



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

MARCELO VAZ MEIRA DA SILVA

**O CRIME DE ESTUPRO A PARTIR DA LEI Nº 12.015/2009:
A DESPROPORÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E AS PENAS**

Brasília

2015

MARCELO VAZ MEIRA DA SILVA

**O CRIME DE ESTUPRO A PARTIR DA LEI Nº 12.015/2009:
A DESPROPORÇÃO ENTRE AS CONDUITAS E AS PENAS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCeub) como
requisito para obtenção do grau de pós-
graduação.

Orientador: Prof. Marcelo Ferreira

Brasília

2015

MARCELO VAZ MEIRA DA SILVA

**O CRIME DE ESTUPRO A PARTIR DA LEI Nº 12.015/2009:
A DESPROPORÇÃO ENTRE AS CONDUTAS E AS PENAS**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCeub) como
requisito para obtenção do grau de pós-
graduação.

Orientador: Prof. Marcelo Ferreira

Brasília, 7 de dezembro de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Marcelo Ferreira

Prof. Valdinei Cordeiro Coimbra

Prof. Gilson Ciarallo

RESUMO

O presente trabalho orienta-se essencialmente na linha metodológica da nova lei dos crimes contra a liberdade sexual, buscando analisar de forma comparativa as mudanças ocasionadas no crime de estupro, após a redação dada pela Lei nº. 12.015 de 2009, trazendo as principais alterações que ocorreram nesse delito, bem como os aspectos negativos que esta lei trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, foi reconstituído o texto legal anterior, com o comparativo das mudanças operadas, além da análise do impacto na aplicação da lei, tanto em âmbito doutrinário quanto em âmbito jurisprudencial, através da evidência de insegurança jurídica ocorrida entre os aplicadores da lei, juízes, desembargadores e ministros, demonstrando-se a afronta ao princípio da proporcionalidade no que diz respeito às sanções cominadas às condutas presentes no tipo penal, na medida em que se opera uma verdadeira desproporção. Por fim, esta pesquisa fez uma análise mais aprofundada sobre o tema, que, por sua atualidade, tornou-se alvo de várias discussões, possibilitando, dessa forma, seu esclarecimento.

Palavras-Chave: Estupro. Lei nº. 12015/2009. Condutas. Penas. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This work is oriented mainly on the methodological approach of the new law on crimes against sexual freedom, trying to analyze comparatively the changes brought about in the crime of rape, after the wording given by Law no. 12 015 2009, bringing the main changes that occurred in this crime as well as the negative aspects that this law brought to the Brazilian legal system. Thus, it was reconstituted the previous legal text, with the comparison of the operated changes, and the impact assessment in law enforcement, both doctrinal framework as in the context of case-law through the evidence of legal uncertainty that occurred between law enforcers, judges , judges and ministers, demonstrating the affront to the principle of proportionality with regard to comminated sanctions to conduct present in the criminal type, in that it operates a real disproportion. Finally, this research did further analysis on the subject, which, in actuality, became the subject of several discussions, enabling thus your enlightenment.

Keywords: Rape. Law no. 12015/2009. Pipelines. Feathers. Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL	9
1.1 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	10
1.1.1 <i>Subsidiariedade</i>	13
1.1.2 <i>Fragmentariedade</i>	15
1.1.3 <i>Adequação Social</i>	16
1.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	17
1.3 ADEQUAÇÃO DOS PRINCÍPIOS AOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	20
2 A LEI 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009	24
2.1 CRIME DE ESTUPRO – ART. 213	24
2.1.1 <i>Texto anterior</i>	24
2.1.2 <i>Texto vigente</i>	27
2.1.3 <i>Alterações legais</i>	29
2.2 ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	33
2.2.1 <i>Discussão doutrinária</i>	33
2.2.2 <i>Discussão jurisprudencial</i>	39
3 DESPROPORCIONALIDADE DA PENA	48
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

As modificações introduzidas com a vigência da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que reformulou o capítulo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” do Código Penal, não só modificaram substancialmente o tratamento legal dos chamados crimes sexuais, na medida em que trouxeram inúmeras alterações, reformando pontos significantes da matéria, como obrigaram os estudiosos e operadores do Direito Penal a fazer uma revisão dos conceitos estudados, atualizando informações e propondo reflexões sobre o alcance e a extensão dos institutos modificados na “reforma” de 2009, o que inevitavelmente causou alvoroço e posições contrastantes entre os principais doutrinadores, afetando diretamente o entendimento do Poder Judiciário.

O foco do presente estudo foi especificamente a alteração legislativa operada no crime de estupro, que inseriu em um único dispositivo condutas anteriormente tidas como distintas e, portanto, com reprimendas diferentes, gerando uma enorme desproporção no ato de aplicação da mesma pena a condutas quase que diametralmente distantes, ocasionando, invariavelmente, entendimentos diversos em matéria comum e, conseqüentemente, um afastamento do senso comum de justiça.

Sob um prisma social, a temática é de fundamental importância, uma vez que lida diretamente com relações interpessoais de demonstração de intimidade que até pouco tempo representavam condutas não tão lesivas, ou até mesmo aceitas pela sociedade, e que hoje equivalem a ações criminosas das mais reprováveis. Desta forma, restará evidenciada, até mesmo no seio acadêmico, a profunda discussão acerca do entendimento que se pode dar ao texto legislativo aparentemente desproporcional, trazendo à tona a real e eficaz aplicação do Direito Penal em contextos fáticos que não guardam entre si a mínima similitude.

Com base nessa premissa, o objetivo é analisar o crime de estupro, antes e após o advento da inovação legislativa, apresentando as principais alterações que ocorreram nesse delito, bem como os aspectos positivos e negativos da nova lei para o ordenamento jurídico, evidenciando o alcance desproporcional do direito penal diante das condutas previstas no tipo, resultado da junção de dois dispositivos anteriores à Lei 12.015/2009, pela falta de técnica legislativa tanto no preceito primário quanto no conceito secundário do tipo.

Para tanto, a fim de se alcançar o objetivo maior, são realizadas, no presente estudo, pesquisas documentais, tais como consultas à doutrina, legislação, jurisprudência, revistas jurídicas, enfim, a todos os meios qualitativos necessários que possibilitem o acesso a um conteúdo detalhado, de forma a se propor uma análise minuciosa acerca do enfrentamento do tema no ordenamento jurídico brasileiro, buscando promover uma contextualização geral do Direito Penal, bem como das disposições constitucionais com as alterações propostas pela novel legislação tratada.

Assim, no primeiro capítulo, utilizando-se de uma análise principiológica, busca-se delimitar o limite da intervenção do direito penal na sociedade, analisando-o sob o prisma dos princípios da intervenção mínima, com seus desdobramentos, e da proporcionalidade, traçando-se um paralelo entre o alcance e os limites do direito penal com as inovações legislativas operadas, de maneira a adequá-los e, conseqüentemente, evidenciar a afronta realizada a eles.

Após, no capítulo seguinte, realiza-se uma análise comparativa entre a redação anterior à Lei nº 12.015/2009, dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, com a redação atual, demonstrando-se a amplitude introduzida no crime de estupro e a revogação do crime de atentado violento ao pudor, e a conseqüente influência da norma na discussão doutrinária e inquietação jurisprudencial, com a análise de casos concretos enfrentados pelos tribunais nos quais restam evidenciadas as posições conflitantes entre os julgadores.

Por fim, analisadas as alterações e seus respectivos impactos na doutrina e na jurisprudência, passa-se à uma análise do princípio da proporcionalidade da pena, com a explanação do objetivo da sanção, a justiça da reprimenda e a evidente desproporção entre as condutas que podem se enquadrar no dispositivo de estupro com a sanção a ele cominada, sobretudo quando comparada com outros tipos penais mais graves.

Portanto, através de um aprofundamento na matéria, tanto no aspecto doutrinário, analisando-se as manifestações dos principais autores do Direito Penal após a mudança legislativa, incluindo-se princípios e a adequação as alterações, quanto no comparativo relativo ao aspecto jurisprudencial, com a discussão evidente que vem sendo enfrentada pelos aplicadores da lei, busca-se evidenciar a desproporção das penas cominadas a uma gama de condutas tão diversa.

1 ALGUNS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

O Poder Legislativo, ao editar as normas que compõem o direito positivado, acaba por instituir, em algumas das vezes, trechos que se sobrepõem ao ordenamento, constituindo-se como verdadeiros parâmetros norteadores da legislação. Por vezes, esse fenômeno ocorre de forma expressa, inclusive no texto constitucional, e, quando não o faz expressamente, o legislador age de maneira a editá-los de maneira implícita.

Esses trechos legais que se destacam das normas são os considerados princípios, que possuem o condão de assegurar a coerência na aplicação de normas de diversas áreas do Direito, e assim manter o ordenamento jurídico como um sistema lógico e coordenado.¹

Dessa forma, os princípios são normas com elevado grau de generalidade, passíveis de solucionar diversas situações e/ou problemas não previstos, e, por assim serem, configuram-se também como normas limitadoras ao poder de legislar, uma vez que compreende-se ser inadmissível a produção legislativa contrária aos princípios constitucionais, em particular quando expressos, sobretudo na seara penal, na qual se lida, diretamente, com a liberdade individual e, indiretamente, com os demais direitos fundamentais.²

Nesse contexto, tendo como objetivo principal a análise proposta no presente estudo, acerca das possíveis inadequações legislativas operadas com a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, merece relevância, antes da análise dos dispositivos legais especificamente debatidos, uma explanação dos princípios que estão diretamente relacionados aos delitos em comento, conforme a seguir se opera.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 85.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

1.1 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.³

Guilherme de Souza Nucci, ao se referir ao princípio, que considera ser também sinônimo da subsidiariedade, aduz que ele “significa a exigência de constituir o direito penal a *ultima ratio*, vale dizer, a última opção legislativa para reger e compor conflitos, aplicando sanções”.⁴

Dessa forma, a utilização do direito penal, no modelo de Estado em vigor, só se faz possível diante de condutas que atentem contra a dignidade humana ou contra os bens e valores que permitam sua existência material, de forma que os comportamentos que não afetem esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema Democrático de Direito, não ofendem as expectativas de uma convivência plural e, portanto, não devem ser objeto de repressão penal.⁵

Ainda no contexto da intervenção mínima, Nucci observa a notória presença do princípio da ofensividade, valendo ressaltar que o direito penal não deve ser utilizado para resolver qualquer conflito, devendo-se voltar tão somente aos principais, que sejam realmente ofensivos à sociedade, capazes de gerar desagregação e resultados trágicos, em todos os níveis, se não forem satisfatoriamente contidos.⁶

De acordo com Rogério Greco, o Direito Penal deve, portanto, “interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância.”⁷

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal** – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 12.

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007, p. 174.

⁶ NUCCI, op. cit., p. 13.

⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 51.

Nesse sentido, Greco cita, em sua obra, Muñoz Conde, a respeito do princípio da intervenção mínima:

(...) significa que o direito penal não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade. Afinal, a lei penal não deve ser vista como primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.⁸

Assim, conclui Muñoz Conde que “nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele”.⁹

Nos dizeres de Rudolf von Ihering, citado por Nucci ao debater o tema:

(...) a aplicação de uma pena não poderia justificar-se enquanto o direito pode realizar-se por outros meios; a sociedade seria a primeira a sofrer com isso. (...) O direito criminal começa onde os interesses da sociedade reclamam o estabelecimento de uma pena; e esta torna-se indispensável quando a boa fé e a probidade nas transações já não podem ser salvaguardadas de outro modo.¹⁰

De acordo com Nucci:

(...) a harmonia do sistema normativo penal pressupõe correlação e equilíbrio entre o grau de ofensa ao bem jurídico, provocado pela prática do crime, e a medida da pena aplicável ao caso. O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois, na prática, o autor da infração penal termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal.¹¹

A partir daí, conclui Nucci que desrespeitar o sentido e a base de sustentação da intervenção mínima somente fomenta o descrédito no Direito Penal, na exata medida em que as autoridades e agentes estatais não aplicam, na prática, as medidas punitivas criminais contra lesões ínfimas, mesmo que previstas, em tese, no ordenamento, como infrações penais.¹²

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco apud GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 51.

¹⁰ JHERING, Rudolf Von apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 453.

¹² Ibid., p. 200.

E acrescenta corretamente *que* “a vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos”.¹³

Ao citar Anabela Miranda Rodrigues, Nucci assim finaliza:

Na verdade, na mais recente definição de bem jurídico, independentemente da diversidade de formulações, o ponto de partida é o de que o bem jurídico possui natureza social e o de que **o direito penal só deve intervir para prevenir danos sociais e não para salvaguardar concepções ideológicas ou morais ou realizar finalidades transcendentais.** (...) o hodierno Estado de Direito é informado pelo princípio do pluralismo e da tolerância, daqui se deduzindo, ainda mais uma vez, que **a pena estatal não pode ser legitimamente aplicada para impor o mero respeito por determinadas concepções morais.**¹⁴ (grifo nosso)

A parte em destaque está perfeitamente adequada ao contexto do estudo em tela, como adiante se demonstrará, na medida em que o legislador, diante do clamor quanto ao atendimento de concepções morais, valeu-se do Direito Penal como instrumento de salvaguarda de bens que poderiam ser facilmente amparados por outros ramos do direito.

Nesse sentido é que Fernando Capez considera que a seleção da norma tipificadora, a despeito de excepcional, “é feita sem nenhum método científico, atendendo apenas aos reclamos momentâneos da opinião pública, da mídia e das necessidades impostas pela classe dominante”.¹⁵

Ainda com o escopo de bem explicitar o princípio da intervenção mínima, tido como um dos mais violados pela legislação em comento, passa-se a análise de três de suas vertentes, que, apesar de não se constituírem unanimidade entre os doutrinadores, que por vezes os consideram sinônimos, são essenciais para a compreensão do tema.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

¹⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75

¹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120).** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 37.

1.1.1 Subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade configura-se corolário indistacável decorrente do princípio da intervenção mínima, sendo que muitos autores inclusive o consideram um único princípio, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci.

Fernando Capez, que o considera decorrente da intervenção mínima, porém fazendo a devida distinção, faz brilhante explanação a respeito, conforme a seguir se observa:

Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. **Sua intervenção só deve operar quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito.** Pressupõe, portanto, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a proteção do bem jurídico, cedendo a ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana a outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (*ultima ratio*).¹⁶(grifo nosso)

No mesmo sentido, assevera Nucci:

Por tal motivo, pode-se sustentar possuir o Direito Penal o caráter *subsidiário* em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico. Ocorrida a vulneração legal, busca-se o amparo do Direito Administrativo, impondo-se uma multa; quando não, socorre-se do Direito Civil, galgando-se o direito à reparação do dano; ainda, procura-se o Direito Trabalhista, corrigindo-se a falta. E assim sucessivamente. **Esgotadas as medidas punitivas extrapenais, permanecendo a reiteração do ato lesivo, capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social, lança-se mão do tipo penal incriminador, viabilizando-se a intervenção penal estatal.**¹⁷ (grifo nosso)

Acrescenta ainda o autor que “fosse o Direito Penal a primeira opção do legislador para a composição de conflitos e mediação de interesses contrapostos e estar-se-ia vulgarizando a força estatal, privilegiando o império da brutalidade, pois a todos os erros seriam impostas reprimendas máximas”.¹⁸

Assim, conclui que, em situações cotidianas, não se pode conceber o Direito Penal como mecanismo justo de quantificação da demanda punitiva em face de desvios de

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**: (arts. 1º ao 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 38-39.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

¹⁸ *Ibid.*, p. 199.

toda ordem. Logo, não se poderia acolher, especialmente no contexto penal, o abuso e o exagero para a imposição do respeito à lei.¹⁹

Dessa maneira, constitui-se o princípio da subsidiariedade, na mesma medida do princípio da intervenção mínima, vertente limitadora do poder punitivo do Estado, uma vez que o legislador, por meio de um critério político, que varia de acordo com o momento em que vive a sociedade, sempre e apenas quando entender que os outros ramos do direito se revelem incapazes de proteger devidamente aqueles bens mais importantes para a sociedade, seleciona, escolhe as condutas, positivas ou negativas, que deverão merecer a atenção do Direito Penal.²⁰

É por isso que Capez preleciona que, “ao operador do Direito recomenda-se não proceder ao enquadramento típico, quando notar que aquela pendência pode ser satisfatoriamente resolvida com a atuação de outros ramos menos agressivos do ordenamento jurídico”.²¹

Rogério Greco, tomando como base as lições de Cezar Roberto Bitencourt, também se posiciona quanto ao tema:

Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.²² (grifo nosso)

Em conclusão, percebe-se que, além da necessária análise minuciosa, por parte do legislador, quanto à conduta que merecerá a especial atenção do Direito Penal, deve-se, ainda no plano abstrato do momento da edição da norma, considerar a eficácia dos demais ramos do direito para tutelar os bens juridicamente considerados para que, apenas em caso negativo, lançar-se mão do tipo penal incriminador.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

²⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 51.

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral: (arts. 1º ao 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 38.

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal** – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 32.

1.1.2 Fragmentariedade

A fragmentariedade, assim como a subsidiariedade, configura-se como viés consequente da aplicação do princípio da intervenção mínima, que, no primeiro momento, como exposto, norteia o legislador no processo de criação das figuras típicas penais, de maneira que, após selecionadas as condutas que deverão sofrer reprimendas mais graves, com vistas a proteger os bens jurídicos considerados mais relevantes, passarão a fazer parte do Direito Penal.

De acordo com o Rogério Greco, acerca, do princípio:

(...) o caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária.²³

Muñoz Conde, citado por Greco em sua obra, considerando o princípio da fragmentariedade na seara penal, ensina:

(...) se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância”.²⁴

Portanto, por sua natureza fragmentária, nem tudo interessa ao Direito Penal, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.²⁵

Nucci, em relação ao tema, considera significar a fragmentariedade que nem todas as lesões a bens jurídicos protegidos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal que, por sua vez, constitui somente parcela do ordenamento jurídico. Para o autor:

(...) fragmento é apenas parte de um todo, razão pela qual o direito penal deve ser visto, no campo dos atos ilícitos, como fragmentário, ou seja, deve ocupar-se das

²³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 63.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco apud GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 63.

²⁵ GRECO, op. cit., p. 63.

condutas mais graves, verdadeiramente lesivas à vida em sociedade, passíveis de causar distúrbios de monta à segurança pública e à liberdade individual.²⁶

Por fim, vale transcrever trecho extraído da obra de Nucci especificamente relacionada ao tema, no qual, além de conceituar o princípio, considera a excepcionalidade do Direito Penal:

A paz social não se consegue simplesmente pelo direito da força (penal), mas pela força do conjunto das regras vigentes em sociedade (ordenamento jurídico). Por isso, paralelamente ao princípio da intervenção mínima, deve-se destacar o princípio da fragmentariedade, demonstrativo de ser o direito penal um dos fragmentos do ordenamento jurídico. Não deve ser considerado o mais importante deles, nem o mais utilizado. Afinal, caso se eleja o fragmento *direito penal* como o ramo principal para disciplinar as relações sociais, todos os conflitos naturalmente existentes em comunidade tornar-se-iam casos de polícia, valendo a utilização da violência estatal e dos instrumentos mais graves de sanção, como a prisão. Terminaria sucumbindo o princípio da fragmentariedade, com reflexos evidentes no perfil do Estado Democrático de Direito, visto estarem em jogo a liberdade individual, bem como a intimidade, a vida privada e tantos outros direitos individuais correlatos.²⁷

A brilhante lição evidencia ainda mais o excepcional caráter subsidiário do Direito Penal no enfrentamento dos conflitos sociais, sobretudo ao se considerar que grande parte dos bens penalmente tutelados poderiam ser protegidos por outros ramos, como melhor será demonstrado no fim deste capítulo.

1.1.3 Adequação Social

De acordo com o princípio da adequação social, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância em relação à sociedade. Desta feita, o tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais.²⁸

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 76.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 12.

²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 35.

Por conseguinte, conforme destaca Capez, “as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer esse tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer de vício de inconstitucionalidade”.²⁹

Rogério Greco concebe a adequação social sob três enfoques, sendo uma delas direcionada ao aplicador do direito e as demais ao legislador, a primeira no momento da edição da norma e a segunda na sua revisão, de acordo com o excerto abaixo:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas, já destacada acima, é a de se restringir o âmbito de abrangência do tipo penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais.³⁰

Assim, ainda que parte da doutrina seja remansosa quanto ao princípio da adequação, tendo como base a impossibilidade de a norma inadequada socialmente revogar um dispositivo legal, é forçoso reconhecer que, embora o conceito de adequação social não possa ser aceito com exclusividade, é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal.³¹

1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, analisado no âmbito penal, decorre e influencia diretamente vários outros princípios penais, posto que é responsável por tornar harmônico e equilibrado o ordenamento jurídico correlato.

Respeitando-se a legalidade, por exemplo, tem-se por correta determinada sanção previamente cominada em lei, desde que se afigure proporcional ao crime para o qual

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**: (arts. 1º ao 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 35.

³⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 60.

³¹ *Ibid.*, p. 36.

foi destinada. Em suma, desumana seria a sanção penal, quando aplicada em nítida desproporção entre o fato e o dano gerado.³²

Embora não seja expressamente previsto no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade se deduz de outros que passaram a integrar o texto da Constituição, a exemplo do princípio da individualização da pena. Com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo, mesmo que não seja um mecanismo de verificação tão simples.³³

Para Rogério Greco, o princípio da proporcionalidade é concebido sob duas vertentes distintas, quais sejam, a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente, conforme a seguir se explica.³⁴

Por meio do raciocínio da proibição do excesso, Greco entende que a legalidade deve ser dirigida tanto ao legislador quanto ao julgador, procurando-se proteger o direito de liberdade dos cidadãos, evitando a punição desnecessária de comportamentos que não possuem a relevância exigida pelo Direito Penal, ou mesmo comportamentos que são penalmente relevantes, mas que foram excessivamente valorados, fazendo com que o legislador cominasse, em abstrato, pena desproporcional à conduta praticada, lesiva a determinado bem jurídico.³⁵

Acrescenta, por outro lado, que o raciocínio também deve ser dirigido ao julgador, auxiliando na interpretação dos tipos penais, evitando-se a punição exagerada de fatos de pouca importância.³⁶

A outra vertente do princípio da proporcionalidade, segundo Greco, diz respeito à proibição de proteção deficiente. Quer isso dizer que, se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 250.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 80.

³⁴ *Ibid.*, p. 81.

³⁵ *Ibid.*, p. 81.

³⁶ *Ibid.*, p. 81.

ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente etc.³⁷

Transcrevendo Alberto Silva Franco em sua obra, Greco corrobora seu raciocínio da seguinte maneira:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).³⁸

Nesse sentido, Nucci confirma que o princípio da proporcionalidade “significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores”.³⁹

Para fundamentar a necessidade de aplicação do princípio, Fernando Capez expõe brilhantemente que toda vez que o legislador cria um novo delito, impõe um ônus à sociedade, decorrente da ameaça de punição que passa a pairar sobre todos os cidadãos. Por outro lado, esse ônus é compensado pela vantagem de proteção do interesse tutelado pelo tipo incriminador, uma vez que a sociedade, ao tempo em que vê limitados certos comportamentos, também desfruta de uma tutela a certos bens.

Assim, conclui que, “para o princípio da proporcionalidade, quando o custo for maior do que a vantagem, o tipo será inconstitucional, porque contrário ao Estado Democrático de Direito”.⁴⁰

Diante disto, e retomando o raciocínio de Nucci, aponta-se, paralelamente, que as penas devam ser individualizadas, ao mesmo tempo em que necessitam ser

³⁷ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 81.

³⁸ SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral: (arts. 1º ao 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 39.

proporcionalmente aplicadas, conforme a gravidade da infração penal cometida e, conforme o autor, por isso há uma meta revelada em direção a dois objetivos, quais sejam:

a) preservar a harmonia entre a cominação de penas e os modelos de condutas proibidas; b) fundamentar o equilíbrio entre a aplicação das penas e os concretos modos de realização do crime. O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador ou quando pretende alterar a espécie, forma ou quantidade de sanção penal. O segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal.⁴¹

Assim, utilizando-se dos dizeres de Rudolf Von Jhering, Nucci conclui que “a pena é tanto mais grave quanto mais precioso for o bem. A tabela das penalidades é a medida do valor dos bens sociais”.⁴²

Portanto, no entendimento de Nucci, penas abusivas, detectadas no caso concreto, devem ser consideradas inconstitucionais, por lesão ao princípio da proporcionalidade. Para ele, deve-se buscar, como solução ao impasse, as penas aplicáveis a crimes análogos, visto ser viável o emprego de analogia *in bonam partem*, como forma de sanar desvio legislativo, que atua em desfavor do réu.⁴³

É a partir daí, tendo como base e ponto de partida o desfecho a ser apresentado no próximo tópico, que se pretende discutir o mérito do debate proposto, considerando-se a manifesta desproporcionalidade operada entre as condutas e as sanções cominadas aos crimes alterados pela Lei nº 12.015/2009.

1.3 Adequação dos princípios aos crimes contra a dignidade sexual

A alteração legal, ora em análise, não deixa dúvidas acerca de sua necessidade, haja vista a efervescência de delitos da espécie que vêm ocorrendo na sociedade atual, demandando respostas efetivas do poder público, seja na edição de leis punitivas, seja na adoção de políticas públicas afirmativas, seja na prevenção e repressão ao crime contra a dignidade sexual.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 249.

⁴² JHERING, Rudolf Von apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

⁴³ NUCCI, op. cit., p. 454.

No entanto, não pode o legislador, ao alvedrio do clamor social, editar leis que se dissociem do espírito por elas mesmas buscado, sob pena de, conforme já colocado, padecerem de inconstitucionalidade e, ainda de forma mais trágica, ter efetividade praticamente nula.

É por esse motivo que, em obra produzida especificamente para a análise das alterações legais operadas, Nucci, em 2009, tece corretamente, a nosso ver, críticas em relação ao legislador, conforme transcrito a seguir:

Modernizou-se, de modo incontestado, o cenário dos delitos sexuais, mas não se sanaram todos os problemas ainda existentes. Em particular, não se consegue compreender a ferrenha oposição conservadora do Legislativo brasileiro em aplicar, com eficiência, o princípio da intervenção mínima, prestigiando o direito penal do Estado Democrático de Direito. Para tanto, aproveitando o ensejo da profunda reformulação dos crimes contra a dignidade sexual, deveria ter extirpado figuras vetustas, antiquadas e inoperantes da legislação penal. Não o fez e preferiu manter, nos tribunais, acesas as polêmicas e divergentes opiniões sobre vários temas.⁴⁴

Considerou ainda, nas suas colocações, que a disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época de edição do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988 e orientou que, exatamente por isso, o legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.⁴⁵

Tal colocação reforça sobremaneira o princípio da intervenção mínima, tal como colocado linhas atrás, e ressaltado pelo próprio autor com as palavras a seguir:

Doutrinariamente o princípio da intervenção mínima é incentivado e enaltecido, como elemento propulsor das reformas legislativas no campo criminal, porém ainda está distante de ser efetivamente acolhido pelo Poder Legislativo no Brasil. Alguns passos têm sido dados na direção correta. Outros ainda estão por vir. É preciso evoluir e abandonar o foco paternalista do Direito Penal, buscando tipificar toda e qualquer conduta lesiva a direito de outrem; não é meta da lei penal punir banalidades ou infrações menores, que outros ramos do direito podem cuidar e tutelar.⁴⁶

Uma das evidências maiores de que a legislação penal em análise confronta alguns dos princípios apontados, é a discussão doutrinária e jurisprudencial que se estabeleceu

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 8.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 11.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

acerca da caracterização do antigo delito de atentado violento ao pudor, atualmente componente do tipo do estupro.

Conforme será melhor demonstrado no decorrer do trabalho, mas levantando-se a questão, nesse ponto, a título de contextualização, há autores e tribunais que vêm considerando uma mesma conduta como caracterizadora de contravenção penal, e outros que a consideram estupro, com o evidente abismo punitivo entre as duas sanções.

Assim, o que se questiona é como uma conduta pode ser considerada ora crime, ora contravenção, em um momento no qual, pelo princípio da não intervenção, vários autores vêm sustentando a necessidade de banimento de todas as contravenções penais do ordenamento penal.

Esse, por exemplo, é o entendimento de Rogério Greco, como se evidencia:

Se levarmos em conta que, de acordo com a concepção dicotômica das infrações penais, ou seja, fazendo-se a divisão entre, de um lado, os crimes/delitos e, do outro, as contravenções penais, considerando-se que a estas últimas é destinada a proteção dos bens que não gozam da mesma importância do que aqueles protegidos pelos crimes/delitos. De acordo com o critério proposto pelo princípio da intervenção mínima, o Direito Penal deveria afastar as chamadas contravenções penais, permitindo que a proteção dos bens por elas realizada fosse destinada aos outros ramos do ordenamento jurídico.⁴⁷

Para confirmar seu raciocínio, citando Luigi Ferrajoli, Rogério Greco destaca que:

Um redimensionamento do direito penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão [...]; o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo à discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isso em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização⁴⁸

Nesse mesmo sentido, Capez formula seu raciocínio quanto aos dispositivos que descrevem os crimes, conforme a seguir:

Quando a comprovada demonstração empírica revelar que o tipo não precisava tutelar aquele interesse, dado que outros campos do direito ou mesmo de outras ciências têm plenas condições de fazê-lo com sucesso, ou ainda quando a descrição

⁴⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 52.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 53.

for inadequada, ou ainda quando o rigor for excessivo, sem trazer em contrapartida a eficácia pretendida, o dispositivo incriminador padecerá de insuperável vício de incompatibilidade vertical com os princípios constitucionais regentes do sistema penal.⁴⁹

Assim, utilizando-se do raciocínio de Luiz Flavio Gomes, considera que “a função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc.”⁵⁰

Portanto, diante de todo o raciocínio, considerando-se os princípios apresentados, a colocação de autores penalistas a respeito da matéria, desde a concepção da alteração legal, até a consideração de que determinadas condutas nela incriminadas mereceriam inclusive ser banidas do ordenamento jurídico, passa-se à análise específica das alterações trazidas, com a devida colocação doutrinária e jurisprudencial das controvérsias geradas.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**: (arts. 1º ao 120). 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 41.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 42.

2 A LEI 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009

Nessa parte do estudo, a proposta é fazer uma comparação entre os tipos legais do estupro antes e depois da Lei 12.015/2009, trazendo para a análise também o dispositivo do atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no artigo 214 do Código Penal, revogado pela legislação vigente. Após, será realizada uma análise doutrinária e jurisprudencial das consequências jurídicas decorrentes da alteração legal.

2.1 Crime de Estupro – Art. 213

2.1.1 Texto anterior

O delito de estupro, antes do advento da nova legislação, estava disposto pela redação original da Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro, inserido no Capítulo I – “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”, dentro do Título VI – “Dos Crimes contra os Costumes”, sendo assim definido:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena – reclusão de seis a dez anos. (redação dada pela lei 8.072 de 1990)

Como se nota pela simples leitura do dispositivo, o legislador, ao prever a figura típica do estupro na edição do Código Penal, buscou tutelar a liberdade sexual da mulher, ou seja, buscou unicamente proteger a faculdade da mulher de escolher livremente o seu parceiro sexual, resguardando assim, apenas a si mesma, o direito de dispor do seu próprio corpo, sem que fosse forçada de qualquer maneira a manter conjunção carnal com outrem sem o seu consentimento.

Assim, a liberdade sexual pode ser entendida como a capacidade do sujeito de dispor livremente de seu corpo na prática do ato sexual, ou seja, liberdade de se comportar no plano sexual de acordo com os seus preceitos, tanto no que se refere à relação em si,

quanto à escolha de seu parceiro e até mesmo no que diz respeito à capacidade de se negar a executar ou tolerar atos de natureza sexual.⁵¹

A ação nuclear do tipo penal consubstanciava-se no verbo “constranger” mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, ou seja, era necessário que a mulher fosse coagida, forçada, compelida a manter conjunção carnal com o agente pra configurar o crime de estupro.

De acordo com o texto anterior, a conjunção carnal era a penetração do pênis na vagina da mulher, e apenas essa conduta configurava o crime de estupro, uma vez que todas as demais ações atreladas à libido, ainda que praticadas com ameaça ou violência contra a pessoa, quando não houvesse cópula vaginal, eram tipificadas como atentado violento ao pudor.⁵²

Assim, inclusive o sexo oral e o sexo anal contra mulheres, além de quaisquer condutas dirigidas à vítimas do sexo masculino, ainda que popularmente consideradas estupro, eram regidas pelo art. 214 do Código Penal, que dispunha sobre o atentado violento ao pudor, *in verbis*:

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena – reclusão de dois a sete anos.

Neste sentido, asseverou Fernando Capez:

Conjunção carnal nos termos do artigo, é somente a cópula ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal da mulher. Não se compreendem nesse conceito outras formas de realização do ato sexual, considerados coitos anormais, por exemplo a cópula oral ou anal. Tais atos sexuais poderão constituir o crime de atentado violento ao pudor. Desse modo, aquele que constrange outrem, do mesmo sexo ou não, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal pratica o crime do artigo 214.⁵³

⁵¹ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago 2015.

⁵² OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁵³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, v..4 p. 226.

Nesse contexto, a doutrina pátria entendia que o sujeito ativo do crime somente poderia ser o homem, haja vista que apenas este poderia executar a ação típica, posto que o texto legal excluía a prática dos atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

Como exemplo, o professor Damásio de Jesus afirmava que “somente o homem pode ser sujeito ativo do crime de estupro, porque só ele pode manter com a mulher conjunção carnal que é coito normal.”⁵⁴

Assim, se uma mulher, mediante violência ou grave ameaça, obrigasse outra mulher a praticar com ela um ato sexual, o crime tipificado seria o de atentado violento ao pudor, pois neste caso, não teve a conjunção carnal, mas sim a prática de atos libidinosos, não estando presente uma característica essencial para a configuração desse delito.⁵⁵

Por outro lado, e conseqüentemente, o entendimento era de que somente a mulher poderia ser sujeito passivo do delito de estupro, pois apenas esta poderia ser obrigada a praticar a conjunção carnal, não importando, para tanto, a característica específica da vítima, mas tão somente que esta fosse do sexo feminino, de maneira que era irrelevante a virgindade da vítima, ou até mesmo se era casada, solteira, viúva ou prostituta, embasando tão somente na supressão do poder da mulher de se defender ou de se opor à prática do ato sexual.⁵⁶

Quanto à ameaça ou violência hábil a caracterizar o delito, destaque-se que era indispensável que também tivesse ocorrido o constrangimento ilegal da mulher, exigindo-se que houvesse oposição ao ato sexual, pois a ameaça ou violência aliada ao dissenso da vítima deveria ser demonstrada para que houvesse a tipificação do referido delito.

⁵⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Especial. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 130.

⁵⁵ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁵⁶ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

Colaborando com o entendimento, afirma Mirabete: “Deve-se configurar, portanto, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer, que a mulher seja obrigada, forçada, coagida, compelida à prática da conjunção carnal”.⁵⁷

Assim, não seria necessário que a força empregada fosse irresistível, bastando ser idônea para coagir a vítima à prática do ato sexual, permitindo que o sujeito ativo realize a sua vontade, enquanto que a ameaça empregada no tipo penal refere-se a receio de mal sério e grave, capaz de causar um grande temor à vítima, a ponto desta, temerosa de sofrer o mal prometido pelo autor, sujeitar-se à conjunção carnal.⁵⁸

Por fim, tinha-se que a consumação do crime de estupro se dava com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da vítima, sendo desnecessária a ejaculação ou o orgasmo, restando caracterizado o referido delito independentemente do rompimento da membrana himenal, sendo perfeitamente cabível a tentativa, nas hipóteses em que o agente, após ter iniciado a execução, é interrompido por circunstâncias alheias a sua vontade.⁵⁹

2.1.2 Texto vigente

Com a promulgação da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito de estupro, ainda disposto no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, porém modificado, passou a integrar o Capítulo I – “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”, dentro do Título VI – “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, passando a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.
Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

⁵⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. 26. ed, São Paulo: Atlas, 2009, v .2. p. 187.

⁵⁸ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁵⁹ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

O tipo penal, a partir da alteração legislativa, passou a tutelar a liberdade e a dignidade sexual da pessoa humana que sofreu o constrangimento, podendo esta ser homem ou mulher, haja vista que para a configuração do atual crime de estupro passou a não ser mais obrigatória a figura da mulher como sujeito passivo, diferentemente do que ocorria no delito anterior.

Desse modo, a liberdade sexual tutelada pelo direito penal, esta relacionada com a percepção do que representa a sexualidade na vida humana, preocupando-se em garantir que a atividade sexual das pessoas seja exercida em condições de plena liberdade, evitando-se humilhações decorrentes da prática de ato sexual contrário à vontade.⁶⁰

A ação nuclear do tipo penal consubstancia-se, com o novo delito, no verbo “constranger”, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou à prática (forma comissiva) de outro ato libidinoso (qualquer ato destinado ao prazer sexual), bem como permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (forma passiva).

Dessa forma, a expressão “conjunção carnal” mantém o mesmo significado, introdução do pênis na vagina. No entanto, o novo tipo penal, a par de especificá-la e diferenciá-la, a associa a prática de qualquer outro ato libidinoso. Nesse sentido, pode-se afirmar que o ato libidinoso é gênero, do qual envolve a conjunção carnal, devendo ser respeitada tal separação para a tipificação do referido delito.⁶¹

Diferentemente da antiga redação, tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo do crime são comuns, podendo ser qualquer pessoa, já que, atualmente, o crime de estupro pode ser cometido por agente homem contra vítima mulher, por agente homem contra vítima homem, por agente mulher contra vítima mulher, e por agente mulher contra vítima homem, o que, de certa forma, encerrou as discussões acerca da dúvida quanto aos sujeitos do delito.

Desse modo, pode-se afirmar que o homem poderá ser sujeito ativo do crime de estupro quando sua conduta estiver relacionada com o coito vaginal, já que o artigo

⁶⁰ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

213 da atual legislação refere-se ao verbo conjunção carnal, entendida como relação sexual normal, entre homem e mulher. No entanto, no que diz respeito à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo bem como sujeito passivo deste delito, pois, conforme dito, nesse caso trata-se de um crime comum.

O raciocínio acerca da consumação do delito também se difere do tipo anterior, uma vez que, agora, vai depender da conduta praticada pelo agente. Quando se tratar da conjunção carnal, a consumação ocorrerá com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina da vítima, como era antes. Porém, no caso em que ocorre o ato libidinoso diverso, previsto na segunda parte do art. 213 do Código Penal, a consumação é ampla, bastando um toque físico com o intuito de satisfazer a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima para que ocorra a consumação desse crime.⁶²

Colaborando com esse entendimento, Nucci afirma:

Quanto à consumação, depende da forma eleita pelo agente. Tratando-se de conjunção carnal, não se exige a completa introdução do pênis na vagina, nem é necessária a ejaculação. No tocante a *outro* ato libidinoso, a forma consumativa é mais ampla, pois as maneiras de cometimento do crime são diversificadas. Basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação.⁶³

Assim como na redação anterior, por continuar se tratando de crime plurissubsistente, a tentativa é plenamente possível, apesar de difícil comprovação, ocorrendo nos casos em que o agente iniciando a execução não consegue alcançar o resultado pretendido por circunstâncias alheias a sua vontade.

2.1.3 Alterações legais

Antes de se realizar uma análise do tipo penal em si, vale ressaltar, em uma primeira análise, que o nome do título “Dos Crimes contra os Costumes” foi alterado para “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

⁶³ *Ibid.*, p. 17.

A expressão anterior continha a ideia de bons costumes, tutelando a moral sob o ponto de vista sexual, sem interferir nas relações normais do indivíduo, reprimindo as condutas consideradas graves perante a moral média da sociedade, deixando muito a critério da vítima ou do meio social ao qual pertencia classificar o que seria contra os costumes.⁶⁴

A alteração, por sua vez, inseriu a noção de dignidade, demonstrando maior preocupação com a pessoa humana, pois o foco da proteção já não era a forma como a pessoa devia se comportar sexualmente perante a sociedade, mas sim a proteção de sua dignidade sexual, já que a expressão “crimes contra os costumes” já não conseguia mais contemplar a realidade dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal em comento com as mudanças operadas.⁶⁵

Essas colocações são importantes na medida em que o tipo penal não pode ser interpretado isoladamente, mas no contexto normativo no qual está inserido. Colaborando com esse entendimento, Rogério Greco traz:

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas.⁶⁶

Percebe-se, portanto, que as modificações advêm das novas preocupações originadas na sociedade, que, em vez de se atentar apenas à proteção da virgindade e/ou da dignidade sexual das mulheres, como acontecia no passado, passou a se ver diante de outros conflitos, o que contribuiu para a elaboração de uma nova lei com

⁶⁴ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁶⁵ OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁶⁶ GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em 15 ago. 2015.

a finalidade de proteção da liberdade sexual do indivíduo, de modo geral e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual.⁶⁷

Portanto, as principais alterações ocasionadas no crime de estupro, após a nova redação, é a substituição da palavra “mulher” pela expressão “alguém”, bem como a inclusão das elementares que eram previstas no crime de atentado violento ao pudor, já que este teve sua redação incorporada no art. 213 do Código Penal, revogando, em decorrência desta unificação, o art. 214 do referido diploma legal.

Assim, no que diz respeito ao escopo principal do trabalho, a nova redação dada pela Lei 12.015 de 2009 teve duas finalidades: fundir num mesmo dispositivo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor e admitir a violência sexual contra qualquer pessoa, mesmo que não seja do sexo feminino, sujeito passivo exclusivo do anterior crime de estupro.

A fusão dos tipos penais anteriormente previstos nos artigos 213 e 214, que se transformaram em uma única figura (art.213), o tornaram um tipo misto, haja vista que o referido delito, com a nova redação, comporta as condutas descritivas dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Portanto, se o agente do crime de estupro constranger a mesma vítima à prática da conjunção carnal e/ou outro ato libidinoso qualquer, comete um crime único.

A modificação trazida no tipo penal do estupro elimina a exigência do contato físico para a sua configuração. Afinal, menciona-se a conjunção carnal (esta, sim, física) ou *outro* ato libidinoso. Ora, ato de satisfação da libido ou desejo sexual pode ser variado. Exemplificando, se alguém, mediante ameaça com arma de fogo, obriga a vítima a se despir em sua frente, o que lhe confere prazer sexual, naturalmente está cometendo estupro consumado.⁶⁸

Essa modificação é a que mais dificulta a aplicação legal de maneira proporcional, exatamente porque, ao contrário do que antes dispunha a lei, a gama de atos libidinosos capazes de caracterizar o crime de estupro passou a ser vasta e sem guardar qualquer proporção entre as condutas, conforme se extrai da explicação didática a seguir:

⁶⁷ GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em 15 ago. 2015.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito *inter femora*; a masturbação, os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros.⁶⁹

Como se vê, o ato libidinoso descrito no artigo é aquele destinado ao prazer, conceito este muito abrangente, exigindo uma valoração por parte do magistrado, já que não há um conceito preciso, como ocorre no caso da conjunção carnal, o que gera uma série de discussões tanto na doutrina quanto na jurisprudência, conforme adiante se demonstrará.

Damásio de Jesus esclarece ainda mais essas dificuldades:

Há determinados atos que, inequivocamente, são libidinosos, como o coito anal, o coito *inter femora*, a *fellatio in ore*. Outros, porém, não se revestem dessa objetividade, e somente a análise das circunstâncias do fato é que nos poderá levar à conclusão de que se trata, ou não, de atos libidinosos. Tal dificuldade surge em razão de o conceito de ato libidinoso abranger não apenas o equivalente ou sucedâneo fisiopsicológico da conjunção carnal, mas também outras manifestações de libidinagem em que, embora não se realizem sobre ou com os órgãos sexuais nem levem à plena satisfação genésica, estejam presentes o impulso lascivo e a ofensa à moralidade média.⁷⁰

Continua Damásio, exemplificando a gravidade da alteração proposta, que até mesmo a visão, a depender da circunstância, pode caracterizar o crime de estupro, como se vê:

A visão lasciva também caracteriza a prática de ato libidinoso. Assim, o agente que surpreende uma mulher nua e a constringe a permanecer sem roupas, para que possa contemplá-la, comete o crime, pois, mediante violência ou grave ameaça, constringe a vítima a permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.⁷¹

Assim, diante das colocações, é forçoso concluir que o ato que configura à conjunção carnal não gera qualquer discussão, estando sedimentado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, desde a redação passada. No entanto, quanto à segunda parte do

⁶⁹ PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1028.

⁷⁰ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 129.

⁷¹ *Ibid.*, p. 129.

dispositivo, não há um conceito preciso de ato libidinoso, de sorte a abranger uma enormidade de atos, que gera uma inquietação jurídica, a ser analisada a seguir.

2.2 Alteração legislativa no ordenamento jurídico

As modificações introduzidas com a vigência da Lei 12.015/2009, que reformulou o capítulo “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual” do Código Penal, alteraram sobremaneira o ordenamento jurídico brasileiro, causando alvoroço e condições contrastantes entre os principais doutrinadores, e afetando diretamente o entendimento do Poder Judiciário, que passou a apresentar decisões conflitantes a partir de seu advento.

Desta forma, busca-se evidenciar, nos tópicos a seguir, a profunda discussão acerca do entendimento que se pode dar ao texto legislativo aparentemente desproporcional, trazendo à tona a real e eficaz aplicação do Direito Penal em contextos fáticos que não guardam entre si a mínima similitude, através da análise de doutrinas e da aplicação dela e da lei ao caso concreto.

2.2.1 Discussão doutrinária

Conforme dito, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou substancialmente alguns artigos do Código Penal Brasileiro, especificamente no capítulo daqueles que anteriormente eram os chamados “crimes contra os costumes”, destacando-se o crime de estupro, o qual teve uma alteração significativa no seu dispositivo, com o objetivo de tornar as sanções penais mais severas, punindo com um maior rigor os agentes de crimes sexuais, mostrando, dessa forma, a preocupação do legislador com as condutas que restringem a liberdade sexual do indivíduo.

Cabe observar, a respeito dessas alterações, que o artigo 213 do Código Penal, apesar de aparentemente ter acertado ao possibilitar que tanto o homem quanto a mulher sejam vítimas do delito (anteriormente, somente uma mulher poderia ser vítima de estupro), cometeu o exagero de considerar igualmente grave a prática de qualquer “outro ato libidinoso”.

Na visão de diversos autores, esse era exatamente o grande equívoco do revogado artigo 214 do Código Penal, que considerava atentado violento ao pudor, com pena mínima de seis anos, a prática de quaisquer atos libidinosos diversos da conjunção carnal (conjunção carnal é o ato sexual vaginal).

No entanto, a nova lei, no lugar de corrigir esse excesso de abrangência e separar as condutas, acabou repetindo a frase que abarca tudo, punindo com seis anos de reclusão, no mínimo, até as condutas mais brandas. Assim, revela-se que a intenção do legislador, de equiparar ao estupro a relação sexual oral e anal, da qual o homem também pode ser vítima, acabou surtindo efeitos que extrapolam o pretendido. Seria preferível individualizar as condutas no lugar de camuflá-las com uma linguagem imprecisa e demasiadamente abrangente, geradora de possíveis injustiças.

São várias as definições de ato libidinoso na doutrina brasileira, todas convergentes no sentido de demonstrar a acentuada abrangência da descrição típica. Quanto aos conceitos, remete-se ao tópico 2.1.3, no qual, por meio das citações de Luis Régis Prado e Damásio de Jesus, demonstra-se a grande quantidade de condutas que podem configurar o delito de estupro.

Sinteticamente, conjugando-se os conceitos, pode-se conceber o ato libidinoso como todo aquele destinado ao prazer sexual. A felação (sexo oral), coito anal, toques íntimos, são exemplos mais comuns de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Porém, há uma diversidade de atos que, a despeito de não se aproximarem da gravidade destes, também caracterizam o delito. Trata-se, portanto, de um conceito abrangente que exige uma valoração por parte do magistrado. Há precedente jurisprudencial, no sentido de que o beijo lascivo configura ato libidinoso.

Desse modo, afirma Luiza Nagib Eluf:

[A lei] tinha que ter detalhado melhor o que são esses atos libidinosos. Quando fala em outro ato libidinoso pode ser qualquer ato. O direito penal tem que ser muito preciso e claro. Relação oral ou anal forçada é sim comparável ao estupro, mas outros atos já não são.⁷²

⁷²ELUF. Luiza Nagib. **Lei de crimes sexuais fica no meio termo**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-13/lei-crimes-sexuais-cria-problemas-solucionaria#author>>. Acesso em 15 ago. 2015.

Guilherme de Souza Nucci confirma o entendimento:

A modificação trazida no tipo penal do estupro elimina a exigência do contato físico para a sua configuração. Afinal, menciona-se a conjunção carnal (esta, sim, física) ou *outro* ato libidinoso. Ora, ato de satisfação da libido ou desejo sexual pode ser variado. Exemplificando, se alguém, mediante ameaça com arma de fogo, obriga a vítima a se despir em sua frente, o que lhe confere prazer sexual, naturalmente está cometendo estupro consumado.⁷³

Com o fim de demonstrar a desproporção apresentada, toma-se como exemplo o beijo lascivo, que mais facilmente evidencia como uma conduta aparentemente desprovida de reprovação social, ou ao menos com a reprovabilidade acentuadamente distante da conjunção carnal forçada, é punida com a mesma reprimenda.

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, parte da doutrina vem se posicionando no sentido de entender que o beijo lascivo forçado, ou seja, praticado mediante violência ou grave ameaça, pode se configurar em um delito de estupro, fazendo com que esse raciocínio equivocado, *permissa vênia*, permita com que um comportamento que não possui a gravidade exigida pelo art. 213 do Código Penal seja exageradamente punido.⁷⁴

Antes da lei vigente, Damásio de Jesus já considerava existir diferenças entre as formas de beijo, não existindo uma afirmação única de que o beijo lascivo deveria se enquadrar em atentado violento ao pudor, contravenção penal ou até mesmo fato atípico, como se vê:

O beijo lascivo constitui atentado violento ao pudor, havendo, porém, uma distinção, devendo-se distinguir entre as várias formas de beijo, considerando que, evidentemente, não se pode considerar como ato libidinoso o beijo casto e respeitoso aplicado nas faces, ou mesmo o “beijo roubado”, furtiva e rapidamente dado na pessoa admirada ou desejada, mas que, porém, diferente é a questão quando se trata do beijo lascivo nos lábios, aplicado à força, que revela luxúria e desejo incontido, ou quando se trata do beijo aplicado nas partes pudendas.⁷⁵

Após as modificações operadas pela nova legislação sobre o tema, passou a assim considerar:

O beijo lascivo, por sua vez, constitui-se em estupro quando praticado mediante violência ou grave ameaça. Há que distinguir entre as várias formas de beijo.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

⁷⁴ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 81.

⁷⁵ JESUS, Damásio E. De. **Direito Penal: Parte especial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, p. 157.

Evidentemente, não se pode considerar como ato libidinoso o beijo casto e respeitoso aplicado nas faces, ou mesmo o “beijo roubado”, furtiva e rapidamente dado na pessoa admirada ou desejada. Diversa, porém, é a questão, quando se trata do beijo lascivo nos lábios, aplicado à força, que revela luxúria e desejo incontido, ou quando se trata do beijo aplicado nas partes pudendas.⁷⁶

Cezar Roberto Bitencourt, apesar de considerar que o beijo lascivo sempre fez parte da definição de ato libidinoso, reconheceu a desproporção operada com a nova lei:

O beijo lascivo, tradicionais amassos, toques nas regiões pudendas, “apalpadelas” sempre integraram os chamados atos libidinosos diversos da conjunção carnal. No entanto, compreende-se que, com a Lei dos Crimes Hediondos, com pena mínima de seis anos de reclusão, falta-lhe a danosidade proporcional, que até se pode encontrar no sexo anal ou oral violento.⁷⁷

Mirabete, sucintamente, considera que “é considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico.”⁷⁸

Por fim, segundo Rógerio Greco, atualmente, com a edição da Lei 12015/09, não pode ser considerado estupro o beijo dado mediante violência ou grave ameaça, pois por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma pena gravidade de que se pune um homicida.⁷⁹

E ainda descreve:

Imagine-se a situação de um agente ao entrar na carceragem em virtude de sua condenação pelo delito de estupro, por ter forçado alguém a um beijo lascivo, excessivamente prolongado. Quando for indagado pelos demais presos sobre sua infração penal e responder que está ali para cumprir uma pena de seis anos por ter forçado um beijo em alguém, certamente não faltará naquele local, quem queria beijá-lo todos os dias, mas o Direito Penal não poderá agir desse modo com um sujeito que praticou um comportamento que, a nosso ver, não tem a importância exigida pelo tipo penal do art. 213 do diploma repressivo.⁸⁰

O beijo lascivo, quando roubado, ou seja, quando expressa a manifestação de um sentimento, e não de um prazer sexual não pode vir a configurar um ato libidinoso.

⁷⁶ JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 130.

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal-Parte Especial**, 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2009, vol.4, p. 806.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. 26 ed, São Paulo: Atlas, 2009, v.2., p. 384)

⁷⁹ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Dantas. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 483-484.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 483-484.

Entretanto, é muito difícil saber qual o sentimento que levou o agente a dar na vítima um beijo lascivo.

Pela análise dos quatro doutrinadores supracitados, já se pode concluir que não há consenso na doutrina acerca do que de fato deveria ser considerado ato libidinoso apto a ensejar a configuração do delito de estupro, nem tampouco quanto à proporcionalidade da pena relativa à conduta.

Como se vê, muitos dos casos acabarão tendo que ser resolvidos pela análise do elemento subjetivo. O beijo, por exemplo, mesmo que contra a vontade da vítima, não constituirá, por si só, um ato libidinoso, se o intuito é a manifestação de um sentimento e não a satisfação de um prazer sexual. Contudo, sempre é difícil no caso concreto, só pela análise do ato em si, saber qual foi o intuito do agente. Exemplo eloquente dessa situação, bastante noticiado na imprensa brasileira, é o recente caso de um turista italiano que teria beijado na boca sua filha de oito anos numa praia em Fortaleza, causando a indignação de pessoas presentes.

É impossível se determinar, à primeira vista, se sua intenção foi erótica ou só foi uma demonstração mais efusiva de carinho. Apenas o efetivo contato com os elementos de prova permitirá emitir qualquer opinião, e, ainda assim, não se configurará tarefa fácil.

Evidenciando a desproporção, afirma Luiz Regis Prado com propriedade: "Assim, se é correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas."⁸¹

No mesmo sentido, afirma Luiza Nagib Eluf: "A lei é taxativa, mas a interpretação terá que se razoável, seguir o bom-senso na sua aplicação".⁸²

A unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção penal do art. 61 (importunação ofensiva ao pudor), que assim encontra-se redigido: "importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor", punível somente com multa, pois os atos de pouca

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 645.

⁸²ELUF. Luiza Nagib. **Lei de crimes sexuais fica no meio termo**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-13/lei-crimes-sexuais-cria-problemas-solucionar#author>>._Acesso em 15 ago. 2015.

importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), comportando tipificação no cenário da contravenção.⁸³

Assim, em relação ao beijo lascivo e outros atos libidinosos de menor gravidade, como apalpar as nádegas, etc, percebe-se que o legislador perdeu uma boa oportunidade de equacionar o problema, que poderia ocorrer com a criação de um tipo privilegiado, que se situaria num nível intermediário, entre a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da LCP) e o atentado ao pudor simples, atualmente caracterizador do estupro.

Por um lado, não aplicar punição à mencionada conduta é inadmissível, pois, ainda que menos ofensiva, a vítima sofreu um atentado à dignidade sexual e espera ver a Justiça reparar-lhe o mal. Da mesma forma, a sociedade merece se proteger desse tipo de agressor, que, em geral, é compulsivo e pratica delitos em série, podendo facilmente evoluir de atos libidinosos de menor gravidade para o estupro. Porém, por outro lado, aplicar seis anos de reclusão, em regime inicial fechado, para um sujeito que atacou uma mulher aos beijos e afagos apenas, não é tão reprovável quanto o ato de conjunção carnal.

Assim, diante do descompasso do legislador, caberia então ao julgador apreciar o caso concreto, com bastante cuidado para não condenar pessoas a penas desproporcionais à gravidade da conduta, erigindo a vertente da proibição de excesso e deixando de subsumir ao art. 213 do diploma repressivo a conduta daquele que leva a efeito o beijo lascivo forçado, amoldando-a a outro tipo penal, a exemplo daquele que prevê o constrangimento ilegal (art. 146 do CP), ou mesmo a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).⁸⁴

Porém, não é o que vem ocorrendo, como se demonstra no tópico seguinte.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

⁸⁴ GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1, p. 81.

2.2.2 Discussão jurisprudencial

No que diz respeito à jurisprudência acerca do tema, se evidencia ainda mais a insegurança jurídica instalada diante da manifesta desproporção legislativa, na qual, como se observará a seguir, um mesmo artigo de lei é interpretado, em um mesmo processo, de maneira quase que diametralmente oposta, num primeiro momento por um juiz singular e, posteriormente, por um colegiado.

A justiça do Estado de São Paulo analisou o caso em que um homem, no interior de um estabelecimento comercial, com a porta fechada, beijou e acariciou uma menina de 9 anos de idade, preocupando em dizer à ela para não contar aos outros sobre o beijo.

No caso, o irmão da vítima afirmou ter presenciado a cena do beijo, assim como o homem, em juízo, que confirmou o fato de ter beijado a vítima, dizendo que a beijou como beija uma filha. Quanto ao ato de passar a mão na vítima, não se precisou como e em que parte o réu teria passado suas mãos na vítima. A vítima relatou que o réu passou a mão em seu corpo, sendo no mesmo sentido o depoimento de seu irmão, sem terem indicado porém, nem um nem outro, o local do corpo tocado.

No primeiro grau, o autor foi denunciado como incurso nas penas do art. 214 c/c 224, "a"; 225, § 1º, I e § 2º, todos do Código Penal. O magistrado singular, contudo, desclassificou o crime imputado para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41, condenando o paciente à pena de 2 (dois) meses de prisão simples, no regime semi-aberto. A sentença restou fundamentada nos seguintes termos:

Deve o réu ser condenado pela contravenção de perturbação da tranqüilidade, tipificada no art. 65 da Lei 3.688/41. A condenação pela acusação de atentado violento ao pudor emergiria desproporcional e temerária. Julgasse um homem de 46 anos que nunca praticou um delito (fl. 42), pai de duas filhas menores. Mantém o réu o sustento de sua família na exploração de um bar-mercadinho. Não se trata, destarte, de um facínora ou malfeitor habitual. Deve-se julgar, sim, o ato tido como criminoso, não o homem. Não se pode ignorar, de outro lado, que a personalidade do homem julgado pode e deve ser considerada quando paire dúvidas sobre suas reais intenções em acusação de crime de natureza sexual. Pois bem. Admitiu o réu, na polícia, ter beijado a vítima, declarando não saber o porquê (fl. 7). Em juízo, procurou amenizar essa informação, dizendo que beijou a vítima como beija uma filha (fl. 35). Não é verdade. Certo é que o réu beijou a vítima, tendo ela confirmado esse fato (fl. 44). A cena do beijo fora presenciada pelo irmão da vítima, Moisés (fl. 45). Tem-se firmemente que o beijo foi lascivo e não um beijo carinhoso sem intenções libidinosas. O beijo, por si só, frente ao todo que envolve o julgamento, não autoriza a condenação do réu pela severa pena de crime de atentado

violento ao pudor. E a passada de mão, deve-se questionar? Nesse particular, não se revelou a contento como e em que parte o réu teria passado suas mãos na vítima. A vítima relata que o réu passou a mão em seu corpo, sendo no mesmo sentido o depoimento de seu irmão Moisés. Não indicam, nem um nem outro, o local do corpo tocado. No ato do beijo, as mãos podem deslizar em diversas partes do corpo, como nas costas. Não declarou a vítima, ou seu irmão que presenciou a cena, que o réu tivesse ou mantido ou direcionado suas mãos para as partes pudendas da vítima. **Contra o réu, sem abalo, o beijo, ato que, em tese, pode lhe impor uma pena, no mínimo, de sete anos e meio de reclusão em regime integralmente fechado. Não parece razoável.** De toda forma, molestou e perturbou o réu, por motivo reprovável, a vítima. **À falta de uma melhor tipificação para a conduta do réu, deve ele ser incurso nas penas do art. 65 da Lei das Contravenções Penais. A tipificação do beijo lascivo na contravenção hasteada não consiste em heresia jurídica, encontrando precedentes jurisprudenciais, malgrado minoritários.** (grifo nosso)⁸⁵

Como se vê, o magistrado, à luz da legislação anterior, reconheceu o fato praticado como ensejador do delito tipificado no antigo art. 214 do Código Penal, atentado violento ao pudor, que atualmente se enquadraria no delito de estupro, tal como descrito no art. 213.

Ao revés, ainda que considerando a conduta como ensejadora do tipo penal, achou por bem condenar o sujeito à pena da contravenção penal configurada no art. 65 da Lei de Contravenções Penais, sob a justificativa de que, apesar de ser uma conduta reprovável, faltaria uma melhor tipificação à conduta perpetrada pelo réu, não lhe parecendo razoável impor uma pena tão gravosa quanto a do atentado violento ao pudor.

Foi então que, irresignado com a decisão, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento para condenar o réu à pena de 6 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 214 c/c 224, "a", do Código Penal, com base na seguinte fundamentação:

Não há discussão em sede recursal sobre a materialidade e a autoria delitiva, **divergindo o Ministério Público e a defesa quanto à tipificação da conduta, se contravenção de perturbação da tranqüilidade ou atentado violento ao pudor.** E bem se compreende que assim o seja, porque a vítima, sempre que ouvida, revelou-se firme e segura no afirmar ter sido beijada e acariciada pelo acusado. Em casos como este, a credibilidade da palavra da vítima assume proporções intensas, conquanto existam razões pra questioná-la. Nessa linha, aliás, há precedentes jurisprudenciais... Na espécie, ademais, Moisés, irmão da ofendida, esclareceu ter presenciado o fato pelo buraco da fechadura (fl. 45). Não bastasse, o réu admitiu, em juízo, que beijou a vítima, apenas negando que se tratasse de beijo lascivo. Por sua vez, circunstâncias que envolveram o beijo de 14 de outubro de 2000 dão amparo à tese acusatória. A carícia deu-se no interior de estabelecimento comercial que tinha a

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 72.425 - SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 3 de abril de 2007, DJ 7 de maio de 2007.

porta fechada. Restou sem explicação o fechamento da porta, estando a criança em seu interior. Some-se o fato de o réu ter-se preocupado em dizer à menina nada contar aos outros do beijo. Se o ato não era reprovável, não haveria motivo para ocultá-lo. Tudo está a indicar não haver simples beijo de carinho paternal, que os mais velhos têm para com as crianças. Assim, deve-se prestigiar depoimento da testemunha Aylton, que noticiou ter o acusado lhe contado que beijou a menina e passou-lhe a mão de forma lasciva (fl. 48). **Assim, a prova produzida nos autos assegura a conduta lasciva do réu, que, somada ao fato de a vítima ser criança com nove anos de idade, hipótese em que a violência se presume, permite o enquadramento do fato ao crime de atentado violento ao pudor.** (grifo nosso)⁸⁶

Dessa forma, foi reformada a sentença monocrática, enquadrando-se o réu como incurso na pena referente ao delito de atentado violento ao pudor, ao considerar que sua conduta, de beijar a menina e acariciá-la, ainda que ausentes elementos que confirmassem esse segundo ato, ensejariam, por si só, a configuração do crime.

A defesa, por sua vez, impetrou *habeas corpus*, insurgindo-se contra o acórdão proferido pela 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público.

Na fundamentação do *writ*, apesar de reconhecerem ter o paciente beijado e acariciado as costas da vítima, tornando-se incontroversa a ocorrência do beijo lascivo, sustentaram os impetrantes, em síntese, que, ao condenar o paciente pela prática do delito de atentado violento ao pudor, o Tribunal de origem deixou de observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, postulando, assim, a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41.

Argumentaram, nesse sentido, que "é inconcebível a aplicação de uma pena de 6 anos pelo fato de ter dado o paciente um beijo e passadas de mão nas costas da vítima", e que "o paciente não pode sofrer um constrangimento de sua liberdade, por não haver na legislação brasileira tipificação para o ato que cometeu".

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, reconheceu que, diante da configuração dos elementos do tipo previsto no art. 214 c/c 224, "a", do CP, não há falar em desclassificação do delito ao argumento exclusivo de que a imposição da pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor viola, no caso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 72.425 - SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 3 de abril de 2007, DJ 7 de maio de 2007.

Diante do quadro, restou assim ementada a decisão em tela:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. BEIJO LASCIVO. FATO INCONTROVERSO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Sendo incontroversa a ocorrência de beijo lascivo, não há falar, diante da configuração dos elementos do tipo previsto no art. 214 c/c 224, "a", do CP, na desclassificação do delito ao argumento exclusivo de que a imposição da pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor viola, no caso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 23/2/2006 (HC 82.959/SP), ao declarar a inconstitucionalidade incidental do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos.

3. Na hipótese em exame, não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada pelo Tribunal *a quo* no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da condenação. (grifo nosso)⁸⁷

Para embasar a decisão, o STJ utilizou-se de precedentes da própria Corte,

tais como:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO.

I - Em nosso sistema, atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.

II - Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, não cabe a desclassificação fulcrada no princípio da razoabilidade.

III - A reavaliação da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial.

IV - Improriedade da aplicação do princípio da razoabilidade.

Recurso provido. (grifo nosso)⁸⁸

No mesmo sentido, também evidenciando o dissenso jurisprudencial nas instâncias inferiores, colaciona-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VALORAÇÃO DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 72.425 - SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 3 de abril de 2007, DJ 7 de maio de 2007, p. 247.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.127/SP, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 6 de dezembro de 2005, DJ 6 de março de 2006.

1. *"Referindo-se a lei a ato libidinoso diverso da conjunção carnal, inclui no tipo toda ação atentatória ao pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneos da conjunção carnal ou não. É considerado libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico."* (Júlio Fabbrini Mirabete, in Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, 1999, pág. 1.262).
2. **Daí por que mostra-se prematura a desclassificação operada, com a conseqüente remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, para instrução e julgamento de eventual contravenção penal.**
3. Recurso especial provido. (grifo nosso)⁸⁹

E ainda:

CRIMINAL. RESP. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS ELEMENTOS DO TIPO. RECURSO PROVIDO.

I. Hipótese em que o recorrido foi condenado pelo delito de atentado violento ao pudor, tendo sua conduta desclassificada em segundo grau, como medida de política criminal, diante da desproporcionalidade entre a conduta e o apenamento.

II. Diante da presença de todos os elementos do tipo penal, reconhecidos na própria sentença condenatória e não recusados pelo Tribunal de Justiça, incabível a hipótese de desclassificação da conduta, como ocorrido in casu.

III. Acórdão que deve ser cassado, para que outro seja proferido, com a análise das razões suscitadas em recurso de apelação.

IV. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (grifo nosso)

(REsp 711.017/RS, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13/6/05)

Em caso bastante parecido, a justiça do Estado do Rio Grande do Sul enfrentou o tema, divergindo-se do caso apresentado no Estado de São Paulo tão somente pelo fato de que, desta vez, tanto o juízo monocrático quanto o colegiado de segundo grau entenderam pela não configuração do delito de atentado violento ao pudor, mas pela configuração da contravenção penal, conforme explicitado a seguir.

O caso ocorrido no Sul foi assim delineado na exordial acusatória:

(...) No dia 21 de outubro de 1999, por volta das 14h, na Rua Leopoldo Wasun, 440, nesta cidade, o denunciado IVO ARNALDO LAZZARI constrangeu, mediante violência presumida pela idade da vítima, Samara Pereira da Luz, a permitir que com ela se praticasse atos libidinosos diversos da conjunção carnal, constrangendo a ofendida com apalpações.

O denunciado, por ocasião do fato, aproveitando-se do fato de que a vítima estava sozinha em sua residência, apalpou o órgão sexual e pernas da criança, também beijando-a na boca. A representante legal da ofendida ofereceu representação em 22-10-99 (fl. 04 do IP). **ASSIM AGINDO, o denunciado incorreu nas sanções do artigo 214, alínea 'a', ambos do Código Penal,** razão pela qual oferece o Ministério Público a presente denúncia, (...) (grifo nosso)⁹⁰

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

O julgador monocrático, ao receber a denúncia, entendeu não haver compatibilidade entre o fato e o crime hediondo, determinando fossem os autos remetidos ao Juizado Especial Criminal competente para o conhecimento e julgamento das contravenções, assim fundamentando sua decisão:

Data venia, segunda a doutrina e a jurisprudência, a conduta do denunciado embriagado, que 'passou a mão na vagina, por cima das calcinhas e alisou suas pernas, pediu um beijo e quando foi dar, Ivo virou o rosto rapidamente e deu beijo na boca desta, e retirou-se do local do fato', não se compatibiliza com o grave e hediondo crime consumado de atentado violento ao pudor, sujeitando-o a uma pena mínima idêntica ao sexo oral e/ou anal, razão pela qual merece a devida distinção justa, sob pena de perigosa generalização.⁹¹

O Tribunal de Justiça, analisando o recurso ministerial, manteve, pelos próprios fundamentos, a sentença atacada, ocasião na qual, inclusive, exaltou o magistrado singular, Dr. Maurício Alves Duarte, nos seguintes termos:

Vê-se, portanto, que Maurício, em moderna visão garantística desbanaliza o direito penal, dando-lhe racionalidade material, respeitosa vênia, abala a razão ter a possibilidade de condenar alguém, no mínimo a seis anos de prisão - pena igual a de homicídio -, pela prática de 'apalpar órgão sexual' e de um beijar na boca, descritos na inicial. Nega-se provimento ao recurso, pois.⁹²

Assim, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo *Parquet* estadual, mantendo a decisão do magistrado de primeiro grau no sentido de que a conduta do recorrido não configuraria atentado violento ao pudor, mas sim mera contravenção, remetendo os autos, por conseguinte, ao Juizado Especial Criminal competente.

O Ministério Público, inconformado, apresentou recurso especial em face do acórdão em questão, com a seguinte fundamentação:

(...)

Resta indubitado que o aresto ora combatido negou vigência ao art. 214 c/c o art. 224, 'a', do Código Penal, eis que o fato delituoso descrito na denúncia, abstratamente corresponde ao tipo do atentado violento ao pudor, na forma presumida, não podendo o julgador, nessa fase processual de recebimento da peça incoativa, desclassificar o delito para a contravenção da perturbação da tranqüilidade.

(...)

A tênue linha diferenciadora, que classifica a presente discussão como eminentemente de direito, recai na constatação de que o que se pretende neste

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

recurso especial, partindo-se, principalmente, do que descrito na denúncia ministerial e, subsidiariamente, do que firmado como inequívoco na decisão 'a quo' e no acórdão ora recorrido, é subsumir tal descrição no tipo do atentado violento ao pudor, na forma presumida, abstratamente considerado nessa fase processual de recebimento da peça incoativa.

(...)

Assim, fere de morte a iniciativa privativa do Ministério Público de intentar ação penal pública incondicionada, desclassificar a descrição típica do delito de atentado violento ao pudor, na forma presumida, firmada na denúncia, (...), a qual, nessa fase de recebimento, abstratamente está perfeita.

(...)

Não existem, ainda, elementos para a desclassificação, partindo-se do que descrito na denúncia ministerial, caracterizando-se mais uma razão para o enfoque de direito dado a este recurso especial. O que se percebe e se conclui, a contrário senso, com a decisão do julgador monocrático, com confirmação pelo Tribunal 'a quo', é que, sob o falso argumento do perigo da generalização, somente se enquadre o delito de atentado violento ao pudor quando presente o sexo oral e/ou anal, estes sim merecedores da pena mínima capitulada para este delito. O que, data vênia, não é afirmação jurídica, tanto mais nessa fase processual de recebimento da denúncia.

(...).⁹³

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao receber o caso para julgamento, tomou como base a colação, feita pelo relator, da fundamentação de caso análogo, relatado pelo Ministro Felix Fischer, *in verbis*:

Neste tipo de delito deverão ser redobradas as cautelas quando da análise da conduta do agente, cuja pena mínima prevista é elevada e idêntica à aplicada ao homicídio simples. Seu exame demanda grande cautela, devendo ser analisado o caso concretamente, com todas as implicações daí resultantes, não se podendo impor, pela prática de atos de concupiscência ou outras manifestações eróticas, diversas do ato libidinoso propriamente dito, pena maior do que a prevista para quem tira a vida de outra pessoa, desconsiderando-se o princípio da proporcionalidade penal. Portanto, mostra-se acertada a decisão que desclassificou a imputação do artigo 214, do Código Penal, para a infração de perturbação da tranqüilidade, prevista no artigo 65, do Decreto-lei n. 3.688/41. Neste sentido há vários julgados deste Tribunal, que se toma como exemplo as apelações-crime n° 699437786 e 699064515. Pelo exposto, conhece-se o recurso como apelação e nega-se provimento.

Conseqüentemente, ao final da instrução, a imputatio facti delineada na denúncia foi rejeitada, rejeição esta, confirmada em grau de apelação. Tudo isto, agora objeto de recurso especial em que a quaestio não é fática mas, isto sim, jurídica, de reavaliação da prova delineada (e não de reexame). **Vale dizer, o e. Tribunal local reconheceu que o ilícito atribuído está caracterizado mas preferiu a desclassificação com supedâneo no princípio da proporcionalidade penal. Em verdade, deixou de aplicar a lei em vigor (art. 214 do C.P.) para concluir, a meu ver, de lege ferenda (solução adequada, talvez, aos códigos penais de Portugal ou da Espanha que apresentam, na espécie, sistematização diversa).** E não é só! Ato libidinoso não é só o coito anal ou o sexo oral, como está dito no v. acórdão guerreado. Os toques, o beijo lascivo e os contatos voluptuosos também o são.

Portanto, a violação ao art. 214 do CP está configurada e o reclamo é procedente em parte, afastando-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, retornando os

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

autos ao e. Tribunal a quo para que estabeleça a pena pela prática do delito de atentado violento ao pudor. (grifo nosso)⁹⁴

Como se vê, em caso idêntico, no qual o magistrado singular e o Tribunal respectivo rechaçaram a aplicação do delito de atentado violento ao pudor, por considerar sua pena desproporcional à conduta, o STJ também afastou o princípio da proporcionalidade e reconheceu a afronta à lei federal consubstanciada no art. 214 do Código Penal.

Foi assim que, também no caso do Rio Grande do Sul, o STJ considerou prematura a desclassificação operada, que determinou a conseqüente remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal para instrução e julgamento de eventual contravenção penal, e deu provimento ao recurso para, recebendo a denúncia oferecida, determinar o prosseguimento da ação penal, conforme ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VALORAÇÃO DAPROVA. RECURSO PROVIDO. 1. "Referindo-se a lei a ato libidinoso diverso da conjunção carnal, inclui no tipo toda ação atentatória ao pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneos da conjunção carnal ou não. É considerado libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico." (Júlio Fabbrini Mirabete, in Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, 1999, pág. 1.262). 2. Daí por que mostra-se prematura a desclassificação operada, com a conseqüente remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, para instrução e julgamento de eventual contravenção penal. 3. Recurso especial provido.⁹⁵

O que pode se extrair da análise dos dois casos trazidos à baila é o dissídio manifesto na aplicação da lei penal pelos intérpretes. Demonstra-se que os juízes singulares por vezes tentam garantir o princípio da proporcionalidade na aplicação da pena ao caso concreto, fato que também se observa em alguns tribunais brasileiros, mas que ainda encontram barreiras quando levados à análise do Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que os princípios não podem ser capazes de subverter o texto legal.

O julgado a seguir colacionado, ocorrido após o advento da lei em apreço, deixa clara, por fim, a afirmação acima aduzida, quando o Tribunal do Rio Grande do Sul, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, desclassificou a conduta, agora tipificada no art. 213 do Código Penal, para a contravenção penal.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.

O STJ, seguindo sua linha, considerou inadmissível tal conclusão apenas pela utilização de critérios de equidade, justiça, e proporcionalidade, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS E PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ATO OBSCENO. IMPOSSIBILIDADE. REVALORAÇÃO DA PROVA. ATO LIBIDINOSO CONFIGURADO.

1. Da análise singela dos autos, sem que haja a necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, verifica-se que os fatos atribuídos ao recorrido caracterizam o crime de atentado violento ao pudor, atualmente incluído na redação do artigo 213 do Código Penal.

2. No caso, a denúncia aponta que o acusado teria constrangido a vítima – menor e portadora de deficiência mental –, mediante grave ameaça, a praticar consigo atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tendo o Juiz de primeiro grau julgado procedente a exordial acusatória.

3. Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou vigência ao art.214 do Código Penal (redação anterior à Lei nº 12.015/09), ao entender, com fundamento nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que a ação do recorrido "não alcançou estágio mais avançado que pudesse causar maior resposta ao padrão da culpabilidade", desclassificando a conduta para o art. 233 do mesmo diploma legal.

4. Ora, "não é admissível que o Julgador, de forma manifestamente contrária à lei e se utilizando de argumentos de equidade, tais como ser mais justo e proporcional ao caso concreto, em razão da alegada menor gravidade da conduta, desclassifique o delito de atentado violento ao pudor para contravenção penal" (REsp 1.105.360/SC, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 17/8/2009), ou qualquer outro delito menos grave.

5. Recurso especial a que se dá provimento para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória.⁹⁶

Assim, demonstrada a insegurança jurídica operada com a entrada em vigor da nova legislação nos tribunais brasileiros, trazendo para um tipo penal que, a despeito de conter a mesma pena mínima do dispositivo revogado, traz em si um papel estigmatizante assaz acentuado, passa-se à análise da desproporção na aplicação da pena.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1101758/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, 6ª Turma, DJ de 6 de dezembro de 2010.

3 DESPROPORCIONALIDADE DA PENA

A sociedade, em sua atual conjuntura, necessita do direito penal para o combate dos delitos, e as penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo, de maneira que, na ciência penal, a pena justifica-se por sua necessidade, pois sem ela não seria possível a convivência tal como ela é. Assim, a pena constitui um recurso elementar com que conta o Estado, e a quem este recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.

Todavia, há de se ter em mente o propósito maior da pena, que visa recuperar, reeducar e reintegrar o indivíduo à sociedade, não podendo, portanto, ser imposta pelo Estado de forma injusta ou desnecessária, gerando a crise dos sistemas carcerários e não alcançando sua finalidade precípua ressocializadora.

A liberdade é um direito inato ao ser humano. O homem nasceu para ser livre, sua liberdade é algo inerente à sua natureza. É um direito garantido a todo cidadão, independente de sua raça, cor, credo, sexo. A pena privativa de liberdade, em alguns casos, por questões de necessidade e por ausência de alternativas diversas, ganha legitimidade para limitar um direito fundamental do ser humano previsto constitucionalmente.

Nesse contexto, ressalta-se a consagração do princípio da liberdade, como uma manifestação inequívoca do princípio da proporcionalidade no âmbito do direito penal, considerado um valor supremo no ordenamento jurídico, onde o direito penal atua diretamente, pois cabe a ele proteger bens jurídicos à custa do sacrifício da liberdade das pessoas. Neste sentido, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma regra dirigida à maximização da liberdade.⁹⁷

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 preleciona que “a lei não deve estabelecer mais do que penas estritamente e evidentemente necessárias”.

Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas”, já se referia à limitação do poder punitivo do Estado e a necessidade de humanizar as reprimendas, sustentando a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas, de forma

⁹⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

que o castigo (pena) deveria sempre guardar uma proporcionalidade com o mal (dano) causado pelo delito.⁹⁸

O princípio da proporcionalidade, conforme colocado, amolda-se perfeitamente ao princípio da liberdade, podendo ser facilmente deduzido a partir da previsão de proteção de direitos fundamentais amparados pela Constituição de 1988, tais como a declaração da liberdade como um valor superior do ordenamento jurídico, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, a igualdade, que proíbe o legislador ordinário de discriminações arbitrárias, a proibição da aplicação de penas cruéis e desumanas, dentre outros.

Portanto, ele desempenha importante função dentro do sistema penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem dignidade penal, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas. Além disso, estabelece limites à atividade do legislador penal e, também, do intérprete, posto que identifica até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.⁹⁹

Cada restrição de uma liberdade garantida constitucionalmente por um direito fundamental deve ser adequada, necessária e proporcional à proteção de um bem jurídico que seja, pelo menos, de igual valor, vez que, partindo do pressuposto de que liberdade é a regra, sua restrição, portanto, deve constituir exceção. Tais regras implicam no equilíbrio entre valores e bens constitucionais. Havendo proporção, é possível equilibrar as exigências do indivíduo e da sociedade, estabelecendo um balanceamento entre os direitos fundamentais.

Alguns autores, dentre os quais Paulo Queiroz, referem-se ao princípio da proporcionalidade sobre três aspectos: 1º) proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º) proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização) e o 3º) proporcionalidade executória.

⁹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.50.

⁹⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

A proporcionalidade abstrata, de acordo com o citado autor, ocorre quando o legislador define as sanções (penas e medidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa) e quando estabelece a graduação (mínima e máxima) das penas cominadas aos crimes (seleção quantitativa). A proporcionalidade concreta (individualização judicial), como o nome já diz, é aquela feita pelo julgador no momento da aplicação da pena. Por fim, a proporcionalidade executória que ocorre durante o cumprimento da pena, na fase da execução penal. Assim, concluí o autor que o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador, o juiz e os responsáveis pela execução penal.¹⁰⁰

Na mesma linha, Alberto Silva Franco assim destaca:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um equilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).¹⁰¹

É nesse ponto em que reside a problemática enfrentada no presente estudo, em relação à proporcionalidade abstrata, conforme descrita acima, destacando-se que o legislador não está livre ou, melhor, desvinculado dos princípios limitadores do poder de punir, bem como dos princípios constitucionais e garantistas, para, ao seu livre arbítrio, estabelecer a pena que lhe convier. Quando da cominação da pena, o legislador deve verificar e ponderar a relação entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a pena que deverá ser imposta ao infrator.

Esse entendimento é corroborado pelas palavras de Humberto Ávila, para quem:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos

¹⁰⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.¹⁰²

Alberto Silva Franco assevera, assim, que “o legislador penal não pode determinar, de modo desproporcionado e desequilibrado, a medida da pena.”¹⁰³

Portanto, a exigência da proporcionalidade deve ser determinada mediante um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim perseguido pela cominação penal. É com base no princípio da proporcionalidade que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências que ele pode prevenir, for superior à das violências constituídas pelas penas que ele pode cominar.¹⁰⁴

Sendo assim, a pena deve ser necessária, adequada e proporcional ao mal praticado pelo transgressor e aos fins visados pelo direito penal, e não é isso que se pode observar com as alterações propostas pela legislação analisada.

A grande crítica que existia antes da reforma dos crimes contra a dignidade sexual era a amplitude do delito de atentado violento ao pudor, que podia ser considerado qualquer ato atrelado à libido. A nova lei, quando operou a fusão dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único delito, não corrigiu o equívoco. Ao revés, passou a abrigar em um mesmo dispositivo, ainda mais gravoso, ambos os crimes, causando uma verdadeira desproporção entre a conduta do agente e a sanção imposta, haja vista que o ato libidinoso não é tão grave ao ponto de aplicar a mesma pena imposta ao agente que praticou a conjunção carnal.

Essa amplitude de atos libidinosos, que podem ir desde um beijo lascivo até o coito anal, fatalmente levará a uma violação do princípio da proporcionalidade. Apesar da faculdade do juiz de poder dosar a pena entre o mínimo e o máximo, de seis a dez anos, na hipótese do *caput* do art. 213, é importante ressaltar que essa discricionariedade é vinculada aos parâmetros legais de aplicação da pena, que são insuficientes no caso do estupro, de atribuir uma pena justa e proporcional a atos que se situam em dois extremos, como o beijo lascivo e o coito anal.

¹⁰² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158.

¹⁰³ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

¹⁰⁴ HASSEMER apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27.

Ainda que aplicada a pena no mínimo legal, seis anos para um beijo lascivo é uma pena muito alta, pois equivaleria a mesma pena mínima do homicídio simples, porém, com uma gravidade maior na execução, por ser o estupro, mesmo na sua forma simples, crime hediondo.

Ao se atribuir a um título penal múltiplo com ações excessivamente variadas uma única faixa de pena, o legislador fez com que, diante de um dissenso manifesto, os aplicadores da lei passassem a “dizer o direito” de forma divergente, tanto no que diz respeito ao enquadramento da conduta ao tipo penal, chegando à enxergar um mesmo ato ora como crime, ora como contravenção penal, quanto na fixação da pena em patamar mínimo idêntico diante de condutas com evidentes distinções quanto ao grau de reprovabilidade.

Assim, ainda que o autor de um beijo lascivo, após condenado, obtenha sua pena no mínimo legal, responderá pelo mesmo tempo de prisão ao qual poderá ser condenado um autor de homicídio, sem que haja qualquer proporção entre as condutas de ambos.

O reflexo imediato é, portanto, conforme demonstrado no tópico da discussão jurisprudencial, a insegurança jurídica operada entre os aplicadores do direito, haja vista que, para tentar sanar o absurdo legislativo, buscam maneiras de aplicar a justiça e a proporcionalidade das penas.

Conforme exposto, percebe-se que o princípio da proporcionalidade, concebido como um limite à intervenção estatal na esfera da liberdade individual dos cidadãos, que deve sempre ser levado em consideração no estabelecimento do alcance da intervenção punitiva, não foi respeitado no presente caso.

Em conclusão, traz-se à baila o pensamento do grande jurista Luigi Ferrajoli, quando assevera que a justiça perfeita não se encontra neste mundo, mas a legitimidade que se almeja sim. A lei há de ser razoável, deve haver um mínimo de discernimento na sua elaboração, perfazendo-se necessário a utilização do princípio da proporcionalidade para que o legislador, ao cumprir seu papel constitucional, determine

abstratamente quais os bens e sob qual forma de agressão e medida devem ser tutelados pelo direito penal.¹⁰⁵

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 271.

CONCLUSÃO

O estudo apresentado, desde a análise dos princípios do Direito Penal relacionados à temática debatida, tal como proposto no primeiro capítulo, até a análise das alterações legais, incluindo, sobretudo, a discussão doutrinária e jurisprudencial apresentada no segundo capítulo, evidenciou que o legislador, no escopo de promover um aumento da segurança na sociedade, acabou impulsionando a insegurança jurídica e afrontando uma série de princípios. Restou claro que, a despeito do ideal do legislador, o preconizado na letra da lei não vem, nem mesmo de longe, alcançando os fins propostos.

A partir da constatação de que as alterações propostas pela Lei nº 12.015/2009, no que diz respeito ao crime de estupro, com a sua cominação legal relativa às condutas agora juntas em um só dispositivo, principalmente quanto ao critério de previsão e modelo de aplicação das penas, pretendeu-se apresentar argumentação suficiente para justificar a séria afronta aos princípios constitucionais penais e a evidente desproporção da pena.

Foi visto inicialmente que os princípios, sobretudo o da não intervenção e o da proporcionalidade das penas, foram estabelecidos para servirem como parâmetro não apenas na execução das leis, mas principalmente na elaboração delas. Assim, todas as normas do ordenamento jurídico deveriam se adequar aos princípios, sejam eles implícitos ou explícitos, servindo de defesa da população contra o arbítrio estatal, que não pode, para substituir seu dever de garantir a segurança da sociedade, sacrificar a dignidade humana.

O princípio da proporcionalidade, apesar de não ser expressamente previsto na Constituição Federal, decorre implicitamente das concepções de justiça, liberdade, dignidade da pessoa humana, individualização da pena, etc.

Nesse sentido, a lei penal, ao prever os bens jurídicos que devem ser tutelados com a proibição de determinadas condutas, deve buscar, acima de tudo, a máxima satisfação das necessidades humanas com o mínimo de sacrifício das liberdades individuais, nos moldes do que preconiza o direito penal mínimo. Ou seja, o direito penal deve intervir apenas e de forma excepcional quando for absolutamente necessário à manutenção do bem-estar da sociedade.

Porém, não é o que ocorre no dispositivo em apreço. O legislador, ao atribuir a um título penal múltiplo com ações excessivamente variadas uma única faixa de pena, fez com que houvesse uma pena excessivamente rigorosa a determinadas condutas que não guardam qualquer proporção com a reprimenda.

Assim, as alterações fizeram com que, diante de um dissenso manifesto, os aplicadores da lei passassem a “dizer o direito” de forma divergente, tanto no que diz respeito ao enquadramento da conduta ao tipo penal, chegando a enxergar um mesmo ato ora como crime, ora como contravenção penal, quanto na fixação da pena em patamar mínimo idêntico diante de condutas com evidentes distinções quanto ao grau de reprovabilidade.

A própria Constituição Federal só admite restrições a direitos individuais e, no caso, à pena, quando justificadas por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido. Portanto, a atividade do legislador no momento de elaboração da norma será a de tutelar, apenas e exclusivamente, os bens jurídicos mais importantes para a sociedade e estabelecer qual a pena que será a justa medida para a reprovação das condutas que afrontem esses bens jurídicos tutelados.

Porém, tais preceitos não foram observados no caso estudado, pois o que se observou foi que o crescimento da criminalidade relacionada aos crimes contra a dignidade sexual, aliado ao clamor público para a respectiva repressão, serviu como justificativa para o legislador expandir o preceito primário do tipo penal e intensificar sua sanção de maneira desmedida, representando o verdadeiro fracasso do Estado na contenção da violência através de outros meios.

É certo que o aumento da criminalidade enseja e requer do Estado uma resposta afirmativa com vistas à repressão, mas isso não pode ser feito ignorando-se os princípios aos quais se submetem todos os operadores do direito.

Se, por um lado, revelou-se necessária a elevação da reprimenda do delito de estupro, na concepção dada pela lei anterior, relacionada apenas à conjunção carnal, e, ainda, de outros delitos com grau de reprovabilidade proporcionais, o mesmo não se deu com relação aos “atos libidinosos diversos”, que, pela própria indefinição das condutas, não pode ensejar a mesma reprimenda daqueles com a reprovabilidade historicamente reprovada.

O ideal a ser realizado, conforme demonstra a presente pesquisa, é a criação de um tipo penal intermediário, ainda que com o mesmo *nomem juris*, porém relacionado à figura privilegiada do delito, com a sanção obviamente mais branda, àquelas condutas que não afetam tão gravemente os bens jurídicos essenciais e a moral média da sociedade. O que não se pode conceber é o enorme abismo existente entre o tipo de estupro e a contravenção penal com um leque de condutas tão diversificado que podem ensejar um ou outro.

Se assim não for, caberá ao juiz, no momento da aplicação da lei, tentar adequar o texto legal à realidade concreta, aplicando uma pena mais justa, adequada e proporcional, o que, conforme evidenciado, se traduz em um grande desafio, diante da distorção, ocasionando o embate jurídico cabalmente demonstrado nesse trabalho.

Diante do exposto, é de significativa urgência que se faça uma releitura da norma penal consubstanciada no atual artigo 213 do Código Penal, a partir de uma ótica constitucional principiológica que privilegie a dignidade da pessoa humana, sobretudo na sua vertente da proporcionalidade da pena, a fim de que se reflita, no caso, até que ponto se está protegendo, de fato, os interesses substanciais de um modelo de Estado que busca a humanização do direito.

Em conclusão, tem-se que o princípio da proporcionalidade, para ser efetivamente aplicado na legislação em comento, de forma plena, deverá ter como respaldo não apenas a consciência do magistrado que irá aplicá-la, mas também a vontade legislativa que o traga na sua essência, no momento da formação das leis.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Lições de direito penal** – parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**, 3. ed, São Paulo: Saraiva, 2009, vol.4.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 72.425 - SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, Brasília, DF, julgado em 3 de abril de 2007, DJ de 7 de maio de 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 578.169/RS, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ de 2 de agosto de 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.127/SP, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 6 de março de 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1101758/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, 6ª Turma, DJ de 6 de dezembro de 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.
- ELUF. Luiza Nagib. **Lei de crimes sexuais fica no meio termo**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-set-13/lei-crimes-sexuais-cria-problemas-solucionada#author>>. Acesso em ago. 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Dantas. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>>. Acesso em ago. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014, v. 1.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte especial**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Especial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**. 26 ed, São Paulo: Atlas, 2009, vol.2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral: Parte Especial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, mai. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em ago 2015.

PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.