

DIREITO PROCESSUAL PENAL

ARTIGO

A ILEGITIMIDADE DO ART. 217-A DO CPB ANTE O CASO CONCRETO SOB A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA

ILLEGITIMACY OF ARTICLE 217-A OF THE BRAZILIAN CRIMINAL CODE FOR CONCRETE CASES IN THE LIGHT OF PROCEDIMENTALISM

FELIPE FARIA DE OLIVEIRA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

felipefaria@mp.mg.gov.br

RESUMO: Em observação aos casos concretos enfrentados na atuação perante o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, temos constatado que diversos atores jurídicos argumentam que, nos casos em que se verifica uma relação de intimidade entre um agente imputável e um(a) adolescente menor de 14 anos, tem-se a caracterização do delito de estupro de vulnerável, independente das nuances do caso concreto. A fim de verificarmos a plausibilidade hermenêutica desta visão, procedemos a uma busca da legitimidade normativa, desde a modernidade, até a concepção procedimentalista. Atentos ao giro linguístico e ao giro hermenêutico, concluímos que o Direito não pode ser antevisto, em seu conteúdo, de maneira matemática e de subsunção. Passamos, então, a perquirir se as razões legitimantes na norma penal se encontram presentes nos casos limítrofes apresentados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; hermenêutica jurídica; procedimentalismo; legitimidade.

ABSTRACT: Observing the real cases whose power is of the Public Prosecution Service in Minas Gerais (Brazil), it is possible to verify that in every case that a criminally liable person has intimate relations with adolescents under 14 years old, the crime is described in article 217-A of the Brazilian Penal Code, regardless the particularities presented on the situation. In order to analyze the hermeneutic plausibility of this vision, it was carried out a normative legitimacy quest, from our modern period to the procedimentalism period. Having the linguistic and the hermeneutic visions in mind, it was concluded that it is impossible to predict the Law. Therefore, there was the attempt to verify if the reasons that justify the existence of the legal norm exist in the situations presented.

KEY WORDS: Penal Law; Law hermeneutic; procedimentalism; legitimacy.

SUMÁRIO: 1. Um necessário pensamento hermenêutico introdutório. 2. Uma contextualização normativa e jurisprudencial. 3. Da legitimidade normativa moderna à atualidade procedimentalista e sua aplicação aos casos concretos apresentados. 4. Referências bibliográficas.

1. Um necessário pensamento hermenêutico introdutório

Antes de iniciarmos a introdução propriamente dita, cumpre destacar que partimos para o debate da legitimidade do artigo 217-A, do Código Penal, ante as nuances do caso concreto – debate esse colocado à luz de um estudo hermenêutico – em razão das diversas situações que vimos presenciando no Noroeste de Minas Gerais. As graves consequências dessas situações nas vidas dos envolvidos merecem um momento de reflexão por parte dos operadores do Direito, em especial, membros do Ministério Público.

Já há algum tempo estamos presenciando uma alteração significativa no posicionamento dos autores e Tribunais – esses com maior lentidão – no que tange à adoção de novas posturas hermenêuticas. Neste tocante, parece-nos indiscutível que o subsistema constitucional é o que tem nos brindado com as mais interessantes obras e é o que maior adeptos tem quando estamos a tratar de estudos filosóficos que alteram sobremaneira a estruturação do pensamento jurídico.

Se assim o é na seara constitucional, identificamos determinados campos do conhecimento, dentro do Direito Público, que parecem ser os mais arraigados aos pressupostos cartesianos de outrora. São, obviamente, as duas matérias jurídicas que tentam trabalhar com a visão de tipicidade jurídica: o Direito Tributário¹ e o Direito Penal, dois campos ainda instrumentalizados por uma perspectiva do neopositivismo do *Wiener Kreis* – ou Círculo de Viena, também conhecido como o positivismo lógico.

Seguindo as referências matematizantes e ansiosas por uma certeza inquestionável dos resultados interpretativos, os pensadores do neopositivismo vienense tentaram criar uma linguagem matemática que permitisse uma única e indubitável interpretação.² Transpondo este raciocínio para o Direito – o que foi feito pelos positivistas jurídicos, ainda que de modo imperfeito –, pretendia-se que a mera

¹ Sobre o Direito Tributário, já pudemos trabalhar com maior campo de detalhe nossas visões, críticas e argumentações em nossa obra *Direito Tributário e Direitos Fundamentais*: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

