

Jéssica Camile Abido

UMA CRÍTICA A LEI 12.015/2009 DOS CRIMES
CONTRA A LIBERDADE SEXUAL À LUZ DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade de Passo Fundo como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Profa. Me. Mônica Giusti Rigo

Passo Fundo

2017

Jéssica Camile Abido

Uma crítica a lei 12.015/2009 dos crimes contra a liberdade sexual à luz do princípio da proporcionalidade

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade de Passo Fundo como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação da Profa. Me. Mônica Giusti Rigo.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Mônica Giusti Rigo – UPF

Prof. _____ - _____

Prof. _____ - _____

AGRADECIMENTOS

A minha família que sempre me deu a base de tudo, ensinando os valores éticos e morais com muito amor e educação, em especial minha Mãe, que é meu porto seguro e meu Pai.

A minha Orientadora Professora Mônica Giusti Rigo, pelo apoio e auxílio para a elaboração do presente trabalho.

As minhas amigas que me incentivaram a seguir em frente, com palavras de força e carinho.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo fazer uma crítica à reforma da lei 12.015/2009 sobre os crimes sexuais, expor que a redação da lei possui uma falha ao juntar os atos libidinosos na lei de estupro. Há uma grande necessidade de um tipo penal intermediário para que seja suprida essa falha. Deste modo, para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado doutrinas de grandes autores, jurisprudências, monografias, dissertações de mestrado e revistas jurídicas. O estudo em questão resultou em uma análise aprofundada a atual lei de estupro, como ela vem sendo aplicada nos tribunais brasileiros. Conclui-se que de fato é necessária uma nova reforma da lei, de forma a graduar os atos libidinosos, para que haja uma paridade entre os julgamentos, uma proporcionalidade da aplicação da pena. O presente trabalho contribui para o entendimento da atual lei deficiente que temos em nosso ordenamento jurídico e para a necessidade de um tipo penal intermediário.

Palavras-chave: Ato libidinoso. Crimes Sexuais. Estupro. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This monograph aims to criticize the reform of the law 12.015 / 2009 on sexual crimes, to expose that the wording of the law has a flaw in joining the libidinous acts in the law of rape. There is a great need for intermediate criminal type for this failure to be addressed. Thus, for the development of the work was used doctrines of great authors, jurisprudence, monographs, masters dissertations and legal journals. The study in question resulted in an in-depth analysis of the current rape law, as it has been applied in Brazilian courts. It is concluded that in fact a new reform of the law is necessary, in order to graduate the libidinous acts, so that there is a parity between the judgments, a proportionality of the application of the sentence. The present work contributes to the understanding of the present deficient law that we have in our legal order and to the necessity

of an intermediate type.

Keywords: Libidous act. Sexual Crimes. Rape. Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A REFORMA DA LEI DE ESTUPRO.....	8
2.1 O Bem jurídico protegido e o tipo penal.....	8
2.2 Do princípio da proporcionalidade e do direito penal mínimo.....	10
2.3 O conceito de crime de estupro.....	15
3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	21
3.1 Direito penal do inimigo.....	21
3.2 Da análise jurisprudencial.....	24
4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO.....	33
4.1 O problema do excesso de pena e o princípio da proporcionalidade.....	33
4.2 Da necessidade de um tipo penal intermediário.....	36
5 CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso foi desenvolvido de forma a ser uma crítica à reforma da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, visto que após a mesma foi englobado os atos libidinosos no crime de estupro fazendo com que não haja uma paridade na aplicação da pena diante dos tribunais. Far-se-á necessário, portanto, mostrar a necessidade de uma nova reforma na lei de estupro para aqueles sujeitos que cometem o crime por atos libidinosos de cunho leve.

Para a elaboração do presente trabalho, foi abordado um estudo utilizando doutrinas de renomados autores, jurisprudências dos tribunais brasileiros, revistas jurídicas eletrônicas, trabalhos de conclusão de curso de Universidades e dissertações de mestrado.

O presente estudo irá tratar da deficiência da lei de estupro após a reforma e como é aplicada a pena pelos magistrados, se tal aplicabilidade acompanha o princípio da proporcionalidade.

No primeiro capítulo far-se-á um estudo sobre o crime de estupro desde o seu tipo penal, a importância do princípio da proporcionalidade e do direito penal mínimo para este tipo, bem como uma conceituação do crime de estupro em si, abordando o crime antes da reforma da lei 12.015/09 e após a reforma, assim como sua aplicabilidade na égide atual para que se possa compreender o crime estudado ao longo do presente trabalho.

No segundo capítulo abordar-se-á um estudo em torno do direito penal do inimigo, analisando desde o nascimento deste direito até a possibilidade de aplicação em nosso sistema jurídico, isto é, no que concerne o direito penal do inimigo para o crime de estupro. Também no mesmo capítulo, far-se-á um estudo de jurisprudências com acórdãos dos tribunais brasileiros, o qual demonstra a deficiência da lei após a reforma ao ser aplicada no caso concreto.

No terceiro capítulo abordar-se-á a grande necessidade de um tipo penal intermediário, expressando um crime único que possui condutas alternativas, demonstrando quais as leis que os juristas usam para tentar suprir a lacuna da mesma, como é feita a aplicabilidade nos tribunais atualmente e sua dificuldade em aplicá-la.

2 A REFORMA DA LEI DE ESTUPRO

Inicialmente, para que se possa compreender a mudança da legislação atual, faz-se necessária, a abordagem de alguns conceitos básicos. Deste modo, neste primeiro capítulo far-se-á uma abordagem do bem jurídico tutelado pelo direito penal, em especial no crime de estupro, o princípio constitucional da proporcionalidade e o minimalismo penal.

Tem-se, deste modo, neste primeiro capítulo, como objetivo verificar qual o bem jurídico tutelado pelo novo texto de lei do artigo que cuida do crime de estupro, bem como verificar de que maneira o princípio da proporcionalidade é aplicado ao direito penal. Ainda, verificar-se-á o conceito de minimalismo penal e como ele é inserido no direito penal constitucional brasileiro.

Deste modo, pretende-se demonstrar como ficou a atual redação da Lei n. 12.015 de 2009 no artigo 213 do Código Penal, como é aplicado atualmente, fazendo uma análise ao princípio da proporcionalidade na aplicação da pena no que se refere aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal enquadrado nesta lei, de forma a analisar a pena aplicada a quem comete a conjunção carnal de forma forçada, e a quem comete um ato libidinoso como um beijo lascivo. Observa-se, então, a proporcionalidade da pena aplicada, visto ser a liberdade sexual um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

2.1 Bem jurídico protegido e o tipo penal

O Estado Democrático de Direito surgiu para impedir os abusos e autoritarismo do Estado e, também, para proteger o homem do próprio homem. Deste modo, as leis são elaboradas com o fim de proteger o indivíduo em sociedade. Assim, as leis funcionam como um mecanismo de controle comportamental social, que com o passar do tempo tomam uma nova roupagem, e se adéquam aos problemas da sociedade atual.

Em seu Código Penal de 1830, o Brasil adotava a expressão direito criminal, e nos próximos códigos até o que se aplica atualmente, foi utilizada, desde então, a expressão direito penal, que visa proibir condutas e definir crimes sob ameaças, normas e medidas. Atualmente, o código penal brasileiro está dividido em duas partes, sendo a primeira a parte geral, que é onde se encontra a edição das normas

e orienta o intérprete a verificar o fato com determinada infração penal, e a parte especial, que é aquela que define, por exemplo, o conceito de funcionário público e causas que eliminam o crime ou até mesmo isenta de pena, destinada a definir delitos e destinar penas. (GRECO, 2014, p. 01-06)

Assim, no ano de 2009 houve uma alteração do texto do artigo 213 do Código Penal, que, por assim dizer, alterou o verbo, o tipo penal e o sujeito. Deste modo, passou a não defender apenas a liberdade sexual da mulher e sim a defender também a liberdade sexual do homem, não vendo o estupro apenas como a conjunção carnal, introduzindo o pênis na vagina, onde o sujeito ativo era somente o homem, e sim, levando em conta todo ato libidinoso ao qual se enquadra o homem também como sujeito passivo. (CAPEZ, 2011, p. 44)

Na redação do Código Penal anterior, eram considerados o crime de estupro e atentado violento ao pudor, sendo dois crimes distintos com tipos penais isolados. Com a mudança na Lei n. 12.015/2009, considerando todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, temos apenas um crime. (CAPEZ, 2011, p. 44)

No tocante aos bens juridicamente protegidos pelo artigo 213, podemos citar a liberdade sexual e a dignidade sexual (GRECO, 2014, p. 469). O direito penal protege os bens jurídicos de forma a garantir uma boa convivência entre os cidadãos (FAYET, 2011, p. 41).

Nesse sentido, Fernando Capez (2011, p. 44), ao se referir ao ato libidinoso:

Também se caracteriza ato libidinoso diverso da conjunção carnal a ação do agente que, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, beija a vítima de forma lasciva, ou apalpa seus seios ou nádegas, ou acaricia suas partes íntimas, ainda que esteja vestida.

Ao ser praticado o crime de estupro, é agredida a liberdade e a dignidade do ser humano de modo a humilhá-lo com o ato sexual. A lei ainda acrescenta como tipo penal, em sua parte final, outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. A liberdade sexual é o comportamento pelo qual o ser humano escolhe com quem, como e quando mantém a relação sexual, ou seja, é sua forma de escolha, é o poder sobre o seu corpo sem ser um poder repressivo

ou coagido que tanto a mulher quanto o homem possuem, sendo escolhas básicas e essenciais. (GRECO, 2014, p. 469)

Na forma antiga do Código Penal era considerado o crime de estupro e atentado violento ao pudor, sendo dois crimes distintos com tipos penais isolados. Com a mudança na Lei n. 12.015 de 2009, considerando todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, temos apenas um crime. (CAPEZ, 2011, p. 44.)

Ao se analisar o tipo penal do crime de estupro tem-se o verbo constranger (obrigar, forçar) alguém à ação mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal (introdução completa ou incompleta do pênis na vagina) ou a praticar ou permitir a prática de ato libidinoso (todo ato praticado a fim de satisfazer o prazer sexual, sexo oral, sexo anal, masturbação), de modo a ser uma prática dolosa. (FAYET, 2011, p. 55)

Nucci (2014, p. 1023), ao conceituar o núcleo do tipo do crime de estupro, diz que “constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso”.

No tipo penal temos o objeto formal e o objeto material que formam o tipo objetivo, sendo o primeiro composto por elementos descritivos, pela norma, e o segundo composto por um risco, ou seja, um fato que atinja o bem jurídico. (FAYET, 2011, p. 55).

Agora, mostra-se necessário conceituar o princípio da proporcionalidade, bem como o modo como ele é empregado na aplicação da pena nos casos de crime de estupro, estudo que será feito no próximo subtítulo.

2.2 Do princípio da proporcionalidade e do direito penal mínimo

O princípio da proporcionalidade tem se mostrado de suma importância na aplicação de uma pena. No que tange ao crime de estupro na nova lei, podemos observar ele quando fazemos uma análise da aplicabilidade da pena no que diz respeito aos atos libidinosos, que levanta dúvidas acerca da letra da lei. José Antonio Paganella Boschi (2014, p. 55) argumenta no sentido de que

Embora destinado primordialmente a contenção dos excessos no direito administrativo, o princípio da proporcionalidade é qualificado como um

escudo de proteção dos direitos e das liberdades, em todas as áreas do direito.

O princípio da proporcionalidade vem trazer a sanção penal de uma forma a ser aplicada sem excessos e livre de abusos, o que por vezes, no direito penal, evidencia certa dificuldade, pois não raro a norma acaba não sendo compatível com o delito praticado, havendo uma desproporção na punibilidade (GRECO, 2014, p. 81).

O princípio da proporcionalidade também serve para que o judiciário possa anular os atos administrativos ou legislativos quando o fim não está de acordo com o instrumento empregado, havendo uma forma menos gravosa de chegar ao resultado, sem excesso (BARROSO, 2013, p. 283).

Este princípio é utilizado de forma a solucionar atritos entre os direitos fundamentais. Sendo ele uma regra de aplicação do direito, usado para interpreta-lo. O princípio da proporcionalidade é utilizado desde a civilização ocidental, tendo a ideia de Aristoteles que defendia que o justo era proporcional e o que se referia a injustiça tinha-se a ideia de desproporcionalidade. Foi na lei de talião que houve uma mudança, houve um progresso o qual utilizou a proporção entre o dano que foi causando e a forma de punição. Anterior a progressão a lei era “olho por olho e dente por dente”. (SILVA, 2010, p. 11).

José Antonio Paganella Boschi cita sobre os princípios:

Os códigos não contem soluções para todos os casos e nessa ausência de regulação explícita que os princípios, como soldados de reserva, são chamados e entram em ação para resolverem o problema concreto e assegurarem a supremacia do direito. (BOSCHI, 2014, p. 29).

Pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade no âmbito penal tende a não ser aplicado nem superior e nem inferior ao crime cometido, garantindo o Estado Democrático de Direito e protegendo os direitos fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana. Deve haver, dessa forma, uma adequação entre o meio e o fim do delito praticado, sempre sendo o meio menos gravoso, sem excessos. Visto que o ordenamento jurídico brasileiro compreende um grande

número de infrações penais, é de grande dificuldade para o jurista aplicar a proporcionalidade (GRECO, 2014, p. 81).

Este princípio não está expresso na Constituição Federal, mas fundamenta-se no devido processo legal previsto no artigo 5º, inciso LIV do mesmo diploma e nas ideias de justiça, protegendo os direitos fundamentais e os direitos de interesse público, estabelecendo como uma norma deve ser interpretada, graduando o peso da norma aplicada pelo juiz de forma a evitar uma injustiça (BARROSO, 2013, p. 328-329).

No Código Penal podemos identificar o princípio no artigo 59, quando se refere ao juiz para que a aplicação da pena não seja mais do que necessária e suficiente. Este princípio divide-se em três subprincípios, sendo eles a adequação, a estrita necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (BOSCHI, 2014, p. 55-56).

No que se refere à proibição de proteção deficiente diz que, assim como não se deve admitir o excesso, também não se deve deixar que os direitos fundamentais acabem por beneficiar de forma indevida um agente de modo a aplicar-lhe uma pena menos gravosa. Observa-se que, em se tratando do princípio da proporcionalidade, têm-se estes dois vieses, o que diz respeito à pena ser menos ou mais gravosa do que deveria, cabendo assim a análise do delito cometido e a aplicação da proporcionalidade de forma correta analisando-se essas duas correntes (GRECO, 2014, p. 81-82).

Diante disso, far-se-á necessário abordar o minimalismo penal em razão da sede por penas mais altas e vingativas com a qual frequentemente se depara ao entrar em contato com a sociedade atual. Assim, abordar-se-á o direito penal mínimo para que se possa identificar uma falta de cultura do direito penal e a precariedade de penas mais dignas que possam permitir a ressocialização do indivíduo que comete ato ilícito, visando o minimalismo como fonte primordial para o desenvolvimento da sociedade no que tange ao sistema penal.

O direito penal mínimo surgiu no regime absolutista, o qual foi essencialmente marcado por penas rígidas e desproporcionais que vigoraram no continente europeu por volta do século XVIII. Nessa mesma época, começou a se levantar dúvidas sobre tal sistema punitivo, por meio de estudos entre pesquisadores e filósofos, e assim deu-se início ao princípio da dignidade da pessoa humana. De mesmo modo, Charles de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau,

inconformados com o sistema punitivo, inauguraram críticas e propuseram a pena de forma individual e de forma a ser menos cruel possível. Destarte, na Revolução Francesa, as ideias de que deveria haver uma reforma penal espalharam-se pela Europa, de acordo com os pensamentos iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade. (COSTA, 2016, p. 03-04)

Após essa época, deu-se início aos pensamentos de Cesare Beccaria, que lutava por uma reforma do Direito Penal, mas foi mais adiante pelos pensamentos de Rousseau, Voltaire e John Locke que se iniciou o direito penal moderno, onde se pensava em recuperar o agente do delito. A partir desse momento histórico, que inaugura o direito penal mínimo, luta-se por penas mais proporcionais e humanas, excluindo as condições desumanas em que o infrator era exposto durante o cárcere. (COSTA, 2016, p. 05)

O direito penal mínimo anda em conformidade com o princípio da intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade, sendo um fator importante para combater a criminalidade por meio da implementação de meios para ressocialização. O minimalismo penal defende a ideia de que a pena é um mal para quem está sofrendo a pena aplicada, e não só para o condenado, mas para sua família e a sociedade, ligada de forma indireta e, por este motivo, a pena deve ser aplicada somente quando não se encaixa outra medida de punição. (TELLES, 2010, p. 26-27)

É em virtude do pensamento iluminista que o Estado jamais deve aceitar uma penalidade que deriva de um sentimento de vingança, colocando o direito penal como *ultima ratio*, intervindo apenas quando outras medidas abarcadas em outros ramos do direito forem insuficientes. (MATA, 2008, p. 66)

O Estado, embora tenha o dever-poder de aplicar a pena devido ao Estado Constitucional de Direito, deve aplicar a pena de maneira a respeitar os princípios contidos na Carta Magna. Tais princípios estabelecem a proteção e a garantia à integridade física e à dignidade do condenado, de forma a respeitar seus limites. (TELLES, 2010, p. 41)

O direito penal mínimo vem para restringir o máximo possível o poder punitivo estatal, porém vivemos atualmente em uma guerra entre duas ideologias, onde a primeira se acredita em um direito penal mais rígido, o qual deriva do movimento repressivo “Lei e Ordem”, que se propõe a acabar com a criminalidade, e outra ideologia que acredita nas ideias vindas do iluminismo, como mencionado

acima. O pensamento doutrinário segue mais forte na corrente iluminista, que acredita ser o que mais se enquadra na realidade atual, de modo a reservar a pena privativa de liberdade somente para agentes que, em razão da sua periculosidade, devam permanecer presos. (MATA, 2008, p. 67)

O direito penal mínimo deve vir de forma a proteger os bens jurídicos, não sendo admitido que o direito penal venha proteger a moral inserida por uma parcela da sociedade. (GARCIA FILHO, 2013, p. 34)

O direito penal protege os bens jurídicos, devendo também proteger a vida humana individual e coletiva, usando para isso a ameaça de uma penalidade. A pena, de certa forma, é uma reação que o Estado tem em relação a um ato ilícito praticado com violência por uma pessoa. A ideia é proteger os ataques mais intoleráveis, ataques mais expressivos. O Estado Democrático de Direito, visando buscar sempre a liberdade individual, deve esquivar-se de usar sua força, em especial no direito penal. Tem-se a opção do direito administrativo e do direito civil, por exemplo, que, quando cabível, deve ser usado deixando o Penal em última instância. (ANDRADE, 2014, p.105-106)

No que tange às garantias penais, viabiliza-se práticas voltadas a diminuir a violência e o poder punitivo, sendo um problema o modelo retributivista, que aumenta em decorrência até mesmo da decadência política, utilizando-se dela para confrontar a violência. Destarte, destaca-se o papel político na jurisdição penal. O cárcere, além de sofrimento físico e psicológico, promove a perda da sociabilidade e da afetividade, carregando consigo a solidão, superando a mera privação da liberdade, pelo que se denota ser uma instituição desigual, e seu sofrimento produzido não se fará uma recompensa para ninguém. (SACHS, 2010, p. 29-30)

Para que as normas sejam obedecidas não são necessárias apenas sanções, e sim valores, que estão perecendo em nossa sociedade atual. Não há critérios para a criminalização das condutas, as pessoas que cometem o delito estão sendo desperdiçadas por não haver uma ressocialização, indicando uma necessidade grande de revisão das leis. As garantias processuais e penais estão sendo cada vez mais violadas e princípios cada vez mais desprezados e sem utilidade. A pena é vista como meio extremo e tem a finalidade de fazer justiça, pois ofende um bem jurídico, mas não é um meio de evitar o crime, e por isso devem ser indagadas a sua necessidade e eficiência. Diante disso, não se deve aplicar uma lei

mais grave se pode ser obtido o mesmo resultado sendo aplicada uma lei menos rigorosa. (PROCÓPIO, 2013, p. 12-14)

Conforme expõe Cornélio Procópio (2013, p.15), “ressalta-se que o bem jurídico é protegido penalmente apenas perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente inaceitáveis”.

Há uma posição onde se encontra o direito penal mínimo, entre o abolicionismo e o direito penal máximo. Envolvendo o princípio da subsidiariedade e fragmentariedade, pelo primeiro princípio o direito penal fica subsidiário no caso de os demais fracassarem e, pelo segundo princípio, escolhe-se bens fundamentais, bens esses, protegidos pelo direito penal em pequena parcela. (SILVA, 2013, p. 28.)

Os princípios penais, ressaltando-se o princípio da legalidade expresso na Constituição Federal, estão cada vez mais banalizados pela mídia criando figuras criminosas e estipulando penas, afastando cada vez mais o direito de liberdade. Ao observar a decadência do nosso sistema penal brasileiro ao não conseguir dominar a criminalidade e fazer a ressocialização do condenado, devemos lutar pelo minimalismo penal, protegendo a convivência da sociedade de forma serena. O garantismo penal anda ao lado do minimalismo, pois tenta deixar em acordo a normatividade e a efetividade, engrandecendo as formas de liberdade e diminuindo a violência. (PROCÓPIO, 2013, p. 16-19)

2.3 O conceito de crime de estupro

Aborda-se adiante um estudo sobre o crime de estupro e sua evolução da legislação que o criminaliza, para que seja possível compreender o delito ao qual este trabalho se refere.

Veja-se então que, a partir do ano 1500, pode-se observar que houve três fases, sendo elas o período colonial, o período imperial e o período republicano. No período colonial tinha-se o temor pelo castigo, o direito penal medieval era reproduzido pelas Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. (FAYET, 2011, p. 24).

Nas Ordenações Filipinas era clara a lei onde dizia que todo homem que de forma forçosa dormisse com qualquer mulher, deveria morrer, ou seja, tinha-se a pena de morte. Dessa forma, a pena de morte poderia ser concretizada pelo fogo até obter o estado de pó. No que envolvia apenas o atentado (atos libidinosos),

então, era estabelecido a pena de degredo, açoitamento, confisco de bens e multa. (FAYET, 2011, p. 25)

Destarte, o crime de estupro é repudiado já há muito tempo atrás, desde a antiguidade é notado o quanto esse crime é grave.

De tal forma as Ordenações Filipinas ordenaram até 1830, destarte iniciou o Código Criminal que teve influência da Escola Clássica na data de 16 de dezembro de 1830, sancionado por D. Pedro I, sendo que tal Código abarcava penas especiais para menores de 14 anos e não compreendia a culpa, apenas o dolo, tendo escalas de grau máximo, médio e mínimo. Deixava, ainda, a pena de morte ativa e punia o crime de estupro contra prostitutas de forma mais elevada, pois a honestidade era o elemento do tipo. (FAYET, 2011, p. 26-28)

O código criminal, assim como a evolução das penas compõe uma parte importante para a história do direito no mundo em que vivemos. Referente a evolução das penas, José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 75) ensina que

A evolução das penas no tempo, desde quando elas tinham a feição de reações instintivas contra tudo o que pudesse representar ameaça a sobrevivência individual ou do grupo, passando pelas incipientes modalidades, até chegarmos nos modelos estatais contemporâneos – foi lenta, dramática e, segundo Ferrajoli, mais horrenda que a evolução histórica dos crimes.

Após, surgiu o Código da República, que extinguiu a pena de morte amparando-se na Constituição de 1891. No Código de 1890 havia uma distinção de estupro e atentado violento ao pudor, sendo ambos punidos com prisão. (FAYET. 2011. p. 30-31.).

Seguidamente, surge o Código Penal de 1940 que tinha as penas de reclusão, detenção ou de multa e que ao longo do tempo sofreu alterações. Tratava o estupro como sendo um fato a constranger a cópula vagínica por meio de violência, ou seja, o sujeito passivo apenas poderia ser a mulher e o atentado violento ao pudor abrangia atos libidinosos no qual o sujeito passivo se referia a qualquer pessoa. (FAYET, 2011, p. 34-35)

Destarte, o Código penal de 1940 ainda não era o adequado para nosso ordenamento jurídico, pois tratar um crime grave com pena de multa acaba se tornando uma punição muito leve.

Após passar por esses períodos, hoje se tem a Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009 que modificou o Título VI do Código Penal, o qual se intitulava Dos Crimes Contra os Costumes e agora se fala em Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual (FAYET, 2011, p. 38).

Na legislação atual, sabe-se que quando a relação sexual é feita de forma a tornar perpétua a espécie, compreendemos que tais atos não são imorais, de modo a serem realizados de forma íntima, sendo visto a relação sexual como atos naturais e indispensáveis na vida humana. O problema surge quando tais atos sexuais são realizados de forma incorreta, isto é, prejudicando outrem. Foram com o surgimento desses atos sexuais, realizados de maneira incorreta, que surgiram então as regras, leis e princípios para proteger a liberdade sexual, regras estas que partiram da moral e tornaram-se direito, sempre em prol de proteger a espécie humana. (BRANCO, 1978, p. 20)

Sabe-se que o estupro é um ato imoral, que repudia a sociedade, ato de crueldade máxima que por vezes deixa sequelas físicas e psíquicas irreparáveis, levando, por vezes, até mesmo à morte.

O crime de estupro está exposto no artigo 213 do Código Penal¹, revogando o artigo 214 do mesmo, que tratava em atentado violento ao pudor. (SBARDELLOTTO, 2015, p. 02)

O crime de estupro enquadrasse em uma modalidade especial de constrangimento ilegal, sendo o núcleo do tipo o verbo constranger. O emprego de violência ou grave ameaça praticado pelo agente é necessário para que se configure o delito. Ao se referir a violência, refere-se ao emprego de força física, para conseguir praticar o ato de conjunção carnal, ou permitir, ou praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Já o que se refere a grave ameaça, ela pode ser direta ou indireta, explícita ou implícita, sendo ela aplicada diretamente a vítima ou

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

indiretamente, usando pessoas ou coisas que são próximas a vítima. (GRECO, 2015, p. 466)

Anteriormente a lei, quando ocorria a conjunção carnal e o ato libidinoso contra a mulher (único sujeito passivo no artigo anterior), eram enquadrados dois crimes, o crime de estupro e o crime de atentado violento ao pudor. Atualmente o artigo elenca esses dois crimes em um só artigo, pois traz o ato libidinoso para dentro do crime de estupro configurando apenas um delito. (SBARDELLOTTO, 2015, p. 03). Nucci (2014, p. 1032) conceitua o ato libidinoso como:

Ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou outros objetos, dentre outros.

O delito de estupro, dependendo da intensidade do ato libidinoso ao compararmos com a conjunção carnal, acaba por se tornar, se o ato for, por exemplo, um beijo lascivo, um toque na virilha ou nos seios, desproporcional ao crime de estupro realizado com conjunção carnal mediante violência, mas aplica-se a mesma pena de um ato praticado com mais violência a um ato que pode ser enquadrado em penas menos rigorosas.

O crime de estupro é considerado um crime hediondo, sendo o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado, não sendo possível a liberdade provisória com fiança, não sendo possível obter concessão de indulto, graça ou anistia. Na redação da lei anterior não era considerado crime hediondo, apenas considerava a hipótese de tanto o crime de estupro quanto o crime de atentado violento ao pudor fossem praticados na sua forma qualificada pelo resultado (lesão grave ou morte). Atualmente abrange todas as qualificadas pelo resultado e sua forma simples. (NUCCI, 2014, p. 1023)

Na lei anterior à reforma tinha-se a liberdade sexual da mulher como objeto jurídico, de modo que a mulher pudesse escolher com quem manter relações sexuais e quais atos praticar. O crime de estupro era trazido no artigo 213 do Código Penal como, constranger a mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Sendo o estupro o pior crime que possa ser cometido ao que tange a

liberdade sexual, quando cometido com conjunção carnal e violência. (BURNIER, 2010, p. 42)

Ainda na lei anterior, no que tange ao atentado violento ao pudor, entendia-se o pudor como uma espécie de recato ou sentimento de vergonha, equivalente a um sentimento de honestidade, um sentimento de decência. (MOSSIN, 2002, p. 72)

O bem jurídico tutelado no crime de estupro era a liberdade sexual da mulher, enquanto no crime de atentado violento ao pudor o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual. No atentado violento ao pudor, qualquer pessoa poderia dispor e recusar o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, de modo que tanto o homem quanto a mulher poderiam estar como sujeito ativo ou passivo no crime, pelo que era referido como um crime comum, abarcando também os homossexuais. (PORTINHO, 2005, p. 45)

O estupro era configurado por obrigar mulher a praticar a conjunção carnal usando a violência ou a grave ameaça. Antes da reforma da lei, a cópula anal e oral não era prevista no crime de estupro, mas sim prevista no crime de atentado violento ao pudor. Era considerado, até então, apenas a cópula vagínica, visto então, que o homem não entrava como sujeito passivo no delito. (BURNIER, 2010, p. 43)

Na redação anterior, o homem só poderia ser sujeito passivo no caso de ser cometido algum ato libidinoso contra o homem, ele seria enquadrado no crime de atentado violento ao pudor. A mulher responderia pelo crime apenas se fosse no concurso de pessoas como coautora, por exemplo, se a mulher ajudasse o homem a segurar a vítima ou usasse da ameaça para contribuir que o homem cometesse o ato ilícito. Também poderia ser a mulher enquadrada como partícipe, se no caso induzisse o homem a praticar o crime, mas a mulher jamais seria considerada sujeito ativo do delito. (BRAZ, 2012, p. 09)

No atentado violento ao pudor, artigo 214 do Código Penal², o qual foi revogado, poderia ser enquadrado tanto o homem quanto a mulher como vítima, pois, qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal caracterizava o atentado violento ao pudor. Havia certa dificuldade em distinguir o atentado violento ao pudor

² Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de seis a dez anos.

da tentativa, pois, os atos praticados em ambos só acabavam sendo diferenciados pelo dolo do sujeito ativo. (BRAZ, 2012, p. 09)

Na conduta dos atos libidinosos é enquadrado o beijo lascivo, o qual na lei atual pode ser entendido como crime de estupro. O que não deveria ser enquadrado, pois não é correto ser atribuído ao sujeito uma pena de pelo menos 6 (seis) anos de reclusão, possuindo a mesma gravidade da pena que é atribuída a um homicida. Uma parte da doutrina inclina-se ao fato do beijo lascivo pertencer ao crime de estupro, por exemplo, há autores que dizem que o beijo lascivo constitui estupro se empregado com violência e grave ameaça e há autores que defendem que o beijo lascivo não se compara a gravidade de um coito anal. (GRECO, 2015, p. 503)

A doutrina classifica a conjunção carnal como crime de mão própria, ao que tange o sujeito ativo, pois está ocorrendo uma ação de cunho pessoal do agente. Quando a conduta for praticar ou permitir que se pratique ato libidinoso, podemos dizer que é um crime comum. (GRECO, 2015, p. 468)

Já se pensou em usar o direito penal do inimigo para combater os crimes sexuais, usar de forma a prevenir o fato identificando o inimigo, ou seja, o sujeito que cometeria tal fato, excluindo o sujeito da sociedade, motivo pelo qual se abrange tal medida no seguinte capítulo.

3 DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O presente capítulo descreve o instituto do direito penal do inimigo, demonstrando seu conceito, onde e por que surgiu, bem como tal instituto pode ser utilizado no Brasil de forma a reduzir a criminalidade. É importante ser feita a abordagem do direito penal do inimigo neste estudo, em razão de ser uma forma de tentativa para reduzir a criminalidade na sociedade.

O capítulo traz uma análise jurisprudencial de acórdãos dos tribunais brasileiros, para que se possa compreender de que forma se dá a aplicação da lei de estupro em casos mais brandos. A jurisprudência demonstra tanto a pertinência do tema abordado neste trabalho, quanto a aplicação no caso concreto, trazendo uma melhor compreensão da aplicabilidade da pena.

3.1 Direito penal do inimigo

Em seguida pretende-se esboçar um estudo sobre o direito penal do inimigo, como se iniciou e como é auferido no Brasil em relação a sua aplicabilidade, além de tecer algumas considerações no tocante à Constituição Federal.

Por volta do ano de 1980, surgiu o direito penal do inimigo para tentar combater a criminalidade. Era um período de progressão, devido à Guerra Fria e à União Soviética, onde a sociedade cobrava por medidas rígidas para combater a criminalidade. Gunther Jakobs, incentivador do funcionalismo penal e direito penal do inimigo, defende que o Estado precisa achar meios de prevenir as pessoas contra aqueles que cometem crimes com frequência e, diante disso o cidadão poder cobrar medidas de proteção do Estado. (ARAUJO; DEODATO, 2015, p. 513)

O direito penal do inimigo nasceu no início do milênio em contraponto ao direito penal do cidadão. O direito penal do inimigo foi desenvolvido por Gunther Jakobs em Frankfurt. Segundo a teoria, o agente não é tratado como um sujeito de direitos e visa-se excluir esse sujeito da sociedade, visto que já cometeu vários delitos ou já cometeu atos muito graves. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2017, p. 175)

Destarte, para Jakobs o direito penal serve para todos os cidadãos e o direito penal do inimigo apenas para contra o inimigo através da coação física. Ao combater perigos o direito penal do inimigo acredita que o cidadão pode um dia

deixar a condição de inimigo e ser um cidadão da sociedade. (ARAUJO, DEODATO, 2015, p. 513).

Ao contrário do direito penal do cidadão que o agente ao cometer o ato ilícito é aplicada a norma, e ele continua com todos os direitos e garantias na sociedade. Como exemplo de direito penal do inimigo podemos citar a Lei Patriótica dos Estados Unidos da América, a qual autoriza a prisão por tempo indeterminado, tais como as prisões de Guantánamo (Cuba) e Abu Ghraib (Iraque), e a tortura utilizada em interrogatórios (ESTEFAM, GONÇALVES, 2017, p. 175). De acordo com Marilane da Costa Nunes (2010, p. 23),

O Direito Penal do Inimigo se configuraria, portanto, como sendo um modelo de Direito Penal parcial, através do qual se pune de forma antecipada e mais rigorosamente, restringindo-se a liberdade, tanto de agir e quanto a de pensar.

Dessa forma, o inimigo pode ser punido de forma mais dura e de forma antecipada, sendo este o motivo pelo qual este direito penal possui altas doses de parcialidade. Por exemplo, garantias processuais e materiais acabam se tornando mais flexíveis para fins de impor a punição. As medidas utilizadas pelo Estado para combater o inimigo não podem ter como finalidade suprir um desejo de vingança ou de forma a abusar do poder do Estado, visto o objetivo ser apenas acabar com o risco oferecido pelo inimigo. (ARAUJO; DEODATO, 2015, p. 516)

Em se tratando da aplicabilidade no Brasil, não é possível utilizar ordens que impliquem contra as normas fundamentais expostas na Constituição Federal, destarte, o direito penal do inimigo não é precaução na norma jurídica do Brasil. No que tange ao princípio da ampla defesa, o direito penal do inimigo acaba se tornando uma afronta, pelo fato de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. (MOURA; VARGAS, 2009, p. 11)

Ao abordar uma visão mundial sobre o direito penal do inimigo, mostra-se uma necessidade cada vez maior de punir, tendo leis editadas a ponto de ferir os direitos fundamentais (LUCCA, 2016, p. 41).

Ao ser aplicado, seria uma maneira de retroagir ao que tange aos direitos fundamentais, porém esse direito mesmo não encontrando amparo na Constituição Federal, é aplicado implicitamente. (MOURA, VARGAS, 2009, p. 11)

Pode-se dizer que as principais características do direito penal do inimigo são a periculosidade do sujeito inimigo sendo que para este não pode ser atribuído os direitos como os demais cidadãos, a atribuição de uma antecipação da punibilidade para que se possa evitar ações de cunho perigoso, as penas aplicadas são as penas mais severas possíveis, a legislação aplicada gira em torno de um combate contra o inimigo, o sujeito inimigo perde as garantias processuais penais e medidas de segurança são aplicadas. (ESTEFAM, GONÇALVES, 2017, p. 178)

No Brasil, devido a uma parcela da classe social pagar pelo crime e outra parcela nem tanto, como é o caso da classe mais alta que ao cometer um crime, certas vezes acaba impune, diferentemente da classe mais baixa que ao cometer um crime, como por exemplo, o furto de algo simples como um alimento, acabaria se tornando um crime de maior valoração, acaba se revelando um país em que muitas vezes são tolhidos direitos de inocentes enquanto criminosos acabam ficando sem punibilidade. (MOURA; VARGAS, 2009. p. 13)

No Brasil, devido à onda de criminalidade que abrange o país, nos últimos anos tem-se produzido e editado cada vez mais legislações. (LUCCA, 2016, p. 46). Visto estar expresso na Constituição Federal que a igualdade é atribuída a todos, sem distinção, não haveria como categorizar a população em cidadãos e inimigos, pelo que não caberia a utilização do direito penal do inimigo em nosso sistema. Além disso, não possuímos um sistema seguro para a aplicação do mesmo. (MOURA; VARGAS, 2009, p. 13)

O direito penal do inimigo engloba alguns tipos penais como, os crimes contra a ordem econômica, os crimes sexuais, o tráfico, homicídios, o crime organizado e o terrorismo. Não seria observada a conduta de cada crime, mas tão somente o perigo, sem dar importância aos motivos e circunstâncias em que se deu a conduta. Para que seja evitado o crime, deve-se identificar o inimigo e excluí-lo da sociedade, é desta forma que se apresenta a prevenção que o direito penal do inimigo apresenta. (QUADROS, 2014, p. 17). Jakobs Gunther, acerca do direito penal do inimigo, afirma que

Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. (GUNTHER, MELIÁ, 2005, p. 49)

A criação de leis é uma forma de saciar o desejo da sociedade que acredita ser possível mudar de forma a melhorar e diminuir a criminalidade com mais leis. Em 2003, por meio da Lei 10.752/2003, criou-se uma forma de diminuir a criminalidade organizada com um regime disciplinar diferenciado, a qual foi recepcionada criticamente pela doutrina, referindo-se como uma pena cruel a de deixar o indivíduo em isolamento absoluto, sendo essa vedada pela Constituição Federal. (LUCCA, 2016, p. 47)

Pode-se concluir que o direito penal do inimigo, não é a melhor maneira para reduzir a criminalidade em razão de ferir os direitos fundamentais e os princípios constitucionais brasileiros.

3.2 Da análise jurisprudencial

As jurisprudências são utilizadas no sistema brasileiro como uma forma de suprir as lacunas deixadas pelas leis, pois, são tantas as condutas humanas, que o legislador ao aplicar e criar as leis, não tem como prever todos os atos humanos. Destarte, em casos de lacunas a legislação autoriza a aplicação das jurisprudências, no caso, normas extra legais. (PITA, 2002, p.92)

Em seguida, pretende-se realizar uma breve análise e comparação de jurisprudências relativas a casos que foram enquadrados no crime de estupro de forma desproporcional, isto é, que estão relacionadas com o tema abordado.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTURPO. ESTUPRO MAJORADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE **NULIDADE** DO PROCESSO ANTE A AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

Ausência do Ministério Público na audiência de instrução. Leitura dos artigos 201, 203 e 212 do Código de Processo Penal. Nulidade não declarada.

PRELIMINAR DE NULIDADE POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ.

Não constitui ofensa ao Princípio do Juiz Natural a sentença proferida por Juiz de Direito em substituição ao juiz titular, que se encontra em férias.

desclassificação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor. imposição de aplicação do princípio da proporcionalidade. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.

Não há falar em estupro, mas sim de contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor se os atos praticados pelo réu não evidenciaram dolo de conjunção carnal ou de atentado violento ao pudor. Assim, considerando-se os atos praticados pelo réu, sob a perspectiva material, e seu ajuste à norma penal, de onde se tem a estreitíssima tipologia penal oferecida pela legislação brasileira em termos de crimes sexuais, conclui-se que, sob os ditames do princípio da proporcionalidade e da vertente doutrinária majoritária da necessidade de consolidação de Direito Penal mínimo, é forçoso concluir, com base no princípio da proporcionalidade, que os fatos em tela melhor se ajustam à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Operada a desclassificação para a infração penal de menor potencial ofensivo, a competência para conciliar, julgar e executar é expressa pela Lei 9.099/1995, razão pela qual a sentença deve ser desconstituída, com a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, conforme preceitua o art. 383, § 1º, do Código de Processo Penal.

APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (BRASIL, 2017, p. 01)

No processo criminal nº 109/2.15.0000447-6, que tinha como réu Lucian Sperotto, a denúncia apresentou o seguinte trecho:

Lucian Sperotto, mediante violência, constrangeu a vítima Alana Mateus a com ele praticar atos libidinosos.

Na oportunidade, aproveitando-se que a vítima caminhava sozinha pela rua, e valendo-se de sua compleição física, o denunciado, sorrateiramente, atacou-a e, agarrando-a, colocou uma de suas mãos na boca (da vítima) e com a outra passou a acariciar-lhe os seios, nádegas e vagina. (BRASIL, 2016, p. 03).

Deste modo a ação praticada pelo réu Lucian Sperotto foi qualificada como crime de estupro, consoante aos artigos 213, 213 §1 e 217-A, todos do Código Penal, como forma tentada. Em sede de sentença, o juízo de primeiro grau decidiu condenar o réu Lucian Sperotto a 11 (onze) anos de reclusão. Já em Recurso de Apelação, o Desembargador José Conrado Kurtz de Souza proferiu voto referindo que: “A prova dos autos não demonstra, efetivamente, que o réu tivesse a intenção de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal com as ofendidas”. De mesmo modo, seguiu fundamentando no sentido que:

Da análise do quadro probatório, não obstante a reprovabilidade da conduta do réu, não restou evidenciado o intento/dolo de praticar o crime de estupro de vulnerável, seja na modalidade estupro ou atentado violento ao pudor. Do encaixe fático da conduta do réu à estreita tipologia penal brasileira nos crimes sexuais, tenho que ela melhor se ajusta, isto é, em melhor proporção e sintonia, à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. E assim em interpretação conduzida pelo princípio da proporcionalidade, de viés constitucional. Destarte, diante das circunstâncias de fato apresentadas *in casu*, desclassifico a conduta praticada para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Operada a desclassificação para contravenção penal, cuja competência para conciliar e julgar é expressa pela Lei 9.099/1995, desconstituo a sentença e remeto os autos ao Juizado Especial Criminal, conforme preceitua o art. 383, § 1º, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2016, p. 10-11).

O Desembargador Carlos Alberto Etcheverry deu seu voto no seguinte sentido:

Deram provimento, em parte, ao apelo para desclassificar a conduta descrita na denúncia para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto Lei nº 3.688/41, e, desconstituindo a sentença, remeter os autos ao juizado especial criminal. Unânime. (BRASIL, 2017, p. 11).

No acórdão citado acima, mostra a conduta do apenado e a pena desproporcional que obteve em juízo de primeiro grau. O apenado agiu com dolo somente de passar as mãos por cima da roupa das mulheres. Deste modo, não havia a intenção de continuar com atos libidinosos, tendo, para tanto, o depoimento das vítimas para corroborar.

Porém, como se vislumbra nos trechos supra, a denúncia realizada pelo Ministério Público, o enquadrou nos delitos dos artigos 213, 213, §1 e 217-A, todos do Código Penal, onde configuram os crimes de Estupro, Estupro Qualificado e Estupro de Vulnerável. Sendo que o juízo de primeiro grau, prolatou sentença de acordo com a denúncia, ignorando as provas juntadas, bem como os depoimentos das vítimas condenando o réu a 11 anos de reclusão na forma tentada. No referido caso, verificou-se que a vítima relatou que:

o réu a abordou quando ela saía do trabalho para almoçar em casa, por volta do meio dia. A vítima andava pela rua utilizando seu celular quando sentiu alguém a agarrando por trás e passando a mão pelo seu "corpo

inteiro” (relato da vítima em audiência) por cima da roupa. Em seguida, o réu largou a vítima no chão, quando a mesma começou a gritar. A vítima disse ainda, em audiência, que não acreditava que a intenção do réu não seria passar do que foi evidentemente feito no referido ato. (BRASIL, 2017).

Destarte, demonstra o tema em estudo neste trabalho, ao réu ser julgado por uma pena de estupro, pena essa tão grave de acordo com os fatos que praticou, o que pode ser perfeitamente enquadrado no crime de importunação ofensiva ao pudor, já que há uma falha em nossa lei ao não possuímos um tipo penal intermediário, sendo que tais atos podem ser punidos apenas como uma contravenção penal e não punido da forma mais severa, que é o crime de estupro praticado com conjunção carnal.

Na apelação de Lucian Sperotto, o princípio da proporcionalidade consegue se destacar, visto que suas condutas são mais leves do que o tipo penal enquadrado. Segue um trecho que mostra claramente uma necessidade da proporcionalidade da pena:

A situação na qual o apelante se encontra processualmente apresenta-se extremamente favorável, em tela se visualiza um sujeito primário, trabalhador, pai de família em uma situação onde mesmo as vítimas da conduta da qual trata o processo testemunharam a seu favor no que toca as suas intenções com as práticas e mesmo as circunstâncias do ato. Uma vítima do sistema punitivo que sequer deveria ter respondido pelo processo preso agora apela com sua liberdade cerceada depois de ser desproporcionalmente condenado por uma política punitiva cega. (BRASIL, 2017)

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado de acordo com a intensidade de crime cometido, sem ser aplicado de forma excessiva e também não deve ser aplicado de forma mais branda do que o necessário. Ao ser aplicado a pena, muitas vezes por não ter uma política criminal definida, acaba por falhar ao aplicar o princípio, sendo muitas vezes aplicado de forma mais leve do que deveria ou aplicado de forma mais excessiva do que deveria. (NUCCI, 2017, p. 29)

Uma função muito importante do princípio da proporcionalidade é a função de preservar os direitos fundamentais, ele é um instrumento que serve para ponderar colisões. Serve também para ser aplicado quando há conflito entre os

princípios constitucionais ou direitos fundamentais. Na existência desses conflitos ele é aplicado de modo a preservar ao máximo os direitos e garantias constitucionais, sendo um princípio primordial para o Estado de direito. (CAMPOS, 2004, p. 31)

Abaixo, segue mais um trecho da apelação de Lucian Sperotto que demonstra expressamente que é cabível o princípio da proporcionalidade:

A vítima andava pela rua utilizando seu celular quando sentiu alguém a agarrando por trás e passando a mão pelo seu “corpo inteiro” (relato da vítima em audiência) por cima da roupa. Foi expressamente relatado pelas vítimas que os acontecimentos não se deram nem em lugar nem horário certos, que elas mesmas não pensavam que aconteceria alguma coisa além do que aconteceu. O princípio da proporcionalidade não permite que sejam aplicadas as mesmas penas ao sujeito que pratica, por exemplo, penetração à força em uma mulher e um que passou as mãos em seu corpo por cima da roupa. (BRASIL. 2017)

No direito penal é muito utilizado o princípio da proporcionalidade, já que ele não é apenas um princípio de interpretação constitucional. Na sua aplicabilidade no âmbito penal é observada a racionalidade e a dignidade humana, sempre considerando a sanção a ser aplicada com a intensidade do fato cometido como forma de justiça e como forma de dignidade da pessoa humana. (DOBRIANSKY, 2009, p. 27)

Abaixo pode-se analisar mais um acórdão o qual se encaixa o estudo abordado por este trabalho, onde foi atribuído ao réu uma pena de 9 (nove) anos de prisão, consoante ao artigo 217-A do CP por praticar ato que foi possivelmente cabível a desclassificação para infração penal, devido a proporção do fato ser de baixa complexidade.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ATRIBUIÇÃO DE AUTORIA MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR OPERADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Preliminar de Nulidade. O exame pericial foi realizado pelo Instituto Geral e Periciais, por perita criminal idônea, especializada na área de psicologia. O fato de ter sido confeccionado mais de dois meses do fato não o nulifica, cabendo destacar que a avaliação psicológica não se presta para atestar a materialidade do delito, tendo por objetivo constatar a credibilidade do relato

da vítima, buscando verificar se sua narrativa apresenta consistência ou se é possível extrair de seus relatos indícios de ter sido sugestionada. Perícia válida.

Suficiência probatória. Há provas suficientes da ocorrência dos fatos e da autoria atribuída ao apelante, não havendo indícios de que a ofendida tenha faltado com a verdade, já que apresentou relato compatível com o que narrou durante a fase inquisitiva.

Desclassificação para Importunação Ofensiva ao Pudor. A vítima destacou que o toque efetuado pelo réu ocorreu por cima do biquíni e em local público. Não se pode extrair de seus relatos qualquer evidência de que o réu tenha buscado consumir contato sexual mais íntimo, sendo possível, assim, considerar ter o acusado cessado o abuso através de conduta que, mesmo contendo certo teor sexual, não ultrapassou o limite do toque no corpo, por cima da roupa. No caso, revela-se mais adequado desclassificar a conduta do apelante para os lindes do art. 61 da Lei das Contravenções Penais.

PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. UNÂNIME.

APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. UNÂNIME.

Na apelação crime nº 70070000229, que tinha como réu Vanderlei R. S., a denúncia apresentou o seguinte trecho:

De acordo com a denúncia, no dia 27/01/2013, por volta das 18h30min, na RS 040, Ponta do Aterro, o denunciado praticou ato libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima Alana S.S, nascida em 09/10/2002. Na ocasião, o denunciado levou a vítima e seu irmão Juan, juntamente com sua família, para tomar banho em um riacho próximo ao pedágio da RS 040, onde aproveitou-se do momento em que ficou sozinho com a vítima na areia, para acariciar sua genitália e suas pernas repetidas vezes. (BRASIL, 2017, p. 04)

Deste modo a ação praticada pelo réu Vanderlei R. S. foi qualificada como crime de estupro de vulnerável consumado, consoante aos artigos 217-A, *caput*, do Código Penal. Em Recurso de Apelação, o Desembargador Ícaro Carvalho De Bem Osório proferiu voto no seguinte sentido:

No entanto, entendo ter ocorrido violação ao princípio da proporcionalidade na classificação dos fatos como estupro de vulnerável consumado – art. 217-A, *caput*, do Código Penal, conforme interpretação da juíza singular. Isso porque a vítima destacou em juízo que o toque ocorreu por cima do biquíni e, ainda, foi realizado em local público. O fato de ninguém que estava presente ter presenciado o instante em que o apelante colocou a mão na genitália da vítima é reflexo da própria natureza do ato, sendo de se esperar que o acusado agisse evitando ser flagrado. Mas tal circunstância

não afasta o fato de ter ocorrido em local público e na presença de outras pessoas. Sendo mais adequado desclassificar a conduta do apelante para os lindes do art. 61 da Lei das Contravenções Penais. (BRASIL, 2017, p. 06-07).

Diante disso, ficou claro que a pena atribuída ao réu Luciano R. S. configurando crime de estupro de vulnerável consumado foi excessiva, de modo a atingir o princípio da proporcionalidade. Abaixo mais um trecho do voto do Desembargador Ícaro Carvalho De Bem Osório:

Inexistem elementos de prova para entender que o acusado ansiava consumir ato sexual completo ou satisfazer sua lascívia de forma mais contundente. Aliás, nem mesmo há notícia de violência física ou grave ameaça. Ainda que reprovável a conduta do réu, que constrangeu menina em tenra idade, possivelmente diante de seus familiares, não se pode deixar de consignar que o contato físico descrito pela ofendida não ultrapassa o passar de mãos nas pernas e genitália, por cima do biquíni, por brevíssimos instantes, o que configura um molestamento libidinoso objetivo e reprovável que, no campo do princípio da especialidade penal material, amolda-se à conduta típica descrita no art. 61 do Decreto-Lei nº. 3.688/41 (BRASIL, 2017, p. 06-07).

A Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrick deu seu voto no seguinte sentido:

A unanimidade, rejeitaram a preliminar de nulidade, e, no mérito, deram parcial provimento ao apelo da defesa para desclassificar a conduta penalmente relevante do réu Vanderlei R. S. para os lindes do art. 61 do Decreto-Lei Nº 3.688/41 e, por conseguinte, declarar extinta a sua punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato, forte no artigo 107, inciso IV, do Código Penal. (BRASIL, 2017, p. 08-09).

No referido caso, verificou-se que a vítima relatou que:

Que no dia dos fatos, estava sentada ao lado da Nereide. Que Nereide, Gabriel e Juan entraram na água. Que a informante ficou sozinha na areia brincando de colocar areia em cima das pernas. Que logo após, Vanderlei sentou ao seu lado e começou a tirar a areia de suas pernas passou a mão repetidamente em sua 'perereca'. A informante demonstrou o movimento que o acusado fez com as mãos na sua perereca e demonstrou movimento de sobe e desce. Que o acusado olhou para ver se não tinha ninguém olhando.

Que a informante pediu para ele parar. Que o acusado parou de fazer isso. Que ele parou e entrou na água. Que após isso o acusado alegou ter água no ouvido e foi embora. Que quando chegou em casa contou os fatos para sua mãe. (BRASIL, 2017, p. 05).

Destarte, como forma de diminuição da pena, pode ser considerado como um instituto a ser aplicado, o direito penal mínimo, devido a conduta ter sido leve para ser enquadrada no crime de estupro. No trecho retirado do acórdão é possível perceber que pode ser aplicado o direito penal mínimo:

Apesar de a vítima ter demonstrado constrangimento com o ocorrido, o que é natural para uma menina de sua idade, não se extrai de seus relatos qualquer evidência de que o réu tenha agido com maior gravidade, devendo ser considerado que sequer introduziu a mão dentro do biquíni da menina, não se podendo afirmar que o réu tenha tido contato sexual mais íntimo com ela. (BRASIL, 2017, p. 07).

É notável na descrição dos fatos que o réu cometeu uma contravenção penal, e a pena imposta inicialmente, de 9 (nove) anos de prisão, é desproporcional, visto que o réu não tinha intenção de seguir adiante no ato e tal ato praticado não se aproxima a um ato de estupro como a conjunção carnal, é equivocada a pena inicialmente atribuída. Destarte, conseguimos observar bem o caso de desclassificação e que seria uma injustiça atribuir ao réu a pena de prisão por estupro.

O caso citado a cima demonstra de forma clara a utilização do princípio da proporcionalidade e a necessidade da desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, já que não há uma pena mais adequada para este tipo penal. Seria de grande desproporcionalidade enquadrar a conduta do agente de ter passado a mão por cima do biquíni da vítima, em crime de estupro. Este caso expressa bem o assunto abordado por este trabalho.

Em seguida mais um acórdão para que se possa compreender o estudo abarcado neste trabalho.

DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. Na medida em que a prova apenas evidenciou que o réu, no interior de uma garagem, chamando a vítima que estava na via pública, segurou a ofendida, esta com 11 anos de idade e lhe aplicou um beijo na boca, mostra-se razoável a desclassificação da conduta para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Não se mostra viável o reconhecimento de delito de estupro de vulnerável em razão da ausência de qualquer relato de toque mais íntimo ou de tentativa de dominar a vítima para a consumação de conjunção carnal ou de ato libidinoso. Em razão da incidência do princípio da proporcionalidade há que se entender possível a desclassificação para delito mais brando, ainda que o beijo tenha sido aplicado na ofendida no interior de uma garagem e não em via pública. APELAÇÕES MINISTERIAL E DEFENSIVA DESPROVIDAS. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70060369410, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 14/05/2015).

No caso a cima foi cabível o princípio da proporcionalidade, pois, o beijo lascivo é um ato libidinoso de leve intensidade, o que cabe perfeitamente a desclassificação do crime de estupro para atentado violento ao pudor, já que não há uma pena intermediária para tal ato. Embora o delito tenha ocorrido em local privado, ou seja, que não era em via pública, não cabe enquadrar uma pena de estupro.

Nas jurisprudências analisadas nesse capítulo conclui-se que há uma desproporcionalidade na aplicação da lei de estupro perante os tribunais. Destarte, não há uma lei correta para suprir ao que tange os atos libidinosos, e diante disso há uma desproporcionalidade nas decisões aplicadas pelos magistrados.

4 DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DO TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO

O presente capítulo procura demonstrar a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação da pena, como ele é usado para tentar suprir a deficiência de algumas normas e como se impõe para que não haja excesso nas decisões proferidas pelos magistrados.

Diante disso, busca-se demonstrar a urgente necessidade de um tipo penal intermediário em nosso sistema jurídico, devido a existência de um único crime e condutas alternativas. São analisados alguns institutos que os magistrados adotam para desclassificar o crime quando cometido por conduta mais leve e, deste modo, evidenciando que tais institutos são usados como forma de suprir as lacunas da lei.

Analisar-se-á, portanto, se esses institutos usados para suprir a lei são eficazes ou não. O capítulo irá se referir ao tipo penal intermediário, o qual possibilita a melhor compreensão de qual tipo penal seria adequado para suprir essa lacuna.

4.1 O problema do excesso de pena e o princípio da proporcionalidade

É sabido que ao se cometer um crime, para este haverá uma pena correspondente, porém, essa pena deve ser proporcional ao delito praticado. Neste subtítulo, será realizado um breve estudo sobre a problemática do excesso de pena aplicado a alguns atos enquadrados no crime de estupro, bem como do princípio da proporcionalidade frente a este problema.

O direito penal mínimo serve para garantir a proteção dos bens da sociedade, ele estipula limites para o Estado na hora de punir. O minimalismo penal é uma forma de combater a criminalidade, pois ele cria métodos de ressocialização para aqueles sujeitos que já foram ou estão presos. Pode-se dizer que é uma forma de prevenção da criminalidade. (TELLES, 2010, p. 26.).

Diga-se que o direito penal mínimo é uma política criminal, que contém ao máximo o poder punitivo estatal, empregando formas de punição que não sejam as penas privativas de liberdade. Ele tenta reduzir a aplicação da pena privativa de liberdade, deixando a prisão para aqueles sujeitos que cometeram delitos graves e que são realmente perigosos para a sociedade e por este motivo não podem ficar em liberdade. (MATA, 2008, p. 67).

Além disso, propõe que o direito penal fique reservado a punir as lesões mais graves e deixe as mais leves para que o direito civil ou administrativo possa abarcar, de acordo com o caso concreto. O minimalismo penal anda em conjunto com os princípios da dignidade da pessoa humana, da intervenção mínima, da lesividade, da adequação social, da proporcionalidade, da legalidade e da culpabilidade. (JESUS, 2015, p. 34).

Visto isso, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado, em primeiro lugar, na criação da lei, no que se refere às sanções penais, e após aplicar a norma de forma proporcional ao caso concreto. Existem duas faces da proporcionalidade, sendo que ela deve impor uma sanção de forma a suprir o interesse da sociedade em punir de forma suficiente o crime e prevenir para que não ocorra mais. Em contrapartida, deve proteger o apenado para que a pena não seja maior do que o ato ilícito cometido por ele. (TANFERRI, CACHAPUZ, 2015, p. 55).

Os atos normativos que visam ser irracionais devem ser corrigidos pelo poder competente. Desta forma, o poder judiciário pode atribuir como inconstitucional uma lei penal que sanciona de forma mais severa do que deveria um ato ilícito praticado, atingindo a razoabilidade esperada. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 56)

O Estado Democrático de Direito adotou um modelo que determina para fins de práticas dos atos legislativos, usar os princípios constitucionais que são implícitos e explícitos na Constituição. O Estado determina essa regra para os três poderes e suas funções essenciais de justiça. Sendo assim, o princípio da proporcionalidade é atribuído como garantia legitimadora e limitadora do ordenamento jurídico. (BITENCOURT, 2014, p. 66)

A pena aplicada ao crime de estupro faz com que o legislador fique preso entre a pena mínima e a pena máxima. O que se pretende abordar aqui são as condutas mais leves enquadradas neste tipo penal, como o beijo lascivo, a exposição de órgãos sexuais, o toque lascivo e condutas que derivam destas, isto é, condutas de cunho mais leve, mas que são puníveis no crime de estupro, pois satisfazem a lascívia. A questão do ato libidinoso abarca desde o beijo lascivo até o coito anal, o que torna difícil a aplicação da pena. É notável a lacuna que possuímos na lei, pois não temos uma lei intermediária para a punição desses atos. Assim, acaba o legislador tendo que desclassificar para importunação ofensiva ao pudor ou

para a contravenção de perturbação a tranquilidade. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60)

A união dos tipos penais que se referem aos crimes sexuais é comum em outros países, porém existem critérios ao ser aplicado. São diferenciados os atos mais graves dos atos mais leves dentro do tipo penal estupro, tendo-se a título de exemplo o artigo 177 e seus itens do Código Penal alemão. É expressamente diferente no Código Penal brasileiro, onde o legislador desprotege os direitos constitucionais, englobando os crimes mais leves dentro do tipo. (GAMBOGI, 2012, p. 09)

Diante disso, com a reforma da Lei nº 12.015/2009 não foi possível fazer a graduação das espécies de atos libidinosos, de maneira a fazer a separação do grau de afronta ao bem jurídico, desrespeitando o princípio da proporcionalidade. Não deve haver uma aplicação da pena sem a aplicação dos princípios constitucionais, situação que requer uma nova reforma na lei. É primordial a realização de uma análise para que se possa identificar se o agente que cometeu o delito deve mesmo ser enquadrado no artigo 213 do Código Penal. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 70)

A lei de estupro em outros países se apresenta de forma a graduar a intensidade das condutas, ou, separando os atos libidinosos da lei de estupro, como por exemplo, na França.

No caso da França, o estupro é caracterizado pela penetração, havendo apenas uma pena de 15 (quinze) anos de prisão e os atos sexuais como o beijo lascivo, toque sexual e outros de natureza mais leve, diversas da penetração, são tipificados como agressão sexual. Essas agressões sexuais tem uma pena de 5 (cinco) anos de prisão e ainda são fixadas multas de cunho pecuniário. (SCHUCH, 2015, p. 53)

Juntamente com o princípio da proporcionalidade para o caso do crime de estupro, tem-se o princípio da proibição do excesso, o qual além de atribuir a pena individualizada para cada gente, separa a pena para cada crime, de maneira que não se punam crimes diferentes com a mesma pena. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 46)

Os princípios na área do direito devem ser aplicados consoantes à lei, não deve ser aplicada uma norma estando esta em desacordo com os princípios, ou chamados também de fontes de direito. (SCHUCH, 2015, p. 43).

Após esse estudo, ficou evidenciado que o excesso de pena aplicado ao crime de estupro é um problema em nossos tribunais, pois há uma lacuna em nossa legislação. Ao juntar o ato do crime de estupro praticado com conjunção carnal a atos libidinosos de cunho mais leve, obteve-se o excesso de pena na hora de aplicar a sanção. Devido aos atos libidinosos abordarem amplo grau, que vai do mais leve ao mais grave, como mencionado no estudo acima, acaba sendo de suma importância a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Destarte, conclui-se que enquanto permanecer vigente esta lei será necessário a aplicação do princípio da proporcionalidade para que se possa controlar o excesso de pena.

4.2 Da necessidade de um tipo penal intermediário

Será agora objeto de estudo a necessidade de um tipo penal intermediário para a lei de estupro, isto é, um tipo penal que fique entre o grau mais baixo da conduta ilícita e o grau mais alto da conduta ilícita. Realiza-se, portanto, uma análise sobre o crime único de estupro, que possui várias condutas, como é a aplicação da pena sob a égide da nossa legislação e o crime de atentado violento ao pudor, assim como o crime de tentativa de estupro, em relação à aplicação da pena. Um breve estudo para que se possa entender a importância de um tipo penal intermediário.

No crime de atentado violento ao pudor, no que dispõe o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal e a Lei das Contravenções Penais, o que se refere à crime pode se dizer que é pena de reclusão ou detenção, isolada ou cumulativamente com pena de multa, e o que se refere à contravenção, é pena de prisão simples ou pena de multa. As duas possuem fato típico, antijurídico e culpável. (NUCCI, 2013, p. 111)

No que tange à aplicação dos benefícios, deve ser identificado o procedimento a ser usado, assim como no que se refere à liberdade provisória, devendo ser feita uma delimitação de crime e contravenção penal para que se possa aplicar o procedimento correto. Com a edição da Lei 9.099/95, que trouxe a infração de menor potencial ofensivo junto a contravenção penal, englobando todos os crimes que a pena não ultrapasse dois anos, as distinções na prática diminuiriam

mais. Exemplo disso é a transação penal poder ser aplicada tanto na contravenção quanto no crime. (NUCCI, 2013, p. 111)

Na aplicabilidade da importunação ofensiva ao pudor, o fato de que o ato de importunar deve acontecer em lugar público, como ruas, praças, avenidas, escolas, etc., de modo que se o fato ocorrer em um lugar que seja particular, lugar privado, não caracteriza a importunação ofensiva ao pudor. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 62).

O pudor vem como um sentimento que expressa vergonha, uma espécie de recato sexual que precisa ter proteção de forma cautelosa. O objetivo é a punição de atos que se consideram obscenos com a aplicação de multas, sendo que quando os atos são mais graves devem continuar como contravenção penal, caso em que deve ser analisada a proteção da dignidade e da liberdade sexual. (NUCCI, 2013, p. 175). Para Nucci (2013, p. 175), “para tanto, o ideal seria transformar a contravenção do art. 61, com redação mais clara, respeitando-se a taxatividade, em modalidade privilegiada do estupro (art. 213, CP)”.

O núcleo do tipo é importunar alguém de maneira ofensiva, agressiva ao pudor. Deve ser ato realizado em lugar público, mesmo sendo em lugar particular, este, deve estar ao alcance da população. Não se deve excluir a contravenção do contexto privado, pois o pudor está sendo atacado da mesma forma, assim como o crime de estupro quando ocorrido em residência é também atribuído pena. Temos aqui o dolo como elemento subjetivo. (NUCCI, 2013, p.175)

Contudo, não é somente a questão de o lugar ser público, pois, consoante ao artigo 61 do Decreto-Lei 3688/41 atribui pena de multa para este tipo penal. A pena de multa não poderá ser aplicada para tal contravenção, visto que está prescrita. Devido às provas referentes a crimes sexuais, serem provas mais complexas, o processo não acaba de forma breve. Destarte, até a conclusão da instrução do processo e até que se decida pela desclassificação, provável que já tenha sido extinta a punibilidade do agente, visto que a prescrição deve acontecer em dois anos. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63)

Semelhante ao artigo 61, temos o artigo 65 do Decreto-Lei 3688/41, o qual não exige que a perturbação seja em local público, porém sua penalidade é de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses de multa, o que é muito baixo para o agente que comete tal fato ilícito. A punição, ao ser de cunho tão leve, acabaria deixando a vítima desprotegida e perderia o caráter preventivo. Em vista disso, tanto a

importunação ofensiva ao pudor quanto a perturbação da tranquilidade, não conseguem suprir a função de proteger o bem jurídico ofendido. (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63)

Outra forma adotada pelo Poder Judiciário para tentar suprir essa deficiência da lei, foi a tentativa, prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal¹. A doutrina majoritária compreende que na tentativa não se encontra o necessário para o tipo previsto, tornando-a incompleta. Já a doutrina minoritária defende que o crime de tentativa é um instituto penal que não depende da conduta típica que a originou. (GAMBOGI, 2012, p. 15)

Diante disso, a tentativa não é o tipo adequado para suprir a lacuna que temos na lei de estupro, o que reforça mais ainda a ideia de que necessitamos de um tipo penal intermediário.

A lei 12.015/2009, não foi ideal, não foi eficaz e nem adequada para o tipo penal, pois existe uma grande dificuldade para o magistrado aplicá-la. Acaba por ser aplicada uma desclassificação para outro tipo penal que por vezes é um tipo penal mais brando do que deveria. Ficando assim o legislador na mão de jurisprudências e o apenado nas consequências que podem levar ao encarceramento. Irá permanecer uma insegurança jurídica quando for aplicada a normal penal. (AVELLAR, 2012, p. 24)

Portanto, é de extrema urgência um tipo penal intermediário, de modo que a lei de estupro, tal como se encontra hoje, é precária. Os meios usados pelos nossos tribunais não conseguem sanar a lacuna da lei, visto que, em alguns tribunais está sendo aplicada uma pena mais leve do que deveria e em outros tribunais está sendo aplicada pena mais elevada do que deveria. Deve ser elaborada para o crime de estupro, uma lei em que gradue os atos praticados, englobando os atos libidinosos e os graduando de acordo com sua intensidade, de mais leves a mais graves, atribuindo a eles penas proporcionais e assim respeitando os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

¹ Art. 14 - Diz-se o crime:

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou compreender a grande lacuna que temos na lei 12.015/09 após a junção dos atos libidinosos no crime de estupro. De modo geral, tem-se mostrado uma grande dificuldade em achar um tipo penal intermediário para suprir a deficiência da lei, dificultando a tarefa do magistrado na aplicação da norma, resultando para o sujeito uma pena desproporcional em relação às condutas praticadas.

A pesquisa abordada por este trabalho alcançou seus objetivos, demonstrando a evidente falha na lei, de forma crítica e demonstrando a necessidade de uma reforma.

As doutrinas utilizadas para a elaboração deste trabalho foram de suma importância, visto terem sido escritas por grandes juristas pesquisadores do ramo do direito. Contribuiu-se para melhor compreender o crime de estupro, seu tipo penal, o crime desde sua forma aplicada na antiguidade como sua forma aplicada no contexto atual, assim como contribuiu na compreensão do minimalismo penal, do princípio da proporcionalidade e do direito penal do inimigo.

A análise jurisprudencial possibilitou a compreensão da dificuldade encontrada por nossos magistrados ao aplicar a pena, expressando a não utilização do princípio da proporcionalidade e do direito penal mínimo na hora da aplicação da pena.

As revistas jurídicas eletrônicas, os trabalhos de conclusão de curso e as dissertações contribuíram significativamente para o presente trabalho, em função de o tema ser abordado por muitos pesquisadores da área jurídica com o fim de analisar o antes e o depois da reforma da lei, mostrando a problemática da falta de um tipo penal intermediário.

Em um estudo posterior pode ser abarcado de que forma pode ser feita a graduação dos atos libidinosos no crime de estupro, um estudo que visa qual seria a melhor reforma da lei, mostrando como deixar os atos libidinosos no crime de estupro mantendo o princípio da proporcionalidade e qual seria a maneira adequada para graduar os atos.

O presente trabalho atingiu seu objetivo em mostrar a grande deficiência da lei de estupro após a reforma em 2009, deixando claramente expressa a dificuldade de sua aplicação e a falta de proporcionalidade atribuída pelos tribunais e

evidenciando a grande necessidade de um tipo penal intermediário para que se possa cessar as penas sem paridade, aplicadas pelos magistrados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. Os Problemas do Direito Penal Simbólico em Face dos Princípios da Intervenção Mínima e da Lesividade. 17. Ed. Revista Liberdades. 2014. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/22/artigo06.pdf> Acessado em: 07.09.2017

ARAUJO, Patrick Carlos Tietre e DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. 2015. 528 f. Direito Penal Processo Penal e Constituição, XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, Aracaju-SE, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/x0kQAXf0O9lcp508.pdf>> Acesso em: 07.09.2017.

AVELLAR, Morená de Assunção. Dissertação de mestrado. Teses emerj, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/MorenaAssumpcaoAvellar.pdf> Acesso em: 13.07.2017

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 4.ed. Saraiva, 2013.

BOSCHI, José Antonio Paganella Boschi. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. Crimes Sexuais. 5. Ed. Sugestões Literárias S/A. 1978.

BRASIL, Decreto lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Crimes Contra a Dignidade Sexual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 07.04.2017

BRASIL, DECRETO. Nº 12.015, DE 07 DE AGOSTO DE 2009. Dos crimes contra a liberdade sexual, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 14.07.2017

BRASIL, Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Criminal nº 70070000229. Apelante: Vanderlei R. S. Apelada: Alana S. S.. Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 13.07.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal nº 70066120841. Apelante: Lucian Sperotto. Apelada: Alana Mateus, Wuliege Pelegrino, Luana Formagini. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 4 de março de 2017.

BRAZ, Paulo Victor Resende. 2012. 64 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, UNICEUB, Brasília-DF. 2012. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/529/3/20703907_Paulo%20Braz.pdf> Acesso em: 23.09.2017

BURNIER, Giovana dos Santos. 2010. 91 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, UNIVALI, Itajaí-SC, 2010. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Giovana%20dos%20Santos%20Burnier.pdf>> Acesso em: 23.09.2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal . 20 Ed. Saraiva, 2014.

CAMPOS, Helena Nunes. Dissertação de mestrado. Teses.mackenzie. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf> Acesso em: 05.10.2017

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal Parte Especial. 9. Ed. Saraiva, 2011.

COSTA, Lopes Renato. et al. Direito Penal Mínimo: Eficácia e Aplicabilidade no Contexto Brasileiro Atual. 2016. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-penal-m%C3%ADnimo-efic%C3%A1cia-e-aplicabilidade-no-contexto-brasileiro-atual>> Acesso em: 07.04.2017

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7ª Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

DOBRIANSKYJ, Virginia de Oliveira Rosa. Dissertação de mestrado. Teses.puc, 2009. Disponível em: < <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp099257.pdf>> Acesso em: 05.10.2017

ESTEFAM, Andre; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Parte Geral- Esquematizado. 6ª Ed. Saraiva, 2017.

FAYET, Fabio Agne. O Delito de Estupro. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FILHO, Leonardo Freitas Garcia. 2013. 68 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade de Brasília UNB, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5835/1/2013_LeonardoFreitasGarciaFilho.pdf> Acesso em: 17.06.2017

GAMBOGI, Carla da Costa. 2012. 34 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gambogi.pdf> Acesso em: 09.09.2017

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 16. Ed. Editora Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral, 12 Ed. Editora Impetus, 2015.

GUNTHER, Jakobs e MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas. 1ª Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

MOSSIN, Heráclito Antonio. Assédio Sexual e Crimes Contra os Costumes. 1ª Ed. Editora LTR, 2002.

JESUS, Almir Pereira. 2015. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, UFBA, Salvador, 2015. Disponível em: < <http://www.progesp.ufba.br/wp-content/uploads/2016/07/Disserta%C3%A7%C3%A3o-final-Almir-Pereira-de-Jesus-2015.pdf>> Acesso em: 07.10.2017

LUCCA, José Felipe. 2016. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Centro Universitário UNIVATES, Lajeado, 2016. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1351/1/2016JoseFelipeLucca.pdf>> Acesso em: 04.09.2017.

MATA, Silvio Pereira da. 2008. 101 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, FEMPAR Fundação Escola do Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/monografias/upload_monografias/SILVIO%20PEREIRA%20DA%20MATA.pdf> Acesso em: 07.04.2017

MOURA, Aline Cristine Boska e VARGAS, Ana Paula Ovçar, 2009. 14 f. Direito Penal do Inimigo e a Legislação Brasileira, São Paulo, 2009. Disponível em: < http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170601130904.pdf> Acesso em: 07.09.2017

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 14. Ed. Editora Forense. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2017. 13 Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

NUNES, Marilane da Costa. 2010. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza-Ceará, 2010. Disponível em: < [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/aspectos.do.direito.penal.do.inimigo.no.ordenamento.juridico.brasileiro\[2010\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/aspectos.do.direito.penal.do.inimigo.no.ordenamento.juridico.brasileiro[2010].pdf)> Acesso em: 05.10.2017

PORTINHO, João Pedro de Carvalho. As Diferenças Legais nos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor. Um esclarecimento necessário. 1ª. Ed. Cruz, UNICRUZ, 2005.

PROCÓPIO, Cornélio. Máquina Penal: Perspectivas a Partir da Criminologia Crítica, da Intervenção Mínima e do Garantismo Penal. 1 Ed. Revista Científica da Faculdade João Bosco. 2013. Disponível em:<http://www.facdombosco.edu.br/arquivos/revelet/Revista_Cientifica_Artigo_06.pdf> Acesso em: 24.06.2017

PITA, Flávia Almeida. 2002. 248 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Feira de Santana, 2002. Disponível em:<

http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4855/arquivo7215_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 05.10.2017

QUADROS, Ana Carolina Oliveira. 2014. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, UNIVEM, Marília, 2014. Disponível em:

<<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1170/TCC%20COMPLETO%20-%20direito%20penal%20do%20inimigo.docx%20-fim.pdf?sequence=1>> Acesso em: 09.09.2017

SACHS, Ligiane da Silva Correa. 2010. 105 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em:

<<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31237/M1392JU.pdf?sequence=1>> Acesso em: 24.06.2017

SBARDELLOTTO, Fábio Roque. 2015. Crimes Contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual – Considerações Preliminares. Disponível em:

<http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/materialsbardellotto_lei12015.pdf> Acesso em: 15.07.2017

SCHUCH, Eduardo Augusto. 2015. 59 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, UNISC, Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <

<https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/842> > Acesso em: 09.09.2017

SILVA, Evellin Cristina da. 2013. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Fundação Educacional do Município de Assis FEMA, São Paulo, 2013. Disponível em:

<<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1011300051.pdf>> Acesso em: 17.06.2017

SILVA, Ana Paula Caldin da, 2010. 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso-Curso de Direito, Mackenzie, São Paulo, 2010. Disponível em: <

<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/987/1/Ana%20Paula%20Caldin%20da%20Silva.pdf>> Acesso em: 10.09.2010

TANFERRI, Andressa Silveira. CACHAPUZ, Rozane da Rosa. 2015. 74 f. Revista do Direito Público de Londrina. 2015. Disponível em: <

<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/20999/16222>> Acesso em: 07.10.2017

TELLES, Juliana Maria Martins. 2010. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Direito, Universidade Estadual do Ceará UECE, Fortaleza, 2010. Disponível em: <

[http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade\[2010\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade[2010].pdf)> Acesso em: 15.07.2017