

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

PAULA MARTINS CAÇOLA

**TIPOS PENAS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E
(DES)PROPORCIONALIDADE**

**CURITIBA
2018**

PAULA MARTINS CAÇOLA

**TIPOS PENAIIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E
(DES)PROPORCIONALIDADE**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no
Centro Universitário Curitiba.**

Orientadora: Prof. MSc. Marion Bach

**CURITIBA
2018**

PAULA MARTINS CAÇOLA

**TIPOS PENAIIS DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E
(DES)PROPORCIONALIDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____
Prof. Marion Bach

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

Anteriormente ao início do trabalho, se faz necessário demonstrar minha gratidão a todos que me auxiliaram e guiaram nesta primeira conclusão acadêmica, primeira de muitas.

Antes de tudo, gostaria de agradecer ao meu pai e minha mãe, que me proporcionaram o ingresso em um ensino superior e a possibilidade de estar realizando este trabalho. Para ambos, pessoas que mais acreditam no meu sucesso pessoal e profissional, ofereço todo meu amor e orgulho.

Ademais, a minha orientadora, professora Marion Bach, com quem eu tenho a enorme admiração como uma profissional do Direito penal.

Ainda, agradeço especialmente ao companheiro de vida, Arthur Bacellar, que todos os dias, seja na sala de aula ou em todos momentos que vivemos juntos, me faz ser uma pessoa melhor e acredita no meu potencial.

Ao fim, agradeço também não especificamente uma pessoa, mas sim ao local em que atualmente exerço meu estágio profissional, a 5ª Procuradoria de Justiça Criminal de Curitiba, pela qual sou apaixonada e onde possuo a vasta capacidade de analisar e vivenciar o que escrevi neste trabalho com um todo, de forma real. E ainda, sob os ensinamentos de um grande mestre que admiro como pessoa e como professor do Direito penal, Dr. Paulo César Busato, o qual fez ainda mais eu me encantar, com suas teorias e didáticas impecáveis.

“Os pais somente podem dar bons conselhos e indicar bons caminhos, mas a formação final do caráter de uma pessoa está em suas próprias mãos.”

(Anne Frank)

RESUMO

Este trabalho teve como objetivo a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade de forma concreta nos crimes contra a dignidade sexual, quais sejam o estupro, estupro de vulnerável e a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor. Para tanto, foram analisados em tais julgados jurisprudenciais, a forma em que o Judiciário entende pela imputação dessas condutas, restando a evidente arbitrariedade dos aplicadores da lei, que entendem por semelhantes condenações a casos muito distantes no que toca ao grau lesivo ao bem jurídico ou ainda, condenações brandas frente a uma forte violação à dignidade da vítima. Com isso, ainda se visualizou que tal insegurança jurídica ocorre não só pelos diversos entendimentos dos aplicadores da lei, mas também, especialmente, pela redação das leis penais aqui discutidas, as quais se mostram facilmente aptas a ensejarem lacunas.

Palavras-chave: princípio da proporcionalidade, crimes contra a dignidade sexual, arbitrariedade, aplicação da lei penal.

ABSTRACT

The objective of this work was to analyze the application of the principle of proportionality in a concrete manner in crimes against sexual dignity, such as rape, rape of vulnerable and criminal contravention of offensive indecency. In order to do so, it was analyzed in such case-law judgments the manner in which the Judiciary understands the imputation of these conduct, leaving the evident arbitrariness of the law enforcers, who understand by similar condemnations to cases very distant with respect to the degree of damage to the legal good or still, mild condemnations against a strong violation of the dignity of the victim. Thus, it was still seen that such legal insecurity occurs not only by the various understandings of the law enforcers, but also, especially, by the drafting of the criminal laws discussed here, which are easily apt to create gaps.