² Uma exemplificação que sempre nos parece útil trazer quando em comento o pensamento desenvolvido por estes pensadores é o exemplo que Delacampagne traz do pensamento de Boole: “Suponhamos que as variáveis x e y representem classes de objetos quaisquer. A contribuição específica de Boole consiste em notar com 1 a classe cheia (o universo do discurso), com 0 a classe vazia e com o símbolo v ... a palavra ‘alguns’”. Graças a essa notação, um julgamento da forma: ‘todos os homens são mortais’, se torna: ‘todos os y são alguns x ’, ou seja: $y = vx$. Da equação correspondente, $y - vx = 0$, é fácil tirar, por uma série de operações algébricas elementares, outras fórmulas, como, por exemplo: $y(1 - x) = 0$ (‘os homens não-mortais não existem’). (DELACAMPAGNE, 1997, p. 21)”. Caso se realizasse a transposição dessa perspectiva para o mundo do Direito, com uma linguagem logicamente exata, o dogma de subsunção restaria extremamente simples e ausente de erros ou dúvidas! Bastaria o intérprete analisar o conteúdo determinado por um tipo – já que as palavras corresponderiam a um sentido já determinado – e observar se os fatos ocorridos se encaixam no “modelo normativo” com exata perfeição.

leitura do texto legal fosse já suficiente e bastante para que toda e qualquer subsunção do fato à norma permitisse um mesmo ponto final concludente.

Obviamente que, desde a realização do giro linguístico do II Wittgenstein³ – que nos demonstrou a impossibilidade do engessamento dos conteúdos semânticos dos signos – e do giro hermenêutico de Gadamer⁴ – que jogou por terra a intenção de neutralidade interpretativa – a argumentação em prol de uma interpretação una, clara e inquestionável se mostra absolutamente fragilizada.

Temos para nós, com clareza, que não existe segurança jurídica, tal qual imaginado anteriormente, no que se refere aos conteúdos e resultados interpretativos. A única segurança jurídica que nossa própria estrutura antropológica é capaz de assegurar é a certeza da existência de procedimentos que nos permitam argumentar discursivamente as razões justificantes que venham a encampar determinada interpretação jurídica. Porém, nunca a segurança do resultado em si mesmo.

Em que pesem essas considerações, temos nos espantado com a sobrevida que o paradigma moderno tem demonstrado na seara do Direito. Essa persistência de um pensamento há muito contestado

³ Com sua estruturação teórica do pragmatismo linguístico culminando nos jogos de linguagem, Wittgenstein consegue fechar o cerco à relação até então estática entre signo e significado: “partindo do jogo de linguagem, não se pode mais defender a identificação da significação com a coisa: ela consiste na função de reconhecimento dos objetos correspondentes a partir da percepção de seu nome no curso de uma atividade determinada. Dito de outro modo, o uso é uma dimensão irreduzível: o importante não é mais se perguntar sobre a significação, mas sobre o uso”. (AUROUX, 1998, p. 273).

⁴ Nas palavras de Gadamer, “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão *nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também produtivo* [...] *é o que na experiência hermenêutica havíamos caracterizado como o momento da história efetual*. Toda atualização na compreensão pode compreender-se como uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido. A *própria finitude histórica de nossa existência implica estarmos conscientes de que, depois de nós, haverá outras pessoas compreenderão de modo cada vez diferente*. Mas em nossa experiência hermenêutica não há dúvida de que a obra continua sendo a mesma, sujo significado continua se determinando. (GADAMER, 1997, p. 392-487, grifo nosso).

em nada teria de pernicioso caso fosse fundamentada de forma discursiva e calcada em construções racionais.

Entretanto, o que costumeiramente presenciamos são tentativas de orientações e posicionamentos verticalmente colocados como verdades inquestionáveis – verdadeiros dogmas, estancando a construção do Direito na estruturação dos argumentos de autoridade propagados por Santo Tomás de Aquino.⁵ A súmula vinculante pode nos ilustrar como um claro exemplo. Entretanto, não é das súmulas que vimos tratar neste estudo, mas sim das normas penais, em especial, o art. 217-A do Código Penal Brasileiro – CPB –, cuja matéria – o chamado “estupro presumido” – já vem sendo objeto de questionamentos há bastante tempo.

2. Uma contextualização normativa e jurisprudencial

Conforme todos bem sabem, o Código Penal sofreu interessantes alterações no ano de 2009, em especial, no tocante aos crimes contra a dignidade sexual – antes intitulados de “crimes contra os costumes”.

Anteriormente, a determinação constante do art. 213, interpretada conjuntamente com o art. 224, “a”, ambos do CPB, fazia com que toda e qualquer conjunção carnal realizada com uma adolescente ou criança, menor de 14 anos, ainda que de forma consentida, configurava crime de estupro – caso se tratasse de ato sexual diverso da conjunção carnal, ou ainda de ato sexual com adolescente ou criança do sexo masculino, configurar-se-ia o crime de atentado violento ao pudor – art. 214 do CPB, de mesmas consequências.

