

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO

RAFAEL PONCIANO ARAÚJO LIMA

ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTUPRO

FORTALEZA
2006

RAFAEL PONCIANO ARAÚJO LIMA

ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTUPRO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como parte dos requisitos para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Moaceny Félix Rodrigues Filho

FORTALEZA – CE
2006

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o estupro, fazendo uma análise histórica sobre o tipo de acordo com as leis que tiveram vigência no país, bem como um estudo jurídico da figura hodierna, relevando alguns pontos de interesse singular, valendo-se do estudo da doutrina. Explana-se, principalmente, sobre a possibilidade dos transexuais e hermafroditas figurarem nos pólos do crime, acerca da possibilidade do homem no pólo passivo, da mulher sozinha no pólo ativo e do sujeito ativo que, tendo praticado atos preliminares ao coito, desiste voluntariamente de prosseguir na execução. Depois de superadas tais questões, concluí-se que a redação do art. 213 combinada com a do art. 214, geram dificuldades para a aplicação equânime do direito penal, razão pela qual se indica como solução à aglutinação de ambos os crimes em um tipo comum.

AGRADECIMENTOS

À Roberta pela valiosa ajuda na formatação deste trabalho, pelos constantes incentivos para a elaboração do mesmo e pela paciência dispensada a este autor.

“Contudo, se, por sustentar os direitos do gênero humano e da imbatível verdade, contribui para arrancar de morte atroz algumas das trêmulas vítimas, da tirania ou da ignorância igualmente prejudicial, as benções e as lágrimas de apenas um inocente recambiado aos sentimentos de alegria e da ventura me confortariam do desprezo do resto dos homens.”

Cesare Bonesana - Marquês de Beccaria

SUMÁRIO

1. Introdução	06
2. histórico do direito penal no Brasil.....	08
2.1. Período indígena	08
2.2. Direito português	09
2.3. Direito pátrio	18
3. Estudo do tipo	28
3.1. Objeto jurídico	28
3.2. Sujeito ativo do tipo	28
3.3. Sujeito passivo	29
3.4. Tipo objetivo	31
3.5. Tipo subjetivo	33
3.6. Consumação e tentativa.....	34
3.7. Qualificação doutrinária.....	34
3.8. Concurso de crimes.....	36
3.9. Formas do tipo	37
3.10. Ação penal	38
3.11. Presunção de violência	44
3.12. Lei dos crimes hediondos e o estupro.....	48
3.13. Pena.....	51
4. Questões polêmicas.....	53
4.1. Mulher sozinha como sujeito ativo	53
4.2. O homem no pólo passivo.....	57
4.3. O transexual, o hermafrodita e o estupro	59
4.4. Desistência voluntária e atos preliminares ao coito.....	64
5. Conclusão	67
6. Referências bibliográficas	69

1. INTRODUÇÃO

O estupro apresenta-se, desde os tempos mais longínquos, como conduta reprochável. Os hebreus cominavam pena de morte àquele que estuprasse mulher desposada, isto é, aquela prometida em casamento. Caso a vítima não fosse desposada mas fosse virgem, o culpado deveria pagar cinqüenta ciclos de prata para o pai da mesma, além de ter de reparar o mal com o casamento.

Já os egípcios mutilavam os condenados. Os gregos, *a priori*, puniam a conduta com uma multa, mas depois foi cominada a morte, sem a possibilidade de extinção da punibilidade pela superveniência do casamento sem dote com a vítima. Os romanos puniam a violência, deixando o lado sexual do crime em segundo plano.

No direito germânico, a pena eleita para coibir a prática de tal delito foi a capital. Enquanto no direito canônico só se punia a conduta quando praticada em desfavor de virgens. As antigas leis espanholas cominavam, igualmente, a morte. As velhas leis inglesas apenaram o crime com a morte, mas depois passaram para a castração e vazamento dos olhos.

O delito, atualmente, está previsto na legislação da maioria dos povos civilizados. E, segundo, a Organização Mundial de Saúde uma em cada cinco mulheres foi ou será estuprada. Como se vê, o tipo é de alta relevância e não deve ser excluído de nenhuma legislação.

No Brasil, o crime também foi previsto e apenado. No Brasil colônia, o crime foi tutelado pelas Ordenações Filipinas. O legislador imperial não se olvidou de tal delito, assim como o legislador republicano do Código de 1890. Na legislação hodierna, o delito de estupro encontra-se tipificado no Código Penal, no Art. 213, sendo considerado um crime contra os costumes por atentar contra a liberdade sexual feminina.

É certo que o avanço cultural e tecnológico pode trazer alterações na sociedade que tornem necessárias novas interpretações de tipos e, às vezes, até sua alteração ou criação de novas figuras para melhor conter as condutas ilícitas. O mesmo não poderia deixar de acontecer com o estupro. Faz-se necessário um estudo histórico sobre as legislações penais que tiveram vigência no país para que se possa entender como a evolução da sociedade brasileira influenciou na atual tipificação do crime.

Passado, esse ponto, deve-se fazer um estudo completo sobre o tipo, ressaltando os pontos de maior controvérsia doutrina ou jurisprudencial, enfatizando as situações que despertam interesse acadêmico e prático.

Atualmente, por exemplo, já é possível que o a pessoa realize uma operação denominada de transgenitalização, vulgarmente conhecida como “mudança de sexo”, para que seu aparelho sexual seja transformado no do sexo oposto. Assim, pode uma mulher realizar tal operação para que “mude” para o sexo masculino, bem como é possível que se dê o reverso. Saber que figura delitiva ocorre, quando tal pessoa é constrangida (no caso de ter mudado para o sexo feminino) ou constranger (no caso oposto) alguém a prática do coito normal, desperta interesse no mundo jurídico. Principalmente depois de algumas decisões que admitem a troca do nome e do sexo no registro.

O hermafrodita, pessoa que, geneticamente, possui sexo determinado, mas dotado de ambos os órgãos genitais, também é capaz de gerar reflexões no âmbito de tal crime, devendo ser abordada a possibilidade de ser sujeito ativo ou passivo.

Com a revolução sexual e o tratamento igualitário entre homem e mulher atribuído pelo Art. 5º, inciso I, da carta política de 1998, torna-se imperioso saber qual a conduta praticada por mulher que constrange um homem à prática da conjunção carnal, elucidando se a sua liberdade sexual foi tão bem resguarda quanto à feminina.

Considerável parcela da doutrina admite que a mulher possa ser co-autora do crime, mas cabe indagar-se quanto à possibilidade dela figura sozinha como autora do delito.

Por fim, também é interessante elucidar por qual crime deve ser condenado aquele, que tenha já praticado atos preliminares ao coito, desiste voluntariamente de prosseguir na execução do crime. Antes tal fato não despertava maior interesse, todavia, a lei nº 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) igualou a pena do estupro e do atentado violento ao pudor, o que traz à tona tal debate.

Este trabalho se propõe a discorrer sobre tais fatos com apoio na doutrina jurídica, realizando um estudo histórico e jurídico do tipo, buscando enunciar a posição da doutrina e dos tribunais superiores do país.

2. HISTÓRICO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

2.1. PERÍODO INDÍGENA

Muitos historiadores atribuem aos povos indígenas brasileiros um estado de barbárie extrema. Embora a matéria seja controversa, vislumbra-se que aqueles povos possuíam vícios e virtudes como o homem civilizado. Tem-se que levar em conta que o avanço cultural e tecnológico variava de tribo para tribo, podendo-se perceber que algumas se encontravam em um estado de desenvolvimento maior que outras.

Apesar de tais diferenças, é certo que os índios tinham um estágio de desenvolvimento muito próximo à Idade da Pedra Lascada. Portanto, nossos indígenas não eram desenvolvidos como outros povos das Américas. Diferentemente dos maias e dos incas, os primeiros habitantes originais do Brasil não tinham uma cultura que impressionasse o colonizador português (PIERANGELI, 2001).

Talvez por isso alguns historiadores tenham afirmado que tais povos não tinham nenhuma noção cultural e, destarte, jurídica, o que parece equivocado. É corrente a idéia de que o Direito é inerente à sociedade, expressa no famoso brocardo *ubi societas ibi jus*. Basta que duas pessoas reúnam-se para que regras de conduta façam-se necessárias. Pode até ocorrer, o que é, na verdade, bastante provável, que sejam regras baseadas na autotutela e na força, e que a maioria seja composta de normas de exceção, criadas ao sabor das casualidades. Mas nem por isso há que se falar de ausência de normas tutoras das situações fáticas.

É o que preleciona Gonçalves (2003, p. 01):

O homem é um ser eminentemente social. Não vive isolado, mas em grupos. A convivência impõe uma certa ordem, determinada por regras de conduta. Essa ordenação pressupõe a existência de restrições que limitam a atividade dos indivíduos componentes dos diversos grupos sociais. O fim do direito é precisamente determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade.

E tal doutrinador continua a afirmar:

Em todo tempo, por mais distante que se olhe no passado, em qualquer agrupamento social, por mais rudimentar que seja, sempre se encontra presente o fenômeno jurídico, representado pela observância de um mínimo de condições existenciais da vida em sociedade. Seja na unidade tribal em estado primitivo, seja na unidade estatal, sempre houve e haverá uma norma, uma regra de conduta pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com os outros indivíduos.

Deste modo, pode-se afirmar, sem receio de cometer equívocos, que os povos indígenas tinham noção do Direito, embora esta não fosse desenvolvida e o mesmo não fosse escrito, como é de se esperar de uma sociedade ainda nos primórdios do desenvolvimento.

Cabe ressaltar que o direito indígena não sofreu nenhuma influência para o desenvolvimento do brasileiro (MARQUES, 1997). Quando dois povos relacionam-se permutando elementos culturais, é normal que uma cultura predomine sobre a outra, seja imposta pela força ou seja pela astúcia. Como já dito, a cultura dos silvícolas não despertou a atenção do homem branco, razão pela qual, quando este começou a se instalar nesta terra, tratou apenas de “importar o direito português” para aplicar na terra “recém-descoberta”, impondo tais normas àqueles que discordavam. Portanto, não se fará um estudo aprofundado deste tema.

2.2. DIREITO PORTUGUÊS

As Ordenações Afonsinas não chegaram a ser aplicadas no Brasil colônia, visto que, quando revogadas pelas Manuelinas em 1521, não havia ainda no país núcleo português estabelecido.

Em 1532, iniciou-se a colonização propriamente dita com a criação, por Martim Afonso, da Vila São Vicente, sob a vigência das Ordenações Manuelinas. Em 1534, começou-se a dividir a colônia em capitanias hereditárias, processo que findou dois anos depois.

As 14 capitanias foram entregues a 12 donatários, que receberam poderes quase absolutos: podiam distribuir terras aos colonos, nomear autoridades administrativas e judiciárias, escravizar e vender índios, fundar vilas, cobrar tributos pela navegação nos rios, dentre outros. A verdade é que, devido aos amplos poderes recebidos e a distância entre a colônia e a metrópole, neste período, as

regras que vigoravam eram as escolhidas e ditadas pelos donatários, embora formalmente se devesse aplicar as Ordenações Manuelinas e a compilação de Duarte Nunes de Leão. Na verdade, o sistema jurídico era formado pela Carta de Doação e o Foral.

O sistema de capitâneas durou até 1759, mas em 1642, com a criação do Conselho Ultramarino devido à necessidade de um maior controle sobre os produtos da colônia, houve o controle direto pelo rei da colônia. Com isso os donatários perderam poder e autoridade, o contrário do que acontecia com os governadores-gerais nomeados pelo monarca. Já no século XVIII, todas as capitâneas encontravam-se nas mãos do rei. Portanto, das três ordenações a que teve real vigência no Brasil foram as Filipinas. Convém, no entanto, fazer um estudo sobre as Afonsinas e Manuelinas para que se entenda como surgiram as Filipinas.

No período em que D. Afonso III esteve no poder houve uma abundante produção legislativa, iniciando uma nova etapa no direito português. Exultaram as normas escritas em detrimento das consuetudinárias e do direito foraleiro¹; buscou-se superar a fase de vingança privada, surgiram novas figuras típicas, promoveu-se o aprimoramento dos costumes e a unificação das espécies de sanção, que variavam de conselho para conselho (sendo estes assembleias eclesíásticas) (PIERANGELI, 2001).

D. Diniz legislou igualmente de forma ampla; muitas eram normas de ordem moral, tendo em vista a preocupação em refrear uma sociedade conturbada pela violência e falta de regras (PIERANGELI, 2001). Punia com morte as mulheres que deixavam a casa de seu cônjuge para praticar adultério e os homens, que sendo casados, contraíssem núpcias com outra ou a recebessem por mulher; da mesma forma era punida aquela que praticava a bigamia.

D. Afonso IV, vencendo em 1340 os mouros, ocasionou alterações no direito português. A vingança privada foi repelida com ainda maior veemência, embora alguns resquícios tenham resistido. D. Afonso IV, na esteira de D. Diniz, procurando diminuir a devassidão, proibiu que os fidalgos trouxessem à corte suas concubinas. O fidalgo que se relacionava com mulher que sabia ser casada perdia os bens em favor do marido traído e deveria deixar o país; caso não fosse fidalgo, a pena era de morte. O sedutor de viúva ou virgem deveria casar com a ofendida ou,

¹ O Direito foraleiro era aquele contido no Foral, carta de lei que regulamentava a administração de uma localidade.

quando não fosse possível, deveria dotá-la, sob pena de, sendo fidalgo, perder seus bens e ser expulso da terra ou, caso não fosse de origem nobre, ser açoitado passando por toda a vila, antes de ser definitivamente expulso da mesma. Os que intermediavam os serviços sexuais eram apenados com açoites, com pregão, a perda dos bens em favor do rei e expulsão definitiva da localidade, repreendia-se com a morte o reincidente específico (PIERANGELI, 2001).

D. Pedro I, o justiceiro, sucedeu D. Afonso IV. Embora considerado justo pela população por aplicar as sanções sem fazer distinções, quanto à classe a que pertencesse o infrator, e por isso adorado pelo povo, D. Pedro I era implacável e não demonstrava piedade, sempre punindo, muitas vezes de maneira unilateral, com extremo rigor e de maneira exemplar (PIERANGELI, 2001).

D. Fernando I sucedeu o pai, D. Pedro I, mas em nada se assemelhava a ele, não tinha a mesma tenacidade de seu genitor. Sua esposa Leonor Teles aproveitou-se de tal fato para, juntamente com seu amante, o Conde de Andeiro, fazer com que o rei se inclinasse a beneficiar a nobreza, restaurando, destarte, muitos dos privilégios perdidos. O que originou uma disputa entre nobreza e clero contra o rei e a burguesia. Antes de El-Rei morrer, Leonor fez com que ele, moribundo, assinasse um documento em que cedia a mão de sua filha, herdeira do trono, ao rei de Castela (PIERANGELI, 2001).

Tal manobra despertou o asco da população, surgindo um movimento nacionalista, rompendo o equilíbrio entre a luta das classes, que se reuniram para apoiar o mestre de Avis, que cobiçava o trono lusitano. Este saiu vencedor e foi aclamado D. João I. O reclame nacionalista, bem como o caos legislativo, demandaram uma revisão na legislação lusitana. Sentia-se a necessidade de uma legislação verdadeiramente nacional que substituísse a Lei das Sete Partidas, que tinha origens espanholas. Também não se podia olvidar que havia a necessidade de uma legislação unificada, facilitando a aplicação da justiça (PIERANGELI, 2001).

Foi nesse cotejo que surgiram as Ordenações do Reino, a primeira delas foi denominada de Ordenações Afonsinas. Tratava-se de uma compilação das leis já produzidas, dentre as quais algumas foram supracitadas, destacando-se as feitas à época de D. Afonso III, D. Diniz, D. Afonso IV, D. Pedro I e D. Fernando I (PIERANGELI, 2001).

A obra no entanto não foi finalizada durante o reinado de D. João I devido a uma série de problemas internos. D. Duarte que o sucedeu tomou a tarefa de

completar a obra, encarregando Rui Fernandes para tanto. No entanto, tal reinado durou apenas cinco anos, adiando mais uma vez o termo do projeto (PIERANGELI, 2001).

D. Afonso V contava apenas com sete anos quando findou o reinado de seu antecessor, destarte o poder foi repassado para seu tio D. Pedro que assumiu o encargo de regente, nomeando Rui Fernandes para prosseguir com o andamento da obra. Finalmente, em 1446, em Vila Arruda, o trabalho fora completo. Providenciou-se a revisão do mesmo, tarefa confiada a Lopo Vasquez, corregedor de Lisboa, Fernão Rodrigues, Luiz Martins e Rui Fernandes. Modificou-se o corpo do texto em pequenos aspectos, tendo a publicação, sob o nome de Afonsinas, ocorrido, provavelmente, no mesmo ano ou no seguinte, por ordem do regente, em nome de seu sobrinho (PIERANGELI, 2001).

Estas ordenações tiveram por paradigma o *Corpus Juris*, utilizando tanto quanto possível as Decretais do Papa Gregório IX para aplicação do método e a disposição dos assuntos. Tal fato demonstra uma forte influência do direito romano e canônico naquela compilação. Também foram fontes o Código Visigótico de Fuero Juzgo, as leis das Sete Partidas², as leis editadas pelos reis citados e alguns costumes e regras de forais (PIERANGELI, 2001).

O corpo das Ordenações Afonsinas foi publicado em cinco livros, que se dividem em títulos. Reservou-se ao quinto, e último, a disciplina dos delitos e suas respectivas sanções e do processo penal. Este livro continha em seu bojo os defeitos dos códigos criminais da Idade Média: confunde o direito romano e o canônico, tendo, assim, uma enorme quantidade de infrações religiosas; a reprimenda estatal é constantemente violenta e desproporcional ao delito cometido; a imposição é diferenciada dependendo da classe do acusado, os fidalgos eram sempre punidos com menos severidade; para o interrogatório dos delitos perpetrados admitiam-se até as inquisições do direito canônico. Além de falta de unidade e contradições freqüentes (PIERANGELI, 2001).

No entanto, os autores não deixam de ressaltar a importância das Ordenações Afonsinas pelo seu pioneirismo e pela contribuição para evolução do direito português, elas em muito influenciaram as ordenações seguintes. Embora

² A lei das Sete Partidas foi promulgada pelo rei Afonso X da Espanha em 1276 e era assim chamada por ser dividida em sete partes.

não se possa comparar sua organização com os códigos modernos, para época em que foram produzidas são uma notável compilação (PIERANGELI, 2001).

Mas, D. Manuel I, o Venturoso, decidiu em 1505 revisar as Ordenações Afonsinas, encarregando Rui Boto, o chanceler-mor, Rui de Grã, desembargador de Paço e corregedor cível da corte, e João Cotrim de realizar tal mister, devendo os mesmos modificarem, extirparem e aditarem o que fosse necessário (PIERANGELI, 2001).

Este monarca foi motivado pela descoberta da imprensa, o que possibilitava a aquisição e, conseqüentemente, o conhecimento do corpo legal pelo povo. Também era necessária uma integração da numerosa legislação extravagante editada após a publicação das Ordenações Afonsinas, além da possibilidade de modernizar o estilo, retirando dos alfarrábios leis sem eficácia. Não se pode olvidar que o desejo do El-Rei de entrar na história pela produção de uma obra legislativa relevante também contribuiu para tal revisão (PIERANGELI, 2001).

Em 1512 surge um impresso do primeiro livro das Ordenações e no ano seguinte surge o segundo, vindo a obra completa (cinco livros) a ser apresentada em 1514. Tal fato leva à conclusão, crêem alguns historiadores, de que o primeiro e o segundo livro foram editados em 1512 e 1513 respectivamente, tendo sido os três últimos reservados ao ano de 1514, ocasião em que se re-publicou os primeiros (PIERANGELI, 2001).

No entanto, tal monarca não ficou satisfeito com o resultado apresentado, mandando que se inutilizassem quase todos os exemplares daquela compilação, só resta um que está guardado na Torre do Tombo, e constituindo nova comissão de elaboração do texto, tendo a presidência de Cristóvão Esteves, nome pacífico entre os historiadores, e como membros, os também desembargadores, João Contrim e João de Faria (PIERANGELI, 2001).

Portanto, quando se fala em Ordenações Manuelinas refere-se àquelas publicadas em 11 de março de 1521 e não àquelas publicadas entre 1512 e 1514. Sobre as mesmas pode-se afirmar que houve um esforço de seus elaboradores para que houvesse a predominância da jurisprudência do *Corpus Juris*, embora entendessem que a evolução do direito devia ser respeitada. Tal fato demonstra a superioridade desse corpo legal sobre o texto Afonsino, não obstante tenha-se mantido a mesma essência e o sentimento nacionalista tenha-se mantido o mesmo em ambos. Houve o abandono do sistema histórico-cronológico, sendo substituído

pelo sistemático-sintético. Tais ordenações, diferenciando-se das anteriores, não se preocupam em anunciar o nome dos autores das leis. Há uma nova estruturação dos títulos, artigos e parágrafos, dando um aspecto de código e não de uma compilação legislativa (PIERANGELI, 2001).

As Ordenações Manuelinas são compostas pelas Afonsinas, as respostas às cortes, determinações régias, etc. e tiveram vigência até 11 de janeiro de 1603. Deve-se frisar que neste interregno várias novas leis foram editadas, ora revogando parcialmente as ordenações, ora as esclarecendo (PIERANGELI, 2001).

Mas a produção legislativa acabou prejudicando o entendimento das leis, bem como sua aplicação. O regente D. Henrique incumbiu Duarte Nunes Leão de fazer uma compilação destas leis, pondo em ordem a legislação em vigor; à época D. Sebastião, legítimo herdeiro e sucessor do trono, era menor (PIERANGELI, 2001).

A compilação de Duarte Nunes Leão foi publicada em 14 de fevereiro de 1569 e era dividida em seis partes. Na quarta parte, subdivida em vinte e três títulos, encontravam-se os delitos e suas penas. Alguns chegam a chamar tal compilação de Código Sebastião ou Ordenações Sebastião. No entanto, a compilação não merece tal denominação, até por ser incompleta (PIERANGELI, 2001).

Neste momento, D. Sebastião, com apenas catorze anos, assume o trono. Sonhava, o pequeno monarca, em realizar feitos épicos para a grande glória de seu nome, por isso decide tentar retomar Marrocos dos mouros. Mas tal empreitada era temerária pois não dispunha de recursos para tal jornada e, na batalha de Alcácer-Quibir, El-Rei vem a perecer (PIERANGELI, 2001).

O Cardeal D. Henrique assume o trono em meio de uma grave crise. A Espanha, que vivia um período áureo, tecia planos de reincorporar Castela, que fora separada por D. Afonso Henriques. Quando D. Henrique falece, os planos deste país tornam-se mais palpáveis e próximos, visto que Filipe II, rei de tal nação, assume, por herança, o trono de Portugal, sob o título de Filipe I (PIERANGELI, 2001).

Este monarca, sabiamente, mandou que se reorganizassem as ordenações. Fê-lo por dois motivos: queria demonstrar aos portugueses que prestava o merecido respeito às leis tradicionais e também tal medida figurava-se necessária. Ocorre que, mesmo após a compilação de Duarte Nunes Leão, havia

uma enorme produção legislativa nos reinados de D. Sebastião, D. Henrique e até no de Filipe I (PIERANGELI, 2001).

A obra foi finalizada em meados de 1595, pronta para ser aplicada de imediato, no entanto, devido alguns problemas obscuros, ela não foi aplicada. Com a morte de Filipe I, o compêndio foi submetido a uma revisão. Finalmente, depois de promulgadas, as Ordenações Filipinas entraram em vigor em 11 de janeiro de 1603, sob o reinado de Filipe II (Filipe III, na Espanha) (PIERANGELI, 2001).

As Ordenações Filipinas são de suma importância para o direito penal brasileiro porque sua parte criminal regeu esta terra por cerca de dois séculos, tendo sua aplicação cessada apenas com o advento do Código do Império de 1830 (MARQUES, 1997). Esta obra teve por inspiração as Ordenações Manuelinas, a Compilação de Duarte Nunes Leão e a legislação posterior. Houve especial atenção em atualizar as leis, embora tenham surgido inovações, portanto, pode-se afirmar que a influência da legislação hispânica foi ínfima (PIERANGELI, 2001).

As Ordenações Filipinas, na esteira das anteriores, preocuparam-se em combater a justiça privada em prol da justiça pública, embora tenham permanecido em dois pontos a permissão da vingança privada: homicídio da mulher adúltera e seu amante e no caso de aberta admissão à vingança particular consistente na perda da paz (PIERANGELI, 2001).

A vingança pública, todavia, permaneceu presente no texto, expressa em penas cruelíssimas. A pena capital era constante e esta podia ser executada de quatro formas diversas: morte cruel, atroz, simples e civil (PIERANGELI, 2001).

A morte cruel consistia em executar o condenado de forma lenta e extremamente dolorosa, cabendo ao juiz, nos casos em que a lei fosse omissa, determinar a forma de exasperar o sofrimento do executado.

A atroz caracterizava-se pela adição de acessórios à pena capital. Podia-se queimar o corpo ou o esquartejar, confiscar o bem do criminoso ou o suprimir da memória. Os bigamos, falsificadores de moeda, incestuosos e adúlteros, por exemplo, eram queimados vivos e seus corpos eram transformados em pó para que não houvesse memória de seu corpo ou sepultura.

A morte simples era a pura perda da vida, sem meios mais rigorosos de execução ou penas acessórias. Era realizada de duas maneiras: enforcamento ou degolação. O enforcamento, por ser considerado infamante, era destinado às classes mais baixas.

A morte civil destinava-se a pôr fim a vida civil e todos os direitos ligados à cidadania do condenado.

Embora possa se fazer claramente tal distinção entre as formas de pena capital (frise-se que a morte civil é pena capital *lato sensu*) nem sempre se sabia quais delas eram cominadas em abstrato a determinado tipo. Ocorre que as ordenações utilizavam-se de expressões confusas e obscuras, não se podendo enquadrar facilmente a sanção imposta, o que muitas vezes era resolvido mediante construções jurisprudenciais.

Por exemplo, para se referir à morte atroz, o legislador usava a expressão: “morra morte natural para sempre”. Na ausência do trecho “para sempre”, tratava-se de morte simples (PIERANGELI, 2001).

Havia outros tipos de sanções graves que visavam infamar o condenado, eram as denominadas penas vis. Consistiam em açoites, trabalhos públicos, baraço, uma espécie de “desfile” pela cidade, no qual o condenado levava amarrado ao pescoço o baraço, a corda para enforcamento, a marca de fogo, dentre outras (PIERANGELI, 2001).

Existiam, também, as penas de multa e as de degredo. A forma mais grave desta última, ironicamente, era o degredo para o Brasil. Por último, havia a pena denominada arbitrária, segundo a qual cabia ao julgador escolher a sanção para o delito cometido, nem se perca tempo explanando quanta parcialidade e injustiça tal pena proporcionava (PIERANGELI, 2001).

Na verdade, o livro V das ordenações era conhecido por seu extremo rigor e iniquidade. O que fez com que Marques (1997, pág. 115) afirmasse que: “o legislador ali “só teve em vista conter os homens por meio do terror””. Tal rigor fez com que, afirmam alguns, Luis XIV, monarca absolutista famoso pela frase “L’etát c’est moi”, interpelasse o embaixador português em Paris em tom de ironia, querendo saber se ainda restara alguém vivo após a publicação das Ordenações.

Havia no corpo legal a confusão de normas religiosas e morais com o direito, o que acabou resultando em uma enorme profusão de delitos, havia 143 tipos penais. Tal montante levou a um rei africano estranhar, depois de serem-lhe lidas as Ordenações, não haver pena cominada a quem andasse descalço.

Não se pode olvidar que o texto fazia distinção social quanto à aplicação da pena (MARQUES, 1997). Assim, muitas sanções eram “aliviadas” caso o delinqüente fosse nobre. Isso sem falar nas penas arbitrárias, nas quais, com

certeza, o *status* social do criminoso devia ser extremamente importante para a determinação da pena aplicável.

Deve-se, oportunamente, citar a crítica feita por Marques (1997, p. 116):

De par com isto, os preceitos se aglutinavam em uma estruturação primária e rudimentar de indisfarçável empirismo. Falta ao livro V uma parte geral; e, na parte especial, os delitos se enumeram casuisticamente, sem técnica apropriada, numa linguagem (muitas vezes pitoresca) em que falta o emprego de conceitos adequados do ponto de vista jurídico. As figuras delituosas se amontoam sem nexos, na ausência de espírito de sistema para catalogá-las racionalmente, formando muitas vezes verdadeiros pastiches, tal a confusa e difusa redação dos textos que condensam as condutas delituosas e respectivas sanções.

Apesar destas severas críticas, deve-se levar em conta o momento em que as Ordenações do Reino foram elaboradas. Elas são um exemplo da legislação que vigorava na Europa naquele período.

Deve-se lembrar da lição de Pierangeli (2001, p. 59):

Contudo, há que se considerar essa legislação tendo-se em vista o momento histórico que se vivia. Evidente que essa legislação não poderia conter, como pretende Melo Freire e cuja crítica é referendada por Frederico Marques, uma parte geral e uma parte especial. Os conceitos dogmáticos são relativamente recentes, conquanto alguns deles possam ser encontrados, mais com algumas formas embrionárias, nas antigas legislações e no trabalho dos Práticos. Mas, ainda hoje, há, entre os penalistas, técnicos que defendem a dispensabilidade da Parte Geral, nos códigos. As penas cruéis, tanto a capital como as corporais, desde os tempos mais remotos, foram difundidas e largamente aplicadas, e, atualmente, encontramos em várias legislações a pena de morte e a amputação das mãos, a castração. Mesmo em nosso País, no momento em que escrevemos esta página, pretende-se a reforma da Constituição e a edição de um plebiscito, no sentido da adoção da pena de morte, como se esta fosse uma panacéia para todos os males sociais que se refletem na constância dos delitos, principalmente de ordem patrimonial. Nem mesmo quanto ao tratamento diferenciado em relação às qualidades das pessoas podemos tecer uma maior crítica, pois quem pode negar a benignidade da nossa legislação ao punir os crimes contra o fisco, os delitos de colarinho branco, as penas impostas à corrupção que campeia nos altos escalões governamentais, com aquelas impostas ao criminoso comum, ao roubador? Ademais, não seria a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que define os

crimes hediondos, um retorno à época de que estamos falando? Razão, pois, tem Eduardo Correia, quando afirma que todas as características que se apontam no direito penal europeu da época são encontráveis nas Ordenações do Reino.

O estupro estava tipificado no Título XVIII, que dispunha “do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della ou a leva per sua vontade”. Assim, estava disciplinado o delito:

[...] 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. Porém, quando fôr com mulher, que ganhe dinheiro per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até nol-o fazerem saber, e per nosso mandado. E essa mesma pena haverá qualquer pessoa, que para a dita força der ajuda, favor ou conselho. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será revelado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. E toda esta Lei entendemos em aquellas, que verdadeiramente forem forçadas, sem darem ao feito algum consentimento voluntário aindaque depois do feito consummado consintão nell, ou dêem qualquer aprazimento: porque tal consentimento, dado depois do feito, não relevará o forçador em maneira alguma da dita pena.

Como se pode ver, o estupro era apenado com morte, salvo no caso da vítima ser escrava ou prostituta, nesses casos o El-Rei era comunicado e ele escolhia que sanção ser aplicada. O casamento não era causa de exclusão de punibilidade, nem o consentimento posterior.

2.3. DIREITO PÁTRIO

Mesmo com a presença da Família Real portuguesa no país, não houve mudanças importantes no sistema jurídico. Mas quando D. João VI retornou para Portugal, o Príncipe Regente, D. Pedro, legislou sobre a prisão e que as contendas em relação ao abuso da liberdade de imprensa fossem resolvidas perante juízes de fato (MARQUES, 1997).

Com a independência do Brasil, o Imperador outorgou a Constituição de 1824, que se mostrou, surpreendentemente, mais liberal do que a que vinha sendo

elaborada pela assembléia constituinte que D. Pedro I dissolvera no ano anterior (PIERANGELI, 2001). A carta, em seu artigo 179, delineou diretrizes que deviam ser seguidas pelo legislador quando fosse elaborar leis penais, o que acabou trazendo novos contornos para tal ramo do direito. Assim foi, que a Constituição, inspirada nos valores liberais provenientes da França e dos Estados Unidos, instilou estes mesmos valores no Código Criminal do Império.

Dentre as valiosas diretrizes traçadas pelo Art. 179, não podemos deixar de ressaltar as seguintes: o item II dispunha que as leis não seriam elaboradas desnecessariamente; o item III trazia o princípio da irretroatividade legal; o XIII impunha a igualdade entre as partes; o XIX abolia os açoites, a tortura, a marca de fogo e demais penas cruéis; o XX trazia a marca da responsabilidade pessoal pelo delito.

D. Pedro I enfatizou a necessidade de uma nova codificação penal e, em meados de maio de 1827, os deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e Clemente Pereira apresentaram cada um, projetos de código criminal (PIERANGELI, 2001).

O projeto daquele primeiro político era mais completo, já que era composto por partes destinadas às regras processuais e penais. Tinha cunho liberal, mas conseguia adaptar-se ao sistema escravocrata vigente.

Uma comissão designada pela Câmara de Deputados foi incumbida de examinar ambos os projetos, embora tal grupo apenas tenha recomendado imprimi-los e que o projeto de Bernardo fosse levado em consideração quando dos debates (MARQUES, 1997).

Em 1828, criou-se uma comissão bicameral para análise dos projetos. Esta tomou como ponto de partida o projeto de Bernardo Vasconcellos sem, contudo, olvidar-se do de Clemente Pereira. Assim surgiu um novo projeto, e a Câmara designou nova comissão para darem redação final àquele projeto (PIERANGELI, 2001).

Em 10 de setembro de 1830, iniciou-se a discussão plenária. A emenda proposta pelo Deputado Rêgo Barros foi acolhida e com ela aboliu-se a pena de morte dos crimes políticos. Os conservadores conseguiram manter a pena capital e a de galés³ para os delitos comuns (PIERANGELI, 2001).

³ Era a segunda pena mais grave, sendo antecedida pela capital e sucedida pelo degredo para o Brasil ou para a África, tratava-se de trabalhos forçados.

Finalmente, em 16 de dezembro de 1830, após a redação final e a aprovação sem modificações no Senado, o Imperador sancionou o Código Criminal do Império, que foi publicado em 08 de janeiro de 1831.

Tal compêndio teve fortes influências liberais, pois em muito foi baseado no projeto que Mello Freire elaborou para Portugal, projeto este que trazia estas tendências, sem falar que as mesmas foram apontadas na Constituição Imperial. A classificação dos delitos tem como fonte o projeto do mesmo autor, bem como o conceito de legítima defesa, o estado de necessidade (resumido à única hipótese do viajante que arrebatou o necessário para não morrer) e a embriaguez pré-ordenada (que agrava o delito).

Também exerceu forte influência sobre aquele estatuto penal o Projeto de Edward Livingston, elaborado para Louisiana. Embora tal jurista tenha combatido a pena de morte, manteve-a aos escravos, procedimento que foi seguido pelo Código Criminal pátrio. O projeto de Livingston teve como uma de suas fontes o Código da Baviera, e por este caminho é que se afirma que tal código influenciou o compêndio imperial (PIERANGELI, 2001).

Além de tais importantes influências aquele estatuto destacou-se por apresentar várias inovações. Lyra (1946 *apud* Marques, 1997, p. 121) reúne-as, em síntese, assim:

1.º) no esboço da indeterminação relativa e individualização da pena, contemplando, já, os motivos dos crimes, só meio século depois testado na Holanda e, depois, na Itália e na Noruega; 2.º) na fórmula da cumplicidade (co-delinquência como agravante) com traços do que viria a ser teoria positiva a respeito; 3.º) na revisão da circunstância atenuante da menoridade, desconhecida, até então, das legislações francesa, napolitana e adotada muito tempo após; 4.º) no arbítrio judicial no julgamento dos menores de 14 anos; 5.º) na responsabilidade sucessiva nos crimes por meio da imprensa antes da lei belga, e, portanto, esse sistema é brasileiro e não belga, como é conhecido; 6.º) a indenização do dano *ex delicto* como instituto de direito público, também antevisão positiva; 7.º) na imprescritibilidade da condenação.

Também se pode destacar como inovação salutar o fato de não se apenar nenhum crime político com a morte e a criação do sistema do dia-multa como pena pecuniária. Tal sistema é fruto do Código de 1830, embora seja usualmente

denominado de sistema nórdico, às vezes até por autores nacionais (PIERANGELI, 2001).

No entanto, como toda obra humana, o estatuto continha defeitos. Omitiu-se a definição de culpa *strictu sensu* e os crimes de homicídio culposo e lesão culposa, embora estas condutas só tenham atingido freqüência relevante com o surgimento das máquinas e o proporcional aumento da necessidade da *obligatio ad diligentiam*. Somente em 1871, por meio da Lei 2.033 é que foram incluídas tais figuras típicas. Outra crítica que se pode fazer à obra é a admissão da pena de morte para os escravos, mesmo quando a Constituição de 1824 pregava o tratamento igualitário entre as partes. Mas se deve frisar que os escravos não eram considerados pessoas e sim *res* (PIERANGELI, 2001).

Tais defeitos não foram, contudo, suficientes para diminuir o brio da codificação brasileira que teve boa repercussão na Europa e nos países latino-americanos, devido à diminuição sensível das figuras delitivas, distinguindo as normas morais das normas jurídicas.

O Código Criminal do Império considerava o estupro não como apenas uma conduta; traz, por isso, uma seção (é a primeira do capítulo II, que trata “dos crimes contra a segurança da honra”), com tal rubrica disciplinando diversas figuras típicas como podemos ver abaixo:

Capitulo II

Dos crimes contra a segurança da honra

Secção I

Estupro

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

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

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

.....
 Art. 221. Se o estupro fôr cometido por parente da deflorada em grão que não admitta dispensa para casamento.

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

Penas:

Maximo – 12 annos de prisão simples e dotar a offendida.

.....

Se a violentada fôr prostituta

Penas:

Maximo – 2 annos de prisão simples

.....
 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.

.....
 Art. 224. Seduzir mulher honesta menor de 17 annos e ter com ella copula carnal.

.....
 Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas.

O legislador imperial adotou a terminologia *stuprum* do direito romano, significando qualquer conjunção carnal ilícita. O recém-revogado delito de sedução é semelhante aos delitos tipificados nos arts. 219 e 224. Os arts. 220 e 221 são circunstâncias, na moderna técnica penal, qualificadoras do delito de, assim denominado pela jurisprudência e doutrina da época, defloramento. O Art. 222 é aquele que realmente se assemelha ao hodierno estupro, o que para os romanos era o *stuprum violentum*, o tipo é, na verdade, extremamente homólogo, até a redação é quase a mesma. A diferença principal a ser apontada é que a figura moderna não exige a elementar do tipo “mulher honesta” e, portanto, o Código Criminal, ao sancionar mais brandamente tal conduta, quando cometida em desfavor de uma meretriz, desobedeceu, nesse caso, a Constituição Imperial que traçou a diretriz do tratamento igualitário entre as pessoas. Não houve previsão da presunção de violência.

Tinôco (2003, p. 403) indica como deve era feito o rol de quesitos para o júri: “O réo F... no dia ... e lugar... teve, por meio de violencia (ou ameaças), copula carnal com F.? A offendida era mulher honesta? A offendida era prostituta?”. Tal doutrinador colaciona jurisprudência demonstrando que sendo duas as ofendidas, duas devem ser as séries de quesitos.

O Art. 223 é comparável ao atual atentado violento ao pudor. No entanto, o tipo imperial apenas tutela a liberdade sexual feminina. O Art. 225 traz o casamento como uma forma de extinção da punibilidade do acusado.

Várias leis seguiram à elaboração do Código Criminal, mas com a abolição da escravidão em 1888 tal compêndio teve que passar por inúmeras reformas, o que acabou fazendo com que Joaquim Nabuco apresentasse uma proposta de lei visando promover a devida adaptação do Código à nova realidade.

Este, no entanto, não chegou a ser discutido. O deputado João Vieira apresentou, oportunamente, proposta de um novo código. Nomeou-se uma comissão para um exame do projeto. Depois de realizado tal expediente, considerou-se necessária uma real mudança na legislação penal, razão pela qual Batista Pereira foi encarregado de elaborar um novo projeto, mas o trabalho deste foi interrompido com a proclamação da república (MARQUES, 1997).

O então Ministro da Justiça, Campos Sales, incumbiu novamente Batista Pereira de constituir novo projeto (MARQUES, 1997). Entrementes, foi expedido o Decreto 774, em setembro de 1890, que aboliu a pena de galés e as perpétuas (estas passaram para o limite máximo de 30 anos), adotou a detração da pena e a prescrição executória das penas (PIERANGELI, 2001).

O projeto apresentado, elaborado em apenas três meses, por Batista Pereira foi aprovado, tendo a comissão, que foi instaurada para debater o projeto, realizado apenas pequenas modificações. Este tinha como influência o Código Italiano de 1889 (ou Código de Zanardelli) e o Código Argentino de 1886, no entanto, não conseguiu obter a excelência sistemática daquele último (PIERANGELI, 2001).

Mas o Código Republicano foi feito de maneira açodada e por tal motivo acabou repleto de defeitos, o que fez com que o Código Imperial o ultrapassasse em excelência. Tais imperfeições foram sendo corrigidas pela edição de várias leis, com um pouco mais de um mês veio a primeira reforma através do decreto 1.127 (PIERANGELI, 2001).

Tais defeitos geraram inúmeras críticas, algumas exageradas como a de João Monteiro que o tachou de pior código conhecido. Todavia, merece transcrição o seguinte trecho de Marques (1997, p. 124):

O velho estatuto republicano acusava, de fato, muitas deficiências; todavia cumpriu sua missão e, se não mereceu louvores endereçados pelos da terra e de fora, ao Código do Império, nem por isso deslustrou nossa cultura, como pretendem alguns.

Realmente peca o código quando disciplina, em seu Art. 27, §4º, que não se consideram criminosos “os que se acharem no estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commeter o crime”. Obviamente quem se encontra em tal estado não se pode considerar criminoso, visto que incapaz de praticar qualquer conduta por se achar em completa privação dos sentidos e de intelligência. Diziam que fora um erro de redação e que a palavra deveria ser perturbação, mesmo assim ocorreram inúmeros abusos devido à redação relapsa.

Pode-se afirmar que a obra falha por ausência de sistematização dos delitos tipificados na parte especial e a técnica utilizada foi precária, basta verificar o nome do título referente às infrações contra os costumes: “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das familias e do ultraje publico ao pudor”. Quanto ao estelionato a conduta principal veio enumerada em quinto lugar (PIERANGELI, 2001).

Aliás, é exatamente no título VIII, “dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico” que se encontra, no capítulo I, a disposição da figura do estupro:

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

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos

§1.º Si a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellualar por seis mezes a dous annos

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

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

Pode-se observar que houve uma mudança do Código do Império para o Republicano no conceito de estupro. Naquele último a denominação estupro era utilizada para descrever várias figuras típicas, enquanto neste primeiro o *nomen iuris* refere-se apenas a um tipo, que se equipara ao moderno. Pode-se perceber que havia a previsão da presunção de violência quando a vítima não tivesse como se defender. O Art. 272 do mesmo código trazia a presunção em relação à idade da

vítima, assim presumia-se a violência quando a mesma não fosse maior de dezesseis anos.

Vários defeitos do Código Republicano foram sendo corrigidos por edição de diversas leis. Ocorre que o compêndio teve uma vigência relativamente longa, fazendo com que a legislação extravagante se tornasse numerosa o suficiente para dificultar o entendimento e aplicação da lei penal.

Vicente Piragibe, desembargador, realizou um trabalho fundamental para diminuir tal problema, agrupando as inúmeras leis e dispondo em ordem as modificações realizadas. Esforço que originou a consolidação das leis penais de 1932, que só deixou de vigorar após a edição do código penal de 1940 (MARQUES, 1997).

Getúlio Vargas instaurou uma nova ordem política e jurídica com a outorga da Constituição de 1937, a “Polaca”. O Brasil foi submetido a um regime totalitarista assemelhado aos regimes fascista e nazista. Este tipo de governo opressor usualmente se vale das normas penais e processuais penais para subjugar os que resistem mantendo o controle na nação.

Alcântara Machado foi incumbido pelo Ministro da Justiça de elaborar um projeto de código, que foi entregue em 1940 contendo 390 artigos. O mesmo foi revisado por uma comissão formada pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, Vieira Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, com a ajuda de João Costa e Silva que apenas remetia suas idéias à comissão devido ao estado de saúde abalada. Alcântara Machado só tomou conhecimento da revisão e dos componentes das mesmas depois de realizadas as modificações, surgindo daí um novo projeto (PIERANGELI, 2001).

O novo projeto não conseguira dissociar-se do antigo, embora se diga que a comissão revisora contribuiu para deturpar o trabalho ao revés de melhorá-lo. Alcântara Machado, ao tomar conhecimento das alterações, resolveu não se manifestar momentaneamente, aguardando que o novo projeto fosse convertido em lei para poder tecer suas críticas (PIERANGELI, 2001).

No entanto, Getúlio Vargas, de passagem por São Paulo, incitou-o a continuar colaborando com a elaboração do novo Código Penal. Alcântara Machado somente pôde analisar a parte geral, pois o tempo era exíguo, remetendo um comunicado à comissão para que não aprovassem algo que contribuiria, assim como o Código de 1890, para denegrir a cultura jurídica pátria (PIERANGELI, 2001).

O Ministro da Justiça impressionou-se com as severas críticas dirigidas ao trabalho da comissão revisora e, concordando com aquele jurista, pediu que o mesmo redigisse novamente o projeto. Publicou-se a nova redação do projeto e também nova exposição de motivos, inserida após a revisão (PIERANGELI, 2001).

Foi aprovado então como Código Penal. Alguns, como Néelson Hungria⁴, afirmam que o projeto de Alcântara transparece no texto final da obra, outros, como Basileu Garcia⁵ e Costa e Silva⁶, concordam que o anteprojeto teve papel relevante incentivando a reforma penal, mas não admitem uma maior contribuição. Não se pode olvidar de comentar que a comissão realizou um bom trabalho de aperfeiçoamento na sistemática do Código. A obra, que apresenta traços positivistas, predominantes, e traços neoclássicos, teve boa repercussão fora do país, tendo sido traduzida para o francês e o espanhol (PIERANGELI, 2001).

Mas, em 1961, Jânio Quadros incumbiu a Néelson Hungria a tarefa de elaborar um novo projeto de Código Penal. Em 1969, tal projeto foi convertido em lei pelo Decreto-Lei 1.004. No entanto, foram sendo realizados alguns aditamentos que postergaram a entrada em vigor da nova lei e ocorreu que novas leis foram editadas, para que a vigência do novo Código Penal coincidissem com a vigência de um novo Código de Processo Penal, que estava sendo elaborado. Foi então que o Decreto-Lei foi revogado em 1978, pela lei 6.578, sem nunca ter entrado em vigor (PIERANGELI, 2001).

O Código de 1940 manteve-se este período todo em vigor, apresentado apenas pequenas alterações. Em 1977, foi remetido ao congresso um projeto de lei que alteraria substancialmente o estatuto penal, transformando-se em lei de nº 6.416. A reforma teve aspectos positivos como o perdão judicial nos crimes culposos, a abolição do sistema de reincidência específica, a reestruturação da suspensão condicional da pena, dentre outros. Mas tal reforma teve um aspecto negativo muito forte: desestabilizou a sistemática do Código, dificultando a aplicação e compreensão do mesmo. Soma-se isso ao fato de que havia a necessidade de uma evolução nas normas penais para que melhor se atendessem às novas demandas sociais, de modo que se tornou urgente uma reforma em toda a legislação (PIERANGELI, 2001).

⁴ HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Vol. I, Tomo 1º, p. 73.

⁵ GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1954. Vol. I, tomo I, p. 127.

⁶ SILVA, A. J. da C. e. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1930. p. 9

Esta veio com a lei 7.209 de 1984, que reformulou a Parte Geral do Código de 1940 e teve origem quando as comissões encarregadas de dar um parecer acerca do projeto do novo código processual penal e de compatibilizar a proposta de código de execuções com o texto processual concluíram que, sem a reforma do estatuto penal, não se alcançaria o fim desejado, comunicando isso ao Ministro da Justiça. Este nomeou, então, uma outra comissão que elaborou um projeto de reforma da parte geral do Código, que foi convertida oportunamente em lei na mesma ocasião em que o projeto de execuções que virou a famosa lei 7.210 ou Lei de Execução Penal (PIERANGELI, 2001).

Portanto, a reforma trouxe mudanças relevantes quanto ao cumprimento da sanção criminal. Surgiu uma variada gama de penas, com sistema progressivo de cumprimento da mesma, tendo em vista que a reprimenda estatal fosse somente aquela necessária para a retribuição da prática delituosa e para a ressocialização do criminoso. Foi adotado o princípio da culpabilidade, o que acarretou a abolição das medidas de segurança para os imputáveis (dito sistema vicariante), diferenciação quanto ao tratamento do partícipe, inclusão da ausência de consciência da ilicitude como excludente de punibilidade (caso escusável) e eliminação de vários resíduos da responsabilidade penal objetiva (PIERANGELI, 2001).

Todavia, os princípios liberais adotados pelo legislador pátrio levaram muitos a tecerem críticas quanto à reforma da parte geral. Aparentemente, a população, em geral, queria sanções mais graves para verem os criminosos “apodrecendo” na cadeia, e deste espírito foi que surgiu a lei nº 8.072/90, denominada jocosamente de “lei hedionda dos crimes hediondos”. Sorte para a sociedade brasileira que a Constituição Federal, em seu Art. 5º, proíbe, enquanto a Lei Magna estiver em vigor, várias penas brutais, como a capital. É bem provável que, se tal proibição não estivesse erigida como cláusula pétrea, já se teria no país a adoção da pena capital (PIERANGELI, 2001).

O estupro, no Código vigente, está tipificado no Art. 213, que se situa no Capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual) do Título IV (dos crimes contra o costume). Continuou-se a adotar a terminologia do Código Republicano. O tipo é: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”; e será melhor estudado a seguir.

3. ESTUDO DO TIPO

3.1. OBJETO JURÍDICO

O delito estupro encontra-se, como já visto, no título VI (dos crimes contra os costumes), mais especificamente no capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual), enumerado no Art. 213 com a seguinte redação: “constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça”.

Como se pode inferir da localização do tipo, o crime visa impedir os abusos contra a liberdade de o indivíduo dispor sexualmente de seu corpo. Como ensina Jesus (2002a, p. 93):

A lei penal protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais. É o direito de dispor do próprio corpo, de selecionar os parceiros e de praticar livremente os atos do sexo.

O mesmo assevera Capez (2004, p. 01):

A lei penal não interfere nas relações sexuais normais dos indivíduos, mas reprime as condutas anormais consideradas graves que ferem a moral média da sociedade. No crime de estupro tutela-se sobretudo a liberdade sexual da mulher, ou seja, a liberdade de dispor de seu corpo, de não ser forçada violentamente a manter conjunção carnal com outrem.

Jesus (2002a) também reforça a idéia que o tipo protege a liberdade sexual da mulher.

3.2. SUJEITO ATIVO DO TIPO

Os doutrinadores apontam o homem como o único possível a cometer o delito em tela. Capez (2004, p. 03) afirma que: “sujeito ativo do crime é o homem. Somente este poderá executar a ação típica, já que a lei fala em “conjunção carnal””. Igualmente se posiciona Mirabete (2003a, p.1524): “somente o homem pode praticar o delito uma vez que só ele pode manter conjunção carnal com mulher”. Jesus (2002a, p.95) corrobora: “somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de

estupro, porque só ele pode manter com a mulher conjunção carnal, que é o coito normal”.

Portanto, como se pode observar, é pacífico na doutrina que o homem pode ser sujeito ativo do delito. E quanto à mulher, pode ela ser autora de tal crime? É pacífico na doutrina que a mulher pode ser partícipe da infração e até co-autora. Jesus (2002a, p.96) leciona: “a mulher por sua vez, não pode ser sujeito ativo do crime de estupro. Em hipótese de concurso de pessoas, porém, pode ser co-autora ou partícipe”. Por sua vez, Capez (2004, p. 04) ressalta: “ainda no que diz respeito à mulher como sujeito ativo do estupro, temos que é perfeitamente possível o concurso de pessoas na modalidade co-autoria e participação”. Entendimento também esposado por Mirabete (2003a, p.1524): “nada, entretanto, impede a co-autoria ou participação criminosa; assim, a mulher pode responder pelo ilícito na forma do Art. 29”.

A mulher sozinha no pólo ativo e a situação do hermafrodita e do transexual serão analisados em tópicos separados abaixo

3.3. SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo é obrigatoriamente a mulher, visto que indicada pelo próprio tipo: “constranger **mulher**” (grifos nossos). Assim, pondera Capez (2004, p. 05) : “é somente a mulher, pois apenas esta pode ser obrigada a realizar a cópula vagínica”.

Não se exige nenhuma qualidade especial desta, como assevera Jesus (2002a, p. 96):

sujeito passivo é somente a mulher. Não se exige qualquer qualidade especial para que seja vítima de estupro, não importando se se trata de mulher virgem ou não, prostituta ou honesta, casada ou solteira, separada de fato, viúva ou divorciada, velha ou moça, liberada ou recatada. (grifos no original)

Observando-se a evolução do tipo, constata-se que no Código do Império o estupro podia ocorrer com o simples defloramento de uma virgem e, no caso da modalidade perpetrada com violência ou grave ameaça, a conduta praticada contra prostitutas era punida mais brandamente. A pena menor, quando da prática contra

meretrizes, também foi acolhida no estatuto repressivo republicano, e na mesma situação a mulher pública (não honesta). Tal fato poderia levar alguns a afirmarem que a conduta contra essas pessoas não fosse mais crime devida à falta de previsão legal. Mas o que quis o legislador foi tutelar a liberdade sexual de todas as mulheres, sem discriminar seu comportamento ou profissão.

O dever conjugal de manter relações sexuais com o cônjuge também levou alguns doutrinadores a afirmarem que a conduta é atípica quando praticada em desfavor da esposa, seria modalidade de exercício regular de direito. Noronha (1986, p. 105) afirma:

A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido.

Semelhante é a opinião de Hungria (1981, p.115):

[...] o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (Art. 19, n° III). (grifos no original)

No entanto, resta remansoso na doutrina moderna que nestes casos o ilícito penal restará configurado⁷. Capez (2004, p. 05) afirma que: “embora a relação

⁷ EMENTA: ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROVA. APENAMENTO. MAJORANTE DA CONDIÇÃO DE CASADO DO RÉU. REVOGAÇÃO. O estupro e o atentado violento ao pudor são crimes que bem podem ser praticados pelo marido contra a própria mulher, pelo respeito e dignidade humana que todos merecem, sob pena, ainda, de consagração da barbárie. Prova oral e direta dos acontecimentos, no caso, que se viu limitar, como da praxe de crimes praticados fora das vistas de testemunhas, às informações contrárias de réu e vítima. Prevalência da versão da vítima, que manteve suas palavras, coerentes, nas vezes em que ouvida, na polícia e em juízo, consoando, outrossim, com o que disse para terceiros. Versão, outrossim, que encontrou apoio na constatação das lesões no rosto que sofreu no episódio, atestadas por laudo médico. Irrelevância, outrossim, da falta de vestígios específicos das violências sexuais, porquanto bem se compreende que, perpetrada a violência, conseguiu o acusado reduzir a vítima ao estado de submissão, assim já não mais direcionando resistência física aos atos sexuais propriamente ditos, a que se viu forçada. Juízo condenatório confirmado, com transcrição da excelente análise da prova procedida pela sentença. Insubsistência da majorante da condição de casado do réu, recentemente revogada. Hipótese, aliás, em que nem seria mesmo aplicável, dado que tinha a ver com a impossibilidade de reparar o mal pelo casamento e com a violação dos deveres do casamento; adultério -, situações não afinadas com a hipótese de crime cometido pelo marido contra a própria mulher. Apelo parcialmente provido para exclusão de majorante e redução conseqüente do apenamento. (Apelação Crime N° 70009970948, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 28/04/2005)

EMENTA: ESTUPRO PRATICADO CONTRA ESPOSA. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. Em razão da natureza pública incondicionada da ação, eventual manifestação contrária da ofendida, com relação à instauração ou prosseguimento da ação penal, não possui eficácia. EXERCÍCIO

sexual constitua dever recíproco entre cônjuges, os meios empregados para sua obtenção são juridicamente inadmissíveis e moralmente reprováveis”. Mirabete (2003b, p. 415) leciona: “isto porque, embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícita e criminosa a coação para a prática do ato por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar”. Bitencourt (2004, p. 861) tem o mesmo entendimento: “o chamado “débito conjugal” não assegura ao marido o direito de “estuprar sua mulher”; garante-lhe, tão somente, o direito de postular o término da sociedade conjugal”.

3.4. TIPO OBJETIVO

O verbo nuclear é constranger. “Constranger significa forçar, compelir, coagir” (CAPEZ, 2004, p. 02), ou seja, é necessário que o sujeito ativo coaja a mulher. Esta, embora não coadune com o ato, é submetida a tal prática por ter sua capacidade de resistir vencida pelo emprego da violência ou grave ameaça. Trata-se de um tipo especial de constrangimento ilegal, como bem salienta Capez (2004, p. 02):

Veja-se que o estupro, na realidade, constitui uma espécie de crime de constrangimento ilegal, na medida em que a vítima é coagida, devido ao emprego de violência e grave ameaça, a fazer algo que por lei não está obrigada, no caso, a praticar conjunção carnal com o agente.

Como se vê, não basta o constrangimento para a configuração do tipo, é necessária que ocorra mediante violência ou grave ameaça, assevera Bitencourt (2003, p.861):

A ação tipificada é *constranger* (forçar, compelir) *mulher* (somente pessoa do sexo feminino), virgem ou não, menor ou maior, honesta ou prostituta, *mediante violência* (vis corporalis) ou *grave ameaça* (vis compulsiva), à *conjunção carnal* (cópula vagínica). (grifos no original).

REGULAR DE DIREITO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Não age ao amparo do exercício regular de direito o marido que constrange sua esposa à cópula intra matrimonium, tendo em vista que a recusa injustificada aos deveres do casamento constitui causa para a separação judicial e não autorização normativa para a prática de crime sexuais. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INVIABILIDADE. Demonstrado que a violência física dirigiu-se à conjunção carnal, incide, na espécie, o tipo penal definido no Art. 213 do Código Penal, não se cogitando da desclassificação do fato para constrangimento ilegal, diante do princípio da especialidade. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70009102377, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 29/09/2004)

A violência é o uso da força física para superar a resistência oferecida pela mulher por sua falta de aquiescência, consistindo na mais variada gama: murros, chutes, arranhões, facadas, estrangulamento, etc.

Por outro lado, a grave ameaça é a violência moral que faz com que a vítima ceda aos desejos lascivos do agente diante de uma ofensa prometida. É salutar a lição de Mirabete (2003b, p. 416):

Em se tratando de ameaça, deve ela ser *grave* (promessa da prática de mal considerável), mas não importa a justiça ou não do mal ameaçado. Tem-se em conta, sempre, a capacidade de resistência da vítima” (grifos no original).

Não se pode olvidar tampouco das palavras de Capez (2004, p. 03):

O mal prometido pode ser direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima); justo (denunciar crimes praticados pela vítima) ou injusto (anunciar que vai matá-la); e deve ser analisado sob o ponto de vista da vítima, ou seja, tendo em conta suas condições físicas e psíquicas; uma senhora de idade; um enfermo ou uma criança são muito mais suscetíveis que uma jovem que possui plena capacidade física e mental. Cada caso exigirá uma análise individual.

A violência ou grave ameaça, por fim, devem ser dirigidas para o constrangimento da prática da conjunção carnal. Por conjunção carnal, entende-se a inserção do pênis no interior da vagina, ainda que parcial. Não é imprescindível para a configuração do tipo que o agente atinja o orgasmo com a ejaculação.

O coito anal e o coito oral não constituem esta figura típica, devendo o constrangimento ilegal para tal fim ser enquadrado como atentado violento ao pudor, tipificado no Art. 214 do Código Penal. O mesmo doutrinador tece críticas à opção do legislador:

Critica-se o dispositivo em apreço porque outras cópulas (anal, oral) podem até ser mais gravosas à dignidade da mulher. Não convence, data vênia, a justificativa de que a lei deve restringir-se apenas à conjunção carnal, por ser ela mais perigosa diante da possibilidade da gravidez.

É necessário também, como já dito, o dissenso da mulher, já que sem ele não há ofensa à liberdade sexual. Mas não é qualquer resistência que caracteriza a

infração ao poder de dispor do próprio corpo, deve ser veemente. Mas Bitencourt (2004, p. 861-862) adverte:

A ordem jurídica não pode esperar de ninguém a capacidade de praticar atos heróicos. Também aqui vigem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da relação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. Assim, não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida para se reconhecer a violência ou grave ameaça.

Embora Mirabete (2003b, p. 416) afirme: “exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo (*RT* 488/336, 533/326)”.

3.5. TIPO SUBJETIVO

O ilícito só se configura quando praticado dolosamente. Ou seja, somente quando o sujeito ativo age com a vontade livre e consciente de constranger a mulher, com o emprego da violência ou grave ameaça, para a prática da conjunção carnal.

Importante observação faz Jesus (2002a, p. 98):

Tal elemento subjetivo irá distinguir a tentativa de estupro do atentado violento ao pudor, quando os atos poderão ser os mesmos e somente a intenção do agente fará a distinção entre as duas figuras.

Há quem entenda que existe a necessidade de que o dolo seja o dito específico, como ressalta Capez (2004, p. 06): “em sentido contrário, há uma posição entendendo que o tipo exige uma finalidade especial (o chamado elemento subjetivo do tipo, anteriormente denominado dolo específico)”. Refere-se o autor a Mirabete e Bitencourt, com os quais discorda afirmando: “entendemos que não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais completas”. O mesmo é o entendimento de Jesus (2002a, p. 98): “o crime somente é punível a título de dolo, que consiste na vontade de obter a conjunção carnal. [...] O tipo não reclama nenhum fim especial do agente”.

3.6. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime consuma-se com introdução do pênis na vagina, ainda que parcial, conforme salienta Mirabete (2003a, p.1534): “consume-se o crime de estupro com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da mulher, independentemente de orgasmo, ejaculação, rompimento da membrana himenal, etc”.

A tentativa é admissível, mesmo que não haja contato entre os órgãos sexuais, como afirma Hungria (1981, p. 116):

Será esta, aliás, reconhecível, ainda quando não haja esse contato, desde que as circunstâncias deixem manifesto, por parte do agente, o intuito de conjunção carnal. Assim, deve responder por estupro tentado o indivíduo que, depois de empolgar a vítima, joga-a a no chão ou para cima do leito, levantando-lhe as vestes, arrancando ou rasgando-lhes as calças, e retira o membro em ereção, procurando aproximá-lo do *pudendum* da vítima, mas vindo a ser impedido de prosseguir por circunstâncias independentes de sua vontade (como quando a vítima consegue desvencilhar-se e fugir, ou sobrevém intervenção de terceiros). Desde de que haja um inequívoco ensaio da introdução da verga, é identificável o *conatus*.

Havendo contato superficial entre os membros, sem a introdução do órgão masculino por motivos alheios à vontade do agente, está caracterizada a tentativa, como afirma Jesus (2002a, p.98): “havendo simples contato entre os órgãos sexuais do homem e da mulher, sem a introdução do órgão viril, somente se poderá falar em tentativa”.

Como salienta Mirabete (2003a, p.1534), a desistência voluntária não está excluída: “nada impede a desistência voluntária”. Esta será melhor analisada oportunamente.

3.7. QUALIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O tipo é usualmente classificado como crime próprio (aquele em que apenas determinado grupo de pessoas pode ser autor do crime, embora se admita a co-autoria), pois se entende que apenas o homem é apto a ser sujeito ativo do

crime. Mas, como será demonstrado, a mulher pode ser responsabilizada como autora no delito de estupro, razão pela qual parece ser mais acertado classificar o delito como comum (aquele em que qualquer pessoa está apta a cometer o crime).

As infrações penais também podem ser agrupadas em materiais, formais ou de mera conduta. O ilícito é dito material quando a figura típica exige a produção de um resultado naturalístico para que ocorra a consumação (assim para que o homicídio seja consumado é necessário o resultado morte).

O crime formal é aquele que, embora haja a previsão legal do resultado no tipo, não é necessário que ocorra a sua produção para que o delito seja consumado (o crime de ameaça tem como resultado naturalístico o abalo psíquico decorrente da mesma, todavia, mesmo que a vítima não se sinta ameaçada, o ilícito restará configurado no momento em que esta tomar conhecimento daquela).

Quando o legislador apenas descreve uma ação, sem que preveja ou requeira qualquer evento natural advindo desta, têm-se o crime de mera conduta. Assim, a mera prática da conduta já caracteriza a infração penal de maneira plena (como exemplo pode-se citar o crime de invasão de domicílio, no qual o legislador apenas descreve a conduta de invadir domicílio ou permanecer nele sem autorização, não exigindo de tal ação qualquer resultado).

Jesus (2002a, p. 98) afirma sobre o crime de estupro: “cuida-se de crime de mera conduta, não fazendo o tipo penal referência a nenhum resultado advindo do comportamento do sujeito”.

No entanto, Nucci (2003, p. 646) não é da mesma opinião:

Há quem entenda ser crime de mera conduta, com o que não podemos concordar, pois o legislador não pune unicamente uma conduta, que não possui resultado naturalístico. A mulher que foi violentada pode sofrer lesões de ordem física – se houver violência – e, invariavelmente, sofre graves abalos de ordem psíquica, que constituem com nitidez, um resultado detectável no plano da realidade.

A posição de Jesus, todavia, parece a mais correta. As lesões não constituem o resultado do tipo, mas apenas um dos meios necessários para que se implemente a prática criminosa. O abalo psíquico, embora real e existente, não é o resultado naturalístico do tipo, é certo que a invasão de domicílio pode trazer abalos psíquicos para o ofendido, nem por isso deixa de ser crime de mera conduta. O legislador, realmente, não faz nenhuma exigência quanto a resultado, basta que

mantenha a conjunção carnal com vítima, ou seja que o pênis adentre, ainda que parcialmente, a vagina. Para a opinião de Nucci estar correta, o tipo teria que assim estar descrito: “constranger mulher mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal, causando-lhe abalo psíquico” ou “constranger mulher mediante violência à conjunção carnal, causando-lhe lesões físicas”.

3.8. CONCURSO DE CRIMES

Há a possibilidade de concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Para que tal hipótese concretize-se, são necessários que os atos libidinosos praticados não sejam aqueles que precedem o coito. Neste sentido, Jesus (2002a, p.100) afirma: “o crime de estupro pode ser praticado em concurso com o atentado violento ao pudor, desde que os atos libidinosos praticados não sejam daqueles que precedem o coito normal”.

Assim, se o agente pratica coito anal e depois coito vaginal, há o concurso entre os dois crimes.

Caso o ato seja preliminar ao coito ficará absorvido devido ao princípio da consunção, como explicado por Capez (2004, p. 13):

Se as carícias preliminares estiverem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haverá absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro, por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior.

O estupro podia ser praticado em concurso material com o delito de rapto. O mesmo doutrinador elucida os requisitos para que ocorresse tal hipótese:

Se o agente priva a mulher honesta de sua liberdade de locomoção, com o fim de praticar ato libidinoso, e acabar por estuprá-la, poderá responder pelo crime de rapto em concurso material com estupro. Como veremos mais adiante, para a configuração do delito de rapto, não é preciso que haja a prática ulterior da libidinagem, bastando a conduta de raptar, com esse fim especial. Caso se concretize, valerá o Art. 222 do CP, aplicando-se a regra do concurso material (CP, Art. 69, caput).

E segue o renomado autor fazendo importante advertência:

Convém frisar, no entanto, que, embora a interpretação literal do artigo em comento possa sugerir o contrário, na hipótese do agente que conduz a vítima até local ermo, submetendo-a à conjunção carnal e, logo em seguida à satisfação de sua lascívia, abandona o local, como a privação da liberdade perdurou o tempo estritamente necessário para a conjunção carnal, não se poderá falar no crime anterior de rapto, uma vez que este pressupõe a finalidade futura de cometer ato libidinoso, não se confundido com a privação da liberdade simultânea ao ato sexual.

Todavia, o delito de rapto foi revogado pela lei nº 11.106/05.

Caso o agente cerceie a liberdade de locomoção de uma mulher (honestas ou não) e depois resolva constrangê-la à prática de coito normal, há o concurso material entre seqüestro e estupro. Mas se a restrição à liberdade for momentânea, apenas com o desiderato de levar a vítima a lugar ermo para a prática do estupro, não haverá concurso de crimes, só se terá consumado a figura do Art. 213 do Código Penal, de acordo com o entendimento supra esposado. No entanto, se, após a prática do estupro, o sujeito ativo resolve privar a sua vítima de locomoção, haverá a caracterização do concurso delitivo.

Também é admissível o concurso entre o estupro e homicídio ou lesão corporal grave. Trata-se do caso do agente que após a prática do estupro resolve matar a vítima ou lesioná-la gravemente. Contudo, caso estes resultados sobrevenham por razão da violência empregada para o constrangimento ilegal e a título preterdoloso, não haverá concurso delitivo, mas a figura do estupro na sua forma qualificada pelo resultado.

Convém lembrar a lição Jesus (2002a, p.100): “já na hipótese de lesões corporais leves, resultantes da violência empregada, estas são absorvidas, integrantes que são da violência real. O mesmo se diga das simples vias de fato”. Portanto, como já referido, apenas a lesão corporal de natureza grave (Art. 129, §§ 1º e 2º, embora a lesão deste parágrafo seja denominada doutrinariamente de gravíssima) pode concorrer com o estupro.

Pode haver concurso entre tal figura típica e a descrita no Art. 130 (contágio de moléstia venérea), do estatuto repressivo. De acordo com Capez (2004, p. 16):

Haverá concurso formal com o crime de perigo de contágio venéreo (CP, Art. 130), se o agente, sabendo ou devendo saber que está acometido de

doença venérea, ainda assim mantém relação sexual com a vítima, contudo sem a intenção de transmitir a moléstia venérea. Trata-se de concurso formal próprio, pois com uma única ação o agente deu origem a dois resultados criminosos, um dos quais não era abrangido por sua vontade. Se o agente desejava também contagiar a vítima, responderá pelo concurso formal impróprio (CP, Art. 130, §1º), pois com uma só ação quis produzir dois resultados.

Presentes os requisitos da continuidade delitiva, esta é admitida quer tenha sido reiterada a conduta contra a mesma vítima, quer sejam os crimes praticados contra vítimas diversas. Mas se forem múltiplas as conjunções carnais em um único contexto fático, haverá um só crime.

Obviamente, pode haver concurso do crime do Art. 213 com vários outros da legislação penal, mas, como os apontados são os mais corriqueiros, são os abordados no presente estudo.

3.9. FORMAS DO TIPO

O estupro pode ser considerado simples, qualificado ou presumido. O simples é o descrito no *caput* do Art. 213. O qualificado é o que ocorre nos casos do Art. 223 e seu parágrafo único⁸, tendo, respectivamente, como resultado qualificador, decorrente da violência, a lesão corporal grave e a morte. O presumido é aquele no qual há uma das hipóteses de violência presumida descrita no Art. 224⁹.

3.10. AÇÃO PENAL

O Art. 225 do Código Penal¹⁰, situado no Capítulo IV (disposições gerais) do Título VI, dispõe que “nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se

⁸ Art. 223 - Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de oito a doze anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta a morte:

Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos.

⁹ Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de catorze anos;

b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

¹⁰ Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

procede mediante queixa”. Sendo que os §§ 1º e 2º do referido artigo fazem duas ressalvas.

Quando “a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família”, a ação será pública condicionada à representação; e “se o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”, a ação será pública incondicionada.

Assim, o estupro, em sua forma simples ou presumida, sendo tipo pertencente a capítulo distinto das disposições gerais, é processado por ação penal privada, exceto quando a vítima não puder arcar com as despesas, ou quando o agente tenha se aproveitado do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; nestes casos, as condutas serão apuradas respectivamente por ação pública condicionada e pública incondicionada. A forma qualificada do estupro (seja pelo resultado morte ou lesão corporal grave) está inserta no Capítulo IV (disposição gerais), e não “nos capítulos anteriores”, portanto segue a regra geral: na ausência de disposição legislativa em contrário a ação será pública incondicionada.

No entanto, o STF, por meio de interpretação do Código Penal apresentou mais uma exceção que foi convertida na Súmula 608. Esta dispõe que “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Assim, quando o delito for cometido causando na vítima lesão leve ou mediante vias de fato, a ação penal terá como titular o membro do Ministério Público que não precisará nem de representação para o oferecimento da denúncia.

Tal entendimento é baseado na regra contida no Art. 101 do estatuto repressivo que dispõe que

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.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

Trata o artigo em questão dos chamados crimes complexos. Doutrinariamente, admitem-se duas formas de delitos complexos: em sentido amplo e em sentido estrito. Jesus (2002b, p.197) esclarece o crime complexo em sentido amplo:

Há o delito complexo em sentido amplo quando “um crime, em todas ou algumas das hipóteses contempladas na norma incriminadora, contém em si outro delito menos grave, necessariamente”. O legislador acrescenta à definição de um crime fatos que, por si mesmos, não constituem delito. Ex.: denúncia caluniosa (CP, Art. 339), integrada da calúnia (CP, Art. 138) e da denúncia, que por si mesma não é crime. O crime complexo em sentido amplo, nos termos dos que aceitam sua existência, não se condiciona à presença de dois ou mais delitos. Basta um a que se acrescentam elementos típicos que, isoladamente, configuram indiferente penal. Neste caso, o delito de maior gravidade absorve o de menor intensidade penal. Assim, a denúncia caluniosa absorve a calúnia.

E continua o renomado mestre:

O delito complexo em sentido estrito (ou composto) é formado da reunião de dois ou mais tipos penais. O legislador apanha a definição legal de crimes e as reúne, formando uma terceira unidade delituosa (subsidiariedade implícita).

Assim, o crime complexo em sentido estrito pode se apresentar de duas maneiras. Ou ambos os crimes são elementares do tipo (extorsão mediante seqüestro (Art. 159): tem como elementares o seqüestro (Art. 148) e a extorsão (Art. 158)), ou um crime apresenta-se como circunstância qualificadora de outro tipo (o homicídio (Art. 121) qualifica o roubo (Art. 157) dando origem à figura do latrocínio (Art. 157, §3º, segunda parte)).

O mesmo autor faz importante advertência:

Mesmo na Itália, o delito complexo não encontrou defensores. Isto porque o Art. 84 do CP italiano, de que se originou o Art. 101 de nosso CP, conceitua o delito complexo como aquele em que “a lei considera como elementos constitutivos, ou como circunstâncias agravantes de um só crime, fatos que constituem, por si mesmos, crime”. [...] Assim, não há lugar para que Antolisei denomina delito complexo em sentido amplo, uma vez que, segundo ele, essa espécie ocorre quando o legislador reúne a um tipo incriminador elementares que constituem indiferente penal. [...] Sem dúvida que diante da descrição típica inexistente entre nós a figura do crime complexo

em sentido amplo. Isso porque o dispositivo, único a conceituar o delito complexo (o Art. 108 do CP a ele apenas faz referência implícita) exige que contenha “fatos que, por si mesmos, constituem crime”. Assim, não se pode falar que também é delito complexo aquele integrado de um comportamento indiferente em si, conjugado a outro, de natureza delituosa, como, v.g., o estupro.

O mesmo entendimento é esposado por Mirabete (2003a, p.1630): “ademais, o Art. 101 refere-se ao crime complexo em sentido estrito, e os crimes de estupro, atentado violento ao pudor e o rapto são crimes complexos apenas num sentido amplo”. E, realmente, não se pode duvidar que o estupro se trate de crime complexo em sentido amplo. É um tipo especial de constrangimento ilegal, segundo Capez (2004), este mesmo é formado por violência (lesão corporal, Art. 129) ou grave ameaça (ameaça, Art. 147) e pelo constrangimento, que em si mesmo, não é crime. Tourinho Filho (1998, p.368) ressalta a irrelevância da discussão:

“Mas, ainda que fosse complexo no sentido estrito, não se aplicaria a regra do Art. 101 do CP, em face do que se contém no Art. 225 desse mesmo diploma, que é norma especial. E, como cediço, norma especial derroga a geral”.

Embora alguns doutrinadores, dentre eles Capez, e a jurisprudência majoritária considerem que a súmula permanece em vigor, outros doutrinadores, como Jesus, e uma jurisprudência dissidente¹¹ concordam que a súmula não tem aplicação por o estupro ser crime complexo em sentido lato e, portanto, não é aplicável a regra do Art. 101, mas a do Art. 225, da lei penal substantiva. Tourinho Filho (1998, p. 371), mesmo após demonstrar que a súmula advém de uma interpretação equivocada, aplaude a mesma: “trata-se, a nosso juízo, de excelente

¹¹ EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTUPRO. AÇÃO PENAL. FATOS ACONTECIDOS ENTRE CONVIVENTES, EM SOCIEDADE DE FATO. OFENDIDA ODONTÓLOGA. Pela letra da lei, a ação penal por estupro, mesmo que com violência real, é privada, o que ainda mais se põe quando não determinada a produção de lesões. Lesões, no caso, não associadas ao crime sexual, e leves. Entendimento do Pretório Excelso, todavia, expresso em súmula, no sentido de que se cuidaria de ação penal pública incondicionada. Razões de ordem política que orientaram essa postura, de punição pela gravidade do crime, que não são infensas a exceções, quando bem evidenciada a prevalência do interesse privado, a indicar a aplicação literal da lei. Fatos acontecidos na intimidade, no ambiente doméstico, envolvendo pessoas maiores, que viviam como se marido e mulher fossem, embora os desencontros que já se manifestavam. Falta de legitimidade ativa, no caso, do Ministério Público. Hipótese em que nem de ação penal pública condicionada se trataria, desde que não ajustada a vítima à condição de pessoa necessitada. Ordem concedida, para trancamento da ação penal. (Habeas Corpus Nº 70013590112, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 15/12/2005)

medida de política criminal, pois, não fosse assim, a punibilidade seria angustiada na mesa dos conhavos...”.

É lamentável que assim pense tal doutrinador, parece que se esqueceu do que havia registrado antes na mesma obra , quando dissertava sobre o princípio do *favor rei* lembrando as palavras de Bettiol:

no conflito entre o *jus puniendi* do Estado, por um lado, e o *jus libertatis* do acusado, por outro lado, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade. (TOURINHO FILHO, 1998, pág 74)

E mais adiante acrescenta o mestre:

O *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu.

Inegável que seria melhor, para o acusado, que a persecução se desse mediante ação privada, abrindo-se várias oportunidades de extinção de punibilidade (desistência, perdão, renúncia, perempção). É, igualmente, lamentável que o Supremo Tribunal Federal, descurando-se do princípio constitucional do devido processo legal, constante no Art. 5º, LIV da Lei Magna¹², promova tal ofensa ao direito penal democrático. Se o legislador descuida-se de seu mister e aprova lei capaz de gerar alto grau de impunidade, não deve o magistrado valer-se de meios escusos e sofismas para “fechar a brecha”. Mas aplicar a lei conforme os princípios constitucionais, mesmo que gerando alto grau de impunidade, com certeza não tardará que a sociedade, revoltada com tal situação, demande seus representantes uma modificação na legislação.

O tema, todavia, que já era polêmico, ficou mais conturbado com a sanção da lei 9.099/95. A lei, que trata dos juizados especiais, disciplina em seu Art. 88 que o delito de lesão corporal leve dependa de representação ao Ministério Público.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Para alguns doutrinadores, como Jesus, que não admitiam a aplicação do Art. 101 ao delito de estupro, o advento de tal lei não teve importância para a discussão da matéria.

Mirabete (2003a, p.1630) adverte: “a superveniência da Lei n° 9.099/95, que em seu Art. 88 prevê a necessidade de representação para a apuração do crime de lesões corporais leves, torna discutível a vigência dessa súmula”.

No entanto, a jurisprudência não se modificou. Convém transcrever o ensinamento de Capez (2004, p. 80):

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais, o crime de lesões corporais leves passou a ser de ação penal pública condicionada à representação do ofendido (cf. Art. 88). Com isso, surgiu uma posição sustentando que o estupro do qual resultasse lesão leve também passaria a depender da referida condição objetiva de procedibilidade. Tal posicionamento é insustentável, de sorte que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, “como a lesão corporal leve fica absorvida, não há necessidade da representação prevista no Art. 88 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Além do mais, quando há emprego de violência real, a ação será pública incondicionada, nos termos da súmula 608 do STF, independentemente de resultar qualquer lesão.

Com efeito, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada a força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade. Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real. Hipótese de ação pública incondicionada. Súmula 608-STF. Atuação legítima do Parquet na condição de dominus litis. Ora, se quando não resultam lesões a ação já não depende de qualquer condição, com maior razão quando houver ofensa à integridade corporal da vítima, ainda que leve.

Tourinho Filho (1998, p. 370) tem o mesmo entendimento:

O crime de lesão corporal leve não é um componente do crime de estupro. A violência a que se refere o Art. 213 já está ínsita no tipo descrito no Art. 146. Por isso mesmo é indiferente, em face do preceito sumular, tenha o crime de lesão corporal leve se despegado da sua tradicional categoria de crime de ação penal pública incondicionada. A figura delitiva que entra na composição do crime de estupro é a tipificada no Art. 146 do CP, de ação penal pública incondicionada. Daí apesar das críticas feitas à Súmula 608,

após o advento da Lei n. 9.099/95, a Excelsa Corte manteve o preceito sumular em decisão proferida em junho de 1996 (HC 73.994-6, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU, 25-4-1997, p. 15200).

Todavia, se se utiliza tal argumento, o crime também deveria ser apurado por ação penal pública incondicionada no caso de ser cometido mediante grave ameaça, afinal tal situação igualmente se encontra ínsita ao tipo do Art. 146.

3.11. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

O Art. 224, do CP, traz três hipóteses em que há presunção de violência; ou seja, mesmo que não haja constrangimento, seja mediante força física ou grave ameaça, o crime subsistirá. Essencialmente, a vítima terá consentido, ou pelo menos não terá podido manifestar seu dissenso, com a prática libidinosa, mas devido às circunstâncias especiais o crime restará caracterizado.

Assim, presume-se a violência quando a vítima não for maior de catorze anos, ou for alienada ou débil mental, e o agente conhecia tal fato, e quando não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

O legislador entendeu que quando a pessoa não é maior de catorze anos ainda não adquiriu maturidade suficiente para poder entender plenamente o caráter íntimo da cópula e, portanto, não pode consentir validamente com a mesma. Convém analisar se se trata de presunção absoluta ou relativa. Mirabete (2003a, p.1614) discorre sobre o tema:

Sempre se discutiu na doutrina a natureza da presunção pela idade da vítima. A maioria dos doutrinadores, porém, inclina-se pela presunção relativa (*juris tantum*), mas ainda há defensores da presunção absoluta (*juris et de jure*). É praticamente pacífico na jurisprudência que a presunção é relativa, admitindo-se prova em contrário, ou seja, de que a menor de catorze anos já é experiente em matéria sexual, sem moral etc., excluindo-se a presunção. Exige-se, assim, a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua insciência em relação a fatos sexuais. Mas não exclui a presunção de violência o fato de não ser mais virgem a menor.

No entanto, Capez (2004, p. 70) afirma que: “entretanto, os Tribunais Superiores têm adotado entendimento no sentido de que a presunção de violência é

absoluta quando o crime for praticado contra vítima menor de idade (*juris et de jure*)”.

Realmente, há a divergência nos tribunais pátrios, mas a tese predominante nos sodalícios superiores tem sido a da presunção absoluta¹³, embora haja decisão em contrário¹⁴. Os que admitem que a presunção é relativa, consideram que o tipo resta afastado quando o agente não tinha como saber que a vítima era menor (por ter omitido sua idade e ter compleição física que o induzisse a erro), ou quando a mesma é dotada de maturidade sexual suficiente para entender a conotação sexual do ato.

No primeiro caso, erro sobre a idade, não há em se falar em presunção relativa ou absoluta, o que ocorre é erro de tipo, que independe dessas figuras. Ressaltem-se as palavras de Capez (2004, p. 73):

O caráter relativo da presunção não se confunde com a hipótese de erro de tipo, uma vez que nesta o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência elementar da violência presumida. Por exemplo: sujeito inexperiente vai a uma casa noturna, na qual só podem entrar maiores de 18 anos; lá conhece uma prostituta muito bem desenvolvida fisicamente, combina um “programa” e com ela se dirige a um motel; após apresentarem seus respectivos documentos de identidade na portaria, chegam ao cômodo; tão logo se encerra o ato sexual (negocial), a polícia invade o quarto e prende o agente, uma vez que a moça tinha apenas 13 anos de

¹³ EMENTA: Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98): orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir. (HC 81268 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 16/10/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 16-11-2002 PP-00008 EMENT VOL-02052-02 PP-00274)

¹⁴ COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea "a", do Código Penal. (HC 73662 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 21/05/1996 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 20-09-1996 PP-34535 EMENT VOL-01842-02 PP-00310 RTJ VOL-00163-03 PP-01028)

idade. Estupro com violência presumida. Duas alegações são possíveis: (a) a moça tem desenvolvimento físico e psicológico prematuro e já possui razoável experiência sexual, não havendo como presumir ter havido violência; (b) o agente não sabia, nem tinha como saber, que mantinha conjunção carnal com uma menor, pois ela estava em local onde só ingressam maiores, apresentou documento falso e tinha físico de adulto. A segunda hipótese é a do erro de tipo essencial, o qual exclui o dolo e torna o fato atípico, diante da ausência de previsão legal.

Na segunda hipótese, logrando, o acusado, demonstrar que a parceira com que praticou conjunção carnal tinha capacidade intelectual de entender o caráter lascivo e íntimo do ato sexual e de consentir validamente com sua prática, este conseguiria afastar a presunção de violência. O mesmo autor alerta que a adoção da presunção como de caráter absoluto implica em “adoção indevida da responsabilidade objetiva”. Além disso, tal entendimento não se coaduna com a evolução da sociedade, obviamente para época em que foi elaborado o Código Penal as moças menores de catorze anos não entendiam o caráter libidinoso dos atos sexuais, mas tal fato não é verdade absoluta em pleno século XXI. Muitos colégios já adotam, em suas grades curriculares, aulas de educação sexual, desde as primeiras séries do ensino fundamental, e o tema é extremamente abordado abertamente em telenovelas e outros programas televisivos, em horários plenamente acessíveis a jovens de tal faixa etária. Assim, quando a “vítima” é pessoa devassa, corrompida, “prostituta de portas abertas” ou tem capacidade de entender o ato sexual e isto fica provado no processo, a absolvição torna-se imperiosa.

Quanto à vítima alienada ou débil mental, trata-se de presunção relativa e isto é pacífico na jurisprudência e na doutrina, visto que se exige o exame pericial da vítima para a caracterização do delito. Convém destacar o ensinamento de Jesus (2002a, p. 153):

É necessário que a vítima, em virtude da doença mental, seja inteiramente incapaz de entender a natureza de seu gesto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Exige-se que o agente efetivamente conheça o estado doentio da vítima, não bastando o dolo eventual. Se a debilidade mental não era perceptível desde logo, cede a presunção de violência, que, também nessa hipótese é relativa.

O último caso de presunção de violência ocorre quando, por qualquer outra razão (excluída portanto a tenra idade ou a alienação ou debilidade mental), a vítima não tem como opor resistência à prática da conjunção carnal. Percebe-se que neste caso a ofendida pode ter capacidade de consentir validamente, mas não pode exprimir sua aquiescência ou, embora dissentindo do ato, não tem como o evitar.

Assim, a mulher que se encontra sedada, alcoolizada (no terceiro estágio da embriaguez, o dito comatoso), em coma ou em outra situação análoga, não tem como exprimir seu consentimento e, conseqüentemente, presume-se a violência. Pode também ocorrer que o sujeito passivo não tenha como rechaçar o sujeito ativo, é o que se dá com uma tetraplégica. De toda sorte, trata-se de presunção relativa e se deve provar que a causa, seja transitória ou duradoura, impediu totalmente que a vítima oferecesse resistência ao ato.

Mas Gomes (2001) não aceita nem a adoção da presunção relativa. Primeiro, tal doutrinador faz crítica à presunção absoluta. Repudia, igualmente, o entendimento jurisprudencial que considera que, quando a vítima for menor de catorze anos e tiver conduta moralmente reprovável, o consentimento é válido. Agindo assim, considera ele, a jurisprudência criou um requisito para a configuração do tipo (qual seja: a honestidade) de maneira inconstitucional, além de confundir a moral e o direito.

O autor aponta que a presunção de violência vai de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência, ao princípio do fato, ao princípio do *nullum crimen sine iniuria* e ao princípio da culpabilidade. Há uma inconstitucionalidade superveniente no Art. 224 quando dispõe que a violência é presumida, argumenta que no direito penal os fatos não podem ser presumidos, sob pena de violação a todos os princípios supra referidos. Para o autor, não se pode presumir a violência nesses casos, mas também não se deve afastar a tutela penal, sendo tais casos considerados como hipóteses de abuso sexual e não de agressão sexual.

Naqueles, segundo o mesmo doutrinador, não há violência real, nem ato voluntário ou ato voluntário válido. Logo, nos casos do Art. 224 do estatuto repressivo deve ficar comprovado que por sua especial situação a vítima não pode oferecer resistência, pois afirma o autor que as alíneas “a” e “b” são espécies da “c”.

A adoção do entendimento esposado traz duas importantes conseqüências, ressaltadas por Gomes, (2001, p. 136):

Concretizado o expurgo da presunção de violência e entendido o Art. 224 do CP como o tipo penal que descreve, no Direito penal brasileiro, embora de maneira complexa e indireta, as hipóteses de abuso sexual, tudo é diferente. Pois caberá sempre ao acusador comprovar, em cada caso concreto, a existência de tal abuso, é dizer, que o ato sexual foi praticado sem que a vítima pudesse oferecer resistência e sem que tivesse dando o seu consentimento válido. Obviamente, de outro lado, antes de comprová-lo, urge que tal abuso seja narrado, o mais detalhadamente possível, na peça acusatória”.

A posição de tal doutrinador mostra-se consentânea com os princípios constitucionais e penais demonstrados, devendo, destarte, ser acolhida pela jurisprudência pátria.

3.12. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS E O ESTUPRO

A lei dos crimes hediondos (lei nº 8.072) dispõe em seu Art. 1º quais são os crimes considerados hediondos. O inciso V (inciso incluído pela lei nº 8.930/94) tem a seguinte redação: “estupro (Art. 213 e sua combinação com o Art. 223, *caput* e parágrafo único)”.

Tal artigo gerou algumas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Durante certo tempo predominou a tese de que apenas o delito de estupro qualificado (seja por lesão corporal grave ou pela morte) era considerado hediondo.

Com o passar do tempo, a jurisprudência foi se modificando e passando a adotar tanto a figura do estupro qualificado como sua forma simples. Atualmente, considera-se hediondo o estupro em qualquer de suas formas, seja simples¹⁵, qualificada ou presumida¹⁶. Nucci, (2003, p. 673), explica:

¹⁵ EMENTA: "Habeas Corpus". 2. Paciente condenado a sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática de estupro, em sua forma simples (art. 213 do CP). 3. Pleito de progressão de regime prisional, sob a alegação de que o crime de estupro só se classifica como hediondo em sua forma qualificada. 5. o estupro, em sua forma simples, encontra-se no rol dos crimes hediondos. A interpretação no sentido de que o crime de estupro, em sua forma simples, não está abrangido pelo inciso V do art. 1º da Lei nº 8.072, de 1990, implica admitir sentido normativo incompatível com o marco fixado naquele dispositivo legal. 6. Precedente: HC 81.288, Plenário, Redator para o acórdão, Min. Carlos Velloso, DJ 6.2.2002. 7. "Habeas Corpus" indeferido. (HC 82597 / PR – PARANÁ HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 04/02/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 06-06-2003 PP-00042 EMENT VOL-02113-02 PP-00369)

¹⁶ EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. O Plenário desta Corte, ao julgar o HC nº 81.288, rel. p/ o acórdão o Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001),

Havia quem sustentasse não serem hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos com violência ficta (casos do Art. 224), porque não teriam sido expressamente descritos no Art. 1.º da Lei 8.072/90. [...] Sempre fomos, no entanto, levados a discordar. [...] É lógico que não necessitaria ter descrito a combinação com o Art. 224, pois este não cria novas figuras típicas incriminadoras, mas unicamente dá elementos para tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos).

Está parece ser a melhor posição. Contudo, certos casos parecem não merecer o rótulo da hediondez. Assim, é inegável que o rapaz de 18 anos que mantém relação sexual com sua namorada de 12 anos não merece receber o tratamento excepcional daqueles tipos. Deve o Juiz, nesse e em casos semelhantes, declarar a inconstitucionalidade incidental da norma com esteio no princípio da isonomia.

A lei dos crimes hediondos também mudou a pena cominada em abstrato, que era de três a oito anos de reclusão, passando a ser de seis a dez anos de reclusão, e no caso da vítima ser menor de catorze anos esta reprimenda deveria ser aumentada de metade. Ocorre que um pouco antes da lei nº 8.072/90 ser promulgada o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) fora promulgada incluindo um parágrafo único no Art. 213 da lei penal substantiva, o qual trazia uma pena de quatro a dez anos quando ocorresse da vítima ser menor de catorze anos.

O ECA entrou em vigor depois da lei dos crimes hediondos, o que causou certa perplexidade: devia-se aplicar a pena do parágrafo único ou a do *caput* quando a ofendida fosse menor de catorze anos? Admitir a aplicação desta última significava um incentivo às condutas mais ofensivas, dissociando-se totalmente dos fins de política criminal.

A doutrina e jurisprudência acharam uma solução, cuja foi demonstrada por Capez, (2004, p. 26):

firmou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art. 1º, incisos V e VI da Lei nº 8.072/90. O cumprimento da respectiva pena, assim, deve ser dar no regime integralmente fechado, sem direito à progressão. Recurso ordinário improvido. (RHC 82098 / PR – PARANÁ RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 10/09/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 29-11-2002 PP-00023 EMENT VOL-02093-01 PP-00204)

Afinal, qual é a lei posterior? É a Lei de Crimes Hediondos, estando completamente revogado o Art. 263 do ECA. É um caso em que a lei foi revogada durante o período de *vacatio legis*, antes mesmo de entrar em vigor. Para efeito de revogação da lei, deve ser observado o princípio de que posterior é a que foi promulgada em último lugar. (grifos no original)

Mas, como salienta o mesmo autor: “atualmente, a questão perdeu todo o interesse, uma vez que a Lei n. 9.281, de 4 de junho de 1996, revogou expressamente o parágrafo único dos arts. 213 e 214 do CP (acrescentados pelo ECA), que tratavam do estupro e do atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos”.

A lei nº 8.072/90 trouxe também uma causa de aumento para os delitos de estupro. Assim, o Art. 9º da referida lei extravagante disciplina que as penas dos crimes de estupro (Art. 213, *caput* e sua combinação com o Art. 223, *caput* e parágrafo único) deverão ser aumentadas pela metade quando cometidas contra as pessoas que se encontram em uma das circunstâncias do Art. 224.

Novamente, houve cizânias doutrinárias e jurisprudenciais, como salienta Nucci (2003, p. 672):

Surgiu, então, o posicionamento daqueles que viram nessa disposição do Art. 9.º um *bis in idem*, quando houvesse a hipótese do Art. 224, ou seja, se a idade da vítima fosse levada em conta para tipificar o crime de estupro (violência presumida), não poderia novamente ser levada em consideração para aumentar a pena.

Capez (2004, p. 77) assinala que:

Desse modo, no caso de violência presumida, o art 224 não poderia assumir também função de causa de aumento de pena, hipótese que ficaria restrita ao estupro e atentado dos quais resultasse morte ou lesão grave. [...] O Supremo Tribunal Federal, em posição diametralmente oposta, já se manifestou, inúmeras vezes, no sentido de que “o fato de a vítima ser menor de quatorze anos pode ser utilizado tanto para presumir a violência, quanto para aumentar a pena devido à causa de aumento prevista no Art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos”. Desse modo, enquanto para o STJ a majorante só se aplica quando resultar morte ou lesão corporal grave, para o STF, mesmo o estupro ou atentado com violência presumida sofrem o aumento de metade da pena, devendo ser punidos com o mínimo de 9 e o máximo de 15 anos de reclusão.

Realmente, não parece ocorrer hipótese de *bis in idem*, pois o que pretendeu o legislador foi apenar o crime cometido contra as pessoas do Art. 224 do Código Penal mais severamente, seja ele cometido com ou sem violência.

Todavia, tal situação pode ensejar situações desproporcionais, pois, no caso supra exposto, o namorado de 18 anos que manteve relações com sua namorada de 12 anos responderá de maneira mais grave do que aquele que estupra uma menina de 14 anos valendo-se da força física ou ameaça, conduta esta, com certeza, mais grave e que causa repulsa social. Parece que, nestes casos, há a possibilidade do magistrado declarar incidentalmente a inconstitucionalidade devido a ofensa ao princípio da isonomia.

3.13. PENA

A pena pelo delito de estupro simples é de seis a dez anos de reclusão, redação dada pela lei nº 8.072/90. Caso a violência empregada lesione a vítima de maneira grave, a pena será de oito a doze anos de reclusão (redação dada pela lei nº 8.072/90), se a vítima vier a falecer a pena será de doze a vinte e cinco anos (alterada pela mesma lei).

Caso o crime fosse executado por duas ou mais pessoas, pelo ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor, empregador da vítima ou qualquer outra pessoa que tenha autoridade sobre ela, ou se o agente for casado, deveriam as penas serem aumentadas da quarta parte, é o que estava disposto no Art. 225, do CP.

O crime cometido em co-autoria tem maiores probabilidades de se consumir, o que demonstra uma maior reprovabilidade da conduta dos acusados merecendo uma maior reprimenda estatal. A lei busca também punir mais severamente aqueles, que devido à proximidade no relacionamento com a vítima, deveriam ter mais respeito e cuidado por ela, ao revés de se aproveitarem de tal situação para ofendê-la. Quanto ao homem casado, entendia Hungria (1981, p.243) que: “a razão da majorante está na impossibilidade, por parte do agente, de reparar o mal subsequente pelo matrimônio”.

A lei nº 11.106/05 modificou o Art. 225. O inciso III, que continha a causa de aumento para quando o agente fosse casado, foi suprimido (esta mesma lei

também revogou o inciso VII do Art. 107, que previa a extinção de punibilidade pelo casamento com a vítima). Incluiu o tio no inciso II que trata das pessoas que devem respeito e pode aproveitar-se de situação de autoridade sobre a ofendida, elevou tal majorante de um quarto para a metade. O concurso de duas ou mais pessoas continua a ser apenado com um aumento de vinte e cinco por cento. A pena pode também ser majorada pela metade nos casos previstos na lei dos crimes hediondos. No concurso de causas de aumento de pena, deve-se aplicar a regra do parágrafo único do Art. 68, do estatuto repressivo.

4. QUESTÕES POLÊMICAS

4.1. MULHER SOZINHA COMO SUJEITO ATIVO

Hungria (1981, 113) já tecia comentários sobre a possibilidade da mulher estar sozinha no pólo ativo do estupro:

Em face do nosso código, não há como indagar se é reconhecível o estupro no caso da mulher que, provida de clitóris hipertrófico, constrange outra ao amor sáfico, ou da que, mediante ameaça (não excludente do mecanismo de ereção), coage um homem a ter com ela conjunção carnal. Quer num, quer noutro caso, o que se poderá identificar é o crime de “atentado violento ao pudor”. [...] Se o sujeito ativo da cópula é coagido por terceiro (homem ou mulher), não haverá concurso de agentes: somente responderá o coator ou coatora (Art. 18 do Código Penal)”.

Capez (2004, p.03) também discorre sobre a mulher no pólo ativo, sozinha: “No que toca à autoria mediata, contudo, nada impede que a mulher seja sujeito ativo do crime de estupro, uma vez que, nesse caso, ela não estaria executando pessoalmente a conjunção carnal”.

Como se vê, há doutrinadores que entendem que a mulher possa estar sozinha no pólo ativo do crime de estupro. Mas, para tanto, é necessário que ela se valha de um homem, sem o qual não pode haver a prática da conjunção carnal, elementar do tipo.

Mas como se pode então afirmar que a pessoa do sexo feminino será a única autora do fato? Pode ocorrer de duas formas, ou com base na autoria mediata ou com o constrangimento mediante força física.

No caso da força física, a conduta do homem que foi forçado a praticar a conjunção carnal é desconsiderada, visto que o mesmo não pode se posicionar livremente sobre a prática da ação sendo compelido a realizá-la, e, portanto, não há concurso de agentes. Jesus (2002b, p.418) discorre sobre o tema: “nesta hipótese, não se pode dizer que existe comportamento por parte do coagido, pois lhe falta o mínimo de voluntariedade a que se condiciona a conduta *delituosa*”. (grifos no original). Tal caso, no entanto, é pouco viável, visto que a mulher deverá constranger pela força bruta um homem a manter conjunção carnal com uma mulher.

Quanto à autoria mediata, salutar é a lição de Nucci (2003, p. 187):

Autoria mediata: trata-se de modalidade de autoria, ocorrendo quando o agente que se vale de pessoa não culpável, ou que atua sem dolo ou culpa, para executar o delito. São situações que admitem a autoria mediata: a) valer-se de inimputável (doente mental, criança ou embriagado); b) coação moral irresistível; c) obediência hierárquica; d) erro de tipo escusável, provocado por terceiro; e) erro de proibição escusável, provocado por terceiro.

É imperioso citar alguns exemplos para melhor compreensão das hipóteses. Assim, no primeiro caso citado pelo autor (valer-se de inimputável): imagine-se uma mulher de 19 anos, que namora um garoto de 16 anos, esta convence o rapaz a “assaltarem determinada residência”. Pulam o muro e adentram na casa. Uma menina de 15 anos tranca-se no banheiro e tenta ligar para a polícia. O casal consegue arrombar a porta do banheiro e impedir a ligação. Como sanção, a mulher convence seu amante a estuprar a garota. A namorada deverá responder por autoria mediata, tanto pelo roubo como pelo estupro.

Coação moral irresistível é uma causa legal de exclusão da culpabilidade, já que quando a figura está caracterizada não se pode exigir conduta diversa do coagido: uma ‘chefe’ do narcotráfico contata um homem que more no morro, no qual exerce chefia. Dá a ele a ordem que estupra uma mulher, de quem não gosta, ou, caso ele não o faça, assassinará a esposa e a filha do homem. Responderá a ‘chefe’ por concurso formal entre o estupro e constrangimento ilegal (ou atentado violento ao pudor, ver mais adiante: homem como sujeito passivo). É o entendimento de Jesus (2002b, p. 494):

O coator é que responde pelo fato típico e antijurídico praticado pelo coato, com a agravação de pena prevista no Art. 62, II. Além disso, responde por crime de constrangimento ilegal (Art. 146) por haver coagido o executor do delito. Há dois crimes em concurso formal: constrangimento ilegal e crime cometido pelo coato, sendo este agravado”.

No caso da obediência hierárquica, esta parece impossível de se configurar devido seus requisitos. Vale ressaltar a lição de Mirabete (2003a, p.206):

“como é necessário, para que se cumpra a ordem, estar ela de acordo com o direito (emanada da autoridade competente, atribuição do agente para a prática do ato, não está proibida em lei), não se escusa o subordinado quando tem o conhecimento de sua ilicitude. Tem ele o dever de indagar-se da legalidade da ordem quando a recebe.

Tal ordem, para que a culpabilidade seja excluída, deve provir das relações regidas pelo direito administrativo (JESUS, 2002b), visto que o comando, como exigido pela lei, não deve ser manifestamente ilegal, e os funcionários públicos é que têm de atuar de acordo com o princípio da legalidade. Além disso, ordens legais emanadas por superiores só vinculam os servidores.

Não se consegue conceber um caso em que o direito administrativo torne a hipótese do estupro como ordem que não seja manifestamente ilegal. Destarte, não cabe autoria mediata em tal hipótese no delito de estupro.

Nos dizeres de Jesus (2002b, p. 309):

“erro de tipo é o que incide sobre as elementares ou circunstâncias da figura típica, sobre os pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora”.

No caso do estupro o erro não tem que ser escusável, pois o erro de tipo inescusável afasta o dolo e, como visto supra, o estupro não é punido a título culposos.

Se determinado por terceiro, este responde como autor mediato, como salienta Jesus (2002b, p. 319):

Há provocação dolosa quando o erro é *preordenado* pelo terceiro, i.e, o terceiro conscientemente induz o sujeito a incidir em erro. Neste caso, o provocador responde pelo crime a título de dolo. (grifos no original)

Seria o caso de uma ‘cafetina’ que alicia os primeiros encontros sexuais de um menor de 14 anos, que tem compleição física de uma mulher maior de idade, dizendo para os clientes que ela tem 18 anos e mostrando um documento falso para os mesmos.

O erro de proibição é aquele que incide sobre a ilicitude do fato, o sujeito ativo supõe que está praticando uma conduta permitida. Para ilidir o estupro tem que ser escusável, visto que sendo evitável o indivíduo apenas faz jus a uma causa de diminuição da pena. O erro como referido tem de ser provocado por terceiro.

O erro de proibição pode se dar de três modos: erro ou ignorância de direito (denominado erro direto); suposição de causa de exclusão de ilicitude não reconhecida juridicamente (erro indireto); o sujeito supõe equivocadamente que está agindo sob pálio de uma excludente de ilicitude (erro indireto).

Quanto ao erro ou ignorância de direito, parece pouco viável que qualquer indivíduo desconheça o caráter ilícito do estupro. Basta o mínimo de convivência social para saber que não se deve constranger uma mulher ao coito normal mediante violência ou grave ameaça. Excepcionalmente, pode ocorrer de um silvícola, pertencente a uma tribo que não teve contato com o “homem civilizado”, sair da mesma, por qualquer motivo, e ir morar em uma cidade pequena. Ficando aos cuidados de uma senhora, que com raiva de uma vizinha, menor de 14 anos, incentiva o mesmo a namorar e manter relações sexuais, com a filha da mesma, convencendo o indígena que tal prática é lícita.

Quanto à suposição errônea da existência de causa de exclusão de ilicitude, esta também parece muito pouco provável de ocorrer. Todavia, pode um senhor casado em uma localidade muito atrasada, perguntar a uma advogada, que está de passagem por tal localidade, que medidas pode tomar contra sua esposa, visto que descobriu que a mesma é adúltera e deseja sair do lar. A causídica convence o homem que, pelo direito, pode o adulterado estuprar a esposa adúltera como pena imposta à infração do dever conjugal de fidelidade.

No caso das discriminantes putativas, o sujeito ativo imagina, devido uma má-apreciação dos fatos, que age sob o pálio de uma excludente de ilicitude. Agora se faz imperioso ressaltar a lição Jesus (2002b, p.317) indicando como distinguir o erro de proibição do de tipo no caso das dirimentes putativas:

Quando o erro incide sobre os pressupostos de fato da excludente, trata-se de erro de tipo, aplicando-se o disposto no Art. 20, §1º. :[...]. Quando, entretanto, o erro do sujeito recai sobre limites legais (normativos) da causa de justificação, aplicam-se os princípios do erro de proibição: [...].

Parece extremamente difícil que se possa admitir que se rechace uma agressão injusta, atual ou eminente, estuprando a autora de tal ofensa e agindo de tal maneira que tenha usado os meios disponíveis de maneira moderada. Logo, mesmo nos casos de legítima defesa real, não se pode admitir a resposta em forma de estupro, quiçá sua prática sob o manto da excludente putativa.

Em relação ao estado de necessidade ou estrito cumprimento do dever legal, não se consegue vislumbrar ocasião em que o sujeito possa praticar um estupro sob pálio da excludente real, o que obviamente impossibilita a putativa.

Poderia aceitar-se um caso de autoria mediata por erro provocado por terceiro de exercício regular de direito putativo, se se adotasse a teoria que o marido pudesse estuprar a esposa caso se recusasse injustificadamente a manter relações sexuais: uma mulher A, amiga de B, depois de conversar com esta, fala para C, homem casado com B, que esta se recusa a manter relações sem nenhum motivo. C adentra o quarto para realizar o “exercício regular de direito”, sem saber que sua esposa havia pedido para A lhe contar que a recusa se dava por acreditar que o mesmo estava com uma moléstia venérea.

Mas, como supra referido, não mais se admite tal possibilidade e, portanto, também não parece possível o exercício regular de direito putativo provocado por terceiro como hipótese de autoria mediata.

4.2. O HOMEM NO PÓLO PASSIVO

A doutrina é uníssona, o homem não pode figurar como sujeito passivo do delito de estupro. Aliás, nada mais correto diante do princípio da legalidade. O que ocorre então se a mulher constrange, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, o homem a manter consigo ou com outra conjunção carnal? Capez (2004, p.05) elucida:

Há duas correntes doutrinárias: 1) deverá a mulher responder pelo crime de constrangimento ilegal. Argumenta-se que não poderá responder pelo crime de estupro porque só o homem pode praticá-lo e somente a mulher pode ser o sujeito passivo. Também não pode responder por atentado violento ao pudor, porque o Art. 214 só se refere aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal; 2) não deixará de ser punido como atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência de *conjunção carnal*, “pois mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representa ato libidinoso. (grifos no original)

Embora Hungria, como visto acima, seja um dos filiados da segunda corrente, esta não aparenta ser a mais correta. Não se pode considerar atentado violento ao pudor porque o Art. 214 fala claramente em atos diversos da conjunção carnal. É o mesmo entendimento de Capez (2004, p. 06):

Nesse caso, entendemos que, se tiver sido praticada somente a conjunção carnal, o fato se enquadrará na norma do Art. 146 do Código Penal, uma vez que não é possível o emprego de analogia em norma incriminadora,

com o fim de prejudicar o agente. Se a lei usa a expressão “ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal” (destacamos), não há como entender que a conjunção carnal é elemento do tipo. (grifos no original)

De toda sorte, qualquer solução que seja tomada não trará justiça nem tratamento igual entre a mulher e o homem, visto que aquela será mais bem protegida. Por exemplo, caso se adote o constrangimento ilegal para o caso em tela, haverá falta de proporcionalidade até entre a figura praticada e sofrida pela mulher e até em relação a outros atos que possa o homem sofrer.

Se a mulher constrange o homem, mediante violência ou grave ameaça, a suportar que seja tocado em seu órgão sexual há a caracterização do atentado violento ao pudor com a pena de seis a dez anos de reclusão, conduta considerada hedionda. Mas se apenas pratica com ele conjunção carnal, conduta, obviamente, mais invasiva e ofensiva ao pudor daquele, a pena será a do Art. 146, crime não considerado hediondo, que vai de três meses a um ano de detenção.

A principal ofensa à proporcionalidade constitui-se no fato de que uma mulher, ao praticar conjunção carnal com um menino de 12 anos ou com um homem com graves distúrbios mentais ou, ainda, com um sujeito que previamente drogou para que não pudesse oferecer resistência, não pratica nenhum delito. É que não há presunção de violência no caso do crime de constrangimento ilegal.

Mas se se adota a tese do atentado violento ao pudor, também não se age com justiça. Devido, em primeiro plano, ao problema da ofensa à reserva legal pelo uso da analogia *in malam partem* e, novamente, à falta de proporção na reprimenda estatal.

Se um homem constrange, mediante violência ou grave ameaça, uma mulher a praticar coito normal e coito anal, há concurso material entre o estupro e atentado violento pudor. Mas se o que ocorrer for o reverso, isto é, se a mulher constranger, mediante violência e grave ameaça, o homem a praticar com a mesma cópula vagínica e anal, responderá apenas pelo crime único de atentado violento ao pudor, como ensina Jesus (2002a, p.106): “note-se que, quando o atentado for constituído de vários atos que, por si, já são libidinosos, não estaremos diante de vários crimes, ou de crime continuado, e sim de infração única”.

Diante de tal quadro, deve-se transcrever as palavras de Capez (2004, p.06):

À vista disso, conclui-se que, em face da omissão do legislador, houve tratamento mais brando nessa hipótese do que em relação ao estupro cometido por homem contra a mulher, distorção que não pode ser corrigida devido ao princípio da reserva legal.

Todavia, como ficou demonstrado acima, ainda que se fira o princípio da reserva legal e se considere a conduta praticada como atentado violento ao pudor, não se conseguirá aferir uma situação justa.

4.3. O TRANSEXUAL, O HERMAFRODITA E O ESTUPRO

Interessante questão é saber se o indivíduo que realiza operação para mudança de gênero sexual pode ser vítima ou autor de tal ilícito. Tal sujeito nasce pertencendo a um determinado gênero (feminino ou masculino), que em determinado período da vida submeteu-se a uma cirurgia (denominada adaptativa ou de transgenitalização) que realizou uma modificação estrutural de seu aparelho reprodutor. De acordo com Lopes e Veloso, (2005):

“O Conselho Federal de Medicina (2), na resolução 1.482/97, considera o transexual como “portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à auto mutilação ou auto-extermínio”.

Tais autores diferenciam o transexual primário do secundário:

O transexual primário é aquele que, desde os primeiros anos de vida, de forma precoce, já possui vontade compulsiva em pertencer ao sexo oposto. Essa vontade perdura de maneira imperativa e só cessa com a realização da cirurgia de transgenitalização.

.....
 [...] pode-se entender como transexual secundário aquele que vem desenvolver tendências transexuais em idade mais avançada, nele encontrando-se alternadamente fases de atividade homossexual e de travestismo.

Aparentemente, uma nova tendência jurisprudencial não só admitiu a troca do nome, mas também como do gênero sexual constante no registro de um indivíduo que realizou tal operação, visa considerar tais pessoas como sendo do

sexo feminino, em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se infere da jurisprudência colacionada por aqueles autores:

REGISTRO CIVIL – Nome – Modificação de prenome masculino para feminino – Pretensão manifestada por transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo – Admissibilidade, ainda que não se admita a existência de erro no registro – Circunstância que expõe o requerente ao ridículo – Interpretação do Art. 55, parágrafo único, c/c o Art. 109 da Lei 6.515/73 (TJSP. Ap. 165.157-4/5-00, 5ª Câmara, relator: Boris Kauffman, julgado em 22/03/2001. RT 790/155).

REGISTRO CIVIL – Alteração do estado sexual no assento de nascimento – Admissibilidade – Pretensão de transexual primário, submetido à cirurgia de mudança de sexo, que teve seu pedido de alteração de prenome deferido – Requerente que, após a intervenção cirúrgica, passou a ter as principais características morfológicas de uma mulher (TJSP. Ap. 209.101-4/0-00, 1ª Câmara, relator: Elliot Akel, julgado em 09/04/2002. RT, 801/805).

A cirurgia pode transformar a genitália do homem em de mulher, como o contrário. Cuide-se primeiro de analisar o caso da transgenitalização do sexo masculino para o feminino. Os autores explicitam como se dá a cirurgia nesse caso:

Silveira (10) detalha todo o procedimento cirúrgico por que passa o transexual para ver concretizada a mudança de sexo. Destacar suas palavras são, além de interessantes, latentes para uma melhor compreensão acerca da matéria. Assim sendo, indicaremos a cirurgia ocorrida tanto para o transexual masculino quanto para o feminino. Assim, primeiramente, destacamos a adequação do sexo masculino ao feminino:

A mudança cirúrgica masculino para feminino é facilmente feita e pode, na maioria dos casos, ser feita em somente um tempo cirúrgico.

O primeiro estágio compreende a amputação do pênis, deixando a glândula com seu feixe vascular-nervoso. A glândula necessariamente será preservada e colocada, anatomicamente, no local do clitóris. Dessa maneira, a sensibilidade não sofre alteração alguma, ensejando um resgate do orgasmo mais facilmente.

A uretra é amputada, entretanto, deixando-se um segmento mais longo, de tal sorte que a mucosa fique redundante. Se ocorrer necrose ou infecção em pós-operatório imediato, sempre teremos tecido disponível para novo procedimento. Na eventualidade da uretra profusa, a mesma poderá, em um segundo tempo, ser novamente encurtada.

Uma incisão mediana e longitudinal é efetuada no escroto para a retirada dos testículos e funículo espermático. Todo o escroto, excetuando-se a camada vaginal, será usado para a construção da vagina.

No períneo, entre o ânus e a raiz do escroto, efetua-se uma incisão em cruz ou em "v", abortando-se o espaço imediatamente cranial ao reto e prosseguindo até a próstata. Este espaço virtual é dissecado, e através de dilatações de Hegar, é criado um pertuito que será a nova vagina. A ablação pilosa escrotal é efetuada com eletrocautério. Nestas condições, o escroto é invertido e sepultado neste novo espaço, com sutura tão cranial quanto possível.

Um molde metálico ou siliconado é revestido com gaze e introduzido no orifício, de tal sorte a manter hemostasia e prevenir eventual colamento da cavidade. No pós-operatório, o paciente, sistematicamente, dilatará a neovagina com artefato siliconado, até sua estabilização.

Quando um homem constrange um transexual (que mudou do sexo masculino para feminino), mediante violência ou grave ameaça à "conjunção carnal", há três possibilidades de enquadramento típico: 1) admite-se a neovagina como órgão apto a manter conjunção carnal e o transexual como indivíduo do sexo feminino, devendo o agente responder por estupro; 2) admite-se a neovagina como órgão apto a manter conjunção carnal e o transexual como indivíduo do sexo masculino, devendo o agente responder por constrangimento ilegal, já que impossível qualificar como estupro (por se tratar de homem) ou atentado violento ao pudor (por se tratar de conjunção carnal); 3) não se admite a neovagina como órgão apto a manter conjunção carnal e, logo, não importa de que sexo se considera o transexual, visto que o ato libidinoso será diverso do coito normal, devendo o agente responder por atentado violento ao pudor.

A segunda hipótese de enquadramento (constrangimento ilegal) deve ser de todo descartada, visto que é incompatível admitir (valendo-se da analogia) que se trata de uma vagina real e ao mesmo tempo não admitir que se trate de pessoa do sexo feminino (desprezando a analogia). Este é, contudo, o melhor entendimento para o acusado. A primeira hipótese, embora beneficie o princípio da dignidade humana, não deve ser aceita, já que ofenderia o princípio da reserva legal pelo uso da analogia *in malam partem*.

A terceira hipótese é a que merece adoção. Realmente, não se trata de conjunção carnal, já que, não importa o quão parecido e perfeito fique o resultado da

intervenção cirúrgica, o que o indivíduo possui é um simulacro de vagina e, portanto, somente apto a manter ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ainda assim, pode-se admitir que se trata de pessoa do sexo feminino, embora fique contraditório, parece que esse é o melhor jeito de homenagear os dois princípios constitucionais, o da reserva legal e o da dignidade humana.

Analise-se, agora, o caso da transexual que sendo mulher, de nascença, mudou para o sexo masculino. Os autores supracitados, também descrevem tal cirurgia:

Agora, também da mesma autoria (11), destacamos a cirurgia de transgenitalização, com adaptação do sexo feminino para o masculino:

O paciente é levado a uma cirurgia de laparotomia, com anestesia geral e bloqueio pelidural, para a retirada do ovário, útero e anexos.

Após a sua total recuperação, em um período de tempo não menor a 30 dias, o paciente é submetido ao segundo tempo cirúrgico. Consiste na retirada da vagina, usando-se a parede anterior para a reconstrução da uretra. A mucosa vaginal tubularizada se adapta excepcionalmente bem, como uretra. A parede posterior da vagina é exteriorizada para fazer parte do escroto. Na hipótese de uma exagerada atrofia da mucosa vaginal o escroto é reconstituído com retalho do músculo Gracilis, tirado da face medial da coxa. O pênis é construído com enxerto de CHANG. O tecido é retirado do antebraço, juntamente com uma artéria radial, duplamente tubularizada, respectivamente para a uretra distal e para acolher futuramente a prótese peniana. Este procedimento, especificamente, requer técnica microcirúrgica. Para a construção do falo também pode ser usado retalho do abdome. Esta técnica não requer microcirurgia, entretanto o aspecto cosmético perde em qualidade para o enxerto de CHANG. O uso do retalho do músculo Gracilis, rotado da face interna da coxa, é reservado para a situação onde o paciente não dispõe de tecido adequado do abdome ou não deseja ficar com cicatriz ampla no antebraço.

O terceiro tempo cirúrgico somente é levado a efeito quando há uma cicatrização perfeita nos tempos anteriores. Demanda aproximada de três meses. Então, através de uma pequena incisão na base do neopênis, é introduzido um tubo siliconado, cujo eixo é composto de uma liga de prata maleável. Esta estrutura denominada prótese é fixada no osso do púbis, através de um procedimento estético denominado Dracon. A fixação estabiliza o artefato evitando a extrusão futura. A prótese peniana possui rigidez suficiente para o coito e pode, confortavelmente, ser dobrada para baixo, quando não há interesse em atividade sexual.

No mesmo tempo cirúrgico, são introduzidos um novo escroto, duas estruturas ovóides, com 20 centímetros cúbicos, com silicone gel no seu interior, simulando testículos.

O paciente, nestas condições, está autorizado à atividade sexual, somente 90 dias após o implante das próteses peniana e testicular. Após aproximadamente um ano, a sensibilidade se estabelece em pelo menos 2/3 do falo.

Caso esta pessoa force uma mulher à conjunção carnal, utilizando *vis corporalis* ou *vis compulsiva*, há duas possibilidades de subsunção típica: 1) considera-se que o membro é um pênis e o autor deverá responder por estupro; 2) não se considera que o membro é um pênis e o autor deverá responder por atentado violento ao pudor.

O raciocínio utilizado para o caso do transexual que muda do masculino para o feminino é aplicável aqui. Portanto, não se deve aceitar a primeira hipótese, devido haver ofensa ao princípio da reserva legal. A segunda merece adoção por ser o falo, em questão, um membro artificial, inapto, destarte, a produção da conjunção carnal. Como supra referido, ainda que contraditório, pode-se e se deve, neste caso específico, considerar o indivíduo como sendo do sexo masculino, em homenagem aos princípios constitucionais da reserva legal e da dignidade humana e para que se encaminhe o condenado a um presídio masculino.

Também desperta o interesse saber se o hermafrodita pode ser vítima de tal delito. A palavra vem do grego *hermaphroditus*, que segundo a mitologia era o nome do filho do deus Hermes com a deusa Afrodite, o qual havia nascido portando as genitálias masculina e feminina. Santos (2005) explica tal figura:

Hermafrodita é o indivíduo que possui condição congênita de ambigüidade das estruturas reprodutivas, suscita o problema de recondução do corpo ao seu verdadeiro sexo, geralmente o psicossocial, eliminando-se cirurgicamente a ambigüidade e fixando os caracteres de um único sexo de que é portador. Também pode ser denominado como Intersexual.

E discorre a autora sobre a intervenção cirúrgica em tais casos:

A intervenção cirúrgica no indivíduo intersexual não fomenta discussão quanto à inviolabilidade do próprio corpo, pois trata-se de uma cirurgia corretiva com escopo de fixar o sexo real da pessoa, isto é, esse tratamento seria tolerado por estar dirigido a cooperar com a natureza para a definição do sexo biológico, a real identidade sexual do intersexual.

O hermafrodita, portanto, é um indivíduo que tem a codificação genética perfeita (ou é XX (mulher) ou é XY (homem)), mas por um defeito na “leitura” deste código houve uma mutação que fez com que a pessoa nascesse com as genitálias de ambos os sexos. O hermafrodita, portanto, faz uma cirurgia apenas de correção, mantendo o sexo determinado por seu genótipo.

Caso, o indivíduo seja geneticamente mulher, embora possua os dois órgãos reprodutores, e seja submetida à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, não haverá maiores dificuldades para apontar em qual tipo a conduta se enquadra. Deverá, destarte, o agente responder por estupro, visto que se trata de uma mulher e de uma vagina real, o caso de possuir um pênis figura apenas como elemento accidental, não importa para afastar a elementar do tipo. Mas se ao invés de ser constrangida, a hermafrodita coagir uma mulher a prática de conjunção carnal, valendo-se da violência ou grave ameaça, será hipótese de estupro, visto que tal pessoa possui um pênis, podendo, destarte, submeter terceira ao coito normal; seria mais um caso de mulher sozinho no pólo ativo.

Mas, se se trata de um homem (cromossomos XY), que porte as duas genitálias, o enquadramento típico fica um pouco mais difícil. A pessoa tem, realmente, um órgão reprodutor feminino, não se trata de um simulacro como no caso do transexual, e, portanto, capaz de praticar, por mais estranho que soe, coito normal. O fato de ser homem afasta a possibilidade da aplicação do Art. 213, e, por se tratar de conjunção carnal, está excluída a figura do Art. 214, de sorte que se deve aplicar a regra do Art. 146. Se o hermafrodita compelir mulher a praticar consigo o congresso carnal, será hipótese de estupro, obviamente.

4.4. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E ATOS PRELIMINARES AO COITO

Mirabete (2003a, p.1534) afirma quando fala sobre a consumação do estupro: “nada impede a desistência voluntária”.

Embora seja crime de mera conduta como supra explanado, o mesmo é daqueles ditos plurisubsistentes o que faz com que a tentativa seja possível e o

mesmo se possa dizer da desistência voluntária. O Art. 15¹⁷ do Código Penal disciplina que, aquele que desiste voluntariamente de prosseguir na execução do delito, responderá apenas pelos atos já praticados.

Se o indivíduo pratica apenas a violência ou a ameaça ou constrange a vítima a alguma coisa (tirar a roupa, por exemplo), não há dúvidas, responderá, respectivamente, ou por lesão corporal leve (ou grave, dependendo da extensão do dano) ou pela ameaça ou pelo constrangimento ilegal.

Mas se o indivíduo pratica atos libidinosos preliminares ao coito e desiste de prosseguir no ato? Hungria (1981, p. 116), referindo-se ao atentado violento ao pudor, responde tal questão: “este crime é também o que ficará como resíduo, no caso em que o agente desiste voluntariamente de atingir a *meta optata* (conjunção carnal)”. (grifos no original).

Realmente, à época em que foi escrita a lição do saudoso mestre não havia problema em adotar tal solução, afinal o crime do Art. 214 era punido mais brandamente. A pena cominada em abstrato era de dois a sete anos de reclusão, enquanto a do estupro era de três a oito anos.

Todavia, atualmente, há um óbice a tal entendimento, ocorre que, pela lei dos crimes hediondos, igualou-se a pena de ambos os delitos, que hoje são de seis a dez anos.

O problema é o seguinte, caso o sujeito ativo pratique atos preliminares ao coito e desista de prosseguir no seu intento, respondendo por atentado violento ao pudor, será condenado por uma pena em abstrato igual a do delito de estupro. Mesmo que o juiz considere sua abstenção da prática sexual como uma atenuante genérica, não haverá uma mudança significativa na pena do indivíduo, mormente no caso de ter todas as circunstâncias judiciais do Art. 59 estarem a seu favor.

Obviamente, sendo condenado de tal forma, o sujeito internalizará a idéia de que teria sido melhor ter consumado o ato. Com certeza, para a mulher, é mais grave a conjunção carnal que toques em sua região púbica ou em seus seios. Portanto, tal posição incentiva a prática de condutas mais gravosas, ainda que só para a psique da ofendida.

Chega-se ao absurdo de ser mais benéfico ao acusado ter sido impedido de prosseguir na execução do delito por motivos alheio a sua vontade, beneficiando-

¹⁷ Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

se, destarte, com a causa de diminuição da pena do parágrafo único do Art. 14, do que desistir voluntariamente.

Embora não se possa confundir uma figura com a outra, para fins de política criminal, deve-se, no caso em exame, considerar a conduta do acusado como estupro tentado.

Também é aconselhável que não se considere crime hediondo, visto que aquele que desiste da prática da conduta mais grave não demonstra uma atitude que causa repulsa ou asco, mas inspira indulgência. Com isso incentiva-se a conduta menos grave e torna-se a pena proporcional à culpabilidade do indivíduo.

5. CONCLUSÃO

A mulher pode figurar como único sujeito ativo do estupro nas hipóteses de autoria mediata. Defrontando-se o magistrado com tal situação, deve, destarte, condenar a ré.

No caso do homem ser constrangido, mediante violência ou grave ameaça, por mulher a prática de conjunção carnal, deverá a acusada responder pelo crime de constrangimento ilegal. Estando o ofendido em uma das hipóteses de presunção de violência a conduta é atípica.

Se a vítima for transexual que reverteu para o sexo feminino, o agente deverá ser responsabilizado por atentado violento ao pudor, visto que não há órgão sexual feminino, mas um simulacro do mesmo. Tal situação também se verificará quando o criminoso for sujeito que “mudou” para o sexo masculino. Em ambas as hipóteses nada impede que seja reconhecido que o sujeito é mulher (transexual como vítima) ou homem (como autor), bastando apenas que o juiz ao motivar a sentença o faça de maneira sóbria, clara e livre de preconceitos.

O hermafrodita (XY) pode ser sujeito ativo do estupro, mas não pode ser sujeito passivo, pois, embora haja a prática de conjunção carnal, trata-se de homem, razão pela qual o agente responderá por constrangimento ilegal. A hermafrodita (XX) pode tanto figurar no pólo passivo do estupro (por ser mulher e estar apta a prática do coito normal) como no ativo (o código não exige que o criminoso seja homem, mas que este consiga constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, ao congresso de carnes).

A ação penal do estupro cometido com violência real deve ser privada, por a regra constante do Art. 101 do estatuto penal referir-se ao crime complexo em sentido estrito, sendo o estupro crime complexo em sentido lato, e por ser a norma do Art. 225 do mesmo texto especial em relação àquela.

Deve-se adotar, quanto à presunção de violência, o entendimento de Gomes (2001) para que não haja ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. O estupro em sua forma presumida não deve ser sempre considerado conduta hedionda, devendo o magistrado afasta tal característica, declarando a inconstitucionalidade incidental da lei, sempre que o conjunto fático demonstra que o ato não é daqueles que produz especial ojeriza social. Pode, igualmente e pela

mesma razão, o magistrado afastar a norma que prevê o aumento de metade quando o estupro for praticado com presunção de violência.

Como visto, a redação do tipo de estupro combinada com a do atentado violento ao pudor deixam de tutelar, de maneira equânime, certos bens jurídicos, mormente a liberdade sexual do homem. Além de promover uma série de controvérsias jurídicas, que apenas dificultam a aplicação isonômica do direito.

Desta forma, conclui-se que o tipo de estupro não deve permanecer com a redação que lhe é dada. Mais conveniente seria que o estupro e atentado violento ao pudor fossem reunidos em um só artigo, com a seguinte redação: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso”. A pena do novo tipo deve ter uma grande amplitude, como quatro a dezesseis anos, para que o magistrado tendo em vista a gravidade do ato libidinoso praticado fixe a pena. Convém, também, deixar ao encargo dos magistrados fixarem a conduta como hedionda conforme o caso concreto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, C. R. **Código Penal anotado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (Art. 213 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2004. Volume III.

GOMES, L F. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Série as ciências criminais no século 21; Volume IV.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003. Volume I.

HUNGRIA, N. **Art. 213**. In: FRAGOSO, H. C.; HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. de. **Comentários ao Código Penal**: arts. 197 a 249. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Volume VIII.

HUNGRIA, N. **Arts. 223 a 226**. In: FRAGOSO, H. C.; HUNGRIA, N.; LACERDA, R. C. de. **Comentários ao Código Penal**: arts. 197 a 249. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Volume VIII.

JESUS, D. E. de. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 15 ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume III.

JESUS, D. E. de. **Direito penal**: parte geral. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Volume I.

LOPES, B. M.; VELOSO, B. H. Dignidade e respeito reciprocamente considerados: a mudança do nome por transexual na comunidade brasileira. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6504>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**: propedêutica penal e norma penal. 1. ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997. Volume I

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal**: parte especial: arts. 121 a 234 do CP. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003. Volume II.

MIRABETE, J. F. **Código Penal interpretado**. 3 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, E. M. **Direito penal**: dos crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos. 18 ed. atual. por Dirceu de Mello, Eliana Passareli Lepera. São Paulo: Saraiva, 1986. Volume III.

NUCCI, G. de S. **Código Penal anotado**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, J. H. **Códigos penais brasileiros**: evolução histórica. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.

SANTOS, B. Questões jurídicas sobre o intersexual ou hermafrodita. **ODireito.com**. Disponível em:
<<http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=2&SubSecao=1&ConteudoID=000404&SubSecaoID=1>>. Acesso em: 14 fev. 2006.

TINOCO, A. L. **Código Criminal do Império anotado**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. Prefácio de Hamilton Carvalhido.

TOURINHO Filho, F. da C. **Processo penal**: 20 ed. rev., mod. e amp. São Paulo: Saraiva, 1998. Volume I.