Keywords: *principle of proportionality, crimes against sexual dignity, arbitrariness, application of criminal law.*

LISTA DE SIGLAS

- STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

RESUMO	6
ABSTRACT	7
LISTA DE SIGLAS	8
1 INTRODUÇÃO	10
2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	12
2.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.2. A EQUIPARAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIGNIDADE SEXUAL	15
2.3. ALTERAÇÕES SIGNIFICATIVAS NA LEI DOS CRIMES SEXUAIS.....	19
2.3.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO	22
3 DOS CRIMES EM ESPÉCIE	24
3.1. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – ARTIGO 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS.....	24
3.2. ESTUPRO – ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL.....	26
3.3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL....	30
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	32
4.1 ORIGEM.....	33
4.2 NATUREZA	35
4.3 DESENVOLVIMENTO.....	38
4.4 FUNDAMENTOS.....	40
4.5 VEDAÇÃO DE EXCESSO (<i>ÜBERMASSVERBOT</i>)	44
4.6 VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE (<i>UNTERMASSVERBOT</i>)....	48
5 A PROPORCIONALIDADE APLICADA AOS CRIMES SEXUAIS	52
5.1 CONDENAÇÕES POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	53
5.2 CONDENAÇÕES POR ESTUPRO	58
5.3 CONDENAÇÕES POR CONTRAVENÇÃO PENAL.....	60
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

A partir da análise da legislação penal vigente, no que toca aos crimes contra a dignidade sexual, demonstra-se que não são raros os casos julgados na jurisprudência atual acompanhados de excesso ou insuficiência em suas penas. Diversos são os fatores que cominam para esse fim, como a arbitrariedade dos aplicadores do Direito, a legislação mal elaborada ou até mesmo a ausência de aplicação de princípios constitucionais.

Tais circunstâncias movem os juristas às zonas de nebulosidade ao julgar um caso de estupro, contravenção penal ou estupro de vulnerável. Isso porque, diante dos casos concretos, encontramos diferentes graus e níveis de afetação ao bem jurídico da liberdade sexual da vítima, e ainda, variadas formas de consumação dos delitos, que acabam por ter uma pena desproporcional ou insuficiente, frente aos atos praticados.

Inicialmente, trataremos de compreender a transformação que sofreu os crimes contra a dignidade sexual, antes denominados como “crimes contra os costumes”, época em que se tutelava a moral e a ética dos indivíduos, levando a proteção do Direito penal principalmente ao conjunto de regras estabelecidas pela sociedade. Dessa forma, se verá como os preceitos antigos acerca do pensamento da sexualidade das mulheres – visto que até então o homem não era tratado como um sujeito passível de ter sua liberdade sexual afetada –, afetavam nas proibições de práticas sociais e sexuais.

Após, será vista a aproximação e equivalência da dignidade sexual à dignidade da pessoa humana, esta, um princípio constitucional de suma importância na aplicabilidade no âmbito de todo o Direito, garantido a todos os indivíduos. Essa aproximação poderá ser percebida pela ideia de que dignidade sexual de alguém se refere à possibilidade de escolher livremente suas escolhas sexuais, portanto, intrínseca à dignidade como um todo.

Em seguida, serão analisadas as questões relativas às alterações significativas no Título do Código Penal relativo aos crimes sexuais. Serão estudadas as mudanças nas tipificações dos crimes de estupro e estupro de vulnerável, que incluíram os atos libidinosos junto à conjunção carnal e dentre outras mudanças.

Logo, será abordado o bem jurídico aqui discutido: a liberdade sexual das vítimas e a forma de como se consagrou no Direito penal brasileiro.

Ainda, serão demonstradas as espécies dos crimes aqui tratados, o bem jurídico tutelado por estes, suas previsões legais e entendimentos jurisprudências, bem como suas penas.

Posteriormente, será estudado o princípio da proporcionalidade, sua origem constitucional e natureza. Neste momento, veremos no que consiste as vertentes de tal princípio: a vedação de excesso (*übermassverbot*) e a vedação de insuficiência (*untermassverbot*) e todo o seu desenvolvimento constitucional.

Assim, partindo para o fim do presente estudo, mostrar-se-á a proporcionalidade aplicada aos crimes sexuais, ressaltando a relevância de se manter a conexão e respeito entre ambos, trazendo casos concretos que revelam que ainda existe grande quantidade de julgamentos desproporcionais em nossa justiça.

Desta forma, a análise deste trabalho é conveniente, diante de grandes violações praticadas, não só pelos aplicadores das leis, mas também por quem as fazem.

2 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Neste tópico será abordado o surgimento dos crimes contra a dignidade sexual, anteriormente denominados como crimes contra os costumes, e conseqüentemente suas mudanças no âmbito da civilização, bem como as diferentes formas de visões sociológicas, graus de punição, equiparação ao princípio da dignidade da pessoa humana e bem jurídico tutelados ao longo do tempo.