⁵ Contextualizado na Idade Média, Santo Tomás de Aquino estabeleceu uma estrutura escalonada de ordens jurídicas, desde a lei humana – situada em um patamar inferior – até o ápice da pirâmide de validade – a lei divina. Segundo Aquino, as leis inferiores somente teriam validade caso embasadas nas leis superiores em uma estruturação próxima à pirâmide de validade de Kelsen, porém com um mero detalhe: somente a Igreja poderia informar qual o conteúdo das leis divinatorias superiores. Nessa toada, Aquino traz à Igreja a fonte de decisão acerca da legitimidade do direito positivado. Apenas ela, com acesso à vontade divina, seria capaz de afirmar se uma lei humana estava ou não de acordo com a vontade de Deus. Com isso, criou-se uma ordem jurídica em que uma instituição religiosa poderia determinar quais leis eram legítimas e quais não eram. E, para tanto, não precisava realizar nenhuma argumentação racional. Seu argumento era de mera autoridade: assim o é porque assim a Igreja interpreta a lei de Deus.

Obviamente que, neste tocante, o Código Penal gerava certa controvérsia.

Havia quem tentasse argumentar que a norma criminalizadora estaria anacrônica, uma vez que hoje a maturidade sexual dos adolescentes chega com rapidez maior do que o imaginado na década de quarenta, quando o Código Penal foi elaborado.

Entretanto, a corrente predominante afirmava que a norma penal previa, de maneira clara e inquestionável, a idade limítrofe para a configuração da violência ficta caracterizadora do crime de estupro ou atentado violento ao pudor, e não importava nenhuma particularidade do caso concreto. O texto legal seria bastante em si mesmo, dando ao intérprete toda a solução pela subsunção.

O Superior Tribunal de Justiça, em uma de suas últimas manifestações acerca do tema antes da ocorrência da alteração normativa, tentava colocar uma pá de cal sobre o assunto.

Para tanto, a Corte Superior utilizou-se de uma expressão extremamente contundente. Afirmou que qualquer ato sexual praticado com criança ou adolescente menor de 14 anos acarretaria *presunção absoluta* de violência ficta, configurando, assim, o estupro presumido. Seguiu-se, no momento, a perspectiva neopositivista do Círculo de Viena, afirmando que as palavras escritas já apresentavam um conteúdo próprio, sendo impossível ao intérprete alcançar resultado jurídico diverso daquele que a Corte alcançara – tal qual o argumento de autoridade de Tomás de Aquino. As nuances do caso concreto seriam, portanto, desprezíveis. Senão vejamos.

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS (13 ANOS). VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESUNÇÃO DE CARÁTER ABSOLUTO. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 224 do CPB prevê algumas circunstâncias, dentre as quais está inserida ser a vítima menor de 14 anos, em que, ainda que não haja efetiva violência física ou real, será essa presumida, diante da indubitosa restrição da capacidade volitiva da vítima de se posicionar em relação aos fatos de natureza sexual. 2. Estando tal proteção apoiada na *innocentia consilii* da vítima, que

não pode ser entendida como mera ausência de conhecimento do ato sexual em si, mas sim como falta de maturidade psico-ética de lidar com a vida sexual e suas consequências, eventual consentimento, ainda que existente, é desprovido de qualquer valor, *possuindo a referida presunção caráter absoluto*. Precedentes do STJ e STF [...]. (STJ. HC 86808. 5. Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julg. 11 set. 2008, grifo nosso).

Posteriormente, a norma penal foi alterada pela Lei nº 12.015, de 2009, que trouxe ao CPB o art. 217-A, do qual se apreende a seguinte redação: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

Para vários autores,⁶ a ulterior chegada de uma norma penal escrita, estipulando novamente a idade de 14 anos como a limitrofe para a caracterização de um delito quando da realização de um ato sexual, significou uma solução absolutamente livre de qualquer questionamento.

Segundo tais pensadores, se um tipo penal traz expressa a conduta que se visa a incriminar, não há como, no caso concreto, haver nuances ou particularidades capazes de alterar ou construir um conteúdo jurídico diverso daquele identificado na decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Observem como esta estrutura de pensamento se volta, claramente, à tentativa de unicidade interpretativa que mencionamos no início desta pesquisa. Sobre o tema, voltaremos adiante.

Ocorre, porém, que temos vivenciado, na Comarca em que atuamos, situações concretas que desafiam a “facilidade” ou a “clareza interpretativa” do dispositivo normativo criminal.

A situação que iremos trazer não é exatamente inédita.

⁶ Vide Greco (2009).

Foram-nos apresentadas algumas hipóteses de prisões em flagrante em que um jovem de 18 ou 19 anos estava tendo momentos de intimidade com uma adolescente de 13 ou 12 anos de idade com quem tinha relacionamento. É bem verdade que em boa parte das situações chegadas à Promotoria não se tratava de casais de namorados, mas sim de casais que tinham um relacionamento eventual, porém reiterado ao longo do tempo.

Na maioria das situações, quando questionado à adolescente como se deu o envolvimento entre eles para que culminasse no ato sexual, ou de intimidade, a jovem nos respondia que tudo ocorrera com naturalidade, sem nenhuma tentativa de convencimento ou sedução fora dos padrões ordinários. Em outras palavras, o que se verificava era que o jovem adulto de 18 ou 19 anos não tentava se apropriar de sua idade mais avançada como forma de pressionar ou aproveitar da falta de maturidade sexual da adolescente para tentar ludibriar ou conduzir seu consentimento. Em realidade, em uma ou outra situação – não majoritária, deve-se dizer – o agente imputável se mostrava mais inseguro e envolvido emocionalmente do que a própria adolescente.

Nesses casos, devemos nos questionar. Será que efetivamente esse indivíduo se utilizou da tenra idade da vítima para se aproveitar da ausência de sua formação moral e comportamental completa a fim de ter com ela relações sexuais, havendo, efetivamente, uma violência presumida contra a vontade da vítima?

De antemão, nosso horizonte hermenêutico nos informa que há algo de errado no simples oferecimento de uma denúncia criminal em face desse indivíduo.

Nunca é bastante lembrar a gravidade que um processo por crimes sexuais acarreta na vida dos acusados. Por isso mesmo, não é papel do Ministério Público ofertar peças acusatórias de maneira temerária e inconsequente. Estaria esse cidadão na esfera de agente delitivo que a norma penal visa a abarcar?

Entendemos que não.

Adiantando nossas conclusões, acreditamos que as razões normativas que encampam a norma penal em comento não estão presentes nesses casos concretos que estamos a enfrentar.

Tal entendimento não ocorre porque acreditamos que adolescentes de 14 anos não mereçam a proteção do Estado no que tange à sua liberdade sexual. Da mesma forma, não ocorre porque acreditamos que a vida sexual pregressa determine por completo o grau de proteção que o Estado ainda deva atribuir a esse adolescente. Caso sustentássemos nossas razões sobre esses pressupostos, estaríamos a construir uma argumentação não apenas preconceituosa, mas também contrária aos nossos próprios pilares hermenêuticos.

Assim, para que não fiquemos, como tantos outros, afirmando nossas crenças sem justificativas hermenêuticas aceitáveis, colonizados pelas pré-compreensões que nos acompanham no início da tarefa interpretativa, resolvemos buscar uma análise crítica acerca do tema.

3. Da legitimidade normativa moderna à atualidade procedimentalista e sua aplicação aos casos concretos apresentados

Para que possamos compreender com clareza o propósito deste trabalho, será necessário que nos voltemos, ainda que brevemente, para a fonte de legitimidade das normas jurídicas. Com isso, poderemos vislumbrar as razões pelas quais a maior gama de autores persiste em afirmar que a mera previsão textual típica em uma norma penal é suficiente e bastante para ensejar uma exordial acusatória.

Conforme bem se sabe, a Idade Média foi marcada por uma relação simbiótica entre Estado absolutista e poder eclesiástico. A mola propulsora que permitiu a superação dessas duas barreiras à formação do conhecimento à época foi de origem comum.⁷

⁷ Vide Cruz (2004, p. 59 ss.).

A certeza matemática, livre de influências externas, trazida por Renè Descartes⁸, permitiu, de uma só vez, a expulsão das influências religiosas das ciências, bem como o anseio por respostas determinadas e antevistas decorrentes de construções cientificamente verificáveis. Conforme veremos, este foi elemento importante para estruturar as certezas das leis limitadoras do Estado. De todo modo, a partir desse momento, todo e qualquer conhecimento científico que quisesse ostentar um *status* de seriedade deveria ser capaz de trazer a neutralidade e a certeza típicas das ciências exatas. E o Direito também quis buscar essa lógica.

Esses elementos, conjugados com o antropocentrismo inaugurado no Velho Mundo, e o racionalismo solipsista kantiano fizeram com que as ciências jurídicas pautassem toda sua busca pelas “certezas matematizadas” e “interpretações indubitáveis” nas leis positivadas.

É muito simples verificar essa relação.

Newton, um observador das leis repetíveis da natureza, criou uma estrutura de pensamento exato até hoje lembrada: se A, é B (p. ex.: se tenho ação, tenho reação em mesma direção e sentido contrário).

O Direito, importando o conforto dos resultados previsíveis, elaborou a seguinte fórmula: Se A, deve ser B (se João teve relação sexual com pessoa menor de 14 anos, deve ser condenado). É a mesma consequência lógica, imediata e inquestionável, tais quais os dogmas da física!

⁸ A obra de Descartes é especialmente interessante. Visando a retirar as influências religiosas da seara científica, Descartes advoga a tese de que tudo aquilo que é externo à razão macula a construção do saber. Com isso, ele logra não apenas afastar a Igreja da racionalidade, como também os próprios sentidos humanos, tudo no intuito de afirmar que a consecução de resultados científicos deve ser previsível, repetível, infalível e exata. Assim, partindo para uma racionalidade pura e neutra, Descartes defende que somente as áreas do conhecimento que conseguissem este grau de objetividade e certeza de resultados poderiam ser efetivamente científicas. Em suas palavras: “pois, enfim, o método que ensina a seguir a verdadeira ordem e a enumerar exatamente todas as circunstâncias do que se procura contém tudo o que dá certeza às regras de aritmética [...] por meio dele, tinha a certeza de usar em tudo minha razão”. (DESCARTES, 1996, p. 25-26).

Obviamente que o positivismo jurídico teve sua parcela de importância no desenvolvimento do pensamento jurídico. O absolutismo estatal somente encontrou seus limites em razão do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. Afinal, a burguesia europeia queria uma fórmula segura de conter as ações estatais, não deixando margens para que o poder público pudesse abusar novamente de suas prerrogativas. Para isso, a prisão estatal às amarras textuais da norma legal era extremamente providencial.

De todo modo, o positivismo jurídico⁹, por colocar seu foco unicamente na formalização das normas legais, passa a relegar o critério material dessas leis. Em outras palavras, é como se afirmasse: “não importa o conteúdo das leis, apenas se estão escritas e se foram elaboradas observando os ritos pré-determinados”. Ou seja, a única busca por legitimidade das normas jurídicas era a verificação de sua elaboração. Caso fossem provenientes de um Poder Legislativo e obedecessem ao procedimento necessário, seu conteúdo seria indiferente para fins de validade.

Com isso, toda e qualquer controvérsia acerca do Direito residiria, unicamente, nas questões factuais, pois a norma dogmática (!) já estaria pronta e acabada, com interpretação única, tal qual perquirido pelo Círculo de Viena.

Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um juízo de fato (isto é, assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria nenhuma dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos do direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis. (BOBBIO, 1995, p. 67).

⁹ Aqui não se ignora o fato de que o positivismo jurídico pode abranger uma série de subcorrentes com especificidades próprias. Entretanto, como a brevidade deste trabalho exige que passemos pela evolução das teorias legitimadoras do Direito, aglutinaremos todas as possibilidades teóricas ligadas à positividade do Direito, inclusive o normativismo de Hans Kelsen, sob a única denominação “positivismo”.

Esses dados se intensificam ainda mais quando nos recordamos da pretensão do neopositivismo vienense que, voltado ao estudo da linguística, pretendia tornar matemática também a própria linguagem, deixando-a inequívoca (*vide* item 1 *supra*).

Primeiramente, cabe destacar, porém, que se mostra impossível engessar conteúdos jurídicos em normas textuais. Já dissemos, no início deste trabalho, que, com o giro linguístico, Wittgenstein nos demonstrou que não existem conteúdos permanentes e imutáveis às palavras, sendo certo que os significados destas devem-se ao próprio uso/práxis que os atores fazem dos próprios signos. Com isso, jogou-se por terra qualquer pretensão de engessamento interpretativo. Afinal, se o conteúdo das palavras vai se alterando pela *práxis* e se as normas são positivadas por palavras, também as normas sofrem alterações.¹⁰

Ademais, Gadamer nos leciona que todo e qualquer ato interpretativo é fruto de uma junção de pré-compreensões arraigadas no sujeito, com um horizonte conteudístico do próprio objeto interpretativo. Dessa feita, o resultado final – que é a interpretação propriamente dita – será uma fusão desses dois horizontes hermenêuticos. Ocorre que, se cada um de nós possui horizonte hermenêutico distinto – e ainda que tenhamos consciência desta condição humana e não nos deixemos colonizar por ela¹¹ –, é absolutamente impossível que o intérprete jurídico abstraia o mesmo conteúdo que seu colega ao lado, ou ainda, aquilo que o legislador imaginou quando da elaboração normativa.

Se assim ocorre, entendemos que eventuais prisões a textos positivados começam a perder legitimidade. Afinal, toda a segurança

¹⁰ Caso o leitor queira buscar uma explicação mais aprofundada e com exemplo, *vide* Oliveira (2010).

¹¹ Esta questão da colonização do intérprete pelas suas pré-compreensões foi objeto de interessante debate entre Gadamer e Habermas. Poucando o leitor de muitas linhas, adianta-se que, ao final, ambos concordaram, porém com palavras distintas, que o intérprete, para ser bem-sucedido, deve ter consciência de seu horizonte hermenêutico anterior e colocá-lo à prova, para que seu resultado interpretativo não reste condicionado pela sua experiência subjetiva, retornando, assim, aos riscos que o método cartesiano outrora padecia. Para maiores detalhes, *vide* Warnke (1987, p. 113 ss.).

jurídica cartesiana que nos foi prometida séculos atrás não logra êxito na textualização das normas legais. Nossa própria condição humana nos impede de fazer isso.

A par disso, a verificação de legitimidade na mera obediência formal de ritos de elaboração de leis formais, sem atentar para seus conteúdos, traz perigosa abertura ao arbítrio e ao descaso aos direitos fundamentais.

A experiência alemã nos dá um exemplo. À época da II Guerra, todos os arbítrios nazistas foram legitimados por normas escritas, cuja validade o Tribunal Alemão não conseguiu afastar sob o argumento de que se tratava de leis formalmente adequadas, independentemente de seus conteúdos. Foi o que ocorreu com as leis raciais de Nuremberg. Não se poderia questionar a legitimidade dessas normas. Afinal, elas estavam de acordo com o único requisito de aferição de validade: estavam positivadas!

Dessa feita, a aplicação das normas penais advindas do Poder Legislativo não pode se dar de forma cega e dogmática. Conforme já dissemos, os argumentos de autoridade tomista não mais encontram (ou pelo menos não deveriam encontrar) espeque em nossos dias. Não há que se falar em aplicação de todo e qualquer texto legal, somente porque proveniente do Parlamento, ou mesmo porque Tribunais Superiores determinaram que esta ou aquela é a única (!) interpretação adequada para todos os casos concretos.

Mesmo porque e em atenção aos pressupostos teóricos que já mencionamos acima, o conteúdo do Direito que será aplicado nos processos penais, ou de qualquer outra seara, será construído no próprio caso concreto – basta lembrar os giros linguístico e hermenêutico, que trazem para a dimensão concreta a formação de conteúdo.

Tentar antecipar resultados interpretativos ou de subsunção é querer retornar ao modelo cartesiano de pensamento. Por essa razão, falamos que trabalhar com presunções absolutas, que não permitem nenhuma prova em contrário, mesmo diante de um caso

particular com nuances e peculiaridades próprias, pode representar um retorno a um modelo hermenêutico anacrônico e falho.

Chegando à mesma conclusão, Günther, em obra relacionada com a elaboração e aplicação das normas, identifica um princípio de universalização (princípio “U”) que se adapta às pretensões de antevisão dos conteúdos normativos. Nesse esteio, a vertente “forte” do princípio “U” aludido consiste em:

Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as conseqüências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente. (GÜNTHER, 2004, p. 65)

Observem: caso uma norma seja considerada válida em toda e qualquer situação semelhante, é possível, sim, prever de forma precisa (e cartesiana) quais seus efeitos, qual será a materialidade jurídica decorrente de seus mandamentos.

Ocorre, porém, que o próprio Günther aponta uma série de problemas que não podem simplesmente ser ignorados e que mais à frente merecerão maior deslinde. Inicialmente, pressupor a capacidade de previsão de todas as situações a que uma norma é aplicável é, incontestavelmente, uma condição idealizadora no sentido mais platônico do termo, o que já coloca a pretensão previsora em um patamar metafísico.

Ademais, a aceitação de manutenção de conteúdos normativos para todas as hipóteses com similitudes com aquela pensada originalmente pelo intérprete – o que poderia ensejar uma antecipação dos conteúdos à aplicação jurisdicional – é encampada na necessidade de que tal intérprete se preserve enclausurado em um individualismo racionalista e solipsista tal qual imaginado por Kant. Afinal, todo caso concreto será marcado por variáveis que influenciarão o conteúdo do Direito aplicado. Assim, a perspectiva alheia, a contribuição de visões e interpretações dos demais envolvidos, é um dos elementos contributivos para a integração de

tais variáveis.¹² Daí se afirmar essa postura ser um retorno explícito à filosofia da consciência da modernidade!

Dessa feita, para que possamos lograr êxito na construção dos conteúdos jurídicos, deveremos sempre propiciar as mais largas garantias procedimentais para que os atores de um processo possam argumentar, de forma livre, suas razões e argumentações. Desse modo, os próprios discursos apresentados pelas partes no bojo de um processo – inclusive criminal – servirão de substrato para a construção do conteúdo que será aplicado àquele caso. Obviamente, toda essa dinâmica discursiva será depurada pela atuação do magistrado.

Por consequência, será sempre possível averiguar se as razões que justificam a própria existência da norma, os motivos que ensejam sua presença no ordenamento jurídico, estão presentes em determinada situação, permitindo assim, sua incidência naquele específico procedimento judicial. Esta é a legitimidade normativa que se busca perquirir diante do caso concreto. Somente assim, temos a construção efetivamente democrática do Direito.

Deve-se banir a estrutura puramente coercitiva e impositiva que Weber¹³ identificava no Direito, sem nenhuma preocupação com a legitimidade de conteúdo, em benefício de um sistema jurídico cuja base de validade está ligada à abertura a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos da pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos etc.) (HABERMAS, 2003, p. 23).

¹² Vide Günther (2004, p. 44 ss.).

¹³ “Segundo Weber, o Estado de Direito obtém sua legitimação, em última instância, não da forma democrática da formação política da vontade, mas somente de premissas do exercício da dominação política conforme ao direito – a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção ‘racional’ da administração”. (HABERMAS, 2003, p. 102).

Ainda que presente uma situação penalmente típica caso se constatarem inexistentes os motivos ensejadores da norma penal, essa se torna ilegítima ante o caso concreto, sem, contudo, influenciar sua validade no campo abstrato.

Estaríamos então a propor uma desvirtuação da norma legal validamente aprovada, sancionada e publicada? Estaríamos então subvertendo a própria tripartição dos Poderes, princípio basilar de quilate constitucional e limitador do arbítrio?

Em realidade não.

Com efeito, não nos descuramos da repartição de poderes. Não restam dúvidas de que as normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo devem ser obedecidas. Também acreditamos que há limitações à atividade interpretativa, barreiras intransponíveis ao operador do Direito.

Advogados, juízes, promotores e acadêmicos não são portadores da legitimidade democrática que parlamentares e chefes do Executivo detêm. Esses últimos são representantes da vontade popular, eleitos para serem as vozes da população na elaboração das normas legais. Por isso mesmo, sua manifestação normativa não pode ser desvirtuada pelos operadores do Direito.

Klaus Günther, em entendimento consonante de Jürgen Habermas, aborda a questão de forma clara.

Toda norma legal passa por momentos distintos, de fundamentação (elaboração) e aplicação.

As escolhas políticas presentes em uma legislação são decorrentes da manifestação de vontade da população, por intermédio de seus parlamentares democraticamente eleitos. Trata-se da vontade popular, a concretização de seus valores, escolhas, preferências, cultura, enfim, todo o amálgama subjetivo que compõe o complexo tecido social de uma comunidade.

Dessa feita, deve-se permitir ou não o aborto? Com quais valores ou bens jurídicos a comunidade mais se identifica ao ponto de proteger um em detrimento do outro? Nesse momento devem-se realizar maiores investimentos na área da educação ou da saúde? Essas são questões residentes em uma seara que não é afeita a interpretações pelos operadores do Direito. São escolhas políticas, realizadas, ainda que indiretamente, pelos próprios destinatários das normas, expressão maior da democracia e do autogoverno.

Esse é o “discurso de fundamentação”, de caráter axiológico, que não está dentro da esfera de questionamento interpretativo dos operadores do Direito. É o que Dworkin denomina de “questões de política”.

Noutra senda, uma vez realizadas as escolhas valorativas, as leis criadas pelo parlamento serão aplicadas e operacionalizadas pelos intérpretes. Este é o momento do “discurso de aplicação”.

Nesta etapa, as questões principiológicas da norma podem ser objeto de construção interpretativa, bem como a construção conteudística e a verificação de legitimidade que se realizarão em conjunto com as particularidades do caso concreto.

Obviamente, toda essa atividade deve ocorrer sem se descuidar das escolhas axiológicas realizadas no “discurso de fundamentação”. Em realidade, neste posterior momento dos “discursos de aplicação”, não se pode ter nenhum debate valorativo e axiológico, sob pena de incorrer em grave violação à tripartição de poderes.

Em discursos de aplicação não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação... Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente. Em todo caso, a jurisdição constitucional que parte do caso concreto está limitada à aplicação de normas (constitucionais) pressupostas como válidas; por isso a distinção entre discursos de aplicação de normas e discursos de

fundamentação de normas oferece, mesmo assim, um critério lógico argumentativo de delimitação de tarefas legitimadoras da justiça e da legislação. (HABERMAS, 2003 p. 270; 323-324).

No caso em exame, o “discurso de fundamentação” – político – volta-se justamente aos valores que a sociedade visa a resguardar por intermédio da norma penal incriminadora. Obviamente, a proteção da liberdade sexual é o elemento axiológico que embasa o tipo penal.

Entretanto, o art. 217-A tem uma nuance própria. A liberdade sexual ora em comento não é a coação moral ou física já previstas no delito tipificado no art. 213 do CPB. Ainda que ocorra consentimento, deve-se cuidar das situações em que a vontade expressada não emana de um agente capaz de se autodeterminar, de proferir seus desejos de forma consciente do que é melhor para si. *Mutadis mutandi*, é o que ocorre com os incapazes da seara cível. Ainda que manifestem suas vontades, o Direito pressupõe que o fazem de maneira defeituosa.

Desta forma, os valores axiológicos expressados no “discurso de fundamentação” e identificados logo acima estão intocados por parte dos operadores jurídicos. Não nos cabe controverter ou questionar as balizas valorativas escolhidas pelo Parlamento.

Apesar disso, ultrapassada esta fase, cabe-nos, no momento do “discurso de aplicação”, cuidar da argumentação discursiva que irá construir o conteúdo jurídico da norma penal, bem como depurar a legitimidade dos argumentos que a encampam. Devem ser sempre respeitados os bens jurídicos eleitos pelo Legislador.

Dessa feita, conforme visto acima, cabe às partes envolvidas no caso concreto buscar quais as razões justificativas da norma e verificar se estão presentes no caso concreto. Além disso, é imprescindível que se verifique se essas razões ainda são fortes o suficiente para manter o conteúdo jurídico antes escolhido e defender a axiologia eleita pelos Legisladores.

Conforme mencionado, temos enfrentado situações limítrofes que, em tese, caracterizariam o crime de estupro de vulnerável. Um caso específico vale menção.

Um pacato jovem de 19 anos estava praticando atos libidinosos com uma garota de 13 anos com quem ele tinha relacionamento há aproximadamente 3 ou 4 meses. A mãe da vítima, entrando em casa, surpreendeu-os e acionou a polícia para que fossem tomadas as providências cabíveis. Ouvida em juízo, a vítima de 13 anos afirmou que o rapaz era um mero “namorico”, que não havia sido forçada a fazer nada, e chegou a insinuar que ele era um “bobo” e que estava somente se divertindo com ele.

Sem desrespeitar os aspectos axiológicos elegidos pelo Poder Legislativo, podemos constatar que as razões argumentativas que levaram à existência da norma penal em comento é a proteção àquelas vítimas que, por estarem em uma situação de inocência, ou imaturidade sexual, foram ludibriadas, convencidas a realizar um ato satisfatório da lascívia de alguém que, ciente dessa condição “hipossuficiente” da vítima, tratou de aproveitar-se dela maliciosamente. Essa é a justificativa que denota consonância com os princípios constitucionais e que se mostra coerente com o paradigma em que nos encontramos. Assim, como essas razões justificantes persistem, a legitimidade da norma pode ser auferida.

Dessa forma, será que no caso concreto, com todas as suas nuances e particularidades, essas mesmas razões que justificam e legitimam o tipo penal se encontram presentes? Será que o aspecto valorativo eleito pelo Parlamento restará atingido, caso o Estado venha a exercer seu poder punitivo sobre este jovem de 19 anos?

Para nós, a conclusão, neste caso concreto, deve ser negativa!

Em nosso entendimento, há situações – tal qual a descrita – em que a mera existência de uma norma abstrata será insuficiente para ensejar a condenação criminal do agente. Para além de uma mera adequação de subsunção, presa à certeza matemática de segurança jurídica pela posituação, é sempre necessário que verifiquemos

se a construção do Direito, no caso concreto, permitirá constatar as *razões argumentativas* que sustentam a norma legal naquele específico processo. Caso essa verificação não se mostre positiva, torna-se ilegítima a aplicação da lei penal, bem como as sanções que dela emanam.

Cabe-nos sempre recordar que as lições hermenêuticas advindas do século XX nos informam que a mera formalização de uma norma legal não é suficiente para legitimar sua aplicação, independente do conteúdo ou das consequências advindas. Há muito se demonstrou que devemos nos despedir desse anseio por uma certeza de subsunção, fundamentando nossos entendimentos jurídicos em algo mais consistente do que a indicação de um texto legal sem nenhuma base discursiva argumentativa.

4. Referências bibliográficas

AUROUX, Sylvian. *A filosofia da linguagem*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DELACAMPAGNE, Christian. *História da filosofia no século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2009.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I.

OLIVEIRA, Felipe Faria. *Direito tributário e direitos fundamentais: uma revisão do princípio da tipicidade junto ao Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

WARNKE, Georgia. *Gadamer: hermeneutics, tradition and reason*. Stanford: Stanford University Press, 1987.

Artigo enviado em: 03/02/2011

Artigo aprovado em: 07/07/2011

DOI: 10.5935/1809-8487.20120006