

Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena

THE NEED FOR AN INTERMEDIATE TYPE IN THE CRIME OF RAPE IN FRONT OF THE PENALTY'S DISPROPORTIONALITY

* Andressa Silveira Tanferri

** Rozane da Rosa Cachapuz

Resumo: O artigo versa de forma crítica sobre a desproporcionalidade da pena mínima cominada ao crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro, quando aplicado a condutas que causam menor lesão ao bem jurídico da vítima. A temática abrange a necessidade da criação de um tipo penal intermediário que supra a lacuna legal existente e seja viável para punir as condutas menos gravosas, sem que isso viole os princípios fundamentais inerentes tanto ao autor quanto à vítima do crime. Expõem-se, para tanto, os contornos conceituais, a análise do bem jurídico protegido e da figura típica abarcada pelo delito, os princípios aplicáveis à espécie, os motivos que tornam insuficiente a norma penal existente, bem como a aplicação prática das alternativas jurisprudenciais criadas para diminuir a desproporção.

Palavras-chave: Estupro; Ato Libidinoso; Proporcionalidade; Tipo penal intermediário.

Abstract: The article critically talks about the disproportionality of the minimum penalty on the crime of rape, which is in the art. 213 of the Brazilian Penal Code, when this applied to conduct that cause less damage to the well of the victim. The theme includes the need of creating a criminal type that fill the legal gap and be feasible to penalize the less serious conduct, without this violates the fundamental principles inherent to both, the author and the victim of the crime. This study exposes, thus, conceptual boundaries, it analyzes the protected legal well and the typical figure covered by this crime, the principles applicable to the species, the reasons that make insufficient the existing criminal law, as well as the practical application of legal alternatives designed to reduce the disproportion.

Keywords: Rape; Lewd acts; Proportionality; Intermediary Criminal type.

* Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professora de Direito Penal e Criminologia na Universidade Norte do Paraná – Unopar. Advogada. E-mail: andressatanferri@gmail.com

** Mestre em Direito Negocial, nas áreas de Civil e Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (1998) e Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora da Universidade Estadual de Londrina; Universidade do Norte do Paraná. E-mail: rozane_cachapuz@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual protegem a liberdade sexual do ser humano, punindo as condutas que atentem contra esse alvedrio de escolha, causando ofensa ao bem jurídico tutelado.

Embora a sanção penal possua um caráter concomitantemente preventivo e repressivo, com vistas a assegurar o bem estar da sociedade, não deve ir além nem ficar aquém do indispensável à proteção do valor constitucional que busca resguardar.

Nesse desiderato, a pena deve ser aquela suficiente para a repressão e prevenção do delito, graduada de acordo com a gravidade do fato praticado e tendo em mira a importância do bem protegido e a efetiva lesão que a conduta vedada acarreta ao titular do direito atingido.

Todavia, tais parâmetros que podem ser consubstanciados nos princípios constitucionais da proporcionalidade, lesividade, entre outros, aparentemente não foram observados pelo legislador ao fixar um elevado patamar à pena mínima do delito de estupro.

Além disso, a ausência da taxatividade e a ampla possibilidade de condutas passíveis de subsunção ao modelo previsto no tipo intensifica ainda mais tal desproporcionalidade, engessando juízes e tribunais na individualização da reprimenda a partir da ação apurada e lesividade do bem jurídico.

Partindo destas ponderações, o intuito do corrente trabalho é demonstrar que não existe, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, uma lei que tipifique e penalize de forma justa e proporcional os atos libidinosos entendidos pela própria sociedade como de menor ofensividade.

Para tanto, primeiramente, serão tecidas considerações acerca do bem jurídico protegido pelo delito de estupro, assim como será realizada uma breve explanação acerca das mudanças trazidas pela Lei 12.015/09 que alterou substancialmente a figura típica do delito, aglutinando duas condutas antes tipificadas separadamente, quais sejam, o estupro propriamente dito e o atentado violento ao pudor.

Em meio a esta análise será apresentada a problemática do presente trabalho, que gira em torno do enquadramento de todo e qualquer ato libidinoso dentro do conceito de estupro, o que torna, para as condutas ilícitas mais brandas, desproporcional a pena aplicada se comparada ao bem jurídico lesionado.

Em um segundo momento, far-se-á uma análise dos princípios fundamentais do direito penal que devem ser utilizados tanto na elaboração de

tipos penais, quanto na aplicação prática dos mesmos, os quais poderão auxiliar os magistrados a abrandar, ainda que de modo paliativo, a desproporcionalidade existente.

Posteriormente, serão apresentados os principais pontos do impasse legislativo, assim como expostas as alternativas práticas adotadas pela jurisprudência, a fim de contornar a lacuna legal existente, demonstrando, por meio de casos práticos, como tais vicissitudes vêm sendo aplicadas.

Por derradeiro, diante de toda problemática exposta, será analisada a solução para a controvérsia, qual seja, a criação *de lege ferenda*, do tipo penal intermediário capaz de abranger as condutas marginalizadas dos tipos penais atualmente em vigor, fazendo menção ao projeto de lei do Senado Federal já tramitando neste sentido.

1 OBJETIVIDADE JURÍDICA

Preambularmente, antes de adentrar no cerne do presente estudo, mister esclarecer os contornos acerca do bem jurídico tutelado pelos crimes contra a dignidade sexual, em especial a proteção conferida à liberdade sexual do indivíduo e as nuances do tipo objetivo do crime de estupro.

É cediço que o fim precípuo do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos imprescindíveis ao indivíduo e à sociedade, norteados pelos princípios da dignidade humana; lesividade; razoabilidade; humanidade; intervenção mínima; entre outros.

A noção de bem jurídico nasce das necessidades do homem no decorrer das experiências da vida, onde o legislador capta a axiologia social e transforma o interesse em objeto tutelado penalmente.

Na doutrina nacional temos que bens jurídicos são vistos como valores ético-sociais que o direito penal elege, com o fim de amparar a paz social, e coibir lesão ou ameaça de perigo que possa ofender tais bens.

Roxin (1999, p. 27) preceitua que bens jurídicos “são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, que toda gente conhece que o Estado Social deve proteger penalmente”.

Em suma, o bem jurídico penal é constituído do interesse relevante presente, merecedor de proteção estatal na órbita criminal, respeitada a função do Direito Penal como *ultima ratio* (NUCCI, 2012).

Em se tratando dos crimes previstos no Título VI do Código Penal, tem-se que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual em sentido amplo (inclusive

sua integridade e autonomia sexual), que tem direito pleno à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual.

Com efeito, busca-se garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual, que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções.

Com o advento da Lei 12.015/2009, ocorreram relevantes mudanças no tocante à evolução do bem jurídico dignidade sexual, a Lei operou reformas ao Título VI da Parte Especial do Código Penal, visando adequar as normas penais às transformações dos 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.

Na nova abordagem dos crimes sexuais se reconheceu a primazia do desenvolvimento sadio da sexualidade e do exercício da liberdade sexual como bens merecedores de proteção penal, por serem aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

Nesse sentido se norteou a reforma de vários tipos penais, conforme destaca Mirabete (2010, p. 384):

[...] buscou-se um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais; buscou-se intensificar, pela disciplina em capítulo específico, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos, contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam sobre a sua personalidade ainda em formação, estendendo-se essa especial proteção a outras pessoas particularmente vulneráveis em decorrência de outras causas como a enfermidade ou deficiência mental; ampliou-se a repressão a outras formas de exploração sexual além da prostituição etc.

Cumprido destacar que:

[...] a tutela penal trazida pela lei no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena. Para essas situações, não se poderia pretender a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com violência ou grave ameaça (NUCCI, 2012, p. 97).

Anote-se, também, que a Lei n. 12.015/2009 abandonou o sistema de presunções de violência, que tantas controvérsias geravam, e estabeleceu objetivamente como crime o ato de manter relacionamento sexual com uma das pessoas vulneráveis elencadas no art. 217-A¹ do Código Penal (GONÇAVES, 2011).

No delito de estupro previsto no caput do art. 313² do CP, é imprescindível que exista um patente dissenso da vítima caracterizado pela resistência aos atos praticados pelo autor, sendo a violência ou grave ameaça utilizada para suprimir a liberdade sexual da mesma.

Cumpre ressaltar que tal resistência não precisa ser física ou heroica, bastando que a vítima exprima de qualquer forma sua relutância ou ausência de consentimento para o agente.

Entrementes, este elemento não é necessário quando se trata do estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do mesmo *códex*, sendo que, ainda que presente o consentimento da vítima, este não será válido e restará caracterizado o crime de estupro.

A nova redação do dispositivo não deixa qualquer margem de dúvida no sentido de que se quis afastar o entendimento jurisprudencial que vinha prevalecendo de que a presunção de violência era relativa e considerar, objetivamente, como crime de estupro de vulnerável a conjunção carnal ou a prática de qualquer outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, doente mental, ou que não possa oferecer resistência (GONÇALVES, 2011).

Assim, a nova disciplina trazida pela Lei 12.015/09 além de modificar substancialmente as figuras típicas, também ampliou a salvaguarda ao bem jurídico dignidade sexual.

2 ELEMENTO NORMATIVO – ATO LIBIDINOSO

Antes de se enveredar especificamente à temática da desproporcionalidade relacionada à pena do crime de estupro, urge serem feitas considerações sobre as condutas abarcadas pelo tipo penal.

¹ 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. (GONÇALVES, 2011, p. 336).

² 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. [...] (GONÇALVES, 2011, p. 336).

A conduta típica do crime de estupro consiste em manter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso contra a vontade da vítima. A conjunção carnal configura-se com a cópula vagínica, já os atos libidinosos são todos os demais atos que possuem conotação sexual.

Com a alteração trazida pela Lei nº 12.015/2009, no que se refere ao delito de estupro, houve a junção de ambas as condutas (conjunção carnal e ato libidinoso) em um só tipo penal, tal crime passou a ser caracterizado como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, que é aquele que contém várias modalidades de conduta, qualquer uma delas suficiente por si só para a caracterização da prática do crime.

A conjunção carnal é de simples constatação, todavia, o ato libidinoso abrange grande variedade de condutas que, nem sempre, na prática, são fáceis de identificar. O renomado doutrinador Damásio De Jesus conceitua o ato libidinoso da seguinte forma:

Ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafio à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia (JESUS, 2011, p. 131).

Noronha (1999) com a profundidade costumeira, também apontava os contornos do ato considerado libidinoso:

Ato libidinoso ou ato de libidinagem é, via de regra, o inspirado pela concupiscência e destinado à satisfação do instinto sexual, em suas proteiformes manifestações.

De fato, a sensualidade manifesta-se sob as mais variadas formas, ao sabor da personalidade do agente, todas elas excitando e aguçando o apetite carnal ou proporcionando o gozo e saciando a paixão. Quando incidem sobre outra pessoa, atentam contra o pudor e atingem a liberdade sexual.

Entre os atos libidinosos, podem ser apontadas a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus*, o coito anal, *inter femora*, a masturbação, os toques e apalpadelas do pudendo, dos membros inferiores, a contemplação lasciva, os contatos voluptuosos etc. (NORONHA, 1999, p. 90).

Em que pese o ato libidinoso ser considerado todo aquele com finalidade sexual diverso da conjunção carnal, cumpre destacar a grande celeuma existente em relação aos atos libidinosos considerados “mais leves” e que comparados com atos extremamente ofensivos, tais como o coito anal, sexo oral, não seriam tão lesivos ao bem jurídico dignidade sexual.

Ao aglutinar num mesmo tipo penal o estupro propriamente dito e o vetusto atentado violento ao pudor, com fins em ampliar a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal, o legislador deixou para o aplicador da norma a árdua missão de definir quais os atos constitutivos do atentado violento ao pudor seriam passíveis de receberem a elevada pena prevista ao crime de estupro.

Isto porque o próprio tipo legal foi omissivo na diferenciação de tais atos, sendo que a pena aplicada em abstrato aos atos avaliados como de gravíssima lesão ao bem jurídico e ofensividade ao direito da vítima são punidos com a mesma pena daqueles cuja reprovabilidade é notavelmente inferior.

Mesmo antes das alterações legislativas de 2009, a doutrina criticava a desproporcionalidade de se prever pena igual para comportamentos que atingem de forma muito diversa o bem jurídico tutelado. Bitencourt (2008) examinando o revogado crime de atentado violento ao pudor, porém com precisa lição que se aplica, com toda atualidade, ao fato do estupro, anotava que:

A diferença entre o *desvalor* e a gravidade entre *sexo anal* e *oral* e os demais *atos libidinosos* é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beira as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61 (LCP). **Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico** (BITENCOURT, 2008, p. 9, grifo nosso).

Da mesma forma, Delmanto et al. (2010 apud FAYET, 2011) criticava a ausência de graduação entre os mais variados atos libidinosos, colocando todos os comportamentos sexuais sob a esfera de proteção de um único tipo penal:

Nesse passo, aderimos à crítica lançada por Delmanto, há tempos, no sentido de o legislador não ter estabelecido, ‘quando ao conceito de ato libidinoso,

uma graduação e conseqüente apenação diferenciada dos diversos tipos de atos, punindo com as mesmas severas penas, por exemplo, um gravíssimo sexo anal e um toque em regiões íntimas', restando a magistrado, e dependendo do seu bom-senso, avaliar uma possível desclassificação para outra conduta criminosa, tal como paras lesões corporais, a ameaça, o constrangimento ilegal etc., ou para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor, de perturbação da tranquilidade etc, ou mesmo declarar o ato atípico. Dessarte, entendemos que condutas mais leves como apalpadelas, beijos ou contemplação lascivos e outras menos ofensivas à dignidade sexual, devem ser enquadradas como constrangimento ilegal ou como contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (FAYET, 2011, p. 58).

O próprio Noronha (1999) apontava claro desnível entre os mais variados atos libidinosos, o que importaria no escalonamento das sanções consoante a gravidade da ofensa, notadamente com relação aos coitos:

Os atos libidinosos obedecem a uma escala de diferentes graus de luxúria e devassidão. É a hierarquia da volúpia, indo desde os meros toques e tateios até os coitos anormais, todos importando diversos danos e justificando que, como dissemos no estupro, alguns deles – as cópulas anal e oral – deveriam constituir crimes mais graves (NORONHA, 1999, p. 91).

Assim, mesmo antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, a doutrina reafirmava a necessidade de adequação entre a conduta e a sanção prevista, o que, infelizmente, não foi corrigido pela mencionada lei.

De se destacar que uma lei como esta, quando é editada, representa tão somente uma previsão abstrata, cuja verificação de pertinência só poderá ser realizada com o decurso do tempo, porquanto sua aplicação concreta pode revelar que, ao se elaborar dita lei, deixou-se de considerar questões de implicação prática direta que vão resultar em inadequação aos fins por ela pretendidos e à própria finalidade da pena.

No caso sob exame, a pretendida proteção sobre a incolumidade sexual parece ter obnubilado a constatação de que há variados graus de ofensa a tal bem jurídico, que não podem ser apenados de igual modo, com sanções elevadíssimas e permeadas pelas regras atinentes aos crimes hediondos.

Desse modo, o exame do conteúdo do tipo de estupro, tanto na modalidade simples, como no estupro de vulnerável, deve se submeter aos princípios básicos do direito penal, de tal forma que se possa considerar a

previsão de pena estipulada pelo legislador realmente adequada e, portanto, passível de aplicação concreta.

3 PRINCÍPIOS QUE PODEM SOLUCIONAR A APLICAÇÃO JUSTA DA NORMA PENAL

Inserida a problemática que circunda a sanção do crime de estupro, neste capítulo serão analisadas as diretrizes principiológicas que poderão auxiliar o juiz na solução do caso concreto.

Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado em duas fases distintas com relação à norma penal. Inicialmente, faz-se mister que o legislador aplique este princípio no processo de criação do tipo incriminador, especialmente no que concerne à cominação das sanções penais. Em um segundo momento, cabe ao magistrado aplicar a norma proporcionalmente ao caso concreto.

Fazendo uso da expressão cunhada por Dotti (2002, p. 64) a proporcionalidade é “uma *exigência de dupla face*”, ou seja, ao passo que deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; também deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito.

Não raro, é possível se observar diversas demonstrações de desproporcionalidade nas penas previstas no Código Penal Brasileiro, principalmente quando se compara um delito em relação a outro.

Quando isso ocorre, o legislador brasileiro costuma pecar pelos extremos, sendo comum observar uma infração penal que recebe a cominação de pena altíssima de forma desnecessária, ao passo que, em outras situações, perde a oportunidade de reprimir com maior rigor algumas condutas merecedoras de penas mais elevadas (FAVORETTO, 2012, p. 168).

O juiz, por sua vez, ao aplicar a norma penal, deve aferir a sua razoabilidade, observando limites impostos pelo princípio da proporcionalidade. Ou seja, apesar de formalmente legítima, a norma penal incriminadora pode não ser constitucionalmente válida, justamente por não ser razoável. Luiz Flávio Gomes esclarece que:

A lei (ou qualquer outro ato normativo) deve ser elaborada não só consoante o devido procedimento legislativo (aspecto formal), senão sobretudo conforme o valor “justiça” (aspecto substancial). Uma lei (ou outro ato normativo qualquer) que não atenda a razoabilidade (*reasonableness*) é inconstitucional, por ferir a cláusula do *due of process*. E cabe ao Poder Judiciário, desde que foi concebido o *judicial review of legislation*, a tarefa de aferir a ‘justiça’ da lei (GOMES, 2001, p. 100).

Prossegue o mesmo autor reafirmando a possibilidade de que o Poder Judiciário reconheça a inconstitucionalidade de uma norma penal que seja arbitrária, por sancionar mais severamente determinado comportamento do que o aceitável, ferindo a razoabilidade que se espera dela:

Em primeiro plano, o que marca uma lei (ou qualquer outro ato jurídico) como arbitrário é o fato de restringir (ou atacar) a liberdade individual ou o direito de propriedade mais severamente do que o justifique o direito vigente. E todos os atos normativos a irracionais devem ser revistos e corrigidos pelo poder competente (GOMES, 2001, p. 101).

Destarte, o princípio da proporcionalidade pode, portanto, ser considerado como ponto de equilíbrio no momento da criação e da aplicação da norma, pois vai coibir a proteção insuficiente de determinado bem jurídico e ao mesmo tempo vai evitar o excesso punitivo, tal qual se constata na gradação das condutas de ato libidinoso referentes ao crime de estupro.

Proporcionalidade mínima de Zaffaroni

Na mesma toada, o princípio da proporcionalidade mínima, segundo os ensinamentos de Zaffaroni, roga que a pena não deve ser cominada para punir um fato insignificante, ou, quando não se trata de fato insignificante, a pena deve ser utilizada proporcionalmente para punir a lesão causada ao bem jurídico:

A criminalização alcança um limite de racionalidade intolerável quando o conflito sobre cuja base opera é de lesividade ínfima ou quando, não o sendo, a afetação de direitos nele envolvida é grosseiramente desproporcional à magnitude da lesividade do conflito (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 230).

Zaffaroni e Batista (2011) seguem ainda criticando o modo pelo qual o legislador pondera as penas, aplicando-as, por vezes, de modo desproporcional,

especialmente quando comparadas umas com as outras, sendo que bens jurídicos de maior relevância acabam sendo punidos de forma equiparada a lesões a bens considerados de menor relevância:

As teorias preventivas da pena induzem ao desconhecimento desse princípio porque as agências políticas, invocando indemonstráveis efeitos preventivos, atribuem a si mesmas a faculdade de estabelecer penas de modo arbitrário, ignorando qualquer hierarquia dos bens jurídicos afetados (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 231).

O princípio da proporcionalidade mínima implica, pois, a hierarquização das lesões, a fim de se estabelecer um nivelamento mínimo das penas vinculadas com o alcance da conduta criminalizada.

Portanto, tal princípio reafirma a desproporcionalidade da pena cominada para o crime estupro, no que atine especificamente aos atos libidinosos mais brandos, com a lesão que eles efetivamente causam.

Lesividade ou Ofensividade

“A aplicação do princípio da lesividade ou ofensividade decorre de uma das funções do bem jurídico, qual seja, a de estabelecer garantias ou limites para o exercício do direito de punir do Estado.” (BIANCHINI, 2002, p. 54).

De acordo com o princípio da lesividade, somente será criminalizada uma conduta, quando esta gerar ao menos perigo concreto e real de lesão a um determinado bem jurídico.

Conforme os ensinamentos de Roxin (1981, p. 25) acerca do tema “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral”.

Assim, com a aplicação deste princípio, nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo (DOTTI, 2002, p. 226).

A intervenção penal somente será necessária, pois, quando representar uma invasão na liberdade ou direito de outrem. Além disso, a reação ou reprimenda do Estado deve delimitar-se a certas formas de agressão, relevando aquelas de pouco valor, sempre respeitando as balizes da tolerância e racionalidade.

Outrossim, o princípio da lesividade, tal qual os outros princípios, não deve ser observado apenas pelo legislador, mas também pelo aplicador da norma incriminadora, que deverá se atentar, ante a ocorrência de um fato criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.

Outra não é a lição de Fayet (2011, p. 43):

Assim, o princípio da ofensividade pretende atuar em duas frentes: servir de orientação à atividade legislativa (para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes) e servir de critério interpretativo (constrangendo o intérprete a encontrar no caso concreto a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado).

Desse modo, aplicando este princípio ao crime de estupro, ora em estudo, o intérprete deverá analisar, na conduta formalmente objetiva, se o agente constrangeu alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se praticasse outro ato libidinoso. Em seguida, deve verificar se tal conduta (ainda que formalmente adequada ao tipo) lesiona o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, lesiona a liberdade sexual no âmbito da dignidade sexual do humano.

Taxatividade

O princípio da taxatividade da norma incriminadora é um consectário lógico do princípio da anterioridade penal, segundo o qual não existe crime ou pena sem lei anterior que os preveja.

A taxatividade exige da lei uma certeza jurídica, ou seja, este princípio demanda do legislador clareza no momento da elaboração da lei, a fim de evitar a elaboração de tipos abertos que acarretam insegurança jurídica.

Nesse sentido é o escólio de Dotti (2002, p. 60):

O princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o deve imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido.

Em seguida o referido autor apresenta um conceito de tipo penal aberto “[...] consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que

não contém a indicação da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo.” (DOTTI, 2002, p. 60).

Nesse íterim, é possível classificar o tipo penal de estupro como tipo penal aberto, no que concerne, em especial, à expressão ato libidinoso, vez que o legislador deixou para a doutrina e para o aplicador da norma definirem quais condutas se enquadrariam neste conceito.

A amplitude deste vocábulo permite a subsunção de um excepcional leque de condutas em sua locução. Consequentemente, o subjetivismo do intérprete adquire força em demasia, permitindo ilações valorativas, que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal (LOPES, 2012).

Logo, segundo Zaffaroni e Batista (2011) quando a norma deixa a desejar na conceituação ou taxatividade do tipo, haveria duas hipóteses para se solucionar o impasse:

Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a) declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplica o princípio da máxima taxatividade interpretativa (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 207).

A adoção de uma dessas soluções depende do grau de incerteza apresentado pela norma. Em casos mais extremos, ou de maior insegurança jurídica, poderia se declarar a inconstitucionalidade da norma. Contudo, quando o tipo penal aberto puder ser suprido por meio da interpretação, deve-se aplicar a máxima taxatividade interpretativa.

Coaduna-se, aqui, com o posicionamento de Zaffaroni e Batista (2011, p. 210), segundo o qual “as dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual *in dubio pro reo*”.

Nesse cariz, o conceito de ato libidinoso poderia ser interpretado à luz do princípio da taxatividade, segundo a qual as dúvidas seriam solucionadas da forma mais restritiva possível, para que não acarrete prejuízo indevido ao réu.

4 DE LEGE FERENDA: TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO

Em que pese os princípios supracitados auxiliarem o magistrado no momento da aplicação da norma, eles não são a solução para o problema da

desproporcionalidade da sanção cominada ao crime de estupro, vez que o legislador fica engessado pelos limites mínimo e máximo previstos da pena em abstrato.

A pena mínima prevista para o crime de estupro simples no caput do art. 213 é de 6 (seis) anos, ou seja, trata-se da mesma pena mínima cominada para o delito de homicídio.

É sabido que em muitos casos concretos o cometimento do delito de estupro é tão ou até mais censurável do que tirar a vida de uma pessoa, e, nessas hipóteses específicas, não se discute a proporcionalidade da pena prevista.

A grande questão gira em torno das condutas mais brandas, como o beijo lascivo, o toque lascivo, a exposição dos órgãos sexuais, e muitas outras, que, apesar de merecedoras de punição, configuram atos libidinosos segundo a legislação vigente, e, por conseguinte, serão apenados da mesma forma, sobretudo porque o dolo do agente era o de satisfazer sua concupiscência e lascívia.

O espectro punitivo da locução ato libidinoso sempre foi, e continua sendo, excessivamente amplo, possibilitando a subsunção de condutas que vão desde o beijo lascivo ao coito anal, apenando da mesma maneira ações cujos desvalores nem se comparam (SOUBHIA, 2013).

Nesse trilhar, é inconcebível a comparação de tais condutas com o ato de tirar a vida de alguém, bem jurídico maior protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. De outra forma, não há como deixar de aplicar uma punição, vez que estes atos são socialmente reprováveis e afrontam a liberdade sexual da vítima.

Assim é que, observa-se a presença de uma lacuna legislativa, ou seja, a falta de uma lei intermediária que possa punir de forma apropriada estes comportamentos que, *a priori*, não se enquadram adequadamente em nenhum tipo legal previsto.

Diante deste impasse e da imobilidade da norma penal, os juízes têm buscado alternativas a fim de abrandar a desproporcionalidade existente e aplicar, dentro das limitações legais, a punição mais adequada à conduta do agente.

Uma das alternativas utilizadas pelos aplicadores da norma é a desclassificação do crime de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo para a contravenção de perturbação da tranquilidade.³

³ Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis (BRASIL, 1941).

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena - prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis (BRASIL, 1941).

Partindo dessa opção jurisprudencial, vale destacar trechos do julgado proferido em sede de apelação criminal por Guilherme de Souza Nucci, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na qual este desclassifica a conduta do agente para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor:

[...] Dessa forma, verifico bem demonstrada a existência do fato e a autoria da conduta. Contudo, entendo mereçam os fatos definição jurídica diversa. Como é sabido, os tipos penais são hoje analisados sob dois prismas: o formal e o material. Nada obstante a conduta ora em análise possa enquadrar-se, formalmente, ao art. 214 c. c. art. 224, a, ambos do Código Penal (atual art. 217-A), a conduta do apelante não alcançou o grau de lesividade e reprovabilidade necessários para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável.

A elementar ato libidinoso deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, sendo entendida como a conduta que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da vítima. Não basta se sinta a vítima incomodada ou desrespeitada; é preciso se sinta agredida em sua intimidade e liberdade.

No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalpamento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima.

Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual.

Por outro lado, **carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo* [...]**⁴ (SÃO PAULO, 2012, p. 3, grifo nosso).

Em uma linha similar de raciocínio é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que desclassifica a conduta do agente, inicialmente classificada como atentado violento ao pudor, para a contravenção de perturbação da tranquilidade⁵:

⁴ Atentado violento ao pudor. Falta de provas. Não ocorrência. Seguros depoimentos testemunhais somados à avaliação psicossocial da vítima. Tipicidade material. Necessidade de desclassificação para importunação ofensiva ao pudor. Breve apalpamento. Ausência de lesão à liberdade sexual. Detração. Extinção da punibilidade. Apelo parcialmente provido (SÃO PAULO, 2012).

⁵ Nesse sentido é também o entendimento do Mato Grosso do Sul (2009), Distrito Federal (BRASIL, 2012) e Santa Catarina (2010).

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. A autoria restou demonstrada pela palavra firme da vítima, que narrou com bastante clareza as investidas do acusado. Ademais, uma das testemunhas presenciou o fato. Os atos perpetrados pelo denunciado, contudo, não se enquadram como atentado ao pudor, pois a sua conduta se limitou a passar as mãos nas partes íntimas da vítima por cima da roupa. Desclassificação para o delito de contravenção previsto no artigo 65 da Lei n.º 3.688/41. Pena substituída por restritiva [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

Apelação crime. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade: não é qualquer ato que constitui o antigo atentado violento ao pudor. Desclassificação para a contravenção de perturbação da tranqüilidade: imperiosa ante a prova incontroversa e a parca lesividade do agir demonstrado, muito aquém da necessária à configuração do delito de atentado violento ao pudor. Recurso defensivo provido em parte, com decretação da extinção da punibilidade pela prescrição (unânime) (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Faz-se mister salientar que, antes mesmo da reforma acarretada pela Lei 12.0115/09, parte da doutrina já possuía interpretação nesse sentido, como, por exemplo, Bittencourt (2008, p. 12):

A partir da lei dos Crimes Hediondos, em que pese a divergência, passar as mãos nas coxas, nádegas e seios da vítima, ou mesmo um abraço, configuram, a nosso juízo, a contravenção do art. 61 da lei especial. Essa interpretação é recomendada e autorizada pelo princípio da proporcionalidade, não se podendo ignorar o desnível que tais condutas apresentam em relação não só ao desvalor da ação como também em relação ao desvalor do resultado, comparadas com sexo anal ou oral, exigindo, por isso, menor severidade na sua repressão (proporcional).

Ocorre que, para que possa se adequar as normas contravencionais supramencionadas à conduta do agente sem ferir o princípio da legalidade, existem obstáculos a serem superados.

No tocante à importunação ofensiva ao pudor, o primeiro óbice reside na exigência legal de que o ato de importunar ocorra em lugar público ou acessível ao público, como ruas, praças, avenidas, rodovias, jardins, escolas, etc, ou seja, não será caracterizada a contravenção se o fato ocorre em local particular.

Além disso, o outro entrave consiste na eventual desproporcionalidade da sanção com relação à conduta do agente, vez que aquela seria aquém da responsabilização merecida pelo autor do delito. Isto porque a pena prevista para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41, comina tão somente pena de multa para o sujeito que incorre nas ações desse tipo legal.

Não obstante, a pena de multa fixada para tal contravenção, em regra, não será aplicada por já estar prescrita. Os processos que envolvem crimes contra a dignidade sexual não se findam brevemente, em razão da exigência de provas robustas para a comprovação do crime.

Assim, até que se conclua a instrução do processo e sobrevenha a decisão de desclassificação, muito possivelmente, será declarada a extinção da punibilidade do agente, já que a prescrição ocorre em apenas dois anos.

O mesmo problema ocorre com a contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n.º 3.688/41. Apesar do tipo não exigir a ocorrência da perturbação da tranquilidade em local público, comina uma pena muito baixa para o sujeito que incide em tal conduta (15 dias a 2 meses ou multa).

Desta forma, a baixa punição ou, na prática, a ausência dela, deixaria o bem jurídico da vítima deveras desprotegido, bem como não coibiria o agente de reiterar condutas análogas, e a pena perderia seu caráter preventivo.

Tais barreiras servem para corroborar o fato de que existe uma lacuna legal entre as contravenções penais acima delineadas e o crime de estupro, eis que aquelas não cumprem a função de proteger de forma suficiente o bem jurídico ofendido e este excede na punição aplicada.

Cumpre ressaltar que, apesar das tentativas dos Tribunais de Justiça de diversos estados, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não é cabível a desclassificação do estupro para uma contravenção penal, ainda que o ato libidinoso seja de menor grau:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE.

1. Este Tribunal já se manifestou no sentido de que os atos libidinosos comportam diferentes níveis de configuração, que podem englobar toques, contatos íntimos ou mesmo beijos lascivos.
2. A pretensão recursal de desclassificação não pode ser acolhida, uma vez que esta Corte tem entendimento consolidado sobre a tese em análise, atraindo a incidência do verbeta sumular n.º 83 desta Corte.
3. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2010a).

Outra saída encontrada pelo Poder Judiciário para sanar a deficiência da norma, é a aplicação do instituto da tentativa no crime de estupro quando decorrente de condutas menos gravosas.

Conforme já exposto, com a junção das condutas de conjunção carnal e ato libidinoso em um só tipo penal, a tentativa de estupro acaba restando de difícil configuração, vez que qualquer ato praticado contra a dignidade sexual da vítima, visando satisfazer a concupiscência e lascívia do agente, mesmo de menor grau, seria considerado ato libidinoso, ainda que segundo o *iter criminis* traçado pelo autor do crime, tal conduta configurasse mero ato preparatório para o intento final.

Todavia, em razão da desproporcionalidade evidente da norma penal em testilha, em casos de atos libidinosos mais leves, a jurisprudência, em especial o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem aplicado a tentativa, demudando a finalidade do instituto.

Assim sendo, mesmo que a conduta esteja consumada, de acordo com a legislação em vigor, em se tratando de lesões mais “superficiais” ao bem jurídico, tem se aplicado a diminuição prevista para o crime tentado, sob o argumento de que o instituto serviria como elemento regulador da desproporção punitiva existente, e teria a finalidade de sanar, ainda que temporariamente, a lacuna deixada pelo legislador.

Para melhor aclarar essa vicissitude jurisprudencial, cabe transcrever trechos de acórdão recente do Tribunal do Rio Grande do Sul que repisam esse entendimento⁶:

Ainda que merecedores de repressão penal, os atos praticados pelo acusado (apalpar de mamas) têm lesividade muito inferior à do estupro consumado, ou de qualquer das possibilidades mais graves de cometimento do atentado violento ao pudor (utilizando-me da revogada nomenclatura). A unificação dos delitos sob mesma denominação e a aplicação da nova pena, substancialmente elevada pela Lei 12.015/09, quer me parecer, deva atuar naqueles casos cuja conduta delituosa e consequências à vítima sejam equiparáveis, por exemplo, o coito vagínico e coito anal.

⁶ APELAÇÃO CRIMINAL. Crimes contra os costumes. Estupro de vulnerável. Condenação mantida. Tentativa reconhecida. Pena reduzida. Satisfação da lascívia mediante presença de menor. Condenação mantida. Autoria e materialidade comprovadas pelo conjunto probatório. Réu confesso. A palavra da vítima assume especial relevo nos crimes contra os costumes, mormente quando corroborada por outros elementos de prova como no caso dos autos. Condenação mantida. Tentativa reconhecida ao delito de estupro de vulnerável. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Assim, se o fato não guardar simetria com as formas mais graves de consumação do estupro, cuja pena mínima é, atualmente, de oito anos de reclusão, não se há de infligir ao infrator o pleno rigor da norma, quando sua conduta não se revestir da mesma gravidade. Assim não sendo, ferido o princípio da individualização da pena e o da proporcionalidade, este já elevado à categoria de princípio geral de direito.

E, neste ponto, a forma encontrada por este colegiado, e outros desta Corte, nos casos em que não houver qualquer modalidade de penetração corporal, é reconhecer, para estes casos, a forma tentada do delito. [...]

Para o enquadramento do fato no tipo do artigo 217-A do Código Penal, na modalidade consumada, em razão da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, imprescindível tenha ele gravidade equiparável à conjunção carnal forçada, pena de inadmissível abalo à isonomia, proporcionalidade e individualização da pena. Situações diversas exigem tratamento distinto pelo direito penal, na medida em que se diferenciarem, fundamentalmente na aplicação da pena (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Ocorre que, assim como a tese da desclassificação, esta alternativa de aplicação do instituto da tentativa já foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL - RECURSO ESPECIAL - ATENTADO VIOLENTE AO PUDOR - RÉU QUE MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA BEIJA MENOR DE 10 ANOS DE IDADE APALPANDO-LHE A GENITÁLIA - CRIME CONSUMADO - REGIME INICIAL FECHADO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1 - CONSUMA-SE O DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM A PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL, EXIGINDO A LEI O CONTATO FÍSICO COM O OFENDIDO, QUANDO PREVÊ AÇÃO DO AGENTE SOBRE A VÍTIMA. PRECEDENTES DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

2 - CONSIDERA-SE CONSUMADO O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, NÃO HAVENDO COMO SE RECONHECER A TENTATIVA, NA HIPÓTESE EM QUE O AUTOR, AGINDO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, DESFERE BEIJO NA BOCA DA VÍTIMA COM DEZ ANOS DE IDADE, APALPANDO-LHE A GENITÁLIA.

3 - EM FACE DA NOVA INTERPRETAÇÃO ATRIBUÍDA AO ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90, INCLUSIVE, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HÁ QUE SE FIXAR O REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, CONFORME, INCLUSIVE, REQUEREU O

DOUTO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, NO CASO CONCRETO.
4- RECURSO ESPECIAL PROVIDO (BRASIL, 2010B)

Contudo, mesmo com entendimento contrário ao SJT, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem mantido a aplicação da tentativa, rebatendo os argumentos apresentados pelo Superior Tribunal e justificando suas decisões na patente desproporcionalidade da pena:

Pela corrente interpretação, impor-se-ia a idêntica pena - de oito a quinze anos de reclusão - para quem praticasse o delito de conjunção carnal forçada, e para quem apenas forçadamente beijasse alguém, ou apalpassse as nádegas, mamas ou pênis de outrem. A desproporção é evidente!

[...]

Assim, mantendo-se em vista o princípio da proporcionalidade, obrigatoriamente há de se diferenciar o delito consumado daquele em que não houver introdução, seja do membro viril, dos dedos ou, ainda, de objetos fálcos, em quaisquer orifícios corporais da vítima. O corolário é o reconhecimento da forma tentada do “atentado violento ao pudor”, agora estupro, neste caso descrito na segunda parte do artigo 217-A do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Em interpretação consentânea com o STJ, parte da doutrina entende que não há violação aos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana a fixação da pena elevada pelo legislador, visto que a intenção do mesmo foi puramente resguardar o bem jurídico tutelado e refrear com maior severidade os delitos sexuais.

Seguindo esse posicionamento, discorre Capez (2012, p. 29):

De acordo com nosso entendimento, ainda que o delito comporte grande variedade em seu meio executório, podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal, configurada a hipótese prevista atualmente no art. 213 do CP, com a redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, não há falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos. Não se manifesta aqui, em nosso entender, a violação ao princípio da dignidade humana; ao contrário, é precisamente esse princípio que se defende ao punir-se com maior severidade tais modalidades de manifestações ou taras.

Em entendimento semelhante, Luiz Regis Prado esclarece que a proporcionalidade deve ser aferida quando da aplicação da pena, ou seja, que não há desproporcionalidade em considerar o beijo lascivo ou lingual como delito de estupro, desde que haja uma justa aplicação da sanção penal quando da condenação do agente coator:

De conformidade com a evolução doutrinária e legal, o tipo de injusto de estupro vem sendo definido de modo mais abarcante e completo, com o objetivo de propiciar também uma melhor diferenciação em relação a outros atos libidinosos de menor gravidade em obediência ao princípio da proporcionalidade. É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena (PRADO, 2011, p. 800).

Por fim, interessante ressaltar que há ainda uma corrente mais radical, porém minoritária, que prega que não só o delito em comento, mas diversos outros presentes na parte especial do Código Penal são merecedores de reforma, notadamente relacionada às sanções aplicadas, por serem estas inequivocadamente desproporcionais, em especial quando comparados os bens jurídicos protegidos em diversos tipos penais com penas similares.

Segundo este viés, apenas o advento de um novo diploma legal ou ao menos a reforma de todo o conteúdo da parte especial poderia solucionar a desproporcionalidade existente. Nesse sentido aduz Favoretto (2012, p. 168):

O referido problema só poderia ser satisfatoriamente solucionado por intermédio da elaboração de um novo Código Penal ou, ao menos, de uma Parte Especial reformulada em sua integralidade. Contudo, como a mencionada solução ainda não se mostra palpável, cumpre-nos analisar de forma crítica o sistema penal atualmente vigente.

De fato, a parte especial do Código Penal vigente apresenta diversas incongruências e desproporcionalidades, principalmente no tocante às penas cominadas para os tipos penais.

Todavia, tratando-se especificamente do delito em análise, são cabíveis algumas soluções para encerrar de plano com a desproporcionalidade aventada.

A principal delas consistiria na elaboração de um tipo penal intermediário, para sanar a lacuna existente entre as contravenções penais de importunação ao pudor e perturbação da tranquilidade e o crime de estupro.

Esse tipo penal já é, inclusive, objeto do projeto de Lei do Senado n. 656, de 2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, no qual a senadora pretende manter o artigo 213 do Código Penal, porém, modificando-o de modo a delimitar taxativamente os atos que constituiriam estupro e que mereceriam a penalidade elevada, quais sejam, a prática da conjunção carnal, o coito anal e a felação.

Além disso, o projeto visa incluir o artigo 213-A, no Código Penal, o qual trataria, isoladamente, do delito de atentado violento ao pudor, com pena sensivelmente reduzida (2 a 6 anos), passando, assim, a figurar como tipo penal intermediário. Segue a redação:

Art. 1º O art. 213 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, conjunção carnal, coito anal ou felação.
(NR)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos....”

Art. 2º Acrescente-se o seguinte art. 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal:

“Atentado violento ao pudor

Art. 213-A. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato libidinoso.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos (BRASIL, 2011).

Merece destaque, ainda, a justificativa inserida no projeto de lei para defender a aprovação da mudança, a qual traduz, objetivamente a problemática apresentada pelo presente estudo:

As mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tiveram o nobre objetivo de tornar mais rigorosa a punição dos crimes contra os costumes e a liberdade sexual, especialmente contra menores e vulneráveis.

Antes da edição da referida Lei, somente era tipificada como atentado violento ao pudor a prática de atos libidinosos análogos à conjunção carnal, como o coito anal ou a felação, por exemplo. Todos os demais atos libidinosos terminavam sendo considerados meras contravenções penais, com pena de

multa (importunação ofensiva ao pudor, art. 61 da Lei das Contravenções Penais).

A aglutinação do “atentado violento ao pudor” com o “estupro” visava, pois, evitar que a prática forçada de atos libidinosos não análogos à conjunção carnal fosse caracterizada como mera contravenção penal.

Ocorre que, contrariamente ao almejado, ao aglutinar em um só tipo penal os crimes de “estupro” e de “atentado violento ao pudor”, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, produziu o efeito imprevisto de aumentar a impunidade com relação a essas condutas.

Isso se deve ao fato de que, atualmente, ao se deparar com a denúncia de prática de ato libidinoso não análogo à conjunção carnal, o juiz se vê ainda mais inclinado a não aplicar a pena de estupro, que, de fato, demonstra-se excessiva para atos libidinosos sem penetração. Não havendo, portanto, tipo penal mais brando a ser aplicado, como seria o antigo “atentado violento ao pudor”, o magistrado termina por condenar o réu às penas previstas na Lei das Contravenções Penais, exatamente como se verificava anteriormente à edição da Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Portanto, o presente projeto pretende promover o desmembramento do tipo penal “estupro”, e a decorrente restituição do tipo penal ‘atentado violento ao pudor’, com modificações frente ao texto anterior a 2009. Com efeito, o presente projeto de lei propõe que todos os atos forçados de conjunção carnal ou análogos – que antes de 2009 eram tratados como atentado violento ao pudor – sejam considerados “estupro”, e que os atos libidinosos não análogos a conjunção carnal – que antes de 2009 eram tratados como contravenção penal – sejam considerados “atentado violento ao pudor” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

O referido projeto foi aprovado pela Subcomissão Permanente de Segurança Pública e encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça no ano de 2012, a fim de que fosse dado prosseguimento à tramitação, onde permanece até a presente data, sem previsão de votação.

Deste modo, a implementação deste tipo penal intermediário passaria punir de forma justa e proporcional as condutas que violam a dignidade sexual em grau inferior e que, até então, não foram levadas em consideração pelo legislador.

Ademais, o tipo penal vindouro desoneraria o juiz da análise criteriosa que necessita fazer atualmente, para decidir se o agente deve ser submetido às sanções elevadas do art. 213 do Código Penal ou deve ser isento de punição que é, na prática, o que ocorre quando a infração é desclassificada para as contravenções penais já sopesadas.

De outro lado, este tipo penal intermediário ampliaria o grau de discricionariedade do magistrado, vez que este, se utilizando do bom senso e da avaliação casuística, poderia classificar a conduta do sujeito de forma proporcional à lesão causada, podendo aplicar a pena mínima prevista de 2 anos ou chegar até a pena máxima de 10 anos, que seria aplicada aos fatos que realmente clamarem pela severa sanção.

Ante todo o exposto, enquanto não é aprovada a lei que insere o tipo penal intermediário no Código Penal, deve o juiz, considerando a sistemática processual vigente, utilizar-se dos princípios acima delineados, quais sejam, proporcionalidade, lesividade e taxatividade, bem como das alternativas jurisprudenciais criadas, para punir a conduta do agente de acordo com o grau de ofensividade ao bem jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, constata-se que o legislador desconsiderou a realidade social e a multiplicidade de atos libidinosos passíveis de serem abarcados pelo crime de estupro, tornando, em determinadas situações, inadequada a tutela penal em face da identidade de tratamento para condutas sexualmente diversas.

Ademais, na reforma preconizada pela Lei n.º 12.015/2009, perdeu-se a chance de graduar as espécies de atos libidinosos, levando-se em consideração o grau de ofensa ao bem jurídico, de forma respeitar, sobretudo, os princípios da taxatividade e proporcionalidade.

Pertinente ressaltar que as soluções encontradas pela doutrina e jurisprudência nem sempre se pautam no melhor rigor técnico e acabam por gerar insegurança jurídica na redoma que abarca o crime de estupro, vez que a punição do agente pode variar de acordo com o Poder Judiciário de cada estado da federação, ou de cada magistrado em particular, sendo que a mesma conduta poderá, simultaneamente, ser punida como uma leve contravenção penal ou com a gravidade do crime de estupro, de tratamento hediondo.

Diante da evidente desproporcionalidade não é possível a imputação sem a filtragem dos princípios constitucionais, impondo-se ao operador do direito, ao menos até que o legislador cumpra o seu papel e edite um tipo penal intermediário ao crime de estupro, uma análise criteriosa a fim de se verificar, de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto, se o agente deve ou não ser submetido às sanções do art. 213 do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 20090910211378APR**. Apelante: S. F. S. Apelado: M.P.D.F.E.T. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Brasília, 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com/jurisprudencia/21532633/apr-apr-99355620098070009-df-0009935-5620098070009-tjdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. **Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 656 de 2011**. Dá nova redação ao artigo 213 e acrescenta o artigo 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103014>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 1.176.949**. Agravante: Elmar Enio Graffunder. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 11 de maio de 2010a. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/14346572/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1176949-sc-2009-0133208-2/inteiro-teor-14346573>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n 1.164.940**. Relator: Ministro Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, 7 de outubro de 2010b. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/17371292/recurso-especial-resp-1164940-rs-2009-0209707-1/inteiro-teor-17371293>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 3.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

LOPES, Luciano dos Santos. A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Burity, v. 8, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D1-02.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº MS 2009.005653-0**. Relatora: Desembargadora Marilza Lúcia Fortes. Campo Grande, 28 de julho de 2009. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com/jurisprudencia/7861869/apelacao-criminal-acr-5653-ms-2009005653-0/inteiro-teor-13324827>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 27 ed. São Paul: Atlas, 2010. v. 2.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 70039792825**. Apelante: V.S.P. Apelado: Ministério Público. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 19 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/21180296/apelacao-crime-acr-70039792825-rs-tjrs/inteiro-teor-21180297>>. Acesso em: 25 um. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 70037401650**. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 28 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com/diarios/10668746/pg-124-capital-2-grau-diario-de-justica-do-estado-do-rio-grande-do-sul-djrs-de-22-07-2010>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 70046084836**. Apelante: I. J. S. Apelado: Ministério Público. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Porto Alegre, 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com/jurisprudencia/21041044/apelacao-crime-acr-70046084836-rs-tjrs/inteiro-teor-21041045>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

ROXIN, Claus. **Iniciación AL derecho penal de hoy**. Tradução de Munhoz Conde e Luzón Peña. Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº ACR483669SC2010.048366-9**. Relator: Alexandre D'Ivanenko. Chapecó, 29 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com/jurisprudencia/17034033/apelacao-criminal-acr-483669-sc-2010048366-9>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 990.10.102276-1**. Relator: Souza Nucci. São Paulo, 17 de abril de 2012. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/APL_54537920098260286_SP_1337379812876.pdf. Acesso em: 25 jun. 2013.

SOUBHIA, Fernando Antunes. **A proporcionalidade penal e o atentado violento ao pudor**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10565&revista_caderno=3>. Acesso em: 25 jun. 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**: I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Recebido em: 25/02/2015

Aprovado para publicação em: 09/04/2015

Como citar: TANFERRI, Andressa Silveira. CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena**. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.1, p.47-74, jan./abr.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n1p47.