2.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A partir da análise histórica do desenvolvimento do Direito Penal e sua forma de punição, que sofreram inúmeras transformações sociais a fim de se adequarem cada vez mais a um Estado Democrático de Direito Contemporâneo, diante da impossibilidade de manterem-se sempre estáticos frente a novos pensamentos políticos e sociais durante todo um lapso temporal, veremos aqui, como se procedeu a evolução, tanto sociológica quanto punitiva dos crimes contra a dignidade sexual. O conceito desses crimes, sofre, e continuará a sofrer, grandes modificações, principalmente quanto à sua maneira de penalizar, visto a liberdade sexual da vítima se tratar de um bem jurídico indisponível e complexo de se tratar.

Necessário assim, trazer a evolução histórica de tais delitos, antes chamados de “Crimes contra os Costumes”.

A palavra “costumes” nos remete a uma vasta relação de ideias vinculadas à moralidade, que significam valores e princípios utilizados para distinguir o “certo” e “errado” a se fazer perante a sociedade, e, assim, valorando o comportamento do homem.

Logo, “Costumes” podem ser definidos como uma adequação comportamental das pessoas, ditadas de valores e moralidades impostas pela sociedade, para que não sejam rejeitadas ou mal vistas pelos demais, a fim de que não se tenha um julgamento ruim.

Diante desses significados, podemos afirmar que a antiga nomenclatura “crimes contra os costumes” significa a moral pública sexual, então, na época em que eram utilizados, devia se punir os danos sofridos contra a integridade física de alguém, de forma preventiva, à resistir e inibir o poder da libido daqueles que violavam os costumes sexuais ditados pelo povo.

E ainda, os crimes contra os costumes serviram para tutelar comportamentos relacionados à “ética sexual”, de acordo com a moral dos homens, dando a impressão que, assim, o antigo Título VI do Código Penal cuidava de impor ao povo um comportamento padrão moralista acerca da atividade sexual.

No mesmo contexto histórico, nos deparamos com penalistas que defendiam as teses dos comportamentos sexuais, que, atualmente, a sociedade já reprovava devido ao aspecto de modernização sofrida em relação à sexualidade e gênero.

Como cita André Estefam¹: “Um exemplo, é Nelson Hungria, que defendia o enquadramento típico da sedução (revogado art. 217 do CP), por meio do qual, nas palavras do penalista, protegia-se a virgindade física da mulher solteira, um “*intransigente* mandamento dos nossos costumes sociais”². Em outra passagem, sustentava a impunidade do marido que, mediante violência física ou grave ameaça, mantivesse conjunção carnal contra a vontade de sua esposa, dizendo que: “a cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges”, cabendo falar, nesses casos, em exercício regular de um direito³. Isso sem falar do vetusto conceito de “mulher honesta”, que até 2005 limitava a amplitude de algumas incriminações à proteção de um grupo determinado de pessoas do sexo feminino, deixando as demais às margens do Direito Penal”.

A Lei n. 11.106 de 2005 atualizou determinadas disposições do Título VI, retirando a expressão “mulher honesta”. Entretanto, muitos itens permaneceram, como a denominação do título e, também, o valor nele protegido. O abandono às questões éticas ligadas à moralidade a determinado *standard* era imediato.

A nomenclatura “crimes contra os costumes” passou a se tornar inadequada, devido a antigos preceitos de comportamentos sobre a sexualidade das pessoas.

¹ Estefam, André **Crimes sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009** / André Estefam. – São Paulo : Saraiva, 2009, p. 16

² HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 163

³ HUNGRIA, 1959.

Afinal, os costumes representavam a visão vetusta dos hábitos medianos e até puritanos da moral vigente, sob o ângulo da generalidade das pessoas. Inexistia qualquer critério para o estabelecimento de parâmetros comuns e denominadores abrangentes para nortear o foco dos costumes na sociedade brasileira⁴.

Aliás, em pior situação se encontrava o tratamento da questão sob o enfoque evolutivo, pois os tais costumes não apresentavam mecanismos propícios para acompanhar o desenvolvimento dos padrões comportamentais da juventude e nem mesmo para encontrar apoio e harmonia no também evoluído conceito, em matéria sexual, dos adultos da atualidade⁵.

Também há o fato de que a expressão crimes contra os costumes está consagrada e é facilmente identificável com os delitos de natureza sexual.

Conforme Paulo César Busato:

“O eixo deixava de ser os costumes, enquanto modo de se comportar sexualmente, coisa que já não interessa para a sociedade atual, e passou a ser a dignidade sexual, esta sim, uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, que é elemento fundamental da estrutura jurídica dos nossos tempos. É evidente que não tem qualquer cabimento a incriminação baseada em concepções éticas, ou em determinado *standard* a respeito de sexualidade. Havia já quem pugnassem pela remessa dos crimes contra a liberdade sexual para o Título dos Crimes contra a Pessoa, identificando um interesse pessoal primordial, superior à ideia coletiva de preservação de hábitos sociais. Diante das transformações sociais que ocorriam no mundo, não fazia mais sentido utilizar uma legislação que visava punir de acordo com a ofensa à moralidade pública ou coletiva, mas sim, contra a dignidade e liberdade sexual das vítimas, que são harmônicas ao princípio da dignidade humana⁶.”

Além das transformações ideológicas que foram se atualizando, a necessidade da reforma do Título VI do Código Penal surgiu quando a moralidade

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza **Crimes contra a dignidade sexual : comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009** / Guilherme de Souza Nucci – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 11.

⁵ NUCCI, 2009.

⁶ Busato, Paulo César Direito penal: parte especial 2 / Paulo César Busato. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 786

sexual não mais servia como adequação ao bem jurídico a ser protegido, visto que não seria esse o papel de um Estado moderno e democrático.

E mais, as questões penais ligadas a tempos passados não mais compreendia a punição e importância que dava o Direito Penal, que, a partir da Constituição de 1988, não se compatibilizam mais com a ideia da liberdade de ser, agir e pensar. Por isso, a legislação brasileira teria de se adequar com os novos ideais, diferentes daqueles escritos no Código Penal de 1940.

Nesse sentido, a Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou a denominação do Título V que agora passa a se chamar “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Dessa forma, o Código Penal brasileiro se esquivou da proteção de regras puramente moralistas ou éticas e volta-se à defesa de bens jurídicos relevantes para o sistema penalista nacional.

A partir dessa nova conformação, os tipos penais que compõem os capítulos contidos nesse título devem ser interpretados a partir desse bem jurídico, sofrendo importantes e amplas transformações em relação à fórmula típica original do Código Penal de 1940⁷.

2.2. A EQUIPARAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIGNIDADE SEXUAL

Com a alteração da denominação do Título VI do Código Penal, de Crimes contra os Costumes para Crimes contra a Dignidade Sexual, faz-se necessário entender que, a partir deste momento, se busca a garantia da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e seus respectivos lemas: a liberdade de escolha e de ser.

Guilherme de Souza Nucci⁸ finca a objetividade jurídica na vida privada, intimidade e honra: “Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-

⁷ De modo similar, GRECO, Rogério. Curso de Direito penal. Parte Especial. 7. ed., Niterói: Ímpetus, 2010. v. III, p. 445.

⁸ NUCCI, 2009.

lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência”.

Ainda nesse sentido, a dignidade humana nasce com o indivíduo, ou seja, o ser humano é digno porque é, sendo inata e inerente à sua essência, dando o exercício de sua liberdade, pois se diferencia do ser irracional. Assim, não se admite qualquer forma de discriminação, seja em razão do nascimento, saúde mental, crença religiosa, inteligência ou raça.

No mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana constitui princípio do ordenamento jurídico, inclusive do Direito Penal. Tal princípio implica no respeito à pessoa, independente de qual seja, irrelevantes aspectos de aparência e sociabilidade, assim, constituindo uma peça marcante na formação da personalidade de cada indivíduo.

Toda pessoa, independente de sua conduta e posição social, tem sua dignidade garantida por lei, conforme se nota no art. 1º, inciso III, da Constituição da República,⁹ traduz-se na “qualidade intrínseca e instintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.¹⁰

“O direito à vida digna deve brotar da condição humana simplesmente, sem outras adições ou exigências, Essa, aliás, vem sendo a orientação dos diplomas mais importantes relacionados aos direitos humanos no âmbito internacional, sendo a dignidade mencionada expