

DA (DES) PROPORCIONALIDADE DA PENA - ÊNFASE NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – UM OLHAR SOBRE A TUTELA (VIOLAÇÃO?) DO ESTADO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS¹.

Aluno da Graduação: Carla da Costa Gambogi.

Orientador: Prof. Me. Vitor Antonio Guazzelli Peruchin

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de contribuir para examinar a proporcionalidade dos quantitativos penais de condutas específicas nos crimes sexuais, do tipo de estupro com ênfase no estupro de vulnerável. Tratam dos aspectos do princípio da proporcionalidade, suas dimensões, relações com o direito penal, princípios constitucionais e Estado Democrático de direito. Descreve o momento da violação e a aplicação do princípio, no Legislativo e Judiciário e da possível violação a direitos. Coloca a desproporcionalidade dos quantitativos penais para determinadas condutas consideradas de menor gravidade – o beijo lascivo e toque de cunho sexual – demonstrando a posição jurisprudencial e no direito comparado. Pretende demonstrar conceitos do direito material penal do crime de estupro e sua relação ao princípio da proporcionalidade, discorrendo sobre aspectos legislativos da Lei 12.015/2009, assim como conceitos de ofensa ao bem jurídico, conduta (tentada e consumada) e das penas. Examina por fim, as consequências da violação à direitos, aspectos sociológicos relacionados, a pena como tempo. Apresenta o conceito e papel de política criminal e a aplicação Jurisprudencial do instituto da tentativa como solução a relativizar o rigor penal. Enfim, aborda as soluções e a postura do legislador. Este trabalho foi executado sob um prisma Constitucional penal demonstrando que o princípio da proporcionalidade é princípio constitucional de adequação tendo como cerne a “proibição de excesso” de adentrar nos direitos individuais do condenado, que tem direito a ser condenado na medida proporcional ao delito cometido, como um parâmetro de justiça e de justa medida.

Palavras-Chave: Princípio da Proporcionalidade. Estupro de Vulnerável. Penas. Violação á direito. Aplicação da Tentativa. Proibição de excesso.

¹ Banca examinadora: Prof. Me.Marcelo Machado Bertoluci e Prof. Me. Atilo Antonio Cerqueira.

1 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Ronald Dworkin² consagrou a relevância do valor do “princípio” dentro do ordenamento jurídico examinando os parâmetros de decisão que os juízes norte-americanos utilizavam na solução dos chamados “hard cases”, casos de difícil solução. O autor sistematizou uma nova leitura da valoração do princípio no conjunto do ordenamento jurídico com o mesmo status de norma jurídica.

O sentido de “valor” na aplicação do **princípio** faz nascer novo significado de ordenamento jurídico, a Constituição, um “**sistema aberto**” de regras e princípios com ênfase central na idéia de justiça e de realização de direitos fundamentais.³

A força do **princípio** no direito atual é de “aplicação da justiça”, ferramenta da efetivação em flexibilizar a “severidade” do modelo unicamente de “regras”: [...] **a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração do direito**[...] ⁴.

Relevante, que, o **princípio** como a **regra** são normas traduzidas em expressões deônticas de dever, permissão e proibição. A regra existe e exige o cumprimento do seu conteúdo fático. Ao contrário, no princípio, o seu caráter “*prima facie*” – não contém um mandamento definitivo, mas possibilidades de vir a ser então, “razões definitivas” nos casos onde a regra não pode ser aplicada.⁵

Então, o “peso de decisão” dos princípios no caso concreto é direção de normação jurídica – “pautas diretivas” – e sua força de convicção podem vir a justificar resoluções jurídicas, e ser a *ratio legis*. Assim, participam do sistema jurídico de interpretação reforçando a idéia de justiça, justa medida e equilíbrio⁶.

O princípio da proporcionalidade estabelece um modelo argumentativo e de crítica jurídico-política – inclusive em matéria penal.

Aristóteles⁷: [...] justiça realiza um certo **tipo de proporção** [...] **proporção é uma**” igualdade” de razões, ou a relação entre grandezas da mesma espécie[...]. e o

² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Taking rights seriously. p. 46-47.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 330.

⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 229, grifo nosso.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 85-87, 90, 106- 109.

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. De José Lamengo. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 577-579.

⁷ ARISTÓTELES. Da Justiça. In: ARISTÓTELES. **Obra jurídica**. São Paulo: Ícone, 1997. (Coleção fundamentos do Direito: Livro I (livro V de Ética e Nicômaco). p. 20-21, grifo nosso.

proporcional é [...] meio [...] o justo [...] é o proporcional[...] injusto [...]o que nega [...].

Em sentido “amplo” o **princípio da proporcionalidade** revela a “proibição de excesso” em todos os âmbitos dos poderes. Em sentido “estrito”, a representação de um “equilíbrio”, no qual os benefícios atingidos serão, então, superiores ao ônus⁸.

O Princípio da proporcionalidade, insito no Art. 5º inciso LIV da Constituição Federal, embora não explícito no texto da Constituição Brasileira, é valor constitucional vinculante na Carta Magna que define o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Assim, a sua própria existência, tem origem derivada deste, e gera efeitos que vinculam os poderes da República: executivo, legislativo e judiciário, que a ele devem se submeter em suas atribuições constitucionais⁹.

Relevante, o **princípio da Proporcionalidade** é “**garantia constitucional especial**” limitando a intervenção estatal e possibilitando um debate argumentativo de “cunho hermenêutico” de forma que esta seja adequada e de justa medida e visa a proteger direitos constitucionais fundamentais a exigir que eles tenham a máxima eficácia e otimização em relação aos demais direitos fundamentais concorrentes¹⁰.

Ampliado, o **princípio da proporcionalidade é princípio garantista material** – junto com o princípio da igualdade e humanidade – expressando os aspectos dos “fins gerais do direito”, onde especificamente no direito penal, surge como os fins de “garantia dos direitos do delinqüente”. Complementando, há-se afirmado, inclusive, que a sua utilização expressa uma “função social”, antes de ser garantia individual¹¹.

1.1 Função e as dimensões do Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade assume sua importância através da força jurídica objetiva e autônoma que atingiu os “direitos fundamentais” exigindo-os como filtragem constitucional, em todos os níveis, e nas leis infraconstitucionais, vindo a se chamar de “mais-valia jurídica”¹². Assim, os direitos fundamentais exigem do Estado

⁸ BRAGA, Valeschka S. B. **Princípio da proporcionalidade e razoabilidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 109.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p.47-48.

¹⁰ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 93.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. actual. Buenos Aires: Júlío César Faria, 2010. p. 412-413.

¹² LUÑO, Perez. **Los derechos fundamentales**. 6. ed. Madrid:Tecnos,1995. p.20-21.

um dever de tutela, expressa no “dever geral de efetivação” e “deveres de proteção” relativamente a estes direitos, em primeiro lugar, relativo ao legislador¹³.

Duas são as dimensões do **princípio da proporcionalidade**: a primeira é dispor critérios de constitucionalidade, enquanto a segunda é atuar no controle das medidas restritivas de direitos fundamentais e na violação a proibição do excesso Estatal em todos os âmbitos dos três poderes a vincular os diversos órgãos estatais: o legislador, a Administração e o Poder Judiciário¹⁴.

A função do princípio é trazer clareza e segurança jurídica na aplicação do conjunto de valores do ordenamento jurídico, unificando-as, através da exclusão de quaisquer contradições valorativas¹⁵.

Dessume-se amplas as funções do **princípio da proporcionalidade** e parte da seguinte análise: a) das possibilidades da medida como a menos restritiva aos direitos envolvidos para atingir seu fim, b) verificar se a finalidade pública justifica tamanha restrição. Ademais, há a exigência de uma relação de causalidade e o “meio” empregado e o “fim” buscado¹⁶.

1.2 Princípio da Proporcionalidade -Direito Penal - Estado Democrático de Direito

A visão do direito penal contemporâneo é a que considera a relação axiológico-normativa existente entre a Constituição Federal e o Direito. A este respeito, ousa-se dizer que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado como um princípio jurídico constitucional vinculante¹⁷.

¹³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. (da 20. ed. alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 278-279).

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito penal: breves notas a respeito dos Limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal: a necessidade e permanente busca da superação dos “fundamentos hermenêuticos”. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 37-74, 2008. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF>>. Acesso em: 10 mar. 2012. p. 57.

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. De José Lamengo. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 531, 532, grifo nosso.

¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p.162.

¹⁷ NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. de Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 205-232, mar./abr. 2008. p. 210.

Uma tríplice relação se forma no direito Penal contemporâneo – a legitimidade do *ius puniendi* estatal; a proibição de excesso na punição e a obrigação de penalizar, prevista constitucionalmente. Preconizando, ainda, ser a *ultima ratio*.¹⁸

Então, a eficiência jurídico-penal do **princípio da proporcionalidade** residirá na potência argumentativa constitucional com força para impor uma limitação do direito penal abusivo. Expressa um modelo argumentativo com cunho crítico jurídico-político em relação a qualquer regulamentação penal, se já concebida ou não¹⁹.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade, em matéria penal, não tem força de criar a lei penal incriminadora por si só, é norma de cunho valorativo, tendo o papel de gerar normas penais válidas e de amenizador do rigor da lei existente²⁰.

Entendemos, para que haja eficácia ampla do **princípio da proporcionalidade**, o direito penal não deve ser um sistema rígido de proteção de bens jurídicos. Assim, ponderar o emaranhado de “interesses” causadores de tensão – a vítima (proteção), o acusado (liberdade) e a comunidade (prevenção/segurança jurídica), pois absolutizando um destes interesses para criar o direito perde-se a autêntica teleologia da lei penal como magna Carta do delinqüente²¹.

O **Estado Constitucional de Direito** culmina do papel central assumido pela Constituição Federal. Afirma-se que, o neoconstitucionalismo é a: “dúplice sujeição do Direito sobre o Direito”²². É um Estado que tem o foco a pretensão profunda e progressiva de transformação, implementar níveis de “igualdades e liberdades”²³.

São dois os subprincípios do **princípio da proporcionalidade** a serem empregados como critérios no controle dos meios legislativos: **a adequação** (*Geeignetheit*) e a **necessidade** (*Notwendigkeit*) Ainda, o terceiro critério é o da

¹⁸ FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre Lima (Coord.). **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229. p. 213.

¹⁹ NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. de Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 205-232, mar./abr. 2008. p. 216-217, 227.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MOLINA, Antonio García-Pablos de (Coord.). **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2. p. 46.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. 2. ed. ampl. actual. Buenos Aires: Júlío César Faria, 2010. p. 305.

²² FELDENS, Luciano. A conformação constitucional do direito penal. In: WUNDERLICH, Alexandre Lima (Coord.). **Política criminal contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229. p. 207, 229.

²³ STRECK, Lênio Luiz. **Heremênutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37, , grifo nosso.

razoabilidade–exigibilidade ou justa medida – também chamada de **proporcionalidade em sentido estrito**, sendo uma criação jurisprudencial²⁴.

Vejam, pois:

A **adequação** examina se as medidas são aptas para atingir o objetivo pretendido. Uma medida é apta quando: a tutela jurídico-penal não for constitucionalmente ilegítima e o bem jurídico for constitucionalmente protegido e socialmente relevante. Adequação tem relação com “idoneidade”, assim, a medida legislativa deve ser idônea para a realização do interesse público e o controle da adequada “medida meio-fim” aplicada como proteção ao bem jurídico²⁵.

A **necessidade** examina se o meio utilizado é o meio menos gravoso e eficaz, ou seja, o meio menos restritivo aos direitos fundamentais.²⁶ A necessidade tem relação com a exigibilidade, entendida como: um meio necessário (exigível) e único eficaz para atingir o fim de proteção proposto, onde o legislador não poderia ter optado por um outro meio distinto, igualmente eficaz.

A **proporcionalidade em sentido estrito** examina o juízo negativo de excesso – se a conduta comparada com a sanção prevista penalmente possa ser ínfima ou sem significância penal para gerar ofensividade ao bem jurídico tutelado.

Na **proibição de excesso** há o questionamento da legitimidade da ação estatal em confronto com a medida específica (precisamente aquela que foi adotada). Examinar a justificativa da decisão legislativa, para que se realizasse o dever estatal de proteção e preservação aos direitos fundamentais²⁷.

Ao contrário, a **proibição de proteção deficiente** é a proibição constitucional de que o Estado preste através do ordenamento jurídico uma tutela de proteção abaixo de uma exigência mínima de proteção a certos direitos fundamentais²⁸.

²⁴ SCHOLLER, Heirich. O princípio da proporcionalidade do direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público**: revista bimestral de direito público. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 93-99, abr. 1999. p.99.

²⁵ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83, grifo nosso.

²⁶ PIETROTH/SCHLINK, Grundrechte:Staatsrecht II. Heidelberg: C.F. Müller, 1995. apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50, grifo nosso.

²⁷ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 84-85, 86-87.

²⁸ FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 90-91, 93.

2 DO MOMENTO DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE- DA POSSÍVEL (DES)PROPORCIONALIDADE – VIOLAÇÃO Á DIREITOS

Há dois momentos distintos em que se faz necessário atuar à vinculação ao princípio da proporcionalidade. O primeiro diz respeito ao legislativo, isto é, a criação da lei – “*proporcionalidade lato sensu*” no exame de admissibilidade da intervenção jurídico-penal. O segundo diz respeito ao Judiciário – “*proporcionalidade estrito sensu*”, incumbido que é de aplicar a lei. Então, a inobservância a este gerará a desproporcionalidade. Verificaremos quais os direitos foram violados nas fases da criação e na aplicação da lei penal de estupro do Art. 213 e 217-A do código penal.

Elegemos a **Teoria da inefetividade** na construção das esferas públicas de **Luigi Ferrajoli**²⁹ trazendo o conceito de “inefetividade” – a **omissão legislativa** – significando o não cumprimento do Estado nos seus “deveres” de efetividade.

2.1 (Des)proporcionalidade -fase legislativa- Violação ao Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade é princípio constitucional que tem tríplice finalidade limitadora. Limite de criação de leis que criem tratamento abusivo ou arbitrário sem uma relação de **proporcionalidade** entre meios e finalidade perseguida, ou, entre a “finalidade” e os “efeitos” das medidas consideradas.

Assim, punir com equivalência e igualdade as condutas delituosas em Direito Penal significa aplicar as **penas proporcionais** à “gravidade da lesão” e da conduta causada ao bem jurídico tutelado³⁰. Ainda, o princípio da igualdade no âmbito penal, deve ser a medida do estritamente necessário dentro das escalas punitivas: de uma pena proporcional a gravidade da lesão vinculando a lei³¹.

Deste princípio infere-se que a lei tem o “dever” de possibilitar à autoridade pública aplicá-la de uma maneira igualitária, sem desconsiderar as devidas “diferenciações” existentes em cada caso.³²

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 113-117. Grifo nosso.

³⁰ A desigualdade na lei ocorre: a) a norma distingue de forma não razoável/ arbitrária um “tratamento” específico a pessoas diversas, ou um tratamento diverso a pessoas iguais; b) o intérprete, a autoridade pública aplica a lei de maneira igualitária desconsiderando as devidas “diferenciações” existentes. MORAES, Alexandre d. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31-32.

³¹ GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 153-154, grifo nosso.

³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31-32.

Desta forma, o tipo penal estupro traz a possibilidade de um “tratamento igual” em casos não idênticos e a violação à direitos constitucionais pela igual pena para todas as condutas contidas no tipo – traz a idéia de insegurança jurídica.³³

Entendemos que **a desproporção ocorre** no momento da criação da Lei 12.015/09 no art. 213 e 4217-A, pois que violou o **direito à Isonomia e da Igualdade material**. Esta desproporção cabe mais ao fato de tratar “igualmente” as situações “desiguais” e menos a unificação dos tipos penais ato libidinoso e estupro.

2.2 (Des)proporcionalidade - fase Judicial- Violação a individualização da pena

O Princípio da Individuação da Pena, Art. 5º, XLVI da Constituição Federal vincula-se ao princípio da proporcionalidade e representa – além da limitação estatal no *ius puniendi* – o direito constitucional do indivíduo de ser condenado somente **na proporcionalidade** daquele fato típico violado, sempre ressalvada a devida previsão legal. A “pena abstrata” cominada não poderá passar da pessoa do condenado à “pena concreta” e “justa”. É garantia constitucional e **“proporcionalidade em sentido restrito”** entre gravidade do delito e resposta penal proporcional.

Com base neste princípio, a pena deve ser individualizada nos planos legislativo, judiciário e executório, evitando-se a “padronização” da sanção penal.³⁴

A Jurisprudência das Câmaras Criminais do Estado sobre o tipo penal estupro do Código Penal: “A previsão legal de mesma punição[...]para todas as hipóteses **viola, efetivamente, o direito, a imperativa observância da individualização da pena** e particularmente **o princípio da proporcionalidade** [...]”³⁵.

Concluimos que **nos tipo estupro, em especial de vulnerável** – nos casos estudados – ocorre uma violação a individualização da pena, pois as penas são iguais e, o indivíduo tem direito de ser condenado na “proporção” do delito cometido.

³³ COSTA, Eder Lisboa da. **Crimes contra a dignidade sexual**: alterações legislativas: modelo de despachos aplicáveis à espécie LEI 12.015/09. Belém de Pará, 2009. Disponível em: <http://www.tj.pa.gov.br/juizes/ELDER_LISBOA_FERREIRA_DA_COSTA/Livro_de_Crimes_Sexuais.pdf>. Acesso em: 19 set. 2011.

³⁴ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

³⁵ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Câmara Criminal, 7. **Apelação Crime nº 70043864792**. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Julgado em 15 set. 2011. Porto Alegre, 15 set. 2011. p. 10. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1718772>. Acesso em: 08 mar. 2011, grifo nosso.

2.3 DA (DES) PROPORCIONALIDADE- CRIME ESTUPRO VULNERÁVEL

O Princípio da “Dignidade da pessoa humana” é fundamento da República Federativa do Brasil expresso no artigo 1º, inciso III³⁶ da Constituição Federal. Desta forma, a proteção da Criança e do Adolescente no Art. 224 da Constituição Federal tem base no princípio da Dignidade da pessoa Humana que se desdobra, protegendo a “Dignidade sexual” do vulnerável, pessoa em desenvolvimento.

Relevante dizer, que a Dignidade da Pessoa Humana está acima da Dignidade sexual, pois que esta é uma espécie da primeira. Dito isso, é entendido como o direito do réu de ser punido na “proporção” do seu delito. Colocar a dignidade sexual acima de qualquer outro bem jurídico (direito à liberdade) teria o significado de desprestigiar o valor autêntico da pessoa humana. Assim, o agente do crime sexual deverá ter seus direitos respeitados e os princípios garantistas constitucionalmente previstos. Uma **pena “proporcional”** tem o condão de justiça, sem desrespeitar a tutela de bem jurídico dignidade sexual³⁷.

2.3.1 Proporcionalidade e condutas menos graves- Objeto do trabalho

O enfoque é a análise de determinadas condutas especifica menos graves – o beijo lascivo e toque de cunho sexual (sem qualquer forma de penetração física, por qualquer meio) não pode ter a mesma gravidade da penetração oral, anal, vaginal– e da análise da proporcionalidade e adequação dos quantitativos penais estabelecidos na lei 12.015/09, em especial ao Art. 213 e 217-A do código penal, tipo penal estupro e de vulnerável respectivamente relativamente a estas condutas.

A (des) proporcionalidade se fundamenta no seguinte entendimento: as condutas específicas não mostram o mesmo grau de intensidade da “violência física” corporal. Algumas delas são de “menor” gravidade se comparadas às demais previstas que contém o elemento – penetração. A violência física, material é

³⁶ Artigo 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: I- a dignidade da pessoa humana.

³⁷NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Orgs.). **Direito Penal I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. v. 6, pt. esp. 2. p. 59-87. p. 71.

elemento penal relevante. O legislador brasileiro desconsiderou estas situações específicas e previu “igual quantum penal”.

Entendemos que a **desproporcionalidade** é anterior a unificação da lei que gerou o novo tipo estupro. Porém, esta unificação traz a tona a desproporcionalidade, torna evidentes a graduação e diferenciação de violências.

Defendemos a falta de previsão pelo legislador pátrio de soluções jurídicas quanto a estes casos citados. Assim, inferir as mesmas penas onde há um menor grau de violência física, embora presente a ofensa ao bem jurídico.

A unificação dos tipos em matéria sexual é tendência no âmbito internacional. Porém, exige critérios.

Assim, na legislação alienígena há previsão para os casos **mais graves e menos graves** dentro do tipo penal estupro e que estabelecem quantitativos penais diferenciados, expressos nos Art.s 177 item 2 e 5 do Código Penal alemão³⁸.

Esta previsão não a fez o legislador brasileiro. A legislação pátria desprotege os direitos constitucionais quanto às condutas de menor gravidade dentro do tipo, culminando igual pena para todas as condutas.

A legislação brasileira estabelece severos e rígidos limites penais partindo de um quantum penal de 6 a 10 anos de reclusão em regime fechado – tipo estupro – e podendo chegar a um mínimo legal de 9 anos e 15 anos respectivamente nas situações estudadas como de menor gravidade, se o ofensor for parente do ofendido, uma vez feitos os devidos acréscimos legais (artigo 61 do código penal). O mínimo penal sobe para 8 anos e máximo de 15 anos, se a vítima for vulnerável. Assim, inegável, a possível desproporcionalidade frente à variedade de condutas de menor gravidade, estas, passível de receber a mesma pena.

Para Luigi Ferrajoli³⁹ a “inefetividade estrutural” será suprida pelo próprio legislador – jamais, pelo Poder Judiciário – ainda, a “inefetividade contingente” poderá ser suprida pelo Poder Judiciário, enquanto atos que possam ser reparados.

³⁸ Artigo §177. O artigo traz diferenciações de acesso carnal violento e de violação associado a penetração do corpo. Aborda penas diferenciadas entre as condutas de maior e de menor gravidade. (ALEMANHA. **Código Penal Alemão** (StGB): com comentários de Thomas Fischer. München: Verlag CH Beck, c2012. v.10. (Vorwort zur 59. Auflage). Título original: Strafgesetzbuch und Nebengesetze).

³⁹ **Inefetividade estrutural** – quando à falta de garantias e do preenchimento das suas funções estatais, **por omissa produção de leis: leis sempre incompleta e imperfeita, mas, aperfeiçoável na democracia constitucional**, manifestada quando há a indébita omissão do legislador, classificada como lacunas, ou vício por omissão; **A inefetividade contingente** trata da violação, por atos inválidos ou ilícitos, das garantias e direitos fundamentais e constitucionais.

3 ASPECTOS DE DIREITO MATERIAL DO CRIME DE ESTUPRO COTEJADO COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Duas modificações significativas resultaram da reforma penal e da Lei 12.015/2009⁴⁰ que trata dos crimes sexuais: A primeira é a figura jurídica do vulnerável, e a segunda é a unificação do conceito de estupro, esta, através da concentração de duas condutas típicas anteriormente previstas em tipos penais distintos, agora em um tipo penal único– o atentado violento ao pudor e o estupro. A revisão do TÍTULO VI- Capítulo I criou os Arts. 213⁴¹ e 217-A⁴² do Código Penal – o crime de estupro e o de estupro de vulnerável, respectivamente – como uma nova leitura de resposta penal “repressiva” do poder legislativo a um dos preocupantes problemas que crescem e assolam a sociedade brasileira que é a violência sexual, especialmente de crianças. Passa a tutelar a “Dignidade sexual” do vulnerável.

O **vulnerável**, nova figura jurídica é o indivíduo incapaz de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena, na proteção jurídico-penal da Dignidade Sexual – o objeto da ampliação da tutela estatal. Equiparado a ele está ainda, todo àquele que “enfermo ou deficiente mental” não possui o discernimento necessário para a prática do ato sexual – seja conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Assim, o elemento “vontade” é considerado inexistente. Entende-se,

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 115.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 12.015/2009 de 7 de agosto de 2009. PL nº 4850 de 2005**, PLS nº 253/04 e PL. Relatora: Dep. Maria do Rosário-PT. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Brasília, DF, 7 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 09 nov. 2011.

⁴¹ 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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 jan. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012).

⁴² Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). § 1º- Incorre na mesma pena 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). (BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 jan. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012).

assim, que a norma protege o incapaz de consentir validamente para o ato sexual, não importando se houve consentimento ou não, pois este não será válido⁴³.

O Superior Tribunal Justiça entende lei mais benéfica, pois interrompe com o “concurso material”, e não permite somar penas, como dois crimes autônomos⁴⁴.

Na **doutrina majoritária** entende-se como lei mais benéfica ao acusado, porque não mais poderá ser utilizada o somatório penal na combinação como crime Hediondo, agora inserido no próprio tipo⁴⁵.

3.1 PROPORCIONALIDADE E BEM JURIDICO

Bem jurídico é “todo valor” da vida humana protegido pelo direito e como sistema jurídico que estrutura a leitura e interpretação dos tipos penais a estipular quais bens jurídicos passam a ser objeto de tutela.⁴⁶

O **bem jurídico tutelado nos crimes sexuais** é o valor **Dignidade Sexual** desdobrado do Princípio da Dignidade Humana⁴⁷.

3.1.1 Proporcionalidade entre Bens Jurídicos

Em comparativo ao bem jurídico maior “vida” é excessivo o mínimo legal para o bem jurídico “dignidade sexual”. Pois que, no caso de vulnerável, ultrapassa o previsto para o crime de “homicídio simples”, artigo 120 do Código Penal, que prevê um quantum penal mínimo de 6 e 12 (qualificado) e máximo de 20 anos.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Orgs.). **Direito Penal I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. v. 6, pt. esp. 2. p. 59-87. p. 75, 80.

⁴⁴ **Em sentido contrário, isoladamente**, a Ministra Laurita Paz entende que, por apresentarem modos de execução diferentes, não pode haver continuidade delitiva entre ato libidinoso e estupro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 202.540 SP (2011/0073971-7)**. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ITA&sequencial=1088438&num_registro=201100739717&data=20110928&formato=PDF>. Acesso em: 05 jan. 2012. p. 3, grifo nosso).

⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Orgs.). **Direito Penal I**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. v. 6, pt. esp. 2. p. 59-87. p. 63-67.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 261-262.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários a Lei 12.015, de 7 de ago. de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.14.

A Jurisprudência das Câmaras Criminais do Estado “confronta” o quantum penal entre os dois bens jurídicos:” [...] não ao porte de autorizar **uma pena equivalente a pena de um homicídio simples. A desproporção é intolerável.**⁴⁸

Outro bem jurídico comparável protege o bem jurídico Patrimônio – extorsão mediante restrição de liberdade – previsto no Art. 158, § 3º do Código Penal. Equiparável ao estupro, pois previsto igual quantum penal de mínimo de seis (6) e máximo de doze (12) anos. Presentes a lesão corporal ou a morte passam para o mínimo de dezesseis (16) anos e de vinte e quatro (24) anos, respectivamente.

Ademais, a doutrina majoritária entende que viola o “princípio da proporcionalidade”, o “excesso” como o quantum mínimo de seis anos: “**A violação ao princípio é evidente, [...] as penas mínimas cominadas [...] são superiores às penas do homicídio simples [...] evidentemente mais graves[...] dolo de matar [...]**⁴⁹

Concluimos, **há desproporcionalidade** na tutela do Estado, no ordenamento jurídico pátrio que dá valores e quantuns penais similares ou até superiores a determinados bens jurídicos, ultrapassando do quantitativo penal mínimo do valor maior “vida”,.Há desproporção entre os quantitativos penais estabelecidos pelo legislador, entre o bem jurídico “vida” e o bem jurídico “Dignidade sexual”.

3.2 CONDUCTA – ATO LIBIDINOSO

A conduta ato libidinoso é todo ato de violência ou ameaça de ato sexual diverso da conjunção carnal – sexo oral, anal, masturbação –, ou ainda, como toda a manifestação física do instinto sexual expressa em todas as formas de contato físico, menos a penetração, em que se pode explicitar a libido.⁵⁰

O tipo objetivo da conduta tem como núcleo o “constrangimento” (forçar, compelir, obrigar), visando à conduta diversa da conjunção carnal. Inclui: o beijo lascivo até a penetração (por qualquer via do corpo físico da vítima), menos a cópula vagínica, elemento da conduta estupro.

⁴⁸ Voto do D Aramis Nassif. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal, 5. **Apelação crime nº 70036998797**. Relatora: Des. Genacéia da Silva Alberton. Julgado em: 20 abr. 2010. Porto Alegre, 20 abr. 2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=636456>. Acesso em: 17 set. 2012, grifo nosso.

⁴⁹ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 580, 582, grifo nosso.

⁵⁰ FÜHRER, Maximiliano Roberto E. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 159.

O tipo subjetivo é o “dolo” atual – no momento em que ocorre a ação – de agir com o fim de praticar outro ato libidinoso diferente da conjunção carnal⁵¹..

Emerge a discussão se o “contato físico” é relevante para a configuração de ato libidinoso consumado. São duas posições:

A primeira, **o ato libidinoso** se consuma, no “toque físico eficiente” à gerar a lascívia ou “constrangimento efetivo” da vítima, expondo-a a “possível” consumação do fim maior estupro.⁵² Há consumação independente de ejaculação do autor⁵³.

A segunda, em sentido contrário, é a “eliminação” da exigência do contato físico a inovação trazida pelo novo tipo penal estupro⁵⁴. No ato libinoso contra – vulnerável – há consumação na efetiva “satisfação da luxúria” do agente, independente do fator penetração ou outro, basta alcançar o “gozo genésico”⁵⁵.

3.2.1 Condutas de Menor Gravidade – Proporcionalidade

Anteriormente à unificação do novo tipo estupro, o entendimento já era de que as condutas objeto de estudo eram consideradas como “menos” graves – no revogado tipo penal atentado violento (Art. 214 do código penal).

Posteriormente á Lei 12.015/09, se mantém esse entendimento.

A Jurisprudência majoritária gaúcha e condutas como de “menor” gravidade: **[...]quando não há a penetração na vagina; no caso de menor gravidade, esfregação do pênis, passagem das mãos, beijos lascivo [...]** Não se tem como equiparar a passagem das mãos [...] como se tais fatos constituíssem um estupro.⁵⁶

⁵¹ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 213.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários a Lei 12.015, de 7 de ago. de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 16-17.

⁵³ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692, 706.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários a Lei 12.015, de 7 de ago. de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

⁵⁵ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692, 706.

⁵⁶ Des. Sylvio Baptista - Voto vencido na 7ª Câmara Criminal e mantido pelo Relator. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70040111734**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado em: 29 abr. 2011. Porto Alegre, 29 abr. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=710115>. Acesso em: 20 mar. 2012) , grifo nosso.

A proporcionalidade e a conduta de passar a mão no seio, em trecho da sentença do voto vencido (parecer do Ministério Público, e a seguir a sua posição):

[...] **não há proporcionalidade** na tipificação das condutas[...], **consistente em passar a mão no corpo das meninas e sobre suas genitálias**, resultaria num **apenamento similar a se tivesse consumado a conjunção carnal[...]** (parecer MP)⁵⁷.

Não há como se conceber[...], condutas consistentes em passadas de mãos, pelo agente, no corpo da vítima, ainda que criança, ou mesmo a esfregação do pênis por seu corpo, tenham o mesmo conteúdo do injusto que na cópula vaginal ou no coito anal, este sabidamente marcado pela expressão/estigma que historicamente transporta de submissão e humilhação, e, portanto, com maior repulsa social, sem se falar no risco objetivo de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, tais como a AIDS, Hepatites, etc⁵⁸.

Na doutrina italiana, o “beijo” foi o primeiro elemento de contradição doutrinária italiana no intuito de saber se este integra ou não o ato sexual.

A jurisprudência italiana entende que zona erógena é toda a área do corpo que desperte o estímulo e afronte a liberdade sexual. O beijo na boca estaria incluído no crime sexual de estupro⁵⁹.

A segunda discussão gira em torno de se os “apalpamentos” sexuais elencavam o rol de ato sexual e qual a sua conotação de violência. O entendimento é que integra o “ato sexual”, e não é importante para a consumação do crime sexual que seja de breve duração ou tenha havido a satisfação da libido⁶⁰.

Concluimos que, ao contrário da legislação penal pátria, a legislação penal alienígena faz a discussão e a previsão legal das condutas de “menor” gravidade.

⁵⁷ Parecer do MP no corpo da sentença do voto vencido do Des. Sylvio Baptista. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70041432030**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado: 17 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1080003> Acesso em: 20 mar. 2012, grifo nosso).

⁵⁸ Voto do Relator Des. José Conrado Kurtz de Souza. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70041432030**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado: 17 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1080003> Acesso em: 20 mar. 2012, grifo nosso).

⁵⁹ PUZZO, Carmela. **I reati sessuali**: com ampia rassegna giurisprudenziale. Dogana (Repubblica di San Marino): Maggioli. (L'Attualità Del Diritto). p. 91-92, 97.

⁶⁰ PUZZO, Carmela. **I reati sessuali**: com ampia rassegna giurisprudenziale. Dogana (Repubblica di San Marino): Maggioli. (L'Attualità Del Diritto). p. 363.

3.3 INSTITUTO DA TENTATIVA

O instituto penal **tentativa** está no Art. 14, inciso II⁶¹ do Código Penal.

A posição majoritária entende a tentativa como um “delito incompleto” onde, não estão presentes todos os caracteres do tipo penal previsto, e não produz o resultado porque detida a conduta típica na sua fase executória. A segunda posição minoritária entende que a tentativa é instituto penal independente da descrição da conduta típica que lhe deu origem.

3.3.1 Conceito- Tentativa de ato libidinoso

O primeiro entendimento é que uma vez iniciada a primeira ação de violência com a finalidade de constranger à prática sexual da conjunção carnal, no caso em que esta não se consuma por motivos de intervenção de pessoas ou de uma reação eficaz da vítima. Em relação ao vulnerável a tentativa também tem as mesmas características. Ou seja, é quando não se tenta a penetração vaginal⁶².

No segundo entendimento, a configuração da tentativa no ato libidinoso se relaciona com o *iter criminis* do estupro consumado, que deverá ser analisado na totalidade do tipo penal estupro pela sua complexidade de suas condutas⁶³.

No terceiro, há a consumação na prática do “ato de libidinagem” – mesmo se iniciada a ação libidinosa, esta é interrompida por circunstâncias alheias a vontade do agente. Contra vulnerável é o mesmo entendimento⁶⁴.

A doutrina majoritária entende que é **desproporcional** exigir o dolo específico para a tipificação do estupro, onde o conceito de que “basta a satisfação da lascívia”, leva a um resultado incoerente e **desproporcional**, pois não haveria necessidade de contato físico corporal, este, seria irrelevante⁶⁵,

⁶¹Art. 14 - Diz-se o crime:Tentativa: II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4:** parte especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 55, 101.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários a Lei 12.015, de 7 de ago. de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.17.

⁶⁴ CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luis Flávio (Coord.). **Direito penal:** parte especial. 3. ed. rev. atual ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3. p. 251, 258.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Orgs.). **Direito Penal I.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. v. 6, pt. esp. 2. p. 59-87. p. 64.

3.4 PENAS

A ofensa ao **princípio da proporcionalidade** das penas longas é uma das características atuais do sistema penal brasileiro, entre as políticas utilizadas⁶⁶.

A função da pena tem uma profunda relação axiológica com a função que o Estado atribui a esta. A concepção do Estado passa a ser o suporte valorativo e os pilares do sistema do direito penal na aplicação das penas.⁶⁷

Segundo **Winfried Hassemer**⁶⁸ a dificuldade da determinação da pena tem sido há muito tempo o muro de lamentações dos penalistas, tanto na teoria como a prática. A função da “pena” é entendida como forma de castigar ou sancionar dentro de critérios formais e de determinados pressupostos e limitações.

Ainda, coloca-se o “caráter simbólico da pena” como um fenômeno de anomalia de fuga do Direito Penal – um Direito Penal simbólico – significando, este, atrelado a um poder político que exorcisa seus problemas sem resolvê-los, constituindo-se em uma fraude⁶⁹.

3.4.1 Penas - Direito Penal Pátrio e Direito Comparado

Confrontaremos a legislação penal pátria com a legislação alienígena. Examinaremos somente as condutas de “**menor gravidade**”.

As reformas alienígenas – de forma diferente do legislador brasileiro – aplicam a **proporcionalidade** como um critério limitador no quantum penal. Eis, que estas abordam os graus de maior e menor gravidade das condutas no crime sexual de estupro, com quantuns penais diferenciados. Ainda formam tipos penais distintos.

As condutas de menor gravidade são todos os atos libidinosos que “não” tenham relação com algum tipo de penetração física, vaginal, anal, oral, realizada

⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MOLINA, Antonio García-Pablos de (Coord.). **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2. p. 505, grifo nosso.

⁶⁷ PUIG, Santiago Mir. **Funcion de la pena y teoría del delito em el estado social e democratico de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1982. p. 15, 17, 40.

⁶⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos dos direito penal alemão**. Trad. (da 2. ed. alemã rev. ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 149-150, 159.

⁶⁹ ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales: estudio preliminar M. Jiménez R.**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 667.

por qualquer meio ou objeto. Ou seja, quando não tratar-se de penetração sob qualquer via física⁷⁰.

O **código penal alemão** traz as diferenciações e proporcionalidade do quantum penal dos casos **mais graves e menos graves** no próprio texto legal, que resultam em “penas” com quantum penal diferenciado. O tipo penal está no Art. 176 e o Art. 177 do código penal alemão e seus respectivos incisos. Ao contrário, as condutas de “maior gravidade” (Art. 177 nos seu inciso 2) tem como parâmetro a existência de: a) penetração corporal da vítima..

A conduta de “**menor**” **gravidade – sem penetração corporal** – parte de pena mínima de seis (6) meses de pena privativa de liberdade, as especialmente graves – a penetração corporal – partem de mínimo penal de dois anos.

Assim, as condutas consideradas de “**menor gravidade**” são abordadas no:

O Art. 177, inciso 5⁷¹ e terá o mínimo penal é de **seis (6) meses a cinco (5)** anos ou de um (1) ano a dez (10) anos. Deduzimos que, embora não explicitados no texto legal, as hipóteses deste inciso venham a incluir os “beijos lascivos” ou “toques sexuais”, onde os limites penais mínimos são baixos..

O Art. 176⁷² do Código Penal alemão dispõe sobre ato sexual contra vítima **abaixo de quatorze (14) anos**, trazidas no inciso I (1) **as condutas de “menor” gravidade** para o comparativo objeto de estudo.

Contra vítima **menor de quatorze anos** a pena mínima de seis (6) meses a dez (10) anos, e quando presente a conduta “grave”, não será inferior a dois anos.

Concluimos assim, que o um quantum penal mínimo no direito alemão é baixo– fixa um mínimo de seis (6) meses – em comparativo aos limites penais do

⁷⁰ O autor pensa que a unificação do ato libidinoso e estupro e a classificação entre ato sexual penetrante e não penetrante trouxe prejuízos a vítima, onde antes o ato libidinoso o resguardava de exame periciais o que não ocorre agora. (FÜHRER, Maximiliano Roberto E. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 155-156).

⁷¹ §177. Acesso carnal violento; violação associado a penetração do corpo. Pena não inferior a 1 ano. (2) Em casos especialmente graves, a pena privativa de liberdade não será inferior a dois anos. (5) Em **casos menos grave** do parágrafo 1, se aplicará uma pena privativa de liberdade de **seis meses até cinco anos**.

Em **casos menos graves** dos parágrafos 3 e 4, será imposta pena privativa de liberdade de **um a dez anos**. (FÜHRER, Maximiliano Roberto E. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 145-146).

⁷² § 176- item I- Quem realizar atos sexuais em uma pessoa **abaixo de quatorze anos** (criança) ou em si permitir que a criança os realize, será punido com pena privativa de liberdade **não inferior a seis meses a até dez anos**. (ALEMANHA. **Código Penal Alemão** (StGB): com comentários de Thomas Fischer. München: Verlag CH Beck, c2012. v.10. (Vorwort zur 59. Auflage). Título original: Strafgesetzbuch und nebengesetze. Tradução do Des. José Conrado Kurtz de Souza, grifo nosso).

Brasil, que partem de 6 anos. Assim como, a forma de legislar é mais criteriosa, pois busca abarcar as diversas situações fáticas que poderão ocorrer, possibilitando ao juiz uma maior margem de limites penais, conforme o caso concreto. Assim, estabelece “medidas” penais menos severas e de maior adequação e proporcionalidade para a punição estatal.

No código penal espanhol, a diferenciação das condutas de “menor” gravidade – objeto do estudo – está prevista no CAPÍTULO I- Das Agressões sexuais, nos seus artigos. 178, no CAP. II- De los abusos Sexuales art..181 e 182 e, ainda, no CAPÍTULO II BIS- Dos abusos e agresiones contra menores de treze anos, nos seu Art. 183. A Lei Ordinária 5/2010 fez modificações nos apenamentos e das condutas típicas e cria o capítulo II BIS. O bem jurídico protegido é a “indemnidad sexual” do menor de treze, pois a este não se pode falar em liberdade de consentir sexualmente. A tipicidade subjetiva é a ausência de consentimento em todos os tipos⁷³. A maior proteção penal é para a vítima menor de 13 anos.

A classificação dos graus de violência sexual no direito penal espanhol: a) agressão sexual - sem acesso carnal (Art. 178); b) violação sexual – com acesso carnal qualquer via (Art. 179); c) abuso sexual (Art.181, 182), d) abuso e agressão sexual a menor de 13 anos (Art. 183). Todos foram modificados em 2010, sendo o último uma inovação⁷⁴.

As condutas e dos seus limites penais são classificadas em tipos que abarcam “graus de violência” e quantum penais diferenciados.

A classificação das condutas de “**menor gravidade**”– beijo e toque lascivo – e estão no Art. 178⁷⁵ do código penal espanhol.

Pena contra a vítima **maior de dezesseis anos**, o seguinte quantum penal:

a) **pena de um (1) a cinco (5) anos: agressão sexual básica** (Art. 178 do código penal);

⁷³ PUIG, Santiago Mir. **Comentarios al código penal-reforma LO 5/2010**. Valencia: Edita: Tirant lo Blanch, 2011. p. 427 (Tradução livre).

⁷⁴ PUIG, Santiago Mir. **Comentarios al código penal-reforma LO 5/2010**. Valencia: Edita: Tirant lo Blanch, 2011 (tradução livre).

⁷⁵ **TÍTULO VIII. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES**

CAPÍTULO PRIMERO. DE LAS AGRESIONES SEXUALES - Artículo 178- El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. (ESPAÑA. Código Penal da Espanha. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

Os elementos típicos são: violência (coação/lesão) ou intimidação (ameaça) alternativamente **“sem” o acesso carnal considerado grave**. Não necessita que haja a força física, basta que a resistência e oposição ao comportamento sexual do agente. A ação é a satisfação erótica, necessário haja algum contato corporal nas zonas erógenas.

As condutas típicas: toques lascivos na vítima ou obrigá-la: a realizá-los no sujeito ativo do delito ou em si mesmo, a desnudar-se, a exibição de genitais ou masturbação⁷⁶.

Na classificação **“abuso sexual” contra vítima com idade entre 13 a 16 anos**, está no Art. 182⁷⁷ do código penal espanhol as penas diminuem consideravelmente, passando a ser:

b) pena um (1) a dois (2) anos ou multa: na realização de atos de caráter sexual;

Na classificação “abuso e agressão contra menores de 13 anos” está no Art. 183 do código penal espanhol – “inovação” pela Lei Ordinária 5/2010 e tipo autônomo. Modifica o apenamento de agressão sexual, alterando o Art. 180, §3º. As penas nestes casos aumentam significativamente⁷⁸.

As penas contra a **vítima menor de 13 anos** as condutas “menos graves”, pelo artigo 183-1 do código penal espanhol.

c) pena de dois (2) a seis (6) anos: abuso e agressão sexual contra menor de 13 anos (Art. 183⁷⁹ - item 1 do código penal);

⁷⁶ PUIG, Santiago Mir. **Comentarios al código penal-reforma LO 5/2010**. Valencia: Edita: Tirant lo Blanch, 2011. p. 161-162.

⁷⁷ **Artículo 182-** 1. El que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona **mayor de trece años y menor de dieciséis**, será castigado con la pena de prisión de **uno a dos años, o multa** de doce a veinticuatro meses. (ESPAÑA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁷⁸ Os elementos da elevação do quantum penal têm fundamento na inexistência da capacidade de oposição da vítima à agressão. (PUIG, Santiago Mir. **Comentarios al código penal-reforma LO 5/2010**. Valencia: Edita: Tirant lo Blanch, 2011. p. 433).

⁷⁹ **CAPÍTULO II BIS. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS - Artículo 183-** item 1-. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual a **un menor con la pena de prisión de dos a seis años.. 5. En todos los casos previstos en este artículo**, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación **absoluta de seis a doce años**. (ESPAÑA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

Discorre das condutas residuais que atentam contra a integridade sexual do menor de 13 anos. Infere-se que, pelos estudos realizados englobariam as condutas de “difícil qualificação” que “não” tenham contato corporal ou que tenham alguma intervenção em zonas erógenas: beijo lascivo em zonas erógenas: seios, nádegas, exhibición obscena ou masturbação, etc.

d) pena de cinco (5) a dez (10) anos: abuso e agressão sexual contra menor de 13 anos (Art. 183⁸⁰- item 2 do código penal).

Ocorre na presença da violência ou intimidação alternativamente, mas “sem o acesso carnal” (grave), mas presente o conteúdo vexatório. As condutas típicas têm como características as mesmas já descritas para o Art. 178: toque lascivo de maior gravidade nas zonas erógenas.

Na concorrência de circunstâncias **agravantes** há aumento penal. Entre elas: **e) pena de oito (8) a dez (10) anos: circunstância agravante** (Art. 183⁸¹- item 4)

São as agravantes descritos no item 4.: a) **menor de quatro anos**; b) ação conjunta de pessoas; c) caráter vexatório; d) parentesco ou relação de superioridade; e) perigo de vida, etc. Na presença de duas ou mais agravantes passa a somar pena de sua metade superior, então o quantum penal passa do mínimo de cinco anos e máximo dez (5 a 10 anos) para oito a dez anos (8 a 10)^{82,83}.

⁸⁰ **CAPÍTULO II BIS. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS- Artículo 183** - 2. Cuando el ataque se produzca con **violencia o intimidación** el responsable será castigado por el delito de **agresión sexual** a un menor con la **pena de cinco a diez años de prisión**. (ESPAÑA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁸¹ **CAPÍTULO II BIS. DE LOS ABUSOS Y AGRESIONES SEXUALES A MENORES DE TRECE AÑOS- Artículo 183** - 4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en **su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias**:

- a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando **sea menor de cuatro años**.b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades.
5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. (ESPAÑA. **Código Penal da Espanha**. Madrid, 2011. Disponível em: <<http://despachoabogados.fullblog.com.ar/indice-codigo-penal-espanol-2011-actualizado.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁸² SANTIAGO, Mir Puig. **Comentarios al Código Penal-Reforma LO 5/2010**. Edita: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 429-430.

Concluindo, as penas no direito espanhol partem de um quantitativo penal menor, decorrente do **conceito de “gravidade”** – menor e maior gravidade – diferentemente do ordenamento penal brasileiro que parte do quantum de 8 anos.

As conclusões:

- a) a tipificação penal mínima para a conduta estudada – beijo – parte de um (1) ano quando adulto e de dois (2) anos quando envolver menor de treze anos, estas, similares a conduta estudada. Entanto, parte do mínimo de cinco (5) anos na conduta que possui carácter “vexatório”;
- b) a pena endurece quando há penetração física por qualquer via – e por qualquer meio – partindo do mínimo de seis (6) anos quando adultos e doze (12) anos quando protege menor de treze anos. Ainda, as agravantes tornam as penas mais severas, de um mínimo legal de quatorze (14) anos quando envolver vítima menor de treze anos.

No código penal argentino, as condutas de “menor” gravidade estão no Art. 119, que “mescla” o código penal alemão e o espanhol:

A pena contra a **vítima menor de 13 anos**:

- a) **pena de seis (6) meses a quatro (4) anos**: abuso sexual (Art. 119⁸⁴ - caput). Condutas sem penetração: beijo lascivo em zonas erógenas: seios, nádegas, exhibición obscena ou masturbação, etc.
- b) **pena de quatro (4) a vinte (20) anos**: abuso sexual com exposição a sofrimento “grave” (Art. 119-1º parágrafo⁸⁵): pelas sua duração,

⁸³ RODRÌGUES, Carlos Suárez-Mira. **Manual de derecho penal**. 5. ed. Pamplona: Aranzadi, 2008. p. 161-162.

⁸⁴ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL- ARTICULO 119.**

- Será reprimido con **reclusión o prisión de seis meses a cuatro años** el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera **menor de trece años** o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. (ARGENTINA. **Código penal de la nación a Argentina**: ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponible em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acceso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁸⁵ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ARTICULO 119.** (1º) La pena será de **cuatro a diez años de reclusión o prisión** cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un **sometimiento sexual gravemente ultrajante** para la víctima. (ARGENTINA. **Código penal de la nación a Argentina**: ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponible em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acceso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

circunstâncias, ou forma de realização, mas “sem o acesso carnal” (grave). As condutas típicas:: toque lascivo grave nas zonas erógenas.

As penas nas **condutas “graves”** com penetração:

- c) **pena de seis (6) quinze (15) anos:** abuso sexual (Art. 119-2ºparágrafo⁸⁶) “com o acesso carnal” (grave) sob qualquer via.(anal,oral,vaginal)

Na concorrência de circunstâncias **agravantes:**

- d) **pena de oito (8) a dez (10) anos:** (Art. 119- 3º parágrafo⁸⁷-)

São:dano físico ou mental, morte, parentesco, ser transmissor de doença sexual grave..

A pena contra a **vítima menor de 16 anos e maior de treze:**

- a) **pena de três (3) a seis (6) anos:** (art. 120-caput⁸⁸)abuso sexual com exposição a sofrimento “grave ou “acesso carnal” (grave) sob qualquer via.(anal,oral,vaginal): e nos casos do Art. 119-1º e 2ºparágrafo. As condutas típicas: infere-s: toque lascivo mais grave nas zonas erógenas.

A pena na concorrência de **circunstâncias agravantes:**

- b) **pena de seis (6) a dez (10) anos:** (Art. 120- parágrafo 1º)⁸⁹.

⁸⁶ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL. ARTICULO 119.** (2º)La pena será de **cuatro a diez años de reclusión o prisión** cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un **sometimiento sexual gravemente ultrajante** para la víctima. (ARGENTINA. **Código penal de la nacion a Argentina:** ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponible em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁸⁷ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL -ARTICULO 119.** En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de **ocho a veinte años de reclusión** o prisión si:a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones. (ARGENTINA. **Código penal de la nacion a Argentina:** ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponible em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso).

⁸⁸ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL ARTICULO 120** — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado. . (ARGENTINA. **Código penal de la nacion a Argentina:** ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponible em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2012).

⁸⁹ **TITULO III- DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL -ARTICULO 120.** La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los

Conclui-se, desta forma, que no código argentino prevê as condutas de “menor” gravidade, mescla o sistema alemão e o espanhol, onde as penas mínimas “são amenas em confronto com a legislação brasileira que não faz esta previsão. Parte-se de um mínimo penal de 6 meses para vítima menor de treze(13) anos, verificando um “aumento” de quantum penal mínimo para 4 anos, presente ato sexual que gere exposição a algum tipo de sofrimento, e ainda, mínimo penal de 6 anos se ocorrer as situações agravantes – dano físico ou mental, morte, parentesco, ser transmissor de doença sexual grave). Para o menor de dezesseis o mínimo penal é de 3 anos nos casos de condutas de menor gravidade, diante da mesma exposição à sofrimento..

Em sentido contrário, a legislação pátria partindo de um mínimo penal de 6 a 8 anos para o estupro de vulnerável (art. 217-A), se equipara ao mínimo penal aos parâmetros das circunstâncias “agravantes” da legislação argentina e espanhola(dano físico ou mental, morte, parentesco, ser transmissor de doença sexual grave.

Concluimos que, o direito penal pátrio quando faz a previsão de quantitativos penais iguais a todas as condutas, desconsidera a “**proporcionalidade**” e a possibilidade de soluções jurídicas adequadas em relação às condutas estudadas – as de menor gravidade. A legislação penal alienígena, por sua vez, permite uma maior adequação de **proporcionalidade** na apreciação do juiz no caso concreto, e uma maior segurança jurídica quanto à aplicação da proporcionalidade *stricto sensu* na “proibição de excesso. Há **desproporcionalidade** comparada à alienígena.

3.5. RELATIVIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL – APLICAÇÃO INSTITUTO TENTATIVA

O instituto da tentativa no crime de estupro tem sido objeto de aplicação Jurisprudencial das Câmaras Criminais do Estado RGS – em entendimento contrário ao do STJ – nos casos em que entendem os magistrados haja a incidência de “excesso penal” na aplicação da previsão do quantum penal contida na lei abstrata e aplicada ao caso concreto, especificamente, nos caso da presença das condutas consideradas de menor gravidade – beijo e toque lascivo – dentro da gama de condutas contidas no tipo estupro.

incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119. (ARGENTINA. **Código penal de la nacion a Argentina:** ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Buenos Aires, 1984. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2012).

Tem sido utilizado como política penal do Poder Judiciário nos crimes sexuais, em especial contra vulnerável, pelo elevado quantum penal que os mesmos apresentam. Esta aplicação objetiva, então, amenizar a “desproporcionalidade” das penas aplicadas a condutas específicas estudadas– beijo e toque lascivo – criminalizadas no tipo.

Os juízes a aplicam em duas circunstâncias, ora aplicando, pois que este instituto ocorre ou modificando o conceito penal do instituto da tentativa: a) na interrupção do “iter criminis” por terceiro ou simplesmente pela não consumação do ato mais grave, partindo-se da intenção do agente no ato mais grave do tipo – a “penetração”; b) mesmo diante da “conduta consumada” no “tipo misto alternativo”, para amenizar o “excesso penal” com base no princípio da proporcionalidade pela menor gravidade desta, consideradas em relação as demais condutas do tipo.

Esta solução jurisprudencial ora aplicada, já vinha sendo aplicada pelos juízes, mesmo antes da unificação do atentado violento ao pudor /estupro no mesmo tipo penal. A “proibição de excesso” é o elemento cerne da utilização do instituto.

O STJ tem firmado o seu entendimento de que “não cabe” a aplicação de tentativa quanto ao ato libidinoso, hoje, esta, conduta incluída no tipo penal estupro. A posição do STJ mantém sua posição da “impossibilidade” de “tentativa” no ato libidinoso, em decisões anteriores a Lei 12.015/09 e mantida, inclusive posteriormente à Reforma penal, quanto a matéria.

Neste sentido reiteradas decisões do STJ, ao longo do tempo, abordam esta posição, onde esteja presente o elemento “contato físico” se configura “ato libidinoso consumado”, independente da qualquer gravidade:

:

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. 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.[...]** (REsp 1164940/RS, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUINTA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 08/11/2010)⁹⁰

⁹⁰ No mesmo sentido o ato libidinoso como consumado ((AgRg no REsp 1113084/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009) e (REsp 1173324/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **REsp nº 1164940-RS**. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Julgado: 13 set. 2011. Brasília, DF, 13 set. 2011. Disponível em:

Em sentido contrário ao entendimento do STJ, a postura do Tribunal de Justiça do Estado, representado pelo Quarto Grupo Criminal de Porto Alegre, que “relativiza” a postura do STJ, em relação à possibilidade de tentativa no ato libidinoso. Trata do Processo nº 70041432030 (julgado 17/06/2011), que justifica a aplicação do instituto da tentativa, demonstrando o imperativo constitucional da proibição de “excesso” penal, mesmo se tentativa não fosse o caso:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. TENTATIVA EVIDENCIADA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A FEIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO.

Não há falar em atentado violento ao pudor consumado, mas, sim, tentado, se os atos libidinosos diversos da conjunção carnal se restringiram a passadas de mãos pelos corpos e genitálias das vítimas, ainda que crianças com 8 (oito) e 6 (seis) anos de idade, não progredindo o réu no seu intento criminoso [...] Imperativo constitucional do princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip), sob a feição, no caso dos autos, da proibição de excesso (Übermaßverbot).embargos infringentes acolhidos

[...] Portanto, como se vê, ainda que a **tentativa não fosse o caso dos autos, serviria ela como elemento importante de regulação da proporção para temperar o rigor (falha) do legislador.**[...] estando o princípio da proporcionalidade (como cláusula geral, ou princípio geral de direito, **poder-se-ia dizer) inserto e fundado no modelo de Estado adotado tanto pela Lei Fundamental Alemã, como na Constituição Federal do Brasil, isto é, no do Estado Democrático de Direito (Art. 1º CF).**⁹¹

Conforme o Quarto Grupo Criminal do Estado a **desproporção** decorre de falta de previsão do legislador de algumas situações especiais, no tipo estupro, que “engessa” o juiz na “impossibilidade” de outra forma de uma maior **proporcionalidade** do quantum a ser aplicado no caso concreto:”

Esta aplicação jurisprudencial decorre da **falta de previsão de alternativas legais possíveis ou de causas de diminuição pelo legislador na norma penal [...]**para os casos de menor gravidade.[...] para o ato de passar a mão no seio de uma menina, são 6 anos, como, para a prática do coito anal, são 6 anos. **Isso obriga o juiz a ir criando situações interpretativas para tentar ajustar a lei ao fato concreto [...]**⁹²

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=17374502&sReg=200902097071&sData=20111014&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 12 mar. 2012, grifo nosso.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70041432030**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado: 17 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1080003> Acesso em: 20 mar. 2012. p. 1.

⁹² Voto do Des. Danúbio Edon Franco. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. Sessão de 29 abr. 2011. **Embargos infringentes e de nulidade nº 104 –**

A este propósito, a Sexta Câmara Criminal, coloca como “inadequada” a postura do STJ obstaculando a possibilidade de aplicação da tentativa quanto a ato libidinoso, na conduta beijo e apalpamento na genitália..O Desembargador Relator entende que o ato libidinoso somente será consumado se sua gravidade se equipare a conjunção carnal forçada. As demais situações devem ter um tratamento penal diverso no quantum penal, na medida em que se diferenciam pela sua gravidade. Assim, alega a **violação da proporcionalidade**:

Entendo inadequada a diferenciação elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça[...]: [...] para o enquadramento do fato no tipo do artigo 217-A do Código Penal, na **modalidade consumada**, nos casos de ato libidinoso, este deverá em razão da prática de ato libidinoso[...], é 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.**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 apalpassem as nádegas, mamas ou pênis de outrem. **A desproporção é evidente!**⁹³

Reforçado assim, o objetivo da Jurisprudência em ameniza o “excesso penal” nestes casos, na presença do instituto da tentativa no caso concreto ou mesmo quando este não ocorre.

3.5.1 Jurisprudência aplicada - Caso concreto

O caso trata de Embargos Infringentes do Quarto Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, processo Nº 70041432030 (17/07/2011). A denúncia pelo Ministério Público do réu A.S das sanções do Art. 214 caput cc/ art. 224, alínea a, do Código Penal envolve duas vítimas vulnerável do sexo feminino (P.E.C. com 8 anos, e J.I.C. com 6 anos e E. com 11 anos). A denúncia: a) primeira vítima:pela conduta de passada de mão na genitália e no corpo, ora por cima da roupa ora por baixo; b) em relação a segunda vítima: conduta de passada de mão na genitália e no corpo⁹⁴.

70040111734. Relator: Des. José Conrado Kurtz de Souza. Nota taquigráfica disponível no Arquivo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. p. 2).

⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal, 6. **APELAÇÃO CRIME Nº 70046084836.** Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em: 15 dez. 2011. Porto Alegre, 15 dez. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=2400106>. Acesso em: 20 mar. 2012. p. 11-12. p. 12.

A decisão do Quarto Grupo reforma o acórdão da Oitava Câmara Criminal— que julgou parcialmente procedente, desacohendo o pedido de desclassificação para Contravenção penal e acolhendo o pedido de tentativa -- é de redução penal de **7 anos e 7 meses em regime fechado para 2 anos e 6 meses e 10 dias em regime fechado**. Assim, a aplicação da tentativa, política jurisprudencial para reduzir a **desproporcionalidade** do excesso do quantum penal previsto em lei.

O **fundamento** do voto vencido traz o parâmetro entre a “menor” e a “maior” gravidade de conduta, na última, há o risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, maior conteúdo do injusto, na primeira- menor grave não”.

Outros **fundamentos** do Desembargador relator, acórdão acoído por maioria pelo Grupo foram: a) diferente conteúdo do injusto, b) “excesso” penal e a “ofensa” ao princípio da proporcionalidade:

Não há como conceber [...]passadas de mão, pelo agente[...] tenham o mesmo conteúdo do injusto que a cópula vaginal ou do coito anal [...] [...]a desproporcionalidade entre condutas que, dentro de um mesmo tipo penal, embora com conteúdos diversos do injusto, têm previstas a mesma punição.[...]indevidamente aglomeradas no mesmo tipo penal,[...] sequer [...] **maior distanciamento entre o mínimo e o máximo da pena [...]mais adequado ajustamento da punição em face das circunstâncias e particularidades** [...] **A previsão legal de mesma punição** (i.é. partindo-se de igual quantitativo penal mínimo) para todas as hipóteses viola,,[...] **princípio maior da proporcionalidade, sob a feição da proibição de excesso[...]**⁹⁵.

Outro caso trata de uma **Apelação Crime na Sexta Câmara Criminal** do Tribunal de Justiça do Estado, processo Nº 70046084836 julgado (15/12/ 2011). A denúncia pelo Ministério Público de I.J.S (réu primário) nas sanções do Art. 217-A, Código Penal de um fato relativo a primeira vítima vulnerável do sexo feminino (Ka.A.- 13 anos) , e do Art. 218-A Código Penal, por dois fatos em relação a segunda vítima vulnerável do sexo feminino (Ke. A.- 11 anos), na forma do Art. 69. A denúncia: a) em relação à primeira vítima (Fato1: passada de mão nos seios sobre a roupa); b) em relação a segunda vítima (Fato 2: exibição do pênis e masturbação na frente da vítima, Fato 3: oferece dinheiro para manter relação sexual). Réu confesso.

O acórdão no segundo grau reforma a sentença de primeiro grau e á unanimidade dar parcial provimento a um dos pedidos de tentativa para

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Grupo de Câmaras Criminais, 4. **Embargos infringentes e de nulidade nº 70041432030**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Julgado: 17 jun. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=1080003> Acesso em: 20 mar. 2012. p. 6-7, grifo nosso.

“reconhecer a forma tentada com a redução penal de **10 anos em regime INICIAL FECHADO**, para **4 anos e 8 meses em regime INICIAL SEMI-ABERTO**. A aplicação da tentativa como forma de reduzir a desproporcionalidade do quantum penal. (Fato 1:tentativa, 2 anos e 8 meses e Fato 2e 3: 2 anos).

Os **fundamentos** do acórdão: a) menor lesividade da conduta, b) abalo a isonomia, c) **ofensa ao princípio da proporcionalidade**:

[...] **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[...].**é reconhecer, para estes casos, a forma tentada do delito [...].**

Para o enquadramento do fato no tipo do artigo 217-A do CP, 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 [...]** Situações diversas exigem tratamento distinto [...], fundamentalmente na aplicação da pena.

[...] **há de se diferenciar o delito consumado daquele em que não houver introdução, seja do membro viril, dos dedos ou, ainda, de objetos fálicos, em quaisquer orifícios corporais da vítima.**”[...] agora estupro,[...] neste caso [...], **ofende o princípio da proporcionalidade e, por isso, reconhece-se a forma tentada** ⁹⁶.

O Desembargador relator reconhece a aplicação do instituto “tentativa” no ato libidinoso como a forma jurídica encontrada pelo Colegiado para amenizar a pena na falta de simetria de gravidade entre a conduta de ato libidinoso e a conduta estupro:

4 POLÍTICA CRIMINAL-SOCIOLOGIA-A PENA COMO TEMPO- DIREITO JUSTO

a Sociologia jurídico-penal abarca três categorias de comportamentos: a) o comportamento normativo; b) os efeitos sobre o comportamento desviado; c) o comportamento no controle social (conexão entre um sistema penal e a estrutura sócio-econômica). Dentro disso, investiga de que forma tal grupo produz e encaminha as diferentes sanções e penalidades e elaboram a idéia de justiça⁹⁷...

⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Criminal, 6. **Apelação crime nº 70046084836**. Relator: Cláudio Baldino Maciel. Julgado em: 15 dez. 2011. Porto Alegre, 15 dez. 2011. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=2400106>. Acesso em: 20 mar. 2012. p. 10, 15.

⁹⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociologia jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 9, 12-14.

Relevante, a Teoria do *Labelling Approach*, como novo paradigma de estudo da Sociologia Criminal, a teoria da “reação social” e estudo do “controle social” como negação do “princípio do fim” ou da prevenção. Considera o efeito “estigmatizante” da ação da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes, como relação a constituição da criminalidade,⁹⁸. Esta, visão moderna da moderna Criminologia.

A Política criminal é a política como ciência ou “arte de governo, uma decisão política de escolha valorativa⁹⁹. Tem, no sentido *strictu sensu*, o objetivo de criar programas objetivos, métodos de procedimento e de resultados nestes dois pilares agindo preventivamente para depois agir repressivamente num segundo momento, mas sempre visando à uma redução da criminalidade.¹⁰⁰

Assim, o papel da política criminal é aplicar o “direito penal mínimo” através de uma atuação de leis ou medidas judiciais no “controle social”. Ademais, as decisões jurídicas, as leis, também exigem uma orientação do sistema jurídico-penal e do legislador, através de um saber empírico nas etapas legislativa e judiciais (pena e execução) quanto a formulação da punibilidade e das suas consequências jurídico-penais¹⁰¹.

A proporção entre pena e qualidade do delito é o novo ciclo no pensamento social para a punição, os efeitos do crime: “Punir, então, é a arte dos efeitos [...]”¹⁰².

Ainda, o “tempo” como um “fim” almejado. O tempo de pena é a relação onde o direito se utiliza deste instrumento abstrato – tempo – buscando superar a ocorrência do fato imediato, impondo a consequência jurídica para o indivíduo de não poder dispor do seu futuro, porque este foi antecipado pela norma. Se questiona: “quando” o sujeito deixou de representar um perigo para a comunidade e se cura dos atos praticados, dentro da pena aplicada?”. Discute-se qual a relação entre a intensidade/gravidade do delito e a intensidade da pena. Qual será a duração correta para determinada intensidade? O tempo exterior – pena – em

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004. p. 83.

⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 118-120.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal, 1**: parte geral. 17. ed. rev. ampl. atual. de acordo com a Lei nº 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 142-143.

¹⁰¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos dos direito penal alemão**. Trad. (da 2. ed. alemã rev. ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 53-54, 57.

¹⁰² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.p. 78.

relação ao tempo interior do indivíduo – tempo subjetivo introjeção do castigo¹⁰³. O direito não considera esta relação de desproporção entre tempo interior-subjetivo / exterior-pena, criando assim, um universo próprio de discurso persuasivo em função dos seus fins¹⁰⁴. O “sofrimento” é o valor positivo é atribuído como tempo de pena e assume o valor redentor da expiação como o próprio fundamento do direito penal.¹⁰⁵.

A **desproporção** entre pena-castigo advém do caráter simbólico da pena.

Ainda, as consequências são a “estigmatização” do indivíduo que pratica ato libidinoso como estuprador: “Uma vez estigmatizado estuprador sempre estuprador”. Aqui, os “efeitos” da estigmatização do autor do delito¹⁰⁶. Assim, esta – causa um efeito ao réu “mais gravoso”, do que no tipo revogado (ato libidinoso), antes não presente. No mesmo sentido, se refere os efeitos degradantes que a pena privativa de liberdade produz no âmbito familiar e social do condenado¹⁰⁷.

A “**proporcionalidade**” se revela como “valor de justiça”. A expressão “direito justo” significa o próprio direito positivo, internamente, que em seu conteúdo possui características de justiça. que fundamenta a sua pretensão de ser obedecido e de pretensão de vigência normativa. O “direito justo” se fundamenta na perspectiva de uma “ética jurídica”, que está presente como valor quando da análise da relação do direito em cada caso concreto, onde, o **princípio da proporcionalidade** revela a importância da ponderação trazida com a hermenêutica jurídica a flexibilizar o rigorismo do direito positivo.”¹⁰⁸. . Neste ínterim, o **princípio da proporcionalidade** no sentido de “proibição de excessividade” assume um papel na “ética” jurídica na construção do direito., exigida primeiro do legislador: “[...] resulta una prohibición de excessividad, que siempre há regido como exigência de legislador que debe establecer un Derecho justo [...]”¹⁰⁹

Conclui-se, direito justo é aquele previsto por uma **lei penal proporcional**.

¹⁰⁴ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 49,61.

¹⁰⁵ PAREYSON apud MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 75-76.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal alemão**. Trad. (da 2. ed. alemã rev. ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da S. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 302.

¹⁰⁷ BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires, v. 8, n. 29, p. 9-26, 1985. p. 20, grifo n.

¹⁰⁸ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos da ética jurídica. 1985. p. 21-22.

¹⁰⁹ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos da ética jurídica. 1985. p. 145.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas suas dimensões, o tipo penal estupro e de vulnerável se traduz a seguir.

É meio “adequado”, ou seja, é medida apta, pois que, a tutela jurídico-penal é constitucionalmente legítima e o bem jurídico é constitucionalmente protegido e socialmente relevante. Ou seja, apta a atingir e proteger o bem jurídico constitucionalmente que é a maior e integral proteção à criança e adolescente.

É meio “necessário”, pois que, sendo medida de intervenção penal é necessária visto que a finalidade protetiva (fim) não poderia ser qualificada de outra forma, ou seja, não podendo recorrer-se de uma outra medida alternativa menos restritiva com a mesma eficácia, por exemplo, de uma sanção civil ou administrativa.

Porém, o meio não é proporcional em sentido amplo e estrito senso, pelo “excesso” punitivo penal, entendido como a desproporção entre a conduta e a pena aplicada, nos casos específicos estudados. Eis que, não foram observados o princípio da proporcionalidade e do “*princípio de proibição de excesso*”, que atuam no controle da inadequação na relação meio- fim e “efeitos” de um determinado ato legislativo como representação de um “equilíbrio”, no qual os benefícios atingidos serão, então, superiores ao ônus. Concluimos que o Estado proibido de punir penalmente com “excesso”, no caso em estudo, viola direitos constitucionais do réu. O legislador despreza a proporção a uma aplicação de justa “medida” entre o “meio” empregado e o “fim” almejado.

Das modificações da Lei 2.015/2009, a postura do legislador brasileiro foi de repressão ao problema dos crimes sexuais contra vulnerável objetivando da maior proteção da criança e adolescente prevista na Constituição Federal. Porém não se preocupou com a aferição de uma dogmática jurídico-penal justa e com a preservação do princípio da proporcionalidade, aplicando elevados quantuns penais para todas as condutas. Superado o concurso material de crimes, lei mais benéfica.

A “Dignidade da Pessoa Humana”, como fundamento da República (artigo 1º inciso III da Constituição Federal), é mais amplo do que e a “Dignidade Sexual”, este último, um desdobramento deste, assim, constitucional. Porém, o equilíbrio entre direitos dependerá de um esforço hermenêutico na interpretação sistemática constitucional do ordenamento jurídico como um todo. A busca da proteção dos direitos fundamentais ou individuais não poderá ultrapassar “a justa medida” em confronto com outros direitos constitucionalmente protegidos.

O direito do réu a uma pena proporcional ao delito cometido.

Concluimos que a ofensividade necessita da aplicação de uma proporcionalidade sistemática, pois esta, não prescinde de segurança jurídica. Ainda, o legislador infere para o “bem jurídico dignidade sexual” quantum penal mínimo superior ao bem jurídico “vida”. A jurisprudência entende “excessivo”. Do conceito de “menor” gravidade, na jurisprudência do Estado, e no direito comparado, procurou demonstrar que no direito penal pátrio, o legislador desconsiderou a proporção entre “castigo e delito”. O Judiciário aplicando a dogmática e a política penal através da relativização e aplicação do instituto da tentativa.

Das penas – destas condutas “menos graves” à análise dos quantitativos demonstraram que o código penal alienígena tratou o assunto com maior proporcionalidade as condutas menos graves, restou demonstrado que a legislação penal alemã parte da fixação de um quantitativo mínimo penal de 6 meses (máximo 10 anos) de reclusão, ainda, na legislação penal espanhola parte-se do mínimo penal de 1 a 2 anos (máximo de 6 anos) de reclusão, apenas chegando a um mínimo de 8 (máximo 10 anos) de reclusão, se presente situações agravantes. Ainda, a legislação argentina parte de um mínimo penal de 6 meses de reclusão. O mínimo legal pátrio de 8 anos para vulnerável – equipara-se e parte do mínimo penal previsto nas agravantes na legislação alienígena. Há, pois a previsão de solução jurídica mais proporcional, e de justa medida aplicável para os casos de menor gravidade. Ainda, citamos os efeitos negativos: o problema da estigmatização.

Concluimos, há violação do princípio da proporcionalidade, na não previsão legal de outras soluções fáticas menos grave, e não traz soluções jurídicas adequadas na questão – a “pena” e “fim” almejado. Ultrajado o conceito “*última ratio*”

Por fim, inicia-se as soluções em uma nova postura estatal e política criminal, o Projeto de lei (PLS 656/2011 propõe o resgate do revogado atentado violento ao pudor). Ainda, na data de 9 de maio do ano de 2012, o projeto de lei, visando novas modificações do Código Penal brasileiro e um novo tipo estupro. As modificações apontam para a criação de três figuras típicas diferenciadas: anal, oral, vaginal. A proposta é separar as condutas mais graves do ato libidinoso com penetração dentro do tipo estupro, enquanto as condutas menos graves serão consideradas ato libidinoso. Mantêm-se as penas do tipo estupro, e minimiza-se o quantum penal para as demais condutas, com quantum penal mínimo de 2 anos e máximo de 4 anos.

Eis, que, a arma para a “ignorância” humana é sempre, antes, a educação.

REFERÊNCIAS

- ANTÓN, Tomás S. Vives. **Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales: estudio preliminar** M. Jiménez Redondo. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- ARISTÓTELES. Da Justiça. In: ARISTÓTELES. **Obra jurídica**. São Paulo: Ícone, 1997. (Coleção fundamentos do Direito: Livro I, livro V de Ética e Nicômaco).
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARATTA, Alessandro. Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. **Revista Doctrina Penal**, Buenos Aires, v. 8, n. 29, p. 9-26, 1985.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 4: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- BRAGA, Valeschka S. B. **Princípio da proporcionalidade e razoabilidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. de Alexandre Salim. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto E. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; MOLINA, Antonio García-Pablos de (Coord.). **Direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Revista Tribunais, 2009. v. 2.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos dos direito penal alemão.** Trad. (da 2. ed. alemã rev. ampl.) de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. (da 20. ed. alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. De José Lamengo. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. Trad. de Antonio Martins. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 16, n. 71, p. 205-232, mar./abr. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza et al. O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/09. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRANCO, Alberto Silva (Orgs.). **Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. v. 6, pt. esp. 2. p. 59-87.

PUIG, Santiago Mir. **Comentarios al código penal-reforma LO 5/2010.** Valencia: Edita: Tirant lo Blanch, 2011.

PUZZO, Carmela. **I reati sessuali:** com ampia rassegna giurisprudenziale. Dogana (Repubblica di San Marino): Maggioli. (L'Attualità Del Diritto)..

SCHOLLER, Heirich. O princípio da proporcionalidade do direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. de Ingo Wolfgang Sarlet. **Interesse Público:** revista bimestral de direito público. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 93-99, abr. 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** 2. ed. ampl. actual. Buenos Aires: Júlío César Faria, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris,** Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.