

**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

GEÓRGIA KAROLLYNNI MAFRA ALEIXO

**OS TIPOS PENAIIS DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VUNERÁVEL
(ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL) E O PRÍNCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE DOS INJUSTOS PENAIIS COMO NOVA
PROBLEMÁTICA NOS TRIBUNAIIS.**

**NATAL - RN
2013**

GEÓRGIA KAROLLYNNI MAFRA ALEIXO

**OS TIPOS PENAIIS DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL
(ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL) E O PRÍNCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE DOS INJUSTOS PENAIIS COMO NOVA
PROBLEMÁTICA NOS TRIBUNAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte do Curso de Especialização (*Lato Sensu*) em Direito Penal e Processual Penal, como requisito final para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Profº. Dr. Luciano Nascimento Silva.

**NATAL - RN
2013**

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Aleixo, Geórgia Karollynni Mafra.

Os tipos penais de estupro e estupro de vulnerável (artigos 213 e 217-a do código penal) e o princípio da proporcionalidade: análise dos injustos penais como nova problemática nos tribunais. / Geórgia Karollynni Mafra Aleixo. – Natal, 2013.

45f.

Orientador: Profº. (Dr.) Luciano Nascimento Silva.

Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal) - Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direito Penal – Monografia. 2. Estupro – Monografia. 3. Princípio da Proporcionalidade – Monografia. 4. Desclassificação – Monografia. I. Silva, Luciano Nascimento. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 343.2

GEÓRGIA KAROLLYNNI MAFRA ALEIXO

**OS TIPOS PENAS DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL
(ARTIGOS 213 E 217-A DO CÓDIGO PENAL) E O PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE DOS INJUSTOS PENAS COMO NOVA
PROBLEMÁTICA NOS TRIBUNAIS.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte do Curso de Especialização (*Lato Sensu*) em Direito Penal e Processual Penal, como requisito final para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Orientador (UNI-RN)
Profº Doutor Luciano Nascimento Silva

Examinador

Examinador

Dedico esta monografia a minha família, pela fé e confiança demonstrada; ao meu esposo, pelo apoio incondicional; e aos professores, pelo simples fato de estarem dispostos a ensinar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela oportunidade de estar realizando este trabalho e as experiências vividas ao longo da vida acadêmica;

À minha mãe, guerreira da vida, pelo exemplo diário. Ao meu pai, o meu “muito obrigado”, pelas lições e por sempre me mostrar quem sou;

Ao meu amado marido, João Neto, pelo incentivo e colaboração, principalmente nos momentos de dificuldade, e por ter sempre apoiado meus projetos. Obrigada pela força;

Aos meus orientadores por estarem dispostos a ajudar sempre.

Agradeço aos meus amigos da Promotoria da Infância e Juventude de Natal/RN pelas palavras amigas nas horas difíceis, pelo auxílio nos trabalhos e dificuldades;

À Instituição UNI-RN por fornecer os meios necessários à minha formação acadêmica e profissional.

Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar o legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para proteção de bens jurídicos.

(Claus Roxin)

RESUMO

Analisa-se a aplicabilidade do Princípio da Proporcionalidade, com base na Constituição Federal, nos tipos descritos nos artigos 213 (estupro) e 217-A (estupro de vulnerável), ambos do Código Penal brasileiro, e a possibilidade de desclassificação de condutas descritas como estupro e estupro de vulnerável para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, previsto no art. 61 da Lei de Contravenções Penais. Tem-se como objetivo aclarar os fundamentos e aplicabilidade desses injustos penais de forma justa à conduta ilícita. Utilizando-se do método dialético, cuja proposta consiste em examinar as problemáticas existentes, na prática, na hora de proferir sentença, adotando como estratégia de pesquisa o material doutrinário e empírico. Conclui-se que há a necessidade de criação de um novo tipo que discipline as condutas que não estão abarcadas pelos dois tipos de estupros nem pela contravenção de importunação ofensiva ao pudor, a exemplo o novo anteprojeto do Código Penal Brasileiro, por ferir o Princípio da Proporcionalidade.

Palavras-chave: Estupro. Princípio da Proporcionalidade. Desclassificação.

ABSTRACT

We analyze the applicability of the principle of proportionality, based on the Federal Constitution, the types described in Articles 213 (rape) and 217 A (rape vulnerable), both the Brazilian Penal Code, and the possibility of downgrading of conduct described as rape and rape vulnerable to misdemeanor harassment offensive to decency, provided for in art. 61 of the Criminal Offences Act. Has aimed to clarify the rationale and applicability of these fairly unjust criminal conduct unlawful. Using the dialectical method, whose purpose is to examine the problems existing in practice at the time of sentencing, adopting a strategy of research material doctrinal and empirical. We conclude that there is a need to create a new type that governs the behaviors that are not encompassed by the two types of the rape or misdemeanor harassment offensive to modesty, like the new draft of the Brazilian Penal Code, for violating the principle of proportionality.

Key-words: Rape. Principle of Proportionality. Disqualification.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 CRIMES SEXUAIS.....	11
2.1 EVOLUÇÃO E ALTERAÇÕES DO OBJETO JURÍDICO TUTELADO AO LONGO DOS ANOS.....	11
2.1.1 Escola Clássica.....	13
2.1.2 Positivismo jurídico.....	13
2.1.3 Pensadores Neokantianos.....	14
2.1.4 Concepção Contemporânea de bem jurídico.....	15
2.1.5 Concepção de bem jurídico no sistema brasileiro.....	18
2.2 ARTIGO 213 DO CPB.....	20
2.3 ARTIGO 217-A.....	22
2.3.1 Conceito de vulnerável.....	24
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	26
3.1 CONCEITOS E FUNDAMENTOS.....	26
3.2 APLICABILIDADE.....	27
4 DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA.....	28
4.1 IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR.....	29
4.2 PROBLEMÁTICA NOS TRIBUNAIS.....	31
4.3 POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVO TIPO INCRIMINADOR INTERMEDIÁRIO.....	35
4.4 DO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL.....	36
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	44

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal Sexual sofreu grandes transformações ao longo dos anos, devido à alteração do bem jurídico tutelado pelo Estado, que saiu da esfera dos bons costumes para o interesse e liberdade individual.

No Brasil, com o advento da lei 12.015/09, o Código Penal brasileiro sofreu mudanças consideráveis no título referente à liberdade sexual, surgindo, assim, um novo tipo, o chamado Estupro de Vulnerável, bem como, a criação/alteração de um tipo com núcleo único para um tipo misto alternativo, ou seja, a unificação das condutas descritas como conjunção carnal e ato libidinoso. A nova legislação agravou ainda mais a pena imposta àqueles que tenham conjunção carnal ou pratiquem outro ato libidinoso com menores de 14 anos.

Apesar das inovações trazidas, ressaltando-se a suma importância destas, deixou o legislador a desejar em relação à adaptação desta lei ao ordenamento jurídico brasileiro, no que tange aos princípios constitucionais, ao próprio Código Penal e, até mesmo, às leis extravagantes – em particular, a Lei de Contravenções Penais.

A Constituição Federal, nos termos do moderno constitucionalismo, está voltada à concretização dos direitos inerentes ao homem, distanciando-se de concepções meramente formalistas e enfatizando o materialismo, tanto implícito como explícito. Desse modo, os princípios fundamentais precisam ser reconsiderados com vistas na garantia da máxima efetividade dos direitos.

Atualmente, o centro da ordem jurídica está nos princípios fundamentais existentes na Constituição Federal de forma explícita e implícita, dos quais para este trabalho tem maior relevância o Princípio da Proporcionalidade implicitamente salvaguardado pela Carta Magna.

Na medida em que, ao instituir o crime de estupro de vulnerável, o legislador olvidou em aplicá-lo pena base correspondente a 08 (oito) anos de reclusão, pena esta superior ao crime de homicídio simples. Lembrando que, a ação do agente tanto pode ser de manter conjunção carnal (penetração vaginal) quanto outro ato libidinoso (que poderá estar configurado em um coito anal ou “passar” a mão em seios e pernas).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Goiás já se pronunciou enfatizando que “estabelecer contatos físicos breves e isolados, como abraços, apalpações, beijos e a pura

contemplanção lasciva, não é crime, e sim contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor”.

Este questionamento traz à baila novas problemáticas aos tribunais, pois não existe no ordenamento jurídico vigente qualquer ilícito – crime ou contravenção – capaz de suprir e combater as condutas intermediárias entre crime tipificado no art.213 e art. 217-A, do Código Penal brasileiro e no art. 61, da Lei de Contravenções Penais.

Apesar dessa problemática transitar nos corredores do Poder Judiciário, apenas alguns tribunais vêm decidindo pela desclassificação do crime de estupro de vulnerável pelo de importunação ofensiva ao pudor, por entender ser a pena disciplinada naquele tipo bastante severa para casos de baixa complexidade. *Data Venia*, não estar-se-ia diante da melhor forma de resolver o impasse, pois, muitas vezes, a contravenção resta, de sobremaneira, branda.

Desta forma, questiona-se se o tipo estupro, ou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, seria capaz de fazer justiça, com base no Princípio da Proporcionalidade, ou, há de fato a necessidade de criação de um novo tipo penal incriminador.

2 CRIMES SEXUAIS

O direito penal, como um todo, sempre esteve ligado diretamente à moral e aos bons costumes, com base no período e preconceitos da sociedade da época, perpassando pelos anseios religiosos e culturais. Fato este que, inegavelmente, não poderia ser diferente no direito brasileiro, em especial no campo da sexualidade.

2.1 EVOLUÇÃO E ALTERAÇÕES DO OBJETO JURÍDICO TUTELADO AO LONGO DOS ANOS

Inicialmente, a sexualidade humana deixa de ser um fenômeno biológico ou natural para desaguar no universo da sociedade, da cultura, da história e, principalmente, da moral, na medida em que cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença/ medida entre o tido como “certo” ou “errado” no comportamento sexual, modificado ou condicionado a uma determinada época.

O estudo do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio passou e passa por modificações voltadas às políticas criminais, ditadas pelo anseio social, sendo sempre a sexualidade o objeto jurídico geral a ser analisado. Posto que, a sexualidade é um comportamento humano e precisa de controle social para não extrapolar os interesses individuais frente ao interesses da vida em sociedade.

Desta feita, apesar do Direito Penal ser eminentemente exceção na sua aplicação ao direito violado, emana como um dos controles sociais mais buscado pela sociedade moderna, do qual se extrai quais práticas sexuais expressam ilicitude e culpabilidade.

O seu tratamento jurídico-penal como algo virtuoso ou vil, a sexualidade da mulher, do menor, a procriação, a monogamia, a união entre duas pessoas, enfim, todos os elementos ligados à prática sexual humana – tida essa como valor essencial ao longo dos tempos – é revelador sobre a influência exercida pela moral sexual sobre o Direito Penal (GRECO, 2010, p.24).

Surge, assim, teorias capazes de atestar o Direito como um sistema aberto, mutável e permeável aos anseios sociais de forma mais direta e imediata. É o caso da Teoria dos

Sistemas, criada por Niklas Luhman, e da sociedade de risco, com seu principal pensador Ulrich Beck.

Luhman entende que as influências externas - tais como: a economia, política e demandas sociais por direitos - influenciam o direito tornando-o mutável. Na medida em que são essas influências que ditam os anseios da sociedade.

Já a teoria da sociedade de risco, influencia o Direito Penal quanto ao aumento do número de leis penais, elevação das penas já existentes no ordenamento jurídico, criação de novas figuras delitivas e aumento no aparato da segurança pública.

Por fim, o Funcionalismo, inaugurado por Claus Roxin, é a união dessas duas teorias suso aludidas, com seus pontos positivos e negativos, que deverão ser flexibilizados, estudados e desenvolvidos pelos atores responsáveis pela criação e aplicação da norma.

As criações de tantas teorias e as polêmicas do mundo moderno reagem ao fato da moral e do direito sempre estarem se esbarrando. Na realidade, o que se via era a proteção distorcida da moral e dos bons costumes, desaguando na acentuada invasão da liberdade sexual do indivíduo. Todavia, com o passar dos anos, o cenário jurídico sofreu inúmeras alterações do bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento vigente, que devem ser aqui explanadas para que se possa entender o atual panorama nacional e as perspectivas do ordenamento jurídico quanto ao direito penal sexual.

Como parâmetro das alterações, com fito de melhor delinear as doutrinas e conceitos que são tratados neste trabalho, traz-se à baila o que nos ensina Francisco de Assis Toledo (2008, p. 16), ao tratar das modificações ao longo dos tempos do Direito Penal, como um todo. Veja-se:

O conceito de bem jurídico, assim sintetizado, resultou de lenta elaboração doutrinária, empenhada na busca de um conteúdo material para o injusto típico, do qual se pudesse deduzir orientação segura para aplicação da lei penal. Primeiramente, procurou-se esse conteúdo material na lesão ou exposição a perigo de *direitos subjetivos* (época das luzes, especialmente Feuerbach); depois, na lesão ou exposição a perigo de *interesses vitais* (fins do século XIX); por fim, chegou-se à conclusão de que o conteúdo material do injusto só poderia ser a lesão ou exposição a perigo de um *bem jurídico*.

O conceito de bem jurídico é estudado quando da adequação dos tipos penais, nos debates sobre a criminalização, descriminalização das condutas humanas e das nuances da política criminal adotada pelo Governo. No entanto, é o Direito Penal, em particular, o sexual,

que as polêmicas sobre qual bem jurídico está sendo tutelado pelo Estado e se esta conduta rechaçada oferece dano ou perigo concreto ao indivíduo, que ganha mais força e divergência em seus fundamentos e conceitos.

2.1.1 Escola Clássica

É com a Escola Clássica, partindo do subjetivismo humano de Feuerbach, que Direito Penal emerge com a função de proteger o bem jurídico, pautando-se este bem sobre o âmbito da ordem e da segurança social. Resta, assim, evidenciado que a moral social era o direito a ser protegido em detrimento dos interesses individuais.

O conceito e a nova visão do direito penal passa por mais uma alteração, essa agora publicada na Alemanha, em estudo sobre “A Tutela da Honra” de Birnbaum, o qual revolucionou o universo jurídico com a concretização do conceito de bem jurídico, saindo da esfera da subjetividade defendida por Feuerbach, na medida em que, passou-se a valorar o bem pertencente ao homem, e não o subjetivismo do homem na esfera do espírito.

2.1.2 Positivismo jurídico

Após as várias revoluções políticas e sociais, além da influência do positivismo e do naturalismo, o conceito de bem jurídico passou por novas alterações, fazendo-se necessário delinear, de forma sintética, sobre o Positivismo, partindo dos métodos defendidos por Binding e Von Liszt.

Partindo-se da análise dos ensinamentos defendidos por Binding, defensor do positivismo normativista, não há espaço para interpretação na norma, deve-se entendê-la como algo absoluto e harmônico ao desejo do legislador. Rompendo com os conceitos do iluminismo, haja vista o afastamento do direito subjetivo inato ao indivíduo. Assim, infere-se que para o positivista, é o legislador que entende qual bem jurídico deverá ser protegido no ordenamento jurídico.

Portanto, “tudo que, aos olhos do legislador, tem valor como condição para uma vida saudável dos cidadãos” (CUNHA, 1995, p. 50) deverá ser normatizado, protegido, tanto para normas imperativas quanto repressivas.

Desta feita, segundo a concepção de Binding, nos informa SILVEIRA (2008, p. 156) que, no âmbito do Direito Penal Sexual:

O bem jurídico a ser tutelado pelo direito era a honra sexual, composta pela normatização do comportamento sexual dentro dos limites do costume de uma certa sociedade, com o intuito de limitar as manifestações da sexualidade que pudessem atingir a honra sexual de terceiros.

O normativismo exacerbado de Binding, após a crise do Estado liberal clássico e o apogeu das ciências da natureza, dar lugar ao positivismo naturalístico, baseado em um Estado social intervencionista, garantidor dos direitos sociais em detrimento à “arbitrariedade social”. É nesta época que a Ciência da natureza ganha vários adeptos, que influenciaram no Direito Penal, como: Lombroso, Ferri e Von Liszt (doutrinador sobre qual se passará a tecer alguns comentários, haja vista sua importância para o novo conceito de bem jurídico).

Em com Von Liszt que o conceito de bem jurídico, como se conhece e é aceito pela doutrina tradicional, passa a ser observado como: “interesse juridicamente protegido”. Para esse doutrinador, o bem jurídico, sob o ponto de vista do legislador, abarcará tudo que possa garantir uma vida sadia em comunidade e viabilizar a construção dos direitos do homem.

Na esfera da tutela da liberdade sexual, Von Liszt, conforme informa SILVEIRA (2008, p. 157), “critica a incorporação da moral sexual como âmbito de proteção visado pela pena”. Para o autor, o bem jurídico digno de tutela seria a liberdade sexual, e não o sentimento moral pertencente à sociedade como um todo.

Assim, fechando o ciclo do Positivismo, tem-se que o bem e o interesse jurídico fazem parte de ideias fundamentais, que serviram para fazer os estudiosos se indagarem sobre os conceitos e fundamentos permeadores do Direito Penal sexual e o conceito de bem jurídico, cujo desaguaram na pluralidade de escolas.

2.1.3 Pensadores Neokantianos

É com o Neokantianismo que surge a distinção entre o objeto da tutela e o objeto da ação. Distinção essa que não teria sido proposta nem por Von Liszt nem por Birnbaum, apesar de toda colaboração dada à fase atual dos conceitos que permeiam o Direito Penal.

Na realidade, o fim objetivado pelo legislador para os vários tipos penais é que passa a ter o principal papel, ou seja, o bem jurídico, agora, limita-se às funções sistemáticas e exegéticas para alcançar a “*ratio*” da norma. Esse conceito de bem jurídico é identificado a partir de Richard Honig, em 1919.

Assim, o bem jurídico passa a ser instrumento de interpretação das normas penais. E não o fim a ser protegido, tão somente, pelo ordenamento. Passa a ser efeito, e não causa. É com o pensamento iniciado por HONIG que vários estudiosos, variando suas colocações, fazem nascer as Escolas de Marburg e a Escola Ocidental Alemã ou de Baden.

Segundo SILVEIRA (2003, p. 47), citando HERMÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, tem-se que:

O neokantianismo pretende equiparar valor e fim, renunciando à busca da função garantista liberal do bem jurídico, centrando sua atenção no rendimento teleológico do conceito, ou seja, em sua capacidade de criação de um critério de interpretação a partir de seu fim (valor) protegido.

Assim, para o neokantianismo o bem que deverá ser protegido e a finalidade a que se propõe equiparam-se de forma a permitir que a interpretação da norma seja única, e não mais garantista liberal.

2.1.4 Concepção Contemporânea de bem jurídico

Com o passar dos tempos, a dogmática penal se vê com a necessidade de alterar e aprofundar o estudo do bem jurídico, saindo da esfera da moral e dos bons costumes como única fundamentação para a criação do Direito Penal sexual.

É a partir dos doutrinadores contemporâneos, que o bem jurídico passa a ser analisado com maior enfoque social, aderindo-se às necessidades da sociedade e o seu momento histórico.

Nascem os fundamentos e conceitos contemporâneos a partir da sabatina de críticas à escola neokantiana, propagados por Welzel e, logo desenvolvida, por seu discípulo Hirsch, criando-se, assim, as bases à Teoria Finalista da Ação, a ideia de dolo e culpa, passando as mesmas a compor o tipo. É com base na tese voltada à importância para o injusto penal, que, por sua vez considera a lesão do bem jurídico como um de seus pressupostos, Welzel admite o conceito de bem jurídico.

O bem jurídico passa a ser um desdobramento dos valores sociais ligado à cada época, uma espécie ainda primitiva de política criminal. Todavia, não conseguiu se desprender do positivismo que combatia, apesar das tentativas o finalismo não conseguiu desprender-se da estrutura “ontológica da finalidade”.

Nas palavras de Claus Roxin (2009, p. 50), em sua segunda conferência, em análise ao posicionamento adotado por Welzel, obtempera:

De tudo isso resulta que um finalismo fundado na proteção de bens jurídicos, por isso moderado, poderia desenvolver uma teoria frutífera só se no que constitui a base de toda proibição recolhesse a compensação social de interesses, prosseguindo logo seu desenvolvimento com apoio na teoria da imputação objetiva. A respeito, no marco do finalismo, existe uma série de aportações desde sua origem até a atualidade. Entretanto, eles têm ficado absorvidos por um enraizamento numa estrutura ontológica da finalidade, sem ter podido atingir jamais um completo desenvolvimento. Nisso radica a razão decisiva para o caso do finalismo da moderna dogmática jurídico-penal.

Analisando a base dessa crítica, de forma pormenorizada, têm-se os ensinamentos de Francisco de Assis Toledo (2008, p. 19) ao expor os conflitos da época:

Do que foi dito, percebe-se que a ideia de “bem jurídico” se coloca no centro do problema penal, impondo-se como critério limitador, fundamental, na formação do ilícito penal. Essa é uma tendência que se acentua, nos tempos modernos, apesar de alguma crítica e das objeções que, por vezes, lhe têm sido feitas. No Projeto Alternativo, da Alemanha Federal, chegou-se a incluir um parágrafo estabelecendo, para não deixar dúvidas, que “as penas e medidas se destinam à proteção dos bens jurídicos (§2º, 1.º). Não é sem razão que uma preocupação dessa natureza tenha surgido precisamente na Alemanha, onde a “escola de Kiel”, para redefinir o delito como uma vazia “infração de dever”, ao gosto do Estado totalitário de então, teve que primeiro procurar remover de sua frente o sério obstáculo, enraizado no liberalismo contratualista, representado pela ideia de “bem jurídico”, que se mantinha dominante há cerca de um século. Não o conseguiu, porém. As tentativas de deslocar a tônica da proteção de bens jurídicos, fundamento de um direito penal democrático, para um direito penal do ânimo ou da vontade, porta aberta para o desconhecido, para abusos de toda ordem, se não restou totalmente estéril, conforme ressalta Maurach, pode-se considerar de pouco alcance, em nossos dias, por não encontrar eco entre a maioria penalista. O próprio Welzel, que fez alguma concessão ao “desvalor da ação”, à punição das “violações dos elementares deveres ético-sociais”, não abandona totalmente a noção de bem jurídico. Apesar disso, tem merecido críticas nesse ponto, inclusive de adeptos da teoria finalista.

Inicia-se a passagem do pós-finalismo para o funcionalismo através de várias linhas de pensamento, que pode ser dividida em duas correntes, para fins didáticos: a corrente defendida por Hassemer, na qual o direito é direcionado exclusivamente ao indivíduo; e a de Jakobs, que baseia-se na teoria funcional dos sistemas, e que se concebe como pólo oposto ao pensamento lógico material.

Para Hassemer, segundo o estudo e conceitos abordados por Luiz Regis Prado (2003, p. 41), o que deveria acontecer era “a retomada dos conceitos e garantias defendidas pelo Direito Clássico. Assim, o bem jurídico protegido deveria ser aquele que a conduta do agente apresenta danosidade social”.

A posição de Hassemer trás como positivo a ideia de necessidade ao bem jurídico de alguém, ou seja, é necessária a demonstração de que a vítima foi lesada em seus bens e interesses, não sendo suficiente a demonstração de um simples desrespeito a uma norma de direito (GRECO, 2010, p. 50).

Em contrapartida, figurando em posição oposta ao suso aludido entendimento, tem-se o conceito de bem jurídico penal de JAKOBS, no qual “o bem a ser protegido estaria ligado à proteção das expectativas sociais da decepção determinada pelo desrespeito à norma” (GRECO, 2010, p. 52).

Como anota GRECO, Alessandra Orcesi, e RASSI, João Daniel, ao citar o posicionamento de JAKOBS:

Percebe-se que o referido autor se contrapõe à posição tradicional da doutrina de que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Isto por afirmar que o direito penal não procura evitar a lesão do bem jurídico e sim a realização de um determinado comportamento que desrespeita uma norma de direito. Para corroborar com esse raciocínio, defende que a própria natureza determina lesões ao objeto da norma, e não o comportamento humano, e por isso, mesmo o direito não teria possibilidade de evitá-las. (2010, p. 52)

Desta feita, o Direito Penal, na concepção de JAKOBS, atuará não na proteção do bem jurídico, apesar da contribuição para seu conceito, mas no comportamento que desrespeite a norma, algo estático ao que dita e é desrespeitado frente exclusivamente à norma.

Entretanto, é com CLAUS ROXIN, partindo de um conceito intermediário, no qual o bem jurídico do direito penal permeia entre o pensamento lógico material e a teoria funcional dos sistemas, criando-se uma concepção teleológica funcional, que o princípio da proteção do bem jurídico teve seu apogeu. Em suas palavras (ROXIN, 2009, p. 36) “os bens jurídicos não têm uma validade natura infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”.

Em sua crítica ao conceito material de bem jurídico, afirma ROXIN (1997, apud Alessandra Orcesi e João Daniel Rassi, 2010, p.51) que:

O conceito material de bem jurídico, sem a limitação político-criminal determinada pela Constituição, é que o legislador estaria apto a perseguir um fim qualquer ao criar a lei penal. Assim, os esforços da doutrina do bem jurídico material tradicional para excluir do sistema repressivo punições de condutas contrárias a ordem moral e situações arbitrariamente tipificadas pelo Estado, teriam sido válidos somente para resolver um problema aparente. Dessa forma, a contribuição do conceito de bem

jurídico material tradicional serviria apenas como um método de interpretação teleológica.

O autor afirma, ainda, que a Constituição é limitadora do bem jurídico. Dessa forma, o princípio da lesividade determina a mudança da moral sexual para a da autodeterminação sexual. Desta feita, o conceito de bem jurídico é prévio a lei penal, devendo-se seguir os critérios político-criminais aptos a escolher a conduta que deve ser punida e a que não deve passar sobre o crivo do sistema repressivo.

Obtempera ROXIN (1997, p. 56), ao definir bem jurídico e sua finalidade como “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e o seu livre desenvolvimento num marco de um sistema social global estruturado sobre a base dessa concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”.

Ante o exposto, apesar de normativo, o Direito Penal e o bem jurídico penal para Roxin não são travados ou estáticos, mas, ao contrário, aceitam mudanças sociais.

É com base no conceito elaborado por Roxin, que a Doutrina Moderna vem conceituando e atribuindo significados ao termo bem jurídico, em sua forma geral. E é trazendo para análise do bem jurídico aqui estudado que o manto da não conotação moral é mais visível, entendendo que a liberdade sexual é o bem a ser protegido, como finalidade a ser útil ao indivíduo. A título de exemplo, dessa aplicação da não conotação moral, tem-se Portugal e Espanha com recente alteração legislativa.

2.1.5 Concepção de bem jurídico no sistema brasileiro

Partindo do conceito de bem jurídico advindo da doutrina tradicional, o Código Penal brasileiro de 1940, em sua parte especial, no que tange aos crimes de natureza sexual, trazia consigo, ainda, a visão tradicional dos “costumes”, com traços do moralismo e preconceitos da sociedade da época. Existia a criminalização do adultério, a tutela da virgindade e a figura da mulher honesta.

Em 1984, foi alterada a Parte Geral do Código Penal, um marco na aplicação mais restritiva do Direito Penal e na concepção de uma política criminal baseada na prevenção do crime e na recuperação e ressocialização do preso. Há na realidade uma maior precisão na separação entre dolo e culpabilidade (referência à Teoria propagada por Hans Welzel).

É com base na ideia da subsidiariedade da proteção a bens jurídicos e na condição de intervenção à importância ou gravidade da lesão ou prejuízo ao bem tutelado, que a Comissão de Reforma Penal de 1984, coordenada por Francisco de Assis Toledo, defensor das ideias Neokantianas, estabelece as prioridades e a real intervenção do Direito Penal, apesar das alterações consecutivas a essa terem sido pontuais e marco do retrocesso. Pelo menos, na Parte Geral do Código, as alterações salutares de 1984, como real conceito de bem jurídico é refletida até a atualidade.

Segundo o coordenador da reforma, Francisco de Assis Toledo (2008, p. 15), ao conceituar bem jurídico, não o separa da valoração da coisa perante o indivíduo, na qual cada um leva consigo um sistema de preferências e desdêns. Tem-se:

Bem, em um sentido muito amplo, é tudo o que se nos apresenta como digno, útil, necessário, valioso. É tudo aquilo que *“est objet de satisfaction ou d'approbation das n'importe quel ordre de finalité: parfait em son genre, favorable, réussi, utie à quelque fin...”*. Os bens são, pois, coisas reais ou objetos ideias dotados de “valor”, isto é, coisas materiais e objetos imateriais que, além de serem o que são, “valem”. Por isso são, em geral, apetecidos, procurados, disputados, defendidos, e, pela mesma razão, expostos a certos perigos de ataques ou sujeitos a determinadas lesões. Aristóteles não faz exceção ao afirmar que “toda ação e toda eleição parecem tender a algum bem” e, logo em seguida, define o “bem” como sendo “aquilo a que todas as coisas tendem.

A colcha de retalhos estava formada, várias alterações pontuais foram acontecendo. Todavia, foi com a Lei nº 11.106/2005 que, apesar das alterações marcadas, há um real abandono de uma visão retrograda e incompatível com a Constituição Federal de 1988.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. “Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual” (GRECO, 2011, p. 611).

O legislador entendendo a evolução da sociedade e a necessidade da proteção da liberdade sexual do indivíduo trouxe mais uma alteração ao Código Penal Brasileiro, nos termos da Lei 12.015/2009, que deslocou o objeto central da tutela do bem jurídico da moralidade para o indivíduo e sua liberdade sexual.

De acordo com Julio Frabbini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p.1333):

A Lei nº 11.106, de 28-3-2005, e, principalmente, a Lei nº 12.015, de 7-8-2009, promoveram uma reforma profunda no Título VI da Parte Especial do Código Penal, visando adaptar as normas penais às transformações nos modos de pensar e de agir da sociedade em matéria sexual, ocorridas desde a elaboração do Código Penal, e atualizar o Estatuto em face das inovações trazidas pela Constituição Federal e por construções doutrinárias mais recentes que lançaram novas luzes sobre a forma de se conceber e de se valorar aspectos relevantes da personalidade humana como merecedores de especial tutela pelo Ordenamento Jurídico, por constituírem em si mesmos direitos fundamentais ou desdobramentos desses mesmos direitos.

Dentre as mudanças, merecem destaque a ampliação do sujeito passivo e ativo, podendo tanto o indivíduo do sexo masculino, quanto feminino, ser vítima ou autor do crime de estupro; a unificação dos crimes antes previstos nos artigos. 213 e 214; a criação do artigo 217-A, o qual assegura e protege os direitos inerentes a criança e ao adolescente, como pessoas em desenvolvimento, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, o direito penal, em especial nos crimes de natureza sexual, passou por alterações salutares e condizentes com os anseios sociais, na luta pela proteção da dignidade sexual, da proteção dos direitos inerentes à criança e o adolescente e, finalmente, no combate à exploração sexual.

2.2 ARTIGO 213 DO CPB

Antes da alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009, o Código Penal brasileiro em seu Título VI - “Dos Crimes contra os Costumes”, tutelava a moral social sob a perspectiva da sexualidade, no que tange a moral média. Todavia, com a alteração da lei, o direito penal tutela atualmente a dignidade e liberdade sexual, sob a rubrica de “Crimes contra a Dignidade Sexual, traz-se à baila as modificações no artigo 213 do CP, tem-se:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
 Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
 § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
 § 2º Se da conduta resulta morte:
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Como corolário e expressão transcrita no título suso aludido, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado pela Constituição Federal a um de seus fundamentos (art. 1º, inciso III), perfazendo o reencontro do direito com a ética, nos moldes do pensamento Kantiano, com as ideias de dignidade, paz perpetua e moralidade.

Como bem perlustrado por Flávia Piovesan (2010, p. 29) ao citar os ensinamentos de Kant:

As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor pessoa de cada ser, sempre como um fim em si mesmo nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio de um princípio universal da moralidade, que, idealmente, é fundamento de todas as ações de seres racionais.

É também com base no princípio da dignidade da pessoa humana que homens e mulheres são vistos como iguais e passíveis de ser tanto a parte passiva quanto a parte ativa no crime de estupro, modificação esta que gerou quebra de paradigmas, que a muito já vem sendo aventado pelos doutrinadores brasileiros.

Pois bem, apesar do avanço na nomenclatura e na possibilidade do homem também ser vítima do tipo penal estupro, a alternativa vislumbrada pelo legislador foi à unificação dos artigos 213 e 214, ambos do Código Penal, que são gêneros da libidinagem, tornando a atual redação do artigo 213 um tipo misto alternativo.

Na primeira parte do artigo 213, do CPB, a conduta que integra o tipo penal é compreendida por conjunção carnal, que por sua vez, consiste na cópula vaginal, com a penetração, completa ou parcial, do pênis na cavidade vaginal. Conforme vislumbrado, não há dificuldades maiores na compreensão dessa primeira parte do tipo.

Entretanto, quando se refere à segunda parte do tipo penal, o legislador abriu um vasto leque de possíveis condutas vistas como ilícitas, posto, que, os atos libidinosos englobam atos de natureza sexual – outros, que não a conjunção carnal, com a finalidade de satisfazer a libido do autor da conduta.

Considera-se ato libidinoso qualquer conduta apta a satisfazer a lascívia de alguém, assim, inexiste a necessidade de contato de órgãos sexuais, como, por exemplo, o agente que pratica a masturbação na vítima, introduz objetos no órgão sexual daquela, pratica o coito anal ou oral, estará consumando o crime de estupro, pela pratica de atos diversos da conjunção carnal.

Para caracterização do ato libidinoso Estefan (2010, p. 36) assevera:

Atos libidinosos são todos aqueles que tenham conotação sexual, isto é, tendentes à satisfação da lascívia. Abrangem o típico ato libidinoso, vale dizer, a conjunção carnal (penetração do pênis na vagina, também chamada de cópula vaginal ou *intromisso pênis in vaginam*) e quaisquer outros, tais como masturbação, o coito anal, a felação, o toque ou beijo nas partes pudendas.

Portanto, por meio deste novo diploma legal foram fundidas as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, proporcionando a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima, qualquer que seja o sexo da mesma. No entanto, a modificação de maior impacto e discussão doutrinária ocorreu no delito de estupro de vulnerável (art. 217-A, do Código Penal), que encerra, *a priori*, os embates nos tribunais superiores quanto à natureza da presunção de violência, quando o delito é praticado contra vítima menor de 14 anos.

2.3 ARTIGO 217-A

Os Tribunais Superiores começaram a questionar a presunção de violência, prevista no art. 224 do CPB, atualmente revogado, passando a entendê-la, após análise do caso concreto, como relativa, posto, que os adolescentes vítimas de abuso, por violência presumida, “não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940” (GRECO, 2011, p. 654).

Doutrina e Tribunais não se entendiam e criavam as suas próprias políticas criminais, sem levar em consideração o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura que crianças e adolescentes são pessoas em desenvolvimento, sem capacidade suficiente de decidir sobre seus atos da vida civil, inclusive dos de conotação sexual, que possam acarretar distúrbios em seu desenvolvimento saudável.

A rede de proteção à criança e ao adolescente em nossa legislação pátria consolida a tendência de dar prioridade absoluta às causas e crimes cometidos contra a criança e o adolescente. Através do artigo 5º da Lei 8.069/90, tem-se que:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

No mesmo diploma legal, o artigo 17 traz que:

O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Além disso, o artigo 18 também consolida ser um “dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

A Carta Magna, agindo como norteadora de toda órbita jurídica brasileira, assegurou às crianças e aos adolescentes com seres dignos de um dever prestado pelo Estado e toda sociedade de proporcionar a garantia de seus direitos fundamentais, dentre eles o de respeito, dignidade e opressão, além de elucidar a severidade da lei diante de qualquer abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (CF, Art.227, §4º).

Nessa monta, é notória a preocupação da lei em punir os agressores, abusadores ou exploradores da integridade física, psíquica ou moral pertinente às crianças e aos adolescentes.

É neste panorama que surge o artigo 217-A do CPB, tem-se:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º(VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Como se pode vislumbrar, não só houve a criação de um tipo penal novo, absoluto e objetivo, mas também a majoração da pena, em relação ao tipo penal previsto no art. 213, ou seja, a pena passou a ser de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Nesse sentido obtempera Rogério Greco¹:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida

1 GRECO, Rogério. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Disponível em: <rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 28 jul. 2013.

desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado. Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Portanto, o novo tipo penal busca punir com mais rigor comportamentos ilícitos, que atinjam vítimas inquestionavelmente vulneráveis. Desta feita, o bem jurídico tutelado, como no estupro de vítima não vulnerável, é a liberdade sexual, com o acréscimo voltado ao pleno desenvolvimento das pessoas elencadas como vulneráveis, ou seja, aqueles que, por alguma condição pessoal podendo ser ela permanente ou transitória, não dispõe de forças ou compreensão para resistir a uma investida de natureza sexual.

2.3.1 Conceito de vulnerável

O legislador, com fito de dirimir os conflitos entre os tribunais e a própria doutrina, criou um tipo objetivo, retirando do ordenamento jurídico a norma que previa uma extensão ao artigo 213, quer seja, o artigo 224 do mesmo diploma legal. Assim, “não importa, ademais, se houve ou não consentimento para prática do ato sexual” (ESTEFAN, 2009, p. 64).

Ademais, considerou “vulnerável” as pessoas menores de 14 (quatorze) anos, as que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para prática do ato, e, por fim, as que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.

No caput do hodierno artigo, vê-se que a pessoa vulnerável será aquela menor de 14 anos, cujo consentimento sempre será viciado, vez que não possui condições de arcar com as consequências de seus próprios atos, por ser pessoa em estado de desenvolvimento.

Portanto, eliminou-se a discussão acerca de haver presunção de violência relativa ou absoluta quanto à idade da vítima. Passou o legislador a considerar os menores de 14 anos, objetivamente, vulneráveis e incapazes de entender o caráter do fato. Sem condições, pois de oferecer resistência.

Em seguida, no parágrafo primeiro, fornece outras três hipóteses para conceituar a vítima vulnerável. A primeira delas quando a vítima não tiver, devido à enfermidade penal, necessário discernimento para prática do ato, estar-se-á diante dos indivíduos que preenchem os requisitos previstos no artigo 26, caput, do Código Penal, ou seja, o absolutamente incapaz.

Já a segunda hipótese, diz respeito à vítima que, por deficiência mental, não tiver também o necessário discernimento, estar-se-á diante da figura do semimputável, previsto no parágrafo único, artigo 26 do Código Penal.

Por fim, a terceira hipótese prevista no parágrafo primeiro do artigo 217-A, torna-se uma situação de vulnerabilidade aberta, na medida em que será considerado vulnerável quando, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, posto que, estar-se-á diante de situações concretas, que serão analisadas pelo próprio judiciário. Como exemplo, pode ser citada àquela pessoa com senilidade avançada, deficiência física acentuada, absolutamente alcoolizada ou narcotizada.

Registre-se que, para as duas primeiras hipóteses, deverá existir prova pericial capaz de atestar a veracidade da deficiência, configurando, assim, a vulnerabilidade, que portanto estará “condicionada à realização de perícia psiquiátrica, em que o *expert* deverá avaliar dois aspectos fundamentais: a existência do transtorno mental e o comprometimento da capacidade de discernimento para atos de natureza sexual” (ESTEFAM, 2009, p. 61).

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 CONCEITOS E FUNDAMENTOS

A Constituição Federal possui vários princípios, implícitos e explícitos, formadores de um sistema próprio, que serve de regra de interpretação para todo o sistema jurídico. Dentre eles, o Princípio da Proporcionalidade, por sua vez, ligado diretamente ao significado de equilíbrio, justa medida e proibição dos excessos.

Para Nucci (2011, p. 89) “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”.

O que se quer com a teoria da proporcionalidade é equilibrar os direitos individuais com os interesses sociais, aplicando-se a justiça de forma justa e democrática, este, sim, é objetivo maior do ordenamento jurídico como um todo.

Assim, trata-se de princípio extremamente importante, principalmente, no que tange à situação de colisão de direitos constitucionais, em especial, os direitos fundamentais previstos no art. 5º da Carta Magna. Posto que, quando o direito de um cidadão é usurpado pela ação de outro indivíduo (tem-se como exemplo, o direito de dispor do próprio corpo e este é prejudicado por uma ação, ou omissão, de um terceiro), estar-se diante da aplicação de uma pena àquele que, injustificadamente, interferiu no direito de outro, sendo seus direitos também cerceados, por autoridade competente, em detrimento de um direito maior, que é a vida pacífica e segura em sociedade.

Cabe aqui destacar os ensinamentos de Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149):

O Princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado.

Verifica-se, assim, a necessidade do preenchimento de três elementos importantes, quais sejam: a necessidade; a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, para que a norma ou o princípio atinga sua finalidade.

A necessidade, segundo Lenza (2011, p. 151), “por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso

concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa”. O mesmo autor continua a conceituar os elementos norteadores do princípio da proporcionalidade afirmando que, a adequação “também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”. Por fim, conceitua a proporcionalidade em sentido estrito asseverando que “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição”.

Conclui-se, assim, que princípio da proporcionalidade para atingir o interesse público e resguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, deve está ligado aos aspectos da adequação e da necessidade, e, em seguida, ser proporcionalmente analisado se atingiu o fim normativo eficaz e justo.

3.2 APLICABILIDADE

O princípio da proporcionalidade é aplicado quando há a colisão entre direitos constitucionalmente assegurados. Neste momento, deverá ser analisado qual dos direitos prevalecerá sobre o outro.

A ponderação dos interesses, coletivos ou individuais, depende da razoabilidade e da interpretação para quem é dirigida à norma, ou seja, ao jurista que deverá após uma interpretação sistêmica da norma equilibrar os direitos de forma justa.

A exemplo, a Constituição Federal, no termos do art. 5º, inciso XLVI, estabelece os tipos de pena, consagrando implicitamente o princípio da proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que deverão se aplicados de acordo com a conduta ilícita praticada.

Logo, quando o interprete da lei depara-se com a violação de um direito, cujo bem jurídico protegido é a liberdade e dignidade sexual, *in casu*, como previsto no art. 217-A, delito punido com a restrição da liberdade (direito constitucionalmente assegurado), resta ao mesmo, após o devido processo legal, com a coleta de provas, fundamentar qual dos direitos deverá prevalecer sobre o outro, o da liberdade sexual ou da liberdade de locomoção.

É nesse panorama que emerge os questionamentos sobre a conduta lesiva praticada pelo autor do abuso sexual e a pena a ele imposta pelo sistema repressivo vigente, com base no Princípio Constitucional da Proporcionalidade.

4 DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA

Com a alteração da lei, ganha o ordenamento jurídico brasileiro vários questionamentos quanto à proporcionalidade da conduta ilícita e à pena aplicada, na medida em que o crime de estupro de vulnerável, especificamente, passou a ser mais gravoso do que o homicídio simples, questionando-se se o legislador, de fato, analisou o sistema penal de forma sistêmica ou apenas, devido à política criminal empregada à época, agravou a pena com base na CPI da pedofilia e na necessidade de resposta que a sociedade tanto almejava na tratativa desses crimes de natureza sexual.

Os Tribunais vêm se dividindo em posicionamentos favoráveis e contra a gravidade pena aplicada, vez que muitos são favoráveis à presunção relativa de violência ou até mesmo à desclassificação da conduta, quando se depara com ato libidinoso diverso da conjunção carnal entendendo-os como de menor potencial ofensivo, a depender de sua análise subjetiva e de seu conhecimento de mundo.

Vários doutrinadores e magistrados, desde a entrada em vigor da lei 12.015/2009, expressam dificuldades em adequar determinadas condutas como estupro, quando poderiam configurar o tipo de importunação ofensiva ao pudor, nos delitos praticados em lugar público, ou até mesmo, a perturbação da tranquilidade, quando não configurar a contravenção acima delineada.

Esse entendimento é compartilhado por André Estefam (2009, p. 37), tem-se;

Para nós, o beijo na boca (ainda que roubado) jamais poderá caracterizar ato libidinoso (nesse caso, poderá haver o crime de constrangimento ilegal ou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, sob pena de malferir o princípio da proporcionalidade). Afigura-se arrematado exagero, em nosso sentir, considerar que o ato de tomar à força um beijo na boca de outrem possa ser considerado crime hediondo, punido com reclusão, de 6 a 10 anos.

Ao expor o entendimento de Luciano Feldens, Estefam (2009, p. 37) esclarece que "o princípio constitucional da proporcionalidade deve ser sempre utilizado para promover a readequação típica de eventuais comportamentos, quando se verifica gritante desproporção entre a sanção prevista e a gravidade concreta da conduta".

A condenação de um agente, que praticou atos libidinosos, como: beijo lascivo, apalpar as pernas e as nádegas, por crime hediondo com pena base entre 6 e 8 anos a depender se a vítima era vulnerável ou não, ou se o delito foi praticado com violência ou grave ameaça

à pessoa não vulnerável, parece desproporcional e desarrazoado ferindo vários princípios constitucionais para alguns aplicadores da lei.

Para tanto, Nucci (2005, p. 648) assegura que “atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal, e não crime. A este, é preciso reservar o ato realmente lascivo”.

Partindo-se da análise de um juízo monocrático, traz-se à baila o posicionamento do Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Natal, ao se pronunciar em suas decisões, sobre a configuração do tipo penal de estupro de vulnerável (processo em segredo de justiça). Tem-se:

Ademais, este Juízo já firmou entendimento de que mesmo que os atos praticados contra a vítima tenham se resumido a beijos, afagos e carícias, a condição da vítima, ainda criança, inocente em assuntos sexuais, e as consequências experimentadas depois das condutas levadas a cabo pelo ofensor, acabaram por ferir sua liberdade sexual e sua dignidade sexual, bens jurídicos tutelados no crime em comento, haja vista poder ser facilmente aferido nos autos o trauma e os danos decorrentes da ação criminosa, especialmente na avaliação psicológica de fl. 18 dos autos e no depoimento judicial da vítima.

Vê-se que o Juízo Monocrático, utilizou-se de seu conhecimento e da sua subjetividade para configurar a gravidade dos atos libidinosos praticados contra a vítima, indo de encontro ao posicionamento, por exemplo de Luciano Feldens, que considera demasiadamente exagerado o emprego de pena tão alta para um fato, frise-se para ele, de menor potencial ofensivo. É com base nessa tratativa que se quer evitar a insegurança jurídica, que hoje permeia nosso Ordenamento Jurídico.

4.1 IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Parte-se, agora, à análise da conduta prevista na Lei de Contravenções Penais de 1941, especificamente artigo 61, que prevê tal conduta como “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”, com pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

O tipo, primeira face, caracteriza aqueles atos obscenos em geral, praticados em lugar público ou de fácil acesso ao público, ligado à moralidade sexual ou aos bons costumes da época de criação da lei.

A pena aplicada a esses atos é multa, valor meramente ligado ao dano sofrido pela moral da suposta vítima.

Segundo a doutrina, o objeto material seria a pessoa importunada, enquanto o objeto jurídico é o pudor no contexto da dignidade sexual. É uma infração comum; de mera conduta, na medida em que, não exige ocorrência de efetivo prejuízo para qualquer pessoa; ocorre de forma livre, posto que, pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente; comissiva; etc.

É partindo dessa classificação que, em nossos juizados especiais, atualmente, chegam várias situações tanto ligadas ao bem jurídico conceituado pela moral pública, nos casos de masturbação em público, como processos oriundos das varas de justiça comum. Esse último analisado segundo o posicionamento e livre convencimento do magistrado, que declinou de sua competência por entender que o ato praticado, apesar de mais gravoso do que o ato de se masturbar em via pública, não poderia ser julgado na Justiça Comum, devido à pena prevista no artigo 213, ou no artigo 217-A, a depender da vítima e situação fática, ser proporcionalmente superior à conduta praticada pelo agente abusador.

Portanto, passa a ser “inapropriado”, partindo da análise de duas condutas com bem jurídicos distintos, serem consideradas e tipificadas na mesma contravenção penal, uma focada em bens jurídicos enfraquecidos pelo tempo (moralidade sexual ou bons costumes), enquanto a outra volta os olhos à proteção da liberdade e dignidade sexual, todavia constitui, na visão do interprete da norma, desproporcionalidade entre a conduta e a punição.

Cria-se um impasse entre juristas e interpretes da norma, um jogo de empurra-empurra de declínios de competência, conflitos negativos de atribuição e competência, desaguando na morosidade jurisdicional em resolver os conflitos a eles apresentados, que, por sua vez, gera impunidade e insegurança, na medida em que o direito é mutável e a sociedade, cansada do quadro de injustiça, conclama por respostas à proteção de seus bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal.

No entanto, encontram-se vários obstáculos por parte do interprete da norma, que ligado ao modelo tradicional das Escolas Clássicas, emoldura a norma e a torna inflexível, necessitando, nosso atual sistema, de mais normas que garantam a aplicação da lei penal a essas condutas que não se amoldam nem à contravenção penal, prevista no artigo 61, da Lei

de Contravenções Penais, muito menos, aos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal Brasileiro.

4.2 PROBLEMÁTICA NOS TRIBUNAIS

Atualmente, tem-se, nos Tribunais brasileiros, várias dificuldades em adequar determinadas condutas ao tipo penal de estupro, tanto o previsto no artigo 213 como também no artigo 217-A, na medida em que a mesma conduta passa pelo crivo da subjetividade do juiz, podendo ela ser classificada como uma mera importunação ofensiva ou o tipo grave de estupro. Existe atualmente a necessidade de criação de novo tipo intermediário, pois muito das vezes o magistrado fundamenta sua decisão com base no princípio da proporcionalidade, quando da não aplicação da pena prevista no artigo destinado ao crime de estupro e aplica a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, sabendo ser esta muito branda, para não ver aplicar uma pena demasiadamente gravosa.

A exemplo, Tribunal de Justiça de Goiás, em sua homepage, publicou a seguinte notícia²:

Juíza desclassifica acusação de estupro e condena homem de 70 anos por importunação ofensiva ao pudor. Juíza destacou que estabelecer contatos físicos breves e isolados, como abraços, apalpações, beijos e a pura contemplação lasciva, não é crime, e sim contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Na análise dos autos, vê-se que a juíza da 10ª Vara Criminal, Placidina Pires, condenou um senhor de 70 (setenta) anos ao pagamento de 13 dias-multa por ter importunado uma menina de 3 (três) anos, de modo ofensivo ao pudor, ao passar a mão em sua genitália. Na decisão, a magistrada desclassificou a acusação de estupro de vulnerável, imputada pelo Ministério Público, e entendeu ainda que a atitude não configura ato libidinoso. Placidina destaca que estabelecer contatos físicos breves e isolados, como abraços, apalpações, beijos e a pura contemplação lasciva, não é crime, e sim contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Para demonstrar as discrepâncias nas decisões dos Tribunais Nacionais, faz-se necessário trazer à baila alguns julgados dos Tribunais, que oscilam entre o crime e a contravenção. Tem-se:

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

2 Fonte: TJGO – disponível em: <http://tj-go.jusbrasil.com.br/noticias/2568312/juiza-desclassifica-acusacao-de-estupro-e-condena-homem-de-70-anos-por-importunacao-ofensiva-ao-pudor>. Acesso em: 16/02/2011 às 19:00.

MATERIALIDADE COMPROVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PENA CORRETAMENTE DOSADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A ocorrência do delito de atentado violento ao pudor, em regra, não deixa vestígios capazes de comprová-lo pela via do exame de corpo de delito, de sorte que se deve recorrer à avaliação psicológica da vítima e à prova testemunhal. II - Extremada importância assume a palavra da vítima, considerando que a satisfação da lascívia normalmente ocorre na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares do fato. III - Comprovadas a autoria e a materialidade dos crimes imputados na denúncia, não procede o pleito absolutório ou mesmo a pretendida desclassificação. IV - Reafirmação da constitucionalidade do art. 6º da Lei nº 8.072/09 após a edição da Lei nº 12.015/09. Precedentes do STJ (HC 119279/MG. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. SEXTA TURMA). V - Pena corretamente dosada, atenciosa aos ditames legais e que se revela suficiente e necessária ao caso concreto, sem merecer reparos. VI - Recurso conhecido e desprovido, em consonância com o parecer ministerial. 2011.005553-5. Apelação Criminal. Órgão Julgador: Câmara Criminal. Relator Des. Rafael Godeiro. Julgamento: 13/12/2011.

EMENTA: DIREITO PENAL. APELAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE QUEIXA CRIME, DE EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO CRIMINAL E DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RAZÃO DO PERDÃO TÁCITO DA OFENDIDA. REJEIÇÃO. MÉRITO: DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA O CRIME DE CONTRANGIMENTO ILEGAL EM CONCURSO MATERIAL COM A CONTRAÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. SENTENÇA REFORMADA. 1 - Consoante orientação do Supremo Tribunal Federal, a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, bastando o elemento volitivo, ainda que manifestado na fase policial. 2 - A condição antes prevista no artigo 225, § 1.º, I do Código Penal prescinde da prova da miserabilidade, bastando que a efetiva situação econômico-financeira da vítima seja insuficiente à contratação de profissional da advocacia sem prejuízo do próprio sustento. 3 - Uma vez proposta a ação penal pelo Ministério Público, em função de representação da vítima, não pode ser concedido perdão por essa, porque o parquet age, no feito, com absoluta independência em relação às partes. 4 - Não sendo a vítima constrangida a praticar ou a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso, não se pode imputar ao recorrente o delito de atentado violento ao pudor. 5 - Restringindo-se a conduta em ameaçar a vítima para que entrasse no veículo do acusado, retirasse suas roupas e presenciasse ato lascivo praticado pelo próprio agente, resta configurado o constrangimento ilegal, perpetrado em conjunto com a importunação ofensiva ao pudor. Recurso conhecido e parcialmente provido. 2009.010711-2. Apelação Criminal. Órgão Julgador: Câmara Criminal. Relator Juiz Henrique Baltazar (Convocado). Julgamento: 13/04/2010

No Tribunal de Justiça Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. RECURSO DEFENSIVO. CRIMES CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. Condenação mantida. Materialidade e autoria do fato devidamente comprovadas na espécie, conferindo-se especial relevo à palavra coesa da vítima em face da ausência de vestígios no corpo de delito. Ausência de excludentes de tipicidade, culpabilidade e ilicitude, a consubstanciar a conduta do acusado como crime passível de reprimenda estatal. Tentativa reconhecida. Proporcionalidade. Possível a desclassificação dos delitos descritos na denúncia e comprovados nos autos para a forma tentada, pois as

condutas do réu ultrapassaram a esfera da mera importunação ofensiva ao pudor, já que os toques assumiram caráter lascivo, mas, ao mesmo tempo, não tiveram a gravidade que permite a aplicação de uma pena definitiva de 07 anos de reclusão. Adaptação da classificação delitiva da conduta. Diante das modificações legislativas perpetradas pela Lei nº 12.015/2009, as figuras elementares do preceito primário do crime de atentado violento ao pudor foram transpostas, normativamente, ao novo artigo 213 do CP. No caso concreto, aplicável referido artigo, e não o art. 217-A do CP, cujo preceito secundário prevê pena maior do que aquela prevista na época em que o crime ocorreu, dentre outras circunstâncias diferenciadas no seu preceito primário. Afastamento da presunção de violência. A revogação do art. 224, na sua integralidade, representou abolição das formas penais de presunção de violência até então descritas no referido artigo e suas alíneas e, considerando que tal circunstância é mais benéfica ao réu, ao menos no ponto específico, já que abolicionista de figuras penais incriminadoras, deve ser aplicada ao caso concreto, reconhecendo-se o afastamento da presunção de violência, o que não retira o caráter ilícito e a tipicidade penal da conduta do apelante. Apenamento. Revalorização das circunstâncias judiciais e redução da basilar imposta, a qual se fez incidir a redução pelo conatus. Regime de Cumprimento de pena alterado. Por força do pronunciamento do Excelso STF, no julgamento do Habeas Corpus nº 111840, que declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, resta alterado o regime de cumprimento de pena para o semiaberto, pois o réu é primário e a pena definitiva é inferior a 08 anos de reclusão. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70050974443, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 11/04/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. DÚVIDA RAZOÁVEL EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. EXAME PERICIAL INCONCLUSIVO. CONTRADIÇÕES DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATOS LIBIDINOSOS. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA EM RELAÇÃO AO 2º FATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL INVIÁVEL. TENTATIVA. POSSIBILIDADE. 1º fato - Estupro. Absolvição. Não se sabe, ao certo, se os fatos ocorreram e qual a intensidade que tiveram, havendo dúvidas razoáveis a respeito da conduta descrita no primeiro fato da denúncia. A vítima apresentou relatos distintos e inconstantes, comportamento difícil de avaliar e ao qual não se pode conferir credibilidade necessária para fundamentar uma condenação. Ademais, o exame pericial é inconclusivo, referindo que a menina possui hímen dubitativo e constatando a presença de dúvida em relação à possibilidade da presença de ruptura cicatrizada ou entalhe congênito, razão pela qual o melhor caminho é a absolvição em relação ao ponto. 2º Fato - Estupro de Vulnerável. Atos libidinosos. Condenação Mantida. Em relação ao segundo fato existem provas suficientes de sua ocorrência. O réu foi surpreendido, alcoolizado, com as calças abaixadas e sem camisa em sua residência, após a vítima ter pedido ajuda, porque estava sendo abordada pelo acusado. A menina apresentou a mesma versão em sede policial e em Juízo e há o depoimento da Conselheira Tutelar, que reforça o relato da ofendida. Indiscutível nos autos que o réu levantou a blusa da vítima e passou as mãos em seus seios, a agarrou pelos braços e tentou levá-la para o quarto, com as calças abaixadas, momento em que a menina reagiu e gritou por ajuda. Desclassificação para Contravenção Penal. Impossibilidade. Inviável a desclassificação dos fatos para contravenção penal, pois a conduta do réu ultrapassou a esfera da mera importunação ofensiva ao pudor, já que os toques assumiram caráter lascivo. Tentativa. Possibilidade. Do que se pode extrair do relato da vítima, o réu abaixou suas calças, lhe mostrou o pênis, levantou sua blusa, passou as mãos em seus seios e tentou levá-la para o quarto, a agarrando pelos braços, momento em que a vítima conseguiu fugir e pedir ajuda. É possível, portanto, a desclassificação do delito para a forma tentada. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70051477198, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 28/03/2013)

Nesse diapasão, a título de exemplo, acerca do comportamento jurisprudencial dos Tribunais, as decisões acima demonstram que a classificação da conduta como crime ou contravenção penal parte da subjetividade dos magistrados, ora decidindo como crime e ora desclassificando para importunação ofensiva ao pudor, mediante uma constatação empírica sobre a desproporcionalidade de uma determinada medida.

As oscilações das decisões fez surgir a chamada insegurança jurídica, fazendo o julgador às vezes de legislador, pois “o que não se pode é retirar do legislador a primazia da decisão política e seletiva sobre qual o tratamento penal que a conduta deve merecer, colocando-o nas mãos do julgador, por critérios exclusivamente subjetivos” (ESTEFAN, 2009. p. 38).

Não é de hoje que tal questionamento é propagado pela doutrina, todavia a corriqueira utilização da proporcionalidade sem analisar seus reflexos e o bem jurídico que deve ser protegido, torna ineficaz a norma, conseqüentemente, acarreta em insegurança jurídica. Nesse sentido, Claus Roxin (2009, p. 27) assevera:

O tribunal decide sobre a admissibilidade de uma intervenção jurídico-penal lançando mão do princípio da proporcionalidade ao qual pertence a chamada proibição de excessos como uma de suas manifestações. Poder-se-ia dizer que uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos. Desde logo, haverá que deixar o legislador uma margem de decisão no momento de responder se uma norma penal é um instrumento útil para proteção de bens jurídicos. Mas quando para isso não se possa encontrar uma fundamentação séria justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”.

Os crimes de natureza sexual, antes guardados “a sete chaves” -uma vez que as famílias sentiam vergonha dos abusos e, muitas vezes, por considerar a vítima a culpada pelos abusos - ganham às ruas e fazem emergir novos questionamentos jurídicos e sociais, os quais seus autores não podem ficar impunes, devendo após o devido processo legal, serem condenados; cumprir a pena a eles imposta, assim respeitando o sistema jurídico em sua integralidade. A proporcionalidade deve estar ligada diretamente ao bem jurídico protegido, e não sua aplicação às avessas, ao bel prazer do julgador, correndo o risco da norma tornar-se ineficaz.

4.3 POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE NOVO TIPO INCRIMINADOR INTERMEDIÁRIO

Após estudo detalhado de vários casos, nos quais se visualizou a dificuldade em adequar as condutas praticadas pelo agente abusador como mera importunação ou o crime de estupro, vê-se que há situações visivelmente intermediárias, superiores, em gravidade, à contravenção penal prevista no artigo 61, do Decreto-Lei 3.688 de 03 de outubro de 1941, todavia inferiores ao crime de estupro previsto no artigo 213 e 217-A, do Código Penal Brasileiro, segundo o posicionamento de alguns juristas.

É nessa conjectura que o hodierno trabalho se amolda, na medida em que, não se pode deixar de punir os atos libidinosos de menor gravidade, mas sem a incisividade das penas previstas para o crime de estupro e estupro de vulnerável.

Os Tribunais não podem mais viver na insegurança e subjetividade de suas decisões, posto, que, aplicar a medida com base na sua ideia pessoal de proporcionalidade da conduta ao crime/contravenção, gera também a desproporcionalidade na punição, na medida em que, ao abusador é aplicada pena multa, possibilitando a ideia de impunidade e retorno à prática de novas condutas delitivas.

Calha lembrar, a lição de Nucci, segundo o qual “é preciso, em nosso entendimento, a formação de figura típica incriminadora, configurando um estupro privilegiado, para condutas mais brandas, merecedoras de penas igualmente mais amenas” (NUCCI, 2011, p. 838).

Como alternativa NUCCI (2005, p. 223) elenca uma das possibilidades possíveis ao legislador ao iniciar sua exposição afirmando que há variados atos ofensivos ao pudor, que, mais graves, merecem continuar tipificados como infração penal. No entanto, nesses casos, devemos voltar os olhos à proteção da dignidade e da liberdade sexual. Tem-se:

Para tanto, o ideal seria transformar a contravenção do art. 61, com redação mais clara, respeitando-se a taxatividade, em modalidade privilegiada do estupro (art. 213, CP). Logo, havendo violência ou grave ameaça e justificando-se pela gravidade da ofensa à dignidade sexual da pessoa humana, configura-se o delito previsto no art. 213 do Código Penal. Porém, sem violência ou grave ameaça, mas constituindo ato atentatório à dignidade sexual e liberdade da pessoa humana, aplicar-se-ia o crime na forma privilegiada, com pena menor.

4.4 DO PROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL

É da necessidade aqui vislumbrada, que cria-se o Projeto de Lei nº 236 de 2012, o qual reforma todo o Código Penal, com base nas novas vertentes emanadas da Constituição Federal. A tarefa da Comissão, prevista no Requerimento 756, é atualizar o Código Penal, sendo³:

Imprescindível uma releitura do sistema penal à luz da Constituição, tendo em vista as novas perspectivas normativas pós-88.” Da mesma maneira: “o atraso do Código Penal fez com que inúmeras leis esparsas fossem criadas para atender a necessidades prementes. Como consequência, tem-se o prejuízo total da sistematização e organização dos tipos penais e da proporcionalidade das penas, o que gera grande insegurança jurídica, ocasionada por interpretações desencontradas, jurisprudências contraditórias e penas injustas – algumas vezes muito baixas para crimes graves e outras muito altas para delitos menores.

Apesar das inúmeras alterações e da reestruturação, tanto da parte geral quanto da parte especial, o que interessa ao presente trabalho é a alteração do Título VI - “Dos crimes contra a dignidade sexual” para o novo e possível Título IV, com a mesma titulação. Assim, apesar das mudanças, os juristas responsáveis pelo Anteprojeto de Código Penal continuaram a defender a última alteração trazida pela lei 12.015/2009, quer seja, o bem jurídico protegido continua a ser a “dignidade sexual”, rompendo, em definitivo, com o antigo conceito de moral sexual.

Conforme explanado, no decorrer de todo o trabalho, o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Sexual passou por várias transformações e conceituações, atingindo seu ponto mais sublime com a nova concepção e destinação do direito, ou seja, a dignidade sexual do indivíduo, e não a moral social.

É com essa concepção que o anteprojeto surge para facilitar e melhorar o entendimento dos juristas e aplicadores da lei. A proposta de seus criadores é tornar o Código Penal mais claro e de fácil entendimento, sem lacunas. Essa análise ainda não é possível, na medida em que o projeto é recente e ainda não chegou ao fim de sua discussão, estando em fase de apresentação de emendas, no Senado Federal.

Da forma como se encontra, no que tange ao Título IV, Capítulos I e II (“Crimes contra a liberdade sexual” e “Crimes sexuais contra vulnerável”, respectivamente), o

³ Fonte: Reforma do Código Penal – disponível em: <http://reformadocodigopenal1.blogspot.com.br> Acesso em: 27/08/2013, às 10:00.

posicionamento adotado neste trabalho, encontra-se vislumbrado no artigo 180 ao artigo 189 do anteprojeto, que altera o Código Penal Vigente.

Assim, as modificações expressadas no anteprojeto corroboram com os fundamentos elencados no hodierno trabalho e confirmam que as problemáticas nos tribunais brasileiros vêm interferindo no mundo jurídico, desaguando na necessidade de alterações urgentes.

O novo código penal, segundo seus criadores, separou em dois capítulos os crimes praticados contra maiores de 18 anos e os chamados vulneráveis, incluindo os menores de 12 anos e as pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Capítulo I

Crimes contra a liberdade sexual

Estupro

Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de seis a dez anos.

Parágrafo único. Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um terço a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Capítulo II

Crimes sexuais contra vulnerável

Estupro de vulnerável

Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

§ 1º Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Aumento de pena

§ 2º A pena será aumentada de um sexto até a metade se resultar gravidez ou doença sexualmente transmissível.

§ 3º Se o agente pratica o crime mediante mais de uma das condutas descritas no caput, a pena será aumentada de um a dois terços, sem prejuízo da aplicação de outras causas de aumento previstas neste Título.

Na busca de resolver as discussões acarretadas pela proporcionalidade entre a conduta praticada e o conceito de estupro, o novo código trará em seu bojo novos tipos penais, calcados no conceito de ato libidinoso, que não sejam o “ato sexual vaginal, anal ou oral”, considerados pelos criadores do anteprojeto como atos mais gravosos, com pena de reclusão que vai de 06 (seis) a 12 (doze) anos a depender das condições da vítima.

Continua a esmiuçar, na tentativa de diminuir as lacunas existentes na legislação atual, as possibilidades de abuso contra vulneráveis e não vulneráveis. Tem-se:

Capítulo I

Crimes contra a liberdade sexual

Manipulação e introdução sexual de objetos

Art. 181. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a suportar a introdução vaginal ou anal de objetos:

Pena – prisão, seis a dez anos.

Molestamento sexual

Art. 182. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima, à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral:

Pena – prisão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos.

Exploração sexual

Art. 183. Obrigar alguém a exercer a prostituição ou impedir ou dificultar que a abandone:

Pena – prisão, de cinco a nove anos.

Assédio sexual

Art. 184. Constranger alguém com o fim de obter prestação de natureza sexual, prevalecendo-se o agente de condição de superior hierárquico, ascendência, confiança ou autoridade sobre a vítima.

Pena – prisão, de um a dois anos.

Parágrafo único. Se a vítima for criança ou adolescente, a pena é aumentada de um terço até a metade.

Esterilização forçada

Art. 185. Esterilizar alguém sem o seu consentimento genuíno:

Pena – prisão, de dois a oito anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de modificar ou comprometer a unidade étnica de um grupo:

Pena – prisão, de seis a doze anos.

Capítulo II

Crimes sexuais contra vulnerável

Manipulação ou introdução de objetos em vulnerável

Art. 187. Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos.

Molestamento sexual de vulnerável

Art. 188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de quatro a oito anos.

Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem pratica a conduta abusando de pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, ou de quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência ou não possui o necessário discernimento.

Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável

Art. 189. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de doze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica ato sexual com pessoa menor de dezoito e maior de doze anos, submetido, induzido, atraído ou exercente da prostituição;

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que ocorram as condutas referidas no caput deste artigo ou no inciso anterior.

§ 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Observar-se, que os tipos penais se repetem, só alterando a condição da vítima, que passa de 14 anos para 12 anos de idade, continuando o tipo objetivo pela idade e pelo discernimento apresentado pela vítima.

Doutra banda, fica claro que atos libidinosos diversos do previsto no artigo 180 e, reiterado, no artigo 186, deverão ser analisados com base nos demais artigos dos capítulos aqui explanados, com penas mais brandas, respeitando e aquiescendo aos anseios demonstrados pelos operadores do direito, aos quais a norma é dirigida.

A par das críticas, ainda é muito cedo para proferi-las, vez que ainda estar-se diante de um anteprojeto, que deverá ser votado nas duas casas legislativas, havendo a possibilidade de alteração através de emendas propostas pelos parlamentares.

Assim, a aludida modificação proposta para o Código Penal Brasileiro é o primeiro passo para o objetivo traçado no presente trabalho, na perspectiva que a insegurança jurídica, a utilização às avessas do princípio da proporcionalidade e decisões contrárias tenham o seu fim.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir, portanto, que o Direito Penal Sexual brasileiro evoluiu com base nas doutrinas aventadas no mundo moderno e que o legislador criou a Lei 12.015/2009 como uma possibilidade de retirar do ordenamento jurídico falhas, até então existentes, conforme os clamores sociais, respeitando-se os direitos e deveres de seus cidadãos.

Todavia, observa-se que tais alterações continuam a deixar lacunas e obscuridades no ordenamento jurídico, em especial, nos tipos previstos no artigo 213 e artigo 217-A do Código Penal.

Extraí-se da leitura e estudo dos suso aludidos artigos que a intenção do legislador, ao trazer e criar a Lei 12.015/2009, foi, em sua concepção, amparar ainda mais as garantias e os direitos fundamentais, calcados na liberdade e dignidade do homem, sendo justificável o paternalismo estatal, através do Direito Penal, no casos pertinentes a direitos pertencentes aos cidadãos vulneráveis, “tratando-se de déficits de autonomia do afetado (menores de idade, perturbados mentais que não compreendem corretamente o risco para si)” (ROXIN, 2009, p. 23), com fito de trazer à população maior segurança e amparo constitucional.

Na medida em que os Tribunais brasileiros divergiam em suas decisões quanto: a natureza da ação; a aplicação do termo “estupro” para ambos os sexos; a objetividade do tipo em relação aos menores de 14 anos; a criação da ideia de vulnerabilidade a depender da situação ou estado físico/mental da vítima.

Apesar das alterações terem atingido os objetivos específicos acima delineados, não parece correto dizer que a lei atingiu sua finalidade e expectativa geral, pois observada de todos os ângulos, acabou por dizer menos do que deveria e alterar de forma insuficiente o que previa a antiga legislação ao tratar as mudanças do Direito Penal Sexual.

Pois bem, a evolução histórica doutrinária do Direito Penal Sexual, como relatado em todo o trabalho, traz à baila a grande importância do tema à sociedade contemporânea, observando-se duas nuances e o surgimento de um novo bem jurídico tutelado pelo Estado, qual seja, a liberdade e dignidade sexual.

É com base nessa nova tratativa que o Título VI - “Dos crimes contra os costumes” sofreu alteração, passando-se a ser nominado como “ Dos crimes contra a dignidade sexual”,

que apesar das críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para o indivíduo.

Não obstante as várias tentativas em se distanciar da moral sexual, o ordenamento penal brasileiro continua a refletir regras morais, aplicadas pelo aplicador do direito, posto que, ao proferir suas sentenças nos processos, que tratam de crimes de natureza sexual, quando da aplicação dos tipos penais previstos no artigo 213 e 217-A do Código Penal, o magistrado e os Tribunais persistem em valer-se da sua moral subjetiva para aferir se certa conduta lesionou ou não um bem jurídico, ou melhor, atentou ou não contra a moral social.

Cumprir registrar que essa influência da moral subjetiva do magistrado, tornar-se mais visível quando da aplicação da pena prevista no artigo 217-A do Código Penal, fazendo às vezes de legislador, com base em um princípio constitucional às avessas. A proporcionalidade aventada é aquela calcada na subjetividade e conhecimento vivenciado pelo próprio jurista, quando da fundamentação de sua sentença, nela ele analisa se o caso merece ou não ser visto como estupro ou contravenção, e não a proporcionalidade voltada à proteção do bem jurídico prejudicado.

É importante destacar que o princípio da proporcionalidade, com sua finalidade de resguardar o direito mais importante em conflito, é uma garantia constitucional e deve, como tal, ser respeitada. Entretanto, a sua utilização como forma de desafogar os anseios e dúvidas íntimas do aplicador da lei, vêm sendo matéria corriqueira nos tribunais, posto que, ao se analisar vários julgados, observa-se a aplicação do tipo penal de forma divergente, a depender do julgador. De maneira crítica, pode-se aferir que, caso um suposto abusador pratique atos libidinosos contra uma menor de 14 anos, no Estado de Minas Gerais, poderá a ele ser aplicada a pena de multa prevista na Lei de Contravenções Penais; todavia, quando praticada a mesma conduta, agora do Estado do Rio Grande do Norte, a pena aplicada será a prevista no artigo 217-A do Código Penal.

Ignorar essa problemática jurídica, não só atenta contra a liberdade sexual (bem a ser protegido pelo Estado), como também feri o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a vítima, representada por seus responsáveis, procura o Estado (em suas esferas coercitivas) para ver punido o seu abusador e que outras pessoas não sejam vítimas do mesmo crime, na medida em que a legislação afirma que será apenado com reclusão àquele que pratica atos libidinosos à força ou valendo-se da vulnerabilidade da vítima e a este é aplicada uma contravenção penal, visto que o julgador, partindo de seu convencimento

estritamente subjetivo, entende que a conduta praticada não gerou maiores prejuízo, não podendo ser o réu condenado à pena que ele entende muito gravosa, apesar da vítima demonstrar claramente os prejuízos impostos ao seus direitos.

Dessa situação atual, após uma análise detida, à luz da Constituição Federal e seus princípios, pode-se concluir pela hipótese de relativização de um direito em detrimento do outro, às avessas, pois, o princípio da proporcionalidade resguarda a ideia de que o interesse público está ligado aos aspectos da adequação e da necessidade, em que, a proporcionalidade deve agir de forma a fazer com que o fim da norma, no caso em estudo o resguardo da liberdade e dignidade sexual da vítima em detrimento da liberdade (punição) do seu abusador.

Por fim, não há ainda um estudo detalhado sobre o tema. Apesar dos debates nos tribunais, esta insegurança estar longe de alcançar o seu fim. Partindo, pois, do método empírico, vê-se que os tribunais decidem ao seu bel prazer, portanto há a necessidade de resolução da problemática, partindo deste pré-questionamento.

Nucci (um dos defensores da tese aqui aventada), apoia a possibilidade de criação de um novo tipo penal intermediário, com fito de acabar a insegurança jurídica nas decisões dos magistrados, com base na necessidade e adequação predisposta no princípio da proporcionalidade.

O que se observa é a criação de um anteprojeto, ainda por ser votado no Senado Federal, que separa os tipos de atos libidinosos em vários tipos penais, eleita sua gravidade de acordo com a invasão ao corpo do outro, ou seja, o “ato sexual vaginal, anal e oral” praticado contra a vítima será punidos mais gravosamente a depender de sua idade e discernimento; enquanto os demais atos praticados para satisfação da lascívia estão divididos em vários tipos penais, na tentativa de abarcar as demais possibilidades de abuso. Todavia, o legislador mais uma vez esqueceu os crimes de pornografia infantil virtual, deixando para o Estatuto da Criança e do Adolescente discipliná-lo.

Portanto, o novo tipo penal partiria da criação de um tipo que abarcaria àquela conduta mais gravosa, que uma contravenção penal, e menos prejudicial aos tipos previstos como estupro e estupro de vulnerável, faz-se surgir a ideia de estupro privilegiado. Pois da forma que se encontra o panorama atual, o crime é uma ofensa real ao direito tutelado e não será com a desclassificação do tipo estupro ou estupro de vulnerável para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, que se estará protegendo um direito que foi violado, mas

gerando a sensação de injustiça ao meio social, em detrimento do subjetivismo do aplicador da norma.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. Campinas, SP: LZM, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: umas perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

ESTEFAM, André. **Crimes Sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; Rassi, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. Disponível em: <rogeriogreco.com.br>. Acesso em: 28 jul. 2013.

_____. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira L. Andrade (Org). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. **Código Penal Interpretado**. São Paulo, Ed. Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General** – tomo I. Traduci[on de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Direito Penal Supraindividual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos e Garantias Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2.ed.São Paulo:RT,2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva,2008.

TRINDADE, Jorge; Breier, Ricardo. **Pedofilia – aspectos psicológicos e penais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANTEPROJETO ao Novo Código Penal Disponível em:
<http://reformadocodigopenal1.blogspot.com.br>>. Acesso em: 27 ago. 2013, às 10:00.

DECLASSIFICAÇÃO para Importunação Ofensiva Disponível em: <<http://tj-go.jusbrasil.com.br/noticias/2568312/juiza-desclassifica-acusacao-de-estupro-e-condena-homem-de-70-anos-por-importunacao-ofensiva-ao-pudor>>. Acesso em: 16 fev. 2011, às 19:00.