabendo discernir, juridicamente, entre o certo e o errado. Segundo René Ariel Dotti,

“não se exige um conhecimento específico das normas jurídico-penais, assim como resulta da experiência dos profissionais do Direito. Basta o chamado *conhecimento profano* da existência de valores protegidos pela norma (vida, integridade corporal, saúde, liberdade, patrimônio etc.) para que se possa exigir uma conduta adequada às exigências do Direito.”¹¹⁹

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 5.

¹¹⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: 2010, p. 317.

¹¹⁹ **Idem**, p. 318.

De fato, para compreender-se que determinados bens e interesses gozam de especial proteção por parte do Estado, não é necessária a formação jurídica, exigindo-se apenas a sensibilidade de perceber a existência e necessidade de tutela de bens vitais à adequada vida em sociedade.

6.4 Erro de tipo: conceito e previsão legal

O erro de tipo não integrava a redação original do Código Penal de 1940 vindo a inserir-se, assim como o erro de proibição, no bojo do Código com a reforma da Parte Geral introduzida pela Lei 7.209/84.

O Código Penal de 1940 trazia a previsão das figuras do *erro de direito* e do *erro de fato*, nos arts. 16 e 17 do Código Penal de 1940 em sua redação original.¹²⁰

O erro de direito não tinha o condão de afastar a responsabilidade penal do agente acarretando, apenas, a possibilidade de reconhecimento de causa atenuante de pena (art. 48, III, do CP), desde que a ignorância ou errada compreensão da lei fosse escusável.

Contudo, no tocante às contravenções penais, optou o legislador por previsão mais benéfica ao réu, já que o art. 8.º da Lei de Contravenções Penais estipula que “no caso de ignorância ou errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada”.

Já o erro de fato aproximava-se da figura do erro de tipo, atualmente previsto no Código Penal brasileiro. Assim, diferentemente do erro de direito, possibilitava a isenção de pena do agente.

Com a reforma penal de 1984, o erro de tipo passou a ser expressamente previsto no art. 20 do Código Penal, como segue: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso, “entende-se por erro a *falsa representação da realidade*. O agente supõe realidade diversa da que efetivamente existe”.¹²¹

¹²⁰ Art. 16. A ignorância ou errada compreensão da lei não eximem de pena. Art. 17. É isento de pena quem comete o crime por erro quando ao fato que o constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima.

¹²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – A nova parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 182.

No direito penal, o erro cometido pelo indivíduo pode vir a afastar a tipicidade da conduta do agente, sendo necessária a análise das circunstâncias do caso concreto para avaliar-se se o equívoco mencionado é idôneo a excluir o caráter criminoso da conduta.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, “erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal”.¹²² Pela análise do art. 20 do Código Penal, tem-se que o reconhecimento do erro de tipo sempre exclui o dolo permitindo, contudo, a punição por crime culposos, sendo regra no ordenamento jurídico brasileiro a punição a título de dolo, subsistindo a reprimenda por culpa apenas e tão somente quando a lei expressamente assim o dispuser.

Em tendo sido excluído o dolo, é preciso, segundo Guilherme de Souza Nucci,

“verificar se o erro havido não derivou de desatenção ou descuido indevido do agente. Se todos têm o dever de cuidado objetivo, até mesmo para cometer erros é imprescindível analisar se não houve infração a tal dever. Caso o agente tenha agido com descuido patente, merece ser punido pelo resultado danoso involuntário a título de culpa.”¹²³

Menciona o autor a existência de erro de tipo *escusável ou inevitável* e erro de tipo *inescusável ou evitável*.

Na primeira modalidade, o agente incorre em erro que tem o condão de afastar tanto o dolo quanto a culpa, por tratar-se de situação ensejadora de erro, sendo, portanto, inevitável.

Na segunda situação, em que pese a exclusão do dolo, o agente poderá ser responsabilizado a título de culpa considerando-se que o resultado danoso poderia ter sido evitado mediante razoável cautela.

6.5 Erro essencial e erro accidental

No erro de tipo essencial, o agente se equivoca sobre elemento relevante do tipo penal. Esse erro, consoante o afirmado, poderá ser vencível ou invencível. Se for vencível, ou seja, evitável, será excluído o dolo, permanecendo a punição a título de culpa, caso

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 446.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado** – Versão compacta. São Paulo: RT, 2009, p. 154.

exista expressa previsão de crime culposo. Por outro lado, se invencível, ou seja, inevitável, afastável será tanto o dolo quanto a culpa.

O erro de tipo accidental, **por sua vez**, refere-se a elementos secundários do tipo penal. Segundo Nucci, “o erro é accidental quando incide sobre qualidades dos elementos constitutivos do tipo, mas que não tem o condão de afastar o dolo, pois o bem jurídico protegido continua em exposição”.¹²⁴

Assim, nas hipóteses de erro accidental, o comportamento equivocado do agente apresentará consequências jurídicas, dentre as quais, contudo, não se inclui o afastamento de sua tipicidade.

Impende mencionar o erro sobre a pessoa, previsto no art. 20, § 3.º, do Código Penal. Ocorre o mesmo quando o agente pretende atingir determinada pessoa vindo, no entanto, a atingir outra, em flagrante ocorrência de erro de identidade da vítima. Nesse caso inexistirá isenção de pena considerando-se, de acordo com o que reza o art. 20, § 3.º do Código Penal, as condições ou qualidades da pessoa contra quem o agente pretenderia praticar o crime.

Outra hipótese de erro de tipo accidental configura-se quanto ao erro na execução (*aberratio ictus*), circunstância em que o agente, em que pese não errar acerca da identidade da vítima, erra em relação ao alvo. Assim como no erro sobre a pessoa, consideram-se aqui as qualidades da pessoa que se pretendia atingir.

Cumprе notar que as hipóteses de erro de tipo accidental não têm o condão de afastar nem diminuir a responsabilidade criminal do agente, vez que recaem sobre elementos secundários do tipo penal.

6.6 Efeitos jurídicos de seu reconhecimento

Delimitadas as principais características inerentes ao erro de tipo, cumpre destacar os efeitos jurídicos do seu reconhecimento no caso concreto.

Para tanto, urge desenvolver-se alguns tópicos acerca do conceito analítico de crime e seus elementos formadores destacando-se, desde logo, que a doutrina não é unânime em acatar sobredito conceito.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 342.

Na análise do conceito analítico de crime ressaltam-se as visões *bipartida*, *tripartida* e *quadripartida*.

Para os defensores da teoria bipartida, o crime é sinônimo de fato típico e ilícito, funcionando a culpabilidade como pressuposto para a aplicação da pena.

Diferentemente da primeira, a teoria tripartida insere a culpabilidade dentro dos elementos formadores do delito, e não como um mero pressuposto da sanção penal.

Segundo a posição de Guilherme de Souza Nucci,

“não se pode acolher a concepção bipartida, que se refere ser o delito apenas um fato típico e antijurídico, simplificando em demasia a culpabilidade e colocando-a como mero pressuposto da pena (...). Assim sendo, haveríamos de considerar criminoso o menor de 18 anos simplesmente porque praticou um fato típico e antijurídico ou aquele que, sob coação moral irresistível fez o mesmo (...). Ora, se não se pode reprovar a conduta desses agentes, porque ausente a culpabilidade (seja por inimputabilidade, seja por falta de consciência potencial de ilicitude, seja ainda por ausência de exigibilidade de conduta conforme o direito), é incabível dizer que são *criminosos*, mas que deixam apenas de receber pena.”¹²⁵

Por fim, vale menção à teoria quadripartida que inclui a punibilidade como elemento formador do crime, a qual teve em Basileu Garcia um de seus grandes defensores.

Na visão do citado autor, “o coeficiente pena não pode ser omitido. *Não havendo crime sem que lhe seja cominada pena, a ideia da punibilidade é essencial à conceituação*”.¹²⁶

Adotando posição contrária, Guilherme de Souza Nucci afirma que “dizer que não há crime *sem ameaça de pena* é uma realidade, mas não por conta da punibilidade – possibilidade efetiva de que o Estado faça valer a sanção penal. A pena em abstrato está prevista no tipo penal incriminador e não na punibilidade”.¹²⁷

A corrente atualmente majoritária é a *tripartida*, que considera crime o fato *típico*, *ilícito* e *culpável*. Dos três elementos destacados, aquele que mais apresenta interesse é a tipicidade, elemento referente ao erro de tipo.

Fato típico é aquele previsto em lei como criminoso. Como se sabe, o direito penal é norteado por importantes princípios, dentre os quais o da legalidade ou da reserva legal

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 161.

¹²⁶ GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 197. v. 1, t. I

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 4. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 163.

significando que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal.

Este primeiro elemento formador do crime é composto pela *conduta* criminosa que gera um *resultado* sendo imperiosa a existência de *nexo de causalidade* entre os dois elementos. Por fim, há que existir *tipicidade*, ou seja, encaixe perfeito entre o fato concreto e a norma penal abstrata realizando, característico do fenômeno da subsunção.

Adota o Código Penal brasileiro orientação finalista. Dessa forma, de acordo com Hans Welzel,

“a ação humana é exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento *final* e não puramente *causal*. A *finalidade*, o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua conduta (...). A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é resultante causal da constelação de causas existente em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica – ‘*vidente*’, e a causalidade ‘*cega*’.”¹²⁸

Sob a ótica finalista, o dolo e a culpa não se encontram na culpabilidade como sustentava a teoria causal da ação mas, em verdade, no próprio fato típico, vez que integradores da conduta humana.

Entende-se por conduta humana toda *ação ou omissão, dolosa ou culposa, consciente e voluntária, dirigida a uma finalidade*.

O erro de tipo sempre excluirá o dolo, permitindo a punição por crime culposos quando a lei assim dispuser.

Inevitável considerar que o reconhecimento do erro de tipo invencível apresenta natureza jurídica de causa excludente de tipicidade, uma vez que, afastados dolo e culpa, afastada estará a própria conduta, elemento integrante e indispensável da tipicidade penal. Não é outra a lição de René Ariel Dotti, para o qual

“a atipicidade como consequência do erro de tipo decorre logicamente do modelo finalístico adotado por nosso CP: se o dolo abarca a intenção de praticar os elementos objetivos do tipo penal, quem os desconhece não tem dolo. Portanto, sua conduta sofre de atipia por ausência de elemento subjetivo.”¹²⁹

Por fim, vale destacar que sob a ótica causalista o efeito jurídico se mostraria diferente, tendo em vista que referida corrente estuda o elemento subjetivo do delito (dolo

¹²⁸ WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001, p. 27.

¹²⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 392.

e culpa) no contexto da culpabilidade, e não do fato típico. Assim, adotando-se o ponto de vista causalista, o reconhecimento do erro de tipo teria o condão de excluir a culpabilidade do agente, mantendo-se intacta sua tipicidade.

6.7 O erro de tipo e o crime de estupro de vulnerável

A criação do tipo penal do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) tornou mais rígida a atuação do Estado frente à prática de relações sexuais com determinadas pessoas, situação adrede tratada sob a forma da presunção de violência.

Para parte da doutrina, o contexto atual dos crimes sexuais sepultou antiga discussão acerca da natureza jurídica da presunção de violência. Em que pese posicionamento ora voltado ao transporte do cenário do conceito de vulnerabilidade, a verdade é que a atual abordagem se mostra, efetivamente, mais rígida do que a anterior.

A análise da conduta descrita no art. 217-A, do Código Penal conduz a comportamentos que, de fato, merecem rígida sanção estatal. Nesse contexto situam-se a prostituição infantil, as condutas relacionadas à pedofilia e outras tantas de igual repercussão social.

Não há que olvidar-se a impossibilidade encontrada pelo legislador em disciplinar todo o plexo de comportamentos humanos, razão pela qual sobreleva-se em importância a atuação do magistrado voltada a interpretar determinada conduta, enquadrando-a nas previsões abstratas da lei penal incriminadora.

No que tange ao erro de tipo, o agente poderá equivocar-se em relação a algum relevante componente do tipo penal e, a depender da amplitude do erro, poderá ter sua conduta excluída, eximindo-se de responsabilização pelo crime.

Define-se o crime do art. 217-A do Código Penal pela prática de *conjunção carnal* ou de outro *ato libidinoso* com *menor de 14 anos*, com alguém *enfermo* ou *deficiente mental*, que não possua o *necessário discernimento* para a prática do ato, assim como com alguém que, *por outra causa*, não possa oferecer resistência.

Elencados os elementos que componentes do tipo penal, torna-se imperiosa a verificação do erro de tipo.

O ser humano se desenvolve em ritmos e condições diversas, sendo impossível considerar que todos os indivíduos menores de 14 anos terão aparência e compleição física

demonstrativa de sua faixa etária. Com frequência, pessoas menores de 14 anos apresentam desenvolvimento físico precoce, aparentando pertencer a mais avançada faixa etária.

Nesse contexto, o erro de tipo assume significativo relevo como causa excludente da tipicidade nos crimes sexuais, em face da severa postura do Estado diante da prática de atos sexuais com pessoas dotadas de vulnerabilidade.

Assim, caso um indivíduo pratique relações sexuais com pessoa menor de 14 anos cuja aparência seja indicativa de maior idade, a identificação de erro de tipo mostrar-se-á inequívoca, já que *in casu* o agente não teria como superar seu erro de interpretação da realidade.

Em determinadas circunstâncias, por certo, o erro apresentar-se-á inevitável, hipótese em que será afastada a conduta criminosa tornando atípico o comportamento do indivíduo.

6.8 Erro de proibição: conceito e previsão legal

O erro de proibição também foi insculpido no Código Penal brasileiro com a reforma da Parte Geral ocorrida em 1984, por intermédio da Lei 7.209/84.

Antes da referida modificação, o Código Penal contemplava a figura do erro de direito, ainda em vigor em sede de Contravenções Penais. Ver-se-á que a previsão ora existente afigura-se mais ampla em relação à anterior ensejando, inclusive, isenção de pena.

O erro de proibição encontra-se expresso no art. 21 do Código Penal.¹³⁰ A distinção em relação ao erro de tipo é evidente, uma vez que neste último o equívoco ocorre em relação a determinado elemento do tipo penal, ao passo que no erro de proibição o agente se engana em relação ao *conteúdo* da norma penal, isto é, ao próprio caráter ilícito do fato por ele praticado. Definindo o erro de proibição, Cezar Roberto Bitencourt expõe que este

“incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta, quando, na realidade, ela é ilícita. O objeto do erro não é, pois, nem a lei,

¹³⁰ Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.

nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. *O agente supõe permitida a conduta proibida.*¹³¹

Em que pese o próprio art. 21 sustentar que o desconhecimento da lei é inescusável, o Código Penal prevê a incidência de causa atenuante nessas hipóteses (art. 65, II, CP). Assim, o desconhecimento da lei não afasta a responsabilidade penal, mas autoriza a incidência de agravante genérica na segunda etapa do critério trifásico de aplicação da pena.

Por mais contraditória que essa previsão legal possa parecer, acredita-se que num país de dimensões continentais como o Brasil, onde o número de leis cresce a cada dia, o reconhecimento de atenuante seja adequado, desde que respeitado o princípio da razoabilidade.

Dessa forma, o erro de proibição não versa sobre desconhecimento da lei, mas sobre erro no tocante ao seu conteúdo normativo.

Tanto quanto ocorre no erro de tipo, o erro de proibição poderá ser *vencível* ou *evitável*, quando o equívoco em que incorre o agente poderia ter sido superado caso esse adotasse maior cautela. Por outro lado, o erro será *invencível* ou *inevitável*, quando inexigível resultado diferente em uma dada situação.

6.9 Efeitos jurídicos de seu reconhecimento

Como visto, o erro de tipo inevitável exclui o dolo e a culpa do agente, ao passo que o erro evitável sempre exclui o dolo permitindo, contudo, a punição a título de culpa, caso haja previsão de forma culposa para o delito.

No tocante ao erro de proibição, os efeitos jurídicos do seu reconhecimento afiguram-se distintos.

Em se tratando de erro de proibição vencível, a responsabilidade criminal do agente não será afastada sendo, contudo, diminuída de 1/6 a 1/3. Já no caso de erro de proibição

¹³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 447.

invencível, a culpabilidade do agente será afastada, em razão da exclusão de um de seus elementos formadores, qual seja, a potencial consciência de ilicitude.

Como vimos, o conteúdo do erro de proibição era tratado como simples atenuante antes da reforma penal de 1984 (antigo erro de direito). Significativa a mudança, uma vez que em determinadas circunstâncias o sujeito não teria condições de imaginar o caráter ilícito de seu comportamento, mostrando-se adequada a exclusão de sua culpabilidade que, de acordo com a teoria tripartida, caracteriza um dos elementos formadores do conceito analítico de crime.

6.10 O erro de proibição e o crime de estupro de vulnerável

O novo regramento penal acerca das pessoas consideradas vulneráveis se mostra efetivamente mais rigoroso do que o anterior ao advento da Lei 12.015/09.

De fato, o reconhecimento do erro de tipo pode ser importante instrumento tendente a afastar a conduta criminosa do indivíduo, posto que o agente pode errar em relação a elementos componentes do tipo penal, tal como a idade inferior a 14 anos.

Impende ressaltar que a hipótese de erro de tipo mostra-se mais plausível que a de erro de proibição, tendo em vista que o equívoco relacionado aos elementos do tipo seria de mais simples verificação do que o erro em relação à própria ilicitude do comportamento.

Acredita-se, destarte, que a possibilidade de reconhecimento do erro de proibição no contexto do estupro de vulnerável não deva ser totalmente ignorada já que, a despeito de sua dificuldade de verificação, não configura situação insuscetível de análise pelo magistrado.

Sendo o Brasil um país de dimensões continentais marcado pela desigualdade social e regional torna-se recorrente o desconhecimento do próprio teor da lei penal.

Os costumes regionais são contrastantes no país, destacando-se localidades em que a prática de determinados comportamentos mostra-se comum, ao passo que em outras caracteriza total excepcionalidade, de modo que se mostra impossível considerar uma uniformização de comportamento e de costumes sociais em um país como o Brasil

Imagine-se localidade significativamente afastada do centro urbano, onde

predominem costumes sociais transmitidos de geração em geração. Em regra, nesse ambiente a vida sexual e a gravidez ocorrem precocemente.

Nesse contexto, um indivíduo de 18 que mantenha relações sexuais com garota de 13 anos poderia ter o erro de proibição eventualmente reconhecido a seu favor. A depender do nível de desenvolvimento local e do acesso a informações, o magistrado poderá reconhecer o erro de proibição vindo, inclusive, a excluir-lhe a culpabilidade.

Entende-se a hipótese como de verificação mais restrita em relação ao erro de tipo. Contudo, tendo por base a diversidade de casos concretos, individualizadamente imprevisíveis pelo legislador, vislumbra-se possibilidade de reconhecimento do erro de proibição em um determinado caso concreto.

7. A IMPORTÂNCIA DO JULGADOR NOS DELITOS SEXUAIS. O PAPEL DA HERMÊUTICA E DA INTERPRETAÇÃO DA LEI PENAL

7.1 Introdução

O tema relativo a delitos sexuais mostra-se complexo acarretando expressiva repercussão social. No direito pátrio, a questão ganha relevo face às alterações introduzidas pela Lei 12.015/09 ensejando intensa atividade interpretativa.

Buscar-se-á destacar a necessidade de adequadamente interpretar-se a vulnerabilidade prevista no art. 217-A do Código Penal de maneira a admitir-se a produção de prova em contrário permitindo ao magistrado, mediante análise do caso concreto, proceder ao efetivo enquadramento da conduta aos rigorosos ditames da lei penal.

Defender tal possibilidade não implica considerar enfrentamento insuficientemente rigoroso por parte da lei penal posto que, no tocante à exploração, abuso e violência sexual contra o menor de idade, a Lei 12.015/09 nada mais fez do que atender a mandado expreso de criminalização contido na Constituição da República.

Nesse sentido, assume significativo relevo a tarefa de interpretação a ser realizada. É bem verdade que a tarefa interpretativa não incumbe apenas ao magistrado mas, no caso dos delitos sexuais, a análise do caso concreto será de fundamental relevo para a adequada interpretação da lei penal, tarefa essa de atribuição do juiz de direito. Segundo Maria Helena Diniz,

“a norma contém, em si, um generalidade, procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos. De modo que essa abstração de norma, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo um antagonismo entre normas jurídicas e fatos.”¹³²

De fato, entre o conteúdo disciplinado abstratamente na norma e sua aplicação ao caso concreto existe, muitas vezes, uma necessária atividade interpretativa, tarefa que o magistrado deverá exercer com extrema cautela, principalmente no tocante à aplicação de leis penais, naturalmente mais invasivas à liberdade do indivíduo.

Assim, procurar-se-á estabelecer os principais aspectos relativos aos métodos de interpretação para, posteriormente, definir-se a melhor postura a ser adotada pelo

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418.

magistrado ao interpretar a lei penal diante de caso concreto envolvendo o novo crime de estupro de vulnerável.

7.2 *Hermenêutica e interpretação do direito*

A princípio, impõe-se a distinção entre os conceitos de hermenêutica e interpretação. O recorrente tratamento de ambas como sinônimas resulta inteiramente equivocado.

A hermenêutica pode ser apontada como a ciência que busca estudar e sistematizar os princípios e métodos a serem utilizados na tarefa interpretativa da norma jurídica. Assim, não se vincula a caso específico, operando-se em campo preliminar e abstrato, que visa fornecer os instrumentos interpretativos posteriormente utilizados pelo magistrado.

Conceito distinto aplica-se à interpretação do direito, uma vez que essa se dá diante de um caso concreto. Nas palavras de André Ramos Tavares,

“a interpretação do Direito é a operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições (enunciados) com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, *em face de um caso concreto* (real ou hipotético).”¹³³ (destacamos).

Observe-se que, enquanto a hermenêutica se estrutura de maneira abstrata, a interpretação se dá diante de caso concreto o qual, em virtude de suas particularidades, exige do magistrado a criteriosa tarefa de extrair da lei o real conteúdo e finalidade. Pontifica Carlos Maximiliano que

“o erro dos pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, – Interpretação. *Esta é a aplicação daquela*; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.”¹³⁴ (destacamos).

Como ciência que visa estudar e sistematizar instrumentos idôneos à tarefa de interpretar o direito, a hermenêutica elenca diferentes métodos de interpretação, mostrando-se necessária a delimitação de seu conteúdo para possibilitar a definição da postura mais adequada a ser tomada pelo magistrado quando da interpretação do caso concreto.

¹³³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 100.

¹³⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010, p. 1.

É indiscutível o caráter complementar dos métodos de interpretação, uma vez que a utilização de um não afasta o emprego de outros. Contudo, buscar-se-á apontar caminhos interpretativos mais adequados ao contexto dos delitos sexuais, especialmente no tocante à interpretação do crime de estupro de vulnerável.

7.3 Métodos de interpretação

A doutrina elenca vários métodos de interpretação do direito, sendo importante destacar que sua pluralidade não conduz à utilização de uns em detrimento de outros. Nada obsta que o magistrado se valha da combinação de métodos para atingir a resposta adequada à prestação de tutela jurisdicional eficiente.

7.3.1 Método gramatical ou literal

Pelo método gramatical ou literal, o intérprete leva em consideração a lei exatamente da forma como foi redigida baseando-se, portanto, na pontuação e na forma como as palavras estão colocadas.

No caso dos delitos sexuais, considera-se insuficiente a interpretação literal, devendo o magistrado valer-se da contribuição de outros métodos interpretativos. Segundo a lição sempre precisa de Fernando Capez,

*“a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social.”*¹³⁵ (destacamos).

Por vezes, a interpretação meramente literal induz a conclusões apartadas da finalidade da lei em reprimir condutas que efetivamente violem o bem jurídico-penal.

Consoante o anteriormente exposto, o crime de estupro de vulnerável possibilita a produção de prova em contrário, tornando a interpretação gramatical insuficiente para a solução de problemas interpretativos no contexto dos delitos sexuais.

Com sua criação, o legislador ordinário buscou atender de maneira eficiente ao mandado de criminalização previsto no art. 227, § 4.º, da Constituição da República.

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 25-26.

Entenda-se que o rigor estabelecido por suas normas não deve ser aplicado a toda e qualquer situação fática mas, apenas, àquelas que efetivamente representem grave violação à dignidade sexual da criança e do adolescente.

Considere-se que, a despeito de apresentar relevo, o método literal não está apto a solucionar isoladamente questões interpretativas que envolvam o crime de estupro de vulnerável, sendo necessário recorrer a métodos mais abrangentes.

7.3.2 Método lógico

Constitui método de interpretação que visa alcançar a lógica e a harmonia entre as normas componentes do ordenamento jurídico, considerado como um todo unitário e harmônico.

A interpretação isolada de uma norma é equívoco afastável pela utilização de métodos como o lógico e o sistemático.

7.3.3 Método histórico

A busca pela intenção que norteou o legislador quando da elaboração da lei pode auxiliar na tarefa de extrair-se o real conteúdo da norma jurídica. Segundo Dimitri Dimoulis,

“esse método vai além da interpretação das palavras empregadas no texto da norma. Busca a vontade do legislador histórico, ou seja, as intenções que ele tinha quando estabeleceu determinado regulamento. A interpretação histórica baseia-se, em primeiro lugar, no estudo das discussões parlamentares na época da elaboração da lei, dos anteprojetos da lei e da exposição de motivos que, em muitos casos, acompanha as leis de certa relevância a procura explicar suas finalidades.”¹³⁶

De fato, os métodos de interpretação são complementares entre si, sendo importante analisar o contexto histórico em que ocorreu a edificação de um determinado diploma legal, sendo a referida constatação totalmente aplicável ao presente momento, uma vez que a mera interpretação literal da norma penal não se mostra suficiente para extrair o conteúdo exato do crime de estupro de vulnerável.

¹³⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução do estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, pp. 148-149.

7.3.4 Método sistemático

O ordenamento jurídico deve ser encarado como um todo unitário e harmônico, sendo a subdivisão em ramos utilizada apenas e tão somente para fins didáticos.

Para Dimitri Dimoulis,

“a interpretação sistemática objetiva *integrar e harmonizar* as normas jurídicas considerando-as como um conjunto. 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. Com efeito, não é possível entender a maioria das disposições jurídicas sem analisar o direito como um todo.”¹³⁷

Resta incontestado que a interpretação que considera as demais disposições do ordenamento jurídico pode obter resultado mais condizente com os princípios estruturais do ordenamento jurídico.

7.3.5 Método teleológico

A interpretação teleológica constitui método de especial relevância, voltado à busca da finalidade para a qual a norma foi editada. Nesse contexto, torna-se imperioso destacar os fins para os quais se edificou a norma penal, uma vez que o legislador visou atender a mandado expresso de criminalização contido no art. 227, § 4.º, da Constituição Federal.

Aqui, segundo Dimitri Dimoulis,

“o intérprete busca a finalidade social das normas jurídicas, tentando propor uma interpretação que seja conforme critérios e exigências atuais. O raciocínio é o seguinte: ao criar a Lei, o legislador pretendia tutelar determinados bens interesses ou bens e alcançar certas finalidades. Se entre a criação da lei e o momento atual houve mudanças sociais, devemos aplicar a norma após termos identificado qual seria a vontade do mesmo legislador se ele legislasse em nossos dias.”¹³⁸

No contexto dos crimes contra a dignidade sexual, especialmente no tocante ao estupro de vulnerável, a busca pela finalidade almejada pelo legislador presta indiscutível auxílio à compreensão do exato alcance do comportamento típico.

Questiona-se se o legislador pátrio voltar-se-ia à proibição da prática de relações sexuais envolvendo todas as pessoas consideradas vulneráveis ou à proteção dessas pessoas em relação a práticas criminosas como a prostituição infantil.

¹³⁷ **Idem**, p. 148.

¹³⁸ **Idem**, pp. 149-150.

Trata-se de questionamento de importância ao alcance da norma penal, compreensão que se mostra dificultosa por intermédio unicamente do método literal de interpretação. Conforme ensinamento de Carlos Maximiliano,

“toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objeto ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíam a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.”¹³⁹

Em verdade, o método teológico constitui parâmetro indispensável para a exata compreensão do alcance da norma contida no art. 217-A, do Código Penal. Como dito, os métodos interpretativos não se excluem. Todavia, acredita-se que o presente método seja o mais adequado à exegese do crime de estupro de vulnerável.

A busca pela finalidade que norteou o legislador deve ter como resposta o atendimento ao mandado de criminalização do art. 227, § 4.º, da Constituição. Assim, os fins da norma penal relacionam-se à severa repressão aos casos de abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente sendo certo, portanto, que o rigor da lei não se estende a toda e qualquer relação sexual com as pessoas assim descritas.

Entende-se que o magistrado não deva olvidar-se do método teleológico voltado ao entendimento do alcance da norma penal incriminadora, caso pretenda afastar-se da possibilidade de cometimento de injustiça na prestação da tutela jurisdicional.

7.3.6 Método popular

Trata-se de método interpretativo que leva em consideração a vontade popular expressada mediante *plebiscito, referendo e iniciativa popular*.

A Constituição Federal, em seu art. 1.º, parágrafo único, dispõe que *toda o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*.

Do citado dispositivo constitucional, pode-se extrair que, dentro da Ordem Constitucional brasileira, o povo exercerá poder de forma indireta, quando o fizer por meio de representantes eleitos ou de forma direta, através do plebiscito, referendo e da iniciativa popular.

¹³⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010, p. 124.

Contudo, vale ressaltar que, embora o Texto Constitucional consagre esses instrumentos de manifestação direta do Poder pelo povo, sua efetivação prática configura-se residual e utilizada em escassas oportunidades ao longo do período de vigência da Constituição de 1988.

Reporte-se à sua utilização em 2005 voltada à previsão normativa do Estatuto do Desarmamento que, em seu art. 35, estabeleceu ser “proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6.º desta Lei”. Contudo, o parágrafo único do mesmo dispositivo condicionou sua entrada em vigor à aprovação mediante referendo popular realizável em outubro do mesmo ano.

Nessa oportunidade, a ampla maioria da população rejeitou a proibição veiculada no art. 35 de sorte que a comercialização de arma de fogo e munição continua a ser permitida no país, em que pese o rígido controle realizado pelo Poder Público.

7.3.7 Método doutrinário

Diz respeito à interpretação realizada pela doutrina, uma das primeiras a se manifestar acerca de tema gerador de controvérsia no mundo jurídico.

A jurisprudência, em regra, leva período de tempo mais longo para se manifestar acerca de alteração legislativa. Nessas situações, a interpretação doutrinária costuma servir de importante ferramenta para o correto entendimento de determinada norma.

7.3.8 Método evolutivo

Por se tratar de fenômenos em constante evolução, o direito deve ser permanentemente reinterpretado, sendo insuscetível de interpretação apartada da evolução social.

Por vezes, o conteúdo de determinada lei passa a ser interpretado diferentemente inobstante a ausência de alteração no texto da lei.

Deve-se o fenômeno, principalmente, ao caráter dinâmico do direito impondo-se permanente adequação das leis ao estágio de desenvolvimento social.

Em sede constitucional, o fenômeno em comento caracteriza a chamada *mutação constitucional*. Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco

“o estudo do poder constituinte de reforma instrui sobre o modo como o Texto Constitucional pode ser formalmente alterado. *Ocorre que, por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que suas palavras hajam sofrido modificação alguma.* O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em *mutação constitucional*.”¹⁴⁰ (destacamos).

Todavia, a interpretação evolutiva não se restringe apenas aos dispositivos da Constituição, sendo possível sua verificação no contexto da legislação ordinária.

O Código Penal brasileiro, a despeito de sua elaboração na década de 1940 mantém vigentes muitos de seus dispositivos até os tempos atuais.

Inconteste, porém, que a norma elaborada em 1940 terá diferente significado na sociedade atual. Reitere-se que, a despeito da lei penal permanecer intacta, a alteração de sua forma de interpretação é recorrente.

Considere-se o crime de *escrito ou objeto obsceno*, previsto no art. 234, do Código Penal.¹⁴¹

Trata-se de delito inserido no título dos crimes contra a dignidade sexual representativo de clara manifestação de mudança interpretativa inobstante a ausência de alteração legal.

De acordo com o que reza a lei, o indivíduo que tiver sob sua guarda, para fim de comércio, qualquer escrito, desenho, pintura ou objeto obsceno estará sujeito a pena de detenção, de 6 meses a 2 anos, ou multa.

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: 2009, p. 263.

¹⁴¹ Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem: I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

Mediante interpretação meramente literal do disposto no tipo penal, o fato a ser constatado seria o enquadramento na norma abstrata de uma série de condutas pacificamente aceitas pela sociedade. Assim, proprietários de *sex shop*, bancas de revista, e outros que comercializem material de cunho erótico deveriam ser enquadrados nas disposições da lei penal.

Se em determinados momentos da sociedade brasileira referidas condutas eram contundentemente rechaçadas, atualmente seria absurdo defender a punição penal de grande parte delas.

De acordo com o princípio da adequação social, a conduta socialmente aceita não deve ser considerada criminosa, sendo de rigor reconhecer a mudança interpretativa sofrida pelo art. 234, do Código Penal.

Na visão de Guilherme de Souza Nucci o tipo penal em questão

“fere, sobretudo, outras normas e princípios constitucionais, como a liberdade de expressão, especialmente no formato artístico, bem como a liberdade de comunicação social, sem qualquer tipo de censura (...). Em suma, a Constituição Federal em nenhum ponto proíbe ou mesmo menciona a *obscenidade*, mormente a que estiver voltada a aspectos de manifestação artística. Objetos e escritos eróticos (ou mesmo pornográficos) poderiam ser considerados *obscenos*? Por certo, alguns erotofóbicos prontamente diriam, sempre, que sim. Porém, eles não constituem a maioria da sociedade e não espelham a naturalidade com que o amor sexual, quando exercido livremente pela pessoa adulta, deve ser encarado na atualidade. *Aliás, se tal conteúdo (erótico ou pornográfico) pudesse ser considerado obsceno, qualquer proprietário de uma sex shop, loja que comercializa tais produtos, abertamente, recolhendo impostos aos cofres públicos, deveria ser preso e processado como incurso no art. 234 do Código Penal.*”¹⁴² (destacamos).

O raciocínio até aqui desenvolvido serve para justificar a insuficiência do método gramatical para, de forma isolada, interpretar a lei penal. É verdade que a análise literal da lei tem importância sendo necessário, contudo, buscar o auxílio de outros métodos interpretativos para a consecução do resultado esperado.

7.4 A importância do julgador nos delitos sexuais e os métodos de interpretação

Por todo o exposto, acredita-se possível chegar a importantes conclusões acerca do delito de estupro de vulnerável ressaltando-se o relevo do julgador em face dos delitos sexuais, principalmente no que diz respeito ao crime tipificado no art. 217-A do Código Penal.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado** – Versão compacta. São Paulo: RT, 2009, pp. 857-858.

A interpretação literal do crime de estupro de vulnerável pode conduzir a conclusões inadequadas diante de outras normas e princípios do ordenamento jurídico.

A abordagem dos principais aspectos da hermenêutica jurídica procurou demonstrar que o exegeta não deve restringir-se à utilização de um único método interpretativo devendo buscar a colaboração de outros métodos que auxiliem à obtenção da correta interpretação da norma jurídica.

Nesse contexto, o método literal afigura-se insuficiente ao alcance de razoável interpretação.

O delito de estupro de vulnerável sujeita o agente a pena variável de 8 a 15 anos de reclusão, reprimenda consagradora de rígida postura protetiva da dignidade sexual da pessoa por lei considerada merecedora de tutela especial.

Atualmente, pode-se verificar considerável aumento de determinadas formas de criminalidade, tais como a exploração da prostituição infantil e juvenil. No mesmo sentido vislumbra-se mandado de criminalização¹⁴³ visando reprimir o abuso e a exploração sexual do menor.

Assim, a vulnerabilidade estabelecida pela lei penal deve ser interpretada de forma *relativa*, de modo a admitir a possibilidade de produção de prova em sentido contrário.

A norma jurídica não pode ser encarada como esquema definitivo a ser aplicado a todo e qualquer caso. Em verdade, a interpretação jurídica é de essencial importância para que o magistrado possa solucioná-lo da maneira mais justa.

Para Maria Helena Diniz,

“interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos. Devido aos motivos já mencionados – vaguidade, ambiguidade do texto, imperfeição e falta de terminologia técnica, má redação – o magistrado, a todo instante, ao aplicar a norma ao caso *sub judice*, a interpreta, pesquisando o seu significado. Isto é assim porque a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social. Interpretar é, portanto, explicar, esclarecer, dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão.”¹⁴⁴

¹⁴³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 4.º A lei punirá *severamente* o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. (destacamos).

¹⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426.

Definido o carácter relativo da vulnerabilidade, inarredável considerar que a interpretação literal mostra-se insuficiente à análise do caso concreto impondo-se criterioso estudo das circunstâncias fáticas para efetivamente demonstrar-se a real intenção do legislador.

Entenda-se que a intenção do legislador voltou-se à efetiva repressão de formas de criminalidade evidentemente gravosas, competindo ao magistrado a observação da sobredita finalidade quando da análise do caso concreto.

Por certo, ao julgador competirá papel fundamental na tarefa de interpretar o conteúdo da norma penal incriminadora prevista no art. 217-A do Código Penal. No cumprimento desse desiderato, acredita-se que o magistrado deva buscar desenvolver uma interpretação teleológica visando verificar os motivos que nortearam a criação do tipo penal incriminador.

O método sistemático também apresenta considerável relevância, sendo possível analisar o conteúdo proibitivo da norma em relação a princípios como a dignidade humana e a proporcionalidade, induzindo à conclusão de que o crime de estupro de vulnerável não deva prestar-se a reprimir toda e qualquer conduta, mas apenas a representativa de real violação ao bem jurídico-penal.

Conclua-se, pois, que o magistrado deverá valer-se de variados métodos interpretativos perante a análise do caso concreto. Todavia, não poderá deixar de privilegiar as interpretações teleológica e sistemática do direito ao proceder à subsunção do fato concreto à abstração da norma.

8. OS CRIMES SEXUAIS NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

A preocupação com os crimes sexuais não é exclusividade do direito penal brasileiro, sendo igualmente verificada nos ordenamentos jurídicos estrangeiros.

O estabelecimento das principais disposições existentes na legislação comparada serve de relevante instrumento à análise dos crimes contra a dignidade sexual, já que os ordenamentos jurídicos estrangeiros comumente contemplam situações ensejadoras de acalorada discussão no direito penal brasileiro.

Além disso, não há como negar que a preocupação com os menores de idade e com os portadores de vulnerabilidade seja característica marcante em grande parte das legislações mundiais.

Atualmente, a incidência de algumas formas de criminalidade tem aumentado consideravelmente, estando a prática de crimes sexuais contra pessoas vulneráveis inserida nesse grupo.

Desta forma, o estudo da forma pela qual os crimes sexuais são tratados na legislação comparada afigura-se como importante ferramenta visando pontuar previsões a respeito dispostas em outros ordenamentos jurídicos e compará-las com a realidade brasileira posterior ao advento da Lei 12.015/09.

8.1 *Argentina*

O Código Penal Argentino, em seu Título III, prevê condutas relacionadas aos crimes de cunho sexual definindo-as sob a rubrica “Delitos contra a Integridade Sexual”. No referido diploma, encontra-se disciplinada a matéria nos arts. 118 a 133, merecendo destacar algumas considerações.

Em primeiro lugar, vale mencionar a preocupação do legislador argentino em proteger a pessoa de menor idade contemplando, em diversos dispositivos, condutas típicas em face do menor de dezoito, dezesseis ou treze anos. Trata-se de posicionamento igualmente encontrado na legislação brasileira a partir do advento da Lei 12.015/09.

A título exemplificativo, o art. 119 do Código Penal argentino prevê a conduta daquele que abusa sexualmente de pessoa – tanto o homem quanto a mulher – quando esta for *menor de treze* anos, ou quando, mediante violência ou ameaça, se prevaleça de uma

relação de dependência, autoridade ou poder, aproveitando-se do fato de não ter podido a vítima, livremente, exprimir sua vontade.¹⁴⁵

Além da mencionada conduta, o Código argentino contempla uma série de qualificadoras para o crime em questão. Mencione-se, a respeito, a sanção mais rígida, variável de oito a vinte anos, imputável à conduta cometida por ascendente, descendente, afim em linha reta, irmão, tutor, curador, dentre outros agentes que, por suas próprias características, conduzem à necessidade de punição mais rigorosa.

Ao longo dos dispositivos que tratam da questão sexual, o Código Penal argentino aborda questões igualmente incidentes no Brasil, tais como a corrupção de menores e a exploração da prostituição alheia.

Assim, a lei penal argentina pune com sanção de três a dez anos a conduta daquele que promove ou facilita a corrupção de menores de 18 anos, embora com o consentimento da vítima. Quando a vítima for menor de 13 anos, a conduta se torna qualificada, sendo sancionada com pena de seis a quinze anos (art. 125).

O menor de 18 anos é protegido contra a exploração da prostituição, ainda que a conduta tenha sido praticada mediante consentimento. Da mesma forma verificada na corrupção de menores, qualifica-se a pena quando a conduta praticar-se contra menores de 13 anos.

Por fim, impende destacar o conteúdo do art. 124 do diploma penal argentino. Referido dispositivo preceitua que *“Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida”*.

Como anteriormente abordado, os mencionados arts. 119 e 120 tratam dos principais delitos relacionados ao abuso sexual e à conjunção carnal. Assim sendo, quando as condutas previstas acarretarem morte da vítima, a Lei Argentina comina sanção máxima, qual seja, a pena perpétua.

Trata-se de tema que desperta acaloradas discussões constituindo-se, ao lado da pena de morte, em assunto dos mais discutidos em matéria penal.

Estabelecendo necessária comparação, urge considerar que a Constituição Federal

¹⁴⁵ Redação original: “Art. 119. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años, el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

prevê expressamente o princípio da humanização das penas o qual, por consequência lógica, restringe a aplicação de determinadas sanções, dentre as quais a de caráter perpétuo.

8.2 Uruguai

A questão relativa à presunção de violência nos crimes sexuais sempre foi intensamente discutida no Brasil. O principal ponto debatido diz respeito à natureza relativa ou absoluta de referida presunção, em que pese posição doutrinária e jurisprudencial vocacionada à relatividade.

Ainda no tocante à presunção, vale destacar que a revogação contida no art. 224 do Código Penal brasileiro, não superou a divergência ora contestada no âmbito da vulnerabilidade, conceito recentemente incorporado à nossa legislação.

Nesse sentido, mostra-se relevante a disposição trazida à lume pelo Código Penal uruguaio o qual, em seu art. 272,¹⁴⁶ prevê expressamente a possibilidade de produção de prova em contrário admitindo, portanto, a natureza relativa da presunção de violência nos crimes sexuais, sempre que a vítima tiver 12 anos completos.

Assim sendo, de acordo com o Código em exame, a presunção de violência terá natureza *absoluta* quando a vítima for menor de 12 anos sendo, por outro lado, *relativa* quando caracterizada referida idade.

Consideram alguns doutrinadores, que a reforma penal brasileira de 2009 perdeu a oportunidade de adotar semelhante postura equiparando conceitos existentes no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“A tutela do Direito Penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se trata de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). Desse modo, continuaremos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.”¹⁴⁷

Em que pese o respeitável posicionamento, acredita-se que o critério a ser adotado

¹⁴⁶ Art. 272. Violación. Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias y amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse. La violencia se presume cuando la conjunción carnal se efectúa: 1 – Con persona del mismo o diferente sexo, menor de quince años. *No obstante, se admitirá prueba en contrario cuando la víctima tuviere doce años cumplidos (...).* (destacamos).

¹⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 830.

não deva restringir-se à idade da pessoa, uma vez que a própria Constituição contempla mandado de criminalização acerca do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente.¹⁴⁸

Entende-se que o simples critério etário afigure-se insuficiente à efetiva delimitação da natureza absoluta ou relativa da vulnerabilidade. Diante de situações de exploração sexual da criança e do adolescente impõe-se a rigidez da lei penal e consequente verificação do caráter absoluto da vulnerabilidade previsto no art. 217-A, do Código Penal.

Por outro lado, situações concretas determinam que, a despeito da idade enquadrar-se nas descrições da norma, não seja impositiva a subsunção do fato à norma.

Além da supramencionada característica, o Código Penal uruguaio contempla outros pontos de interesse.

Dedica capítulo inteiro ao delito de rapto, o qual não mais ostenta previsão autônoma no direito brasileiro, em virtude das alterações da Lei 11.106/05.

No contexto dos crimes de rapto, urge destacar a utilização de alguns termos paulatinamente revogados pelo direito pátrio. Considere-se, a respeito, o disposto no art. 266 do diploma uruguaio:

“**Artículo 266.** (Rapto de mujer soltera mayor de dieciocho años, viuda o divorciada *honesta*) El que, con violencia, amenazas o engaños, sustrajere o retuviere, para satisfacer una pasión carnal o contraer matrimonio, a una mujer soltera, mayo de dieciocho años, a una viuda o a una divorciada, *honestas*, cualquiera fuera su edad, será castigado con pena de doce meses de prisión a cinco años de penitenciaría.” (destacamos).

Note-se que o Código Penal uruguaio ainda faz uso da expressão *mulher honesta* a qual, em acertada opção do legislador brasileiro, foi extirpada pela Lei 12.015/09.

Perceba-se, outrossim, que o diploma estrangeiro mantém a distinção entre estupro e atentado violento ao pudor.

O delito de corrupção de menores também encontra previsão legal no direito uruguaio consistindo na conduta daquele que, para satisfazer a própria lascívia, corrompe

¹⁴⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...) § 4.º. *A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.* (destacamos).

pessoa maior de 12 e menor de 18 anos. Destaque-se, ainda, a distinção existente entre os crimes de *violação* e *estupro* presente na legislação uruguaia.

Consoante já visto, o crime de violação sexual consiste na conduta de compelir pessoa, do mesmo ou do sexo oposto, mediante violência ou ameaça, a praticar conjunção carnal, ainda que o ato não atinja sua consumação. Trata-se de delito assemelhado ao crime de estupro previsto no direito brasileiro.

O delito de estupro no Código Penal uruguaio apresenta diferentes características previstas em seu art. 275. Para que haja tipicidade entre a conduta concreta e esse tipo penal, o agente deverá:

1. mediante promessa de casamento, praticar conjunção carnal com mulher *donzela*, menor de 20 e maior de 15 anos;
2. mediante simulação de casamento, praticar os mesmos atos com mulher *donzela* maior de 20 anos.

Perceba-se que o direito uruguaio ainda utiliza expressões que têm sido extirpadas do bojo do Código Penal brasileiro, demonstrando a legislação pátria maior adequação com a realidade atual.

Por fim, dentre outras condutas, pode-se destacar a tipificação do *incesto*, conduta que, a despeito de sua imoralidade, carece de previsão legal no direito pátrio.

Em legislações pretéritas, o direito penal brasileiro coibia referida prática – nas Ordenações Filipinas, a prática do incesto era punida com a pena de morte.

8.3 México

Importante, desde logo, mencionar a diferença estrutural existente entre o Código mexicano e o diploma penal brasileiro.

Com base em perfunctória análise do Código Penal mexicano, o estudioso do direito penal poderá perceber que muitas condutas que no Brasil são abordadas pela legislação extravagante são, no direito mexicano, tratadas pelo Código Penal.

No tocante aos delitos sexuais, referido Código, sob o Título “*Delitos contra la Libertad y el Normal Desarrollo Psicosexual*”, aborda condutas relevantes a este estudo.

Destaque-se, a princípio, a previsão de crime de assédio sexual,¹⁴⁹ uma vez que, ao elencar as atividades que autorizariam a imposição de sanção criminal, o legislador mexicano expressamente inseriu as atividades docentes.

A possibilidade de configuração de assédio sexual na relação entre aluno e professor é discutível no contexto brasileiro, sendo inadmissível para considerável parcela da doutrina. Afirmar Guilherme de Souza Nucci que

“o tipo penal foi bem claro ao estabelecer que o constrangimento necessita envolver superioridade hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Ora, o aluno não exerce emprego, cargo ou função na escola que frequenta, de modo que a relação entre professor e aluno, embora possa ser considerada de ascendência do primeiro no tocante ao segundo, não se trata de vínculo de trabalho.”¹⁵⁰

O Código Penal também tipifica comportamento consistente na prática de relações sexuais (vítima maior de 12 e menor de 18 anos), quando o consentimento para o ato for obtido por meio de engano da vítima, conduta que impõe sanção de três meses a quatro anos de prisão. (art. 262).

O crime de estupro previsto no art. 265 do Código Penal mexicano,¹⁵¹ sujeita o agente a pena variável de 8 a 14 anos. Nesse dispositivo, optou o legislador pela utilização do termo *cópula*, o qual compreende conjunção carnal, coito anal e oral, independentemente de ser a vítima. Assemelha-se à atual redação do Código Penal Brasileiro, que deixou de estabelecer distinção entre estupro e atentado violento ao pudor.

Outra relevante característica, encontrada em outros ordenamentos jurídicos alienígenas, diz respeito à existência de norma penal explicativa definindo o que vem a ser cópula, optando o legislador mexicano por considerar a introdução do membro viril por via vaginal, anal ou oral, independentemente do sexo da vítima. O mesmo dispositivo também enquadra no tipo penal a introdução de objetos no corpo da vítima, delimitações não

¹⁴⁹ Artículo 259 Bis. Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, *docentes*, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño. Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida. (destacamos).

¹⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 825.

¹⁵¹ Artículo 265. Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años. Para los efectos de este artículo, se entiende por cópula, la introducción del miembro viril en el cuerpo de la víctima por vía vaginal, anal u oral, independientemente de su sexo. Se considerará también como violación y se sancionará con prisión de ocho a catorce años, al que introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sea cual fuere el sexo del ofendido.

verificáveis no bojo do Código Penal brasileiro.

O art. 265 *bis* do Código mexicano contempla interessante prescrição prevendo a imposição da pena prevista no art. 265 (estupro), quando a vítima da conduta for a esposa ou a concubina do agente.

Recorrentemente questiona a doutrina pátria se a existência de débito conjugal autorizaria o homem a estuprar a mulher, em caso de recusa à prática de relações sexuais.

Trata-se de questionamento absurdo uma vez que, inobstante a previsão de débito conjugal, não há como conceber seu exercício por meio de crime de tamanha gravidade, cuidando-se de situação a ser resolvida no âmbito do direito civil.

Dentre outras muitas condutas tipificadas, vale a menção à presunção de violência em face daquele que pratica relação sexual com vítima menor de 12 anos de idade, mesmo sem violência real, de acordo com o art. 266, I, do Código mexicano. Reconheça-se que tal dispositivo encontra estreita relação com o disposto no art. 224 do Código Penal Brasileiro, recentemente revogado pela Lei 12.015/09.

Destaque-se, por fim, a criminalização do incesto pela lei mexicana,¹⁵² conduta não tipificada pelo legislador brasileiro.

8.4 Portugal

O Código Penal português trata da matéria relativa aos delitos sexuais nos arts. 163 a 179, sendo certo que importantes disposições legais guardam semelhança com a realidade atualmente contemplada pelo Código Penal brasileiro.

O Capítulo V do diploma penal português, denominado “Dos Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual”, elenca dispositivos considerando as condutas referentes à coação sexual e à violação sexual.

O art. 164 alberga tipificação legal muito assemelhada à atual redação do art. 213 do Código Penal Brasileiro ao dispor que:

“Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa: a) a

¹⁵² Artículo 272. Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes. La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; b) a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou *objectos*.”

Referida conduta é punida com pena de prisão de 3 a 10 anos. Segundo José Mouraz Lopes,

“a violação é porventura o crime típico do conjunto dos crimes sexuais, não só por ser o mais comum, como também por ser aquele que, ainda hoje, assume maior repercussão social. Também aqui se trata de criminalizar condutas que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência.”¹⁵³

Interessante notar a diferente técnica legislativa adotada pelo legislador português para definir o que o direito penal brasileiro contemplava como atentado violento ao pudor. Vale registrar que se utiliza aqui o termo no passado, na medida em que referida conduta não mais configura tipo penal autônomo, tendo sido incorporada ao crime de estupro.

No direito brasileiro, o legislador costuma utilizar-se de terminologia ampla a depender da interpretação do magistrado. Trata-se do costumeiramente conhecido como “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. Observe-se a preferência do legislador português em especificar atos diversos do coito carnal prevendo, expressamente, a prática do coito anal e do coito oral.

Na sequência dos dispositivos legais, o Código Penal português tipifica as condutas em face da pessoa incapaz de oferecer resistência, punindo-as com pena variável de 6 meses a 8 anos. A lei recepciona previsão de modalidade qualificada, consistente na prática da conjunção carnal, coito anal, oral ou introdução anal ou vaginal de partes do corpo ou objetos. Nessas hipóteses, o patamar da pena será fixado de 2 a 10 anos.

O Código português ainda prevê o abuso de pessoa que esteja internada em determinados estabelecimentos (hospitais, hospícios, estabelecimentos educacionais, dentre outros).

Assim como o Código Penal Brasileiro, o delito sexual praticado mediante fraude também é punido pela Lei Portuguesa, sujeitando o autor a pena de prisão de até um ano, salvo quando o ato sexual consistir na conjunção carnal, coito anal, oral ou introdução anal ou vaginal de partes do corpo ou objetos, hipóteses nas quais a pena será de até 2 anos.

¹⁵³ LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 44.

O último crime mencionado apresenta importante característica do Código Português qual seja, a previsão de tipos penais desprovidos de parâmetro mínimo, situação incomum no direito brasileiro.

José Mouraz Lopes visualiza caso “de uma mulher que, fazendo-se passar por outra, pratica com o namorado desta, coito bucal, pensando este tratar-se da sua namorada”.¹⁵⁴

Dentre outras condutas de igual relevo, destaca-se uma demonstrativa de total congruência com o crime de estupro contra pessoa vulnerável, foco principal deste estudo, introduzido pela Lei 12.015/09.

O art. 171 do Código Penal português elenca uma série de condutas praticáveis em face de pessoa menor de 14 anos de idade, dentre as quais:

1. praticar cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos com menor de 14 anos (pena de 3 a 10 anos);
2. praticar ato de caráter exibicionista perante menor de 14 anos;
3. utilizar pessoa menor de 14 anos em filmagem, fotografia ou gravação de cunho pornográfico.

Perceba-se que a preocupação em proteger a pessoa do menor de idade ou de pessoa vulnerável não se restringe a um país, apenas, sendo inequívoco o interesse geral em punir tais comportamentos.

Contudo, acredita-se que o tratamento dado pelo Código Penal Português mereça críticas, uma vez que comina pena idêntica à do crime previsto no art. 164, tipo penal referente ao estupro. Ora, de que adianta disciplinar tipo penal específico se a pena atribuída é a mesma da conduta tradicional?

Entende-se que as condutas elencadas no art. 171 deveriam, em razão das particularidades da vítima, merecer punição de maior rigor do que a prevista para a modalidade tradicional de estupro.

Além das condutas retratadas, o Código Penal Português demonstra preocupação em proteger a pessoa que ainda não disponha de total amadurecimento para assumir uma vida sexual ativa. Nesse sentido, preceitua o art. 173 do citado diploma legal: “Quem,

¹⁵⁴ LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 76-77.

sendo maior, praticar ato sexual de relevo com menor entre 14 e 16 anos, ou levar que ele seja por este praticado com outrem, abusando da sua inexperiência, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”. Se o ato consistir em cópula, coito oral, anal ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos, o agente será punido com pena de prisão de até 3 anos.

Para José Mouraz Lopes, “trata-se de um crime de abuso sexual de adolescentes com a especificidade de exigir, para a sua ocorrência, cumulativamente o abuso da inexperiência da vítima, sendo aqui, nesta circunstância que reside a especificidade do crime”.¹⁵⁵

Por fim, vale destacar o intuito do legislador português em incriminar as condutas relacionadas ao lenocínio de menores e, principalmente, à pornografia que envolva o menor de idade revelando, de forma inequívoca, que a preocupação com a pedofilia mostra-se absolutamente difundida pelos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

8.5 Espanha

O Código Penal espanhol de 1995 trata dos delitos sexuais a partir do art. 178, sendo certo que o legislador optou por consignar, conforme posicionamento de Luiz Regis Prado, “a distinção lógica entre agressão sexual e abuso ou outras formas de atentado sexual, entre outros aspectos”.¹⁵⁶ Assim sendo, o Título VIII disciplina os “*Delitos contra La Libertad e Indemnidad Sexuales*”.

A primeira conduta prevista no Diploma Penal espanhol é a do art. 178, o qual estabelece que aquele que atentar contra a liberdade sexual de outra pessoa, com violência ou intimidação, será punido por *agressão sexual* com pena de prisão de 1 a 4 anos.

Já o delito de estupro vem previsto no art. 179 como segue: “Quando a agressão sexual consista em acesso carnal por via vaginal, anal ou oral, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma das duas primeiras vias, o responsável será punido como réu de estupro com a pena de prisão de 6 a 12 anos”.

Percebe-se que a *agressão sexual* consiste na conduta base, da qual o estupro

¹⁵⁵ LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 138.

¹⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte especial. 8. ed. São Paulo: RT, 2010, v. 2, p. 598.

aparece como modalidade qualificada. Dúvida resulta da diferença entre *agressão sexual* e *violação sexual* (estupro).

A título de esclarecimento, vale recorrer à doutrina de Renato de Mello Jorge Silveira o qual, antes da reforma da Lei 12.015/09 apresentava críticas ao sistema penal brasileiro, as quais auxiliam a compreensão do sistema adotado pela Lei Espanhola:

“Dever-se-ia fazer previsão a práticas não-invasivas, mas, por certo, mais atentatórias do que simples ato contravençional de importunação ofensiva ao pudor. Estas, com penas significativamente mais atenuadas, devem, como meta final, traçar uma diferenciação estrutural do que hoje se percebe por absurdo no tipo tão aberto como o do atentado violento ao pudor. Seriam consideradas, pois, como agressões sexuais de menor monta. Assim, ter-se-ia por crime de violação, *de lege ferenda*, um ato invasivo vaginal, anal ou oral, com dissenso da vítima e emprego de violência ou grave ameaça. Menção que merece ser feita é a estipulação de condutas outras que não implicassem em atos invasivos, mas que se configurassem, sim, como atos imbuídos de dignidade penal.”¹⁵⁷

Vale ressaltar que, mesmo após as alterações da Lei 12.015/09, discute-se sobre o alcance do termo *ato libidinoso diverso da conjunção carnal*. Em outras palavras, busca-se saber se determinadas condutas de menor relevância, tais como um beijo forçado, teriam o condão de incriminar o agente pelo crime de estupro.

Atualmente, um dos tipos penais aplicáveis a situações como essa é a contravenção penal prevista no art. 61 do Dec.-lei n. 3668/41. (Importunação Ofensiva ao Pudor), a qual poderia ser prevista como modalidade privilegiada de crime, e não mais como contravenção penal. Confira-se, a respeito, o posicionamento de André Estefam:

“Para nós, o beijo na boca (ainda que ‘roubado’) jamais poderá caracterizar ato libidinoso (nesse caso, poderá haver o crime de constrangimento ilegal *ou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor*, sob pena de malferir o princípio da proporcionalidade.”¹⁵⁸

Assim como também prevê a maioria dos Códigos ao redor do mundo, o Código Penal espanhol traz a previsão das formas qualificadas destacando-se as que seguem: 1 – concurso de pessoas; 2 – utilização de armas por parte do agente e 3 – quando a vítima seja pessoa especialmente vulnerável, em razão de sua idade, enfermidade ou situação, e, em todas as hipóteses, quando for pessoa menor de 13 anos de idade.¹⁵⁹

¹⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais** – Bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 363.

¹⁵⁸ ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

¹⁵⁹ Art. 180. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las

Perceba-se que o crime de estupro contra vulnerável, recentemente insculpido no ordenamento jurídico pátrio, encontra previsões idênticas ou semelhantes em ordenamentos jurídicos estrangeiros, fato que apenas demonstra a grande preocupação existente em proteger a pessoa de menor idade, assim como aquele que, em razão de determinadas circunstâncias, seja considerado vulnerável.

O crime de assédio sexual encontra previsão expressa no art. 184 do Código Penal Espanhol¹⁶⁰ (*acoso sexual*), sendo certo que referida conduta apresenta diferença importante em relação àquela prevista no art. 216-A, do Código Penal brasileiro.

É possível observar que na redação do mencionado dispositivo, o legislador espanhol optou por expressamente incluir a relação docente estabelecida entre professor e aluno, situação não contemplada pela legislação brasileira. Quanto a esse ponto, aliás, impende consignar que a maioria da doutrina brasileira sustenta a inviabilidade de configuração do crime de assédio sexual na relação entre professor e aluno.

Assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Penal espanhola também disciplina as condutas relacionadas à prostituição e à corrupção de menores. Dentre outras condutas, urge destacar aquela prevista no art. 187 do Código Penal Espanhol, dispositivo que incrimina a conduta de induzir, promover, favorecer ou facilitar a prostituição de pessoa menor de idade ou incapaz, mediante punição variável de 1 a 4 anos de prisão.

8.6 França

O Código Penal francês define o crime de estupro (arts. 222-223) como sendo “todo ato de *penetração sexual de qualquer natureza* que seja praticado sobre outra pessoa, mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa” (destacamos). A essa conduta, o legislador francês cominou pena de prisão de 15 anos, não estabelecendo patamar mínimo.

Da leitura do supracitado dispositivo, percebe-se a utilização de fórmula semelhante à utilizada pela Lei 12.015/09, ou seja, a inexistência de distinção jurídica entre

siguientes circunstancias: (...) 3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, *en todo caso, cuando sea menor de trece años*. (destacamos).

¹⁶⁰ Art. 184.1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, *docente* o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de três a cinco meses o multa de seis a diez meses. (destacamos).

conjunção carnal e coito anal, situação verificada no Código Penal brasileiro antes da recente reforma legislativa.

Reitere-se que o Código Penal de 1940 disciplinava o estupro e o atentado violento ao pudor cominando-lhes idêntica sanção. A partir de 2009, os comportamentos criminosos foram reunidos em um só tipo penal (art. 213, CP) desencadeando a produção de uma série de efeitos jurídicos, consoante o anteriormente abordado.

O Código Penal francês estabelece rol extenso de qualificadoras, comportamentos em face dos quais o legislador cominou pena de 20 anos. Assim, o delito será qualificado quando cometido contra pessoa menor de 15 anos, demonstrando especial preocupação do legislador em tutelar pessoa particularmente vulnerável.

De forma semelhante, o diploma penal francês tipifica o assédio sexual, consistente na conduta daquele que, “abusando da autoridade que lhe conferem suas funções, assedia outrem valendo-se de ordens, ameaças ou coações com o fim de conseguir favores de natureza sexual”. Dessa forma, pune-se o indivíduo que, prevalecendo-se de sua superioridade hierárquica, assedia a vítima a ele subordinada, com o fim de obter vantagem de natureza sexual.

O Código Penal francês também tipifica a conduta do incesto, demonstrando preocupação com casos de vítima menor de idade. Vale lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla tal modalidade criminosa, inobstante sua incontestável imoralidade.

8.7 Alemanha

Quanto à previsão legal de delitos sexuais na Alemanha, cumpre destacar a inarredável preocupação do legislador com a proteção do menor de idade e da pessoa vulnerável, isto é, do indivíduo destituído de condições de oferecer resistência em face da conduta criminosa.

Verifica-se que a especial proteção à criança e ao adolescente, bem como às pessoas portadoras de reduzida capacidade de oferecer resistência, configura-se como tendência legislativa mundialmente aceita, a exemplo do disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de mencionar as principais disposições referentes aos crimes sexuais em espécie, considera-se relevante a análise de um dispositivo legal em especial, qual seja,

aquele insculpido no § 184, c, do Código Penal alemão.

Em linhas gerais, o supramencionado artigo dispõe que somente serão consideradas ações sexuais aquelas que demonstrem alguma relevância em relação ao bem jurídico tutelado.

Referido dispositivo torna evidente o respeito ao princípio da intervenção mínima do direito penal, uma vez que esse não é o ramo adequado a tratar de toda e qualquer conduta devendo intervir, apenas, quando os demais ramos do ordenamento jurídico mostrarem-se ineficientes para proteger determinado bem ou interesse.

Tal postulado, de acordo com Antonio Carlos da Ponte, significa que “o direito penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar com a *ultima ratio legis*, depois que todos os outros ramos do direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes”.¹⁶¹ Para Luiz Luisi,

“só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelarem suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.”¹⁶²

Dessa forma, condutas que não afrontem ao bem jurídico tutelado estarão, por expressa previsão legal, carentes de tipicidade não se enquadrando, portanto, nas condutas incriminadas pelo Código Penal alemão.

Feito o destaque, considerem-se algumas das principais condutas tipificadas pelo Código Alemão.

O parágrafo 177 traz a tipificação do crime de estupro, sendo certo que a previsão legal guarda semelhança com o disposto no art. 213, do Código Penal brasileiro.

Já o parágrafo 176 do Código Penal alemão traz a previsão do crime de abuso sexual em crianças, conduta assemelhada ao estupro de pessoa vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal brasileiro.

Tanto na previsão do referido crime quanto na tipificação do estupro (§ 177 e seguintes) verifica-se a previsão de uma conduta base, da qual decorrem diversas qualificadoras estabelecendo, portanto, distintos parâmetros de imposição de pena.

¹⁶¹ PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 74.

¹⁶² LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003, p. 39.

Demonstrando a preocupação em tutelar indivíduos que apresentem características específicas, o Código alemão protege as condutas em face de *peessoas protegidas*, dentre as quais se encontra a pessoa menor de 14 anos.

Na esfera de proteção da criança, o Código Alemão estabeleceu parâmetros diversos de cominação de pena diferenciando as *ações sexuais* do *ato carnal*, apenando-se esse último de forma mais gravosa.

CONCLUSÕES

1. Os delitos de natureza sexual sempre foram alvo de preocupação da sociedade brasileira, tendo sido o direito penal o instrumento utilizado para a tutela desse bem jurídico desde as Ordenações do Reino até os tempos atuais.
2. Antes mesmo da fase positivada do direito penal brasileiro, os comportamentos de cunho sexual já podiam ser observados na consciência dos povos indígenas, período que representou a etapa mais primitiva da legislação penal no país.
3. A rigidez com que o Estado Brasileiro reprimiu os delitos sexuais mostrou-se diversificada ao longo da história, sendo possível verificar-se gradativa humanização das penas em face de referidos delitos.
4. A moral sempre exerceu forte influência no contexto dos delitos sexuais, sendo certo que os costumes de uma determinada época mostram-se relevantes para a compreensão da postura punitiva do Estado em relação a certos comportamentos criminosos, dentre os quais os de cunho sexual.
5. A proteção dos *costumes* perdurou na legislação penal pátria até o ano de 2009, cenário incompatível com o Estado Democrático de Direito e com a própria Constituição Federal de 1988 consagradora da *dignidade da pessoa humana* como princípio estruturante do Estado Brasileiro.
6. A Lei 12.015/09 ostenta grande relevância para o direito penal brasileiro, uma vez que, mais do que uma legislação modificadora do Código Penal, representou verdadeira mudança de mentalidade do legislador pátrio que, com as alterações introduzidas, passou a consagrar a proteção da dignidade sexual do ser humano em detrimento de meros costumes sociais típicos de determinada época.
7. O crime de estupro de vulnerável pode ser apontado como a principal novidade trazida com a reforma da Lei 12.015/09, uma vez que referido diploma criou novo tipo penal incriminador para reprimir de forma rígida a exploração, abuso e a violência sexual contra a criança e o adolescente.
8. A proteção do direito penal em face do abuso, violência e da exploração sexual da criança e do adolescente é fruto de mandado de criminalização previsto no art. 227, § 4.º, da Constituição Federal de 1988. Com a criação do estupro de vulnerável, o legislador

penal buscou atender de forma mais efetiva ao comando de criminalização contido na Lei Maior.

9. A revogação do dispositivo legal que abordava a presunção de violência nos crimes sexuais não tornará superada a discussão acerca da natureza jurídica da vulnerabilidade estabelecida pelo art. 217-A do Código Penal. Em que pesem os posicionamentos em contrário, a discussão anteriormente travada em relação à presunção de violência passará, doravante, a ser desenvolvida no contexto da vulnerabilidade ínsita ao crime de estupro de vulnerável.

10. A possibilidade de produção de prova em contrário no caso concreto consagra os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a consideração do conteúdo proibitivo da norma penal de forma absoluta representaria frontal violação aos mencionados ditames constitucionais. Assim, a vulnerabilidade estipulada por lei em substituição à presunção de violência, também não poderá ser interpretada sempre de forma absoluta tornando-se necessária a produção de prova em s contrário em determinados casos.

11. Com o advento da Lei 12.015/09, a questão do doente mental passou a receber tratamento diverso do verificado na redação anterior do Código Penal. Com a nova sistemática, o indivíduo portador de deficiência mental que apresente condições de discernimento para a prática do ato sexual, não estará sob nenhuma forma de abuso e exploração sexual sendo, portanto, aplicável a regra da não intervenção do direito penal.

12. A não intervenção do direito penal consagra o princípio da *dignidade da pessoa humana*, uma vez que reconhece a liberdade sexual do doente mental portador de discernimento para a prática do ato.

13. A importância da dignidade sexual como bem jurídico-penal apenas evidencia que o bem jurídico de maior relevância, ou seja, a vida humana, é protegido de maneira absolutamente insuficiente pelo legislador brasileiro. Mais do que isso, é preciso perceber que a Parte Especial do Código Penal, elaborada em 1940 mostra-se pródiga em exemplos de desrespeito ao princípio da proporcionalidade, sendo frequentemente ignorados os postulados da proibição do excesso e de proteção deficiente.

14. Na qualidade de ramo do direito apto à proteção dos bens jurídicos de maior relevância e de sua atuação subsidiária, não deve o direito penal se ocupar de toda e qualquer conduta que, a princípio, pudesse imaginar-se enquadrada no teor do art. 217-A do Código Penal.

Na realidade, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se destinam apenas ao legislador, mas também ao magistrado que, diante das particularidades do caso concreto, deverá avaliar comportamentos humanos efetivamente carentes de intervenção do direito penal.

15. O erro de tipo representa importante ferramenta no sentido de afastar a tipicidade do comportamento do agente que, diante de determinadas características, poderá equivocar-se em relação a elementos indispensáveis do tipo penal.

16. Ainda que de verificação prática mais dificultosa, o erro de proibição também pode ser constatado no caso concreto, sendo de imperiosa relevância o cuidado do magistrado em analisar as circunstâncias fáticas para, eventualmente, excluir a culpabilidade do agente.

17. Com as modificações introduzidas pela Lei 12.015/09, a atuação do magistrado ganhou maior importância, tendo em vista que a análise das circunstâncias fáticas possibilitará melhor compreensão da vontade do legislador brasileiro.

18. Com o avanço nos índices de determinadas formas de criminalidade, tais como a prostituição infantil, há que se interpretar a vontade do legislador brasileiro no sentido de prevenir e reprimir referidos comportamentos, mostrando-se inadequada a consideração absoluta da vulnerabilidade.

19. Com a finalidade de combater comportamentos como a pedofilia e a prostituição infantil, não há como olvidar o avanço obtido pelo legislador ao criar o crime de estupro de vulneráveis, fato que não deve servir de base para a defesa do caráter absoluto da vulnerabilidade prevista por lei.

20. Ao interpretar o caso concreto, o magistrado tem a seu dispor diversas técnicas de hermenêutica, as quais devem ser utilizadas de maneira conjunta para, assim, possibilitar o alcance da mais justa resposta do Estado em face dos delitos sexuais.

21. O crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, não deve ser interpretado de forma literal pelo magistrado. Na realidade, deve o mesmo buscar compreender a intenção do legislador analisando referido tipo penal em conjunto com outros importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

22. Em suma, acredita-se que a criação do crime em questão mostra-se de fundamental importância para o combate de condutas cada vez mais comuns na sociedade brasileira. De fato, a dignidade sexual da pessoa humana deve ser alvo de verdadeira preocupação do

direito penal, principalmente em se tratando de pessoas vulneráveis. Contudo, a finalidade da lei deve ser observada quando da interpretação do novo tipo penal, não se mostrando razoável sua incidência em casos que não envolvam violência contra a pessoa contando, por vezes, com seu próprio consentimento. Tendo em vista que a lei não tem como disciplinar todos os comportamentos humanos, caberá ao magistrado a tarefa de analisar o caso concreto e selecionar aquelas condutas que efetivamente mereçam ser enquadradas no rigoroso tratamento que optou o legislador brasileiro por estabelecer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** – Parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 4.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Bauru: Editora Edipro, 2003.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal** – Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal** – Parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal** – Parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique. **Fundamentos da pena**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2009.

FAVORETTO, Affonso Celso; MARTINS, Ana Paula da Fonseca; KNIPPEL, Edson Luz. **Manual esquematizado de leis penais e processuais penais**. São Paulo: RT, 2010.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal** – A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal** – A nova parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Lições de direito penal** – Parte especial. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1962, 2. ed. Volume...

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. São Paulo: RT, 1994.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1977. v. 1, t. I.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONZAGA, João Bernardino. **Direito penal indígena** – À época do descobrimento. São Paulo: Max Limonad.

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

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Volume VIII.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal** – Uma introdução à doutrina da ação finalista. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2001.

LOPES, José Mouraz. **Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibições de excesso e proteção insuficiente no direito penal** – A hipótese dos crimes sexuais contra crianças e adolescentes. São Paulo: Verbatim, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: 2009.

MIRANDA, Jorge; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (coordenação). **Tratado Luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. São Paulo: RT, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** – Versão compacta. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Individualização da pena**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Safe, 1989.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte geral. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. v. 1.

_____. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte especial. 8. ed. São Paulo: RT, 2010. v. 2.

REALE, Miguel. **Lições preliminares ao direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli (organização e tradução). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação** – Análise jurídico-penal da Lei n. 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sites consultados

Governo do Uruguai: www.presidencia.gub.uy

www.legifrance.gouv.fr

www.juareztavarez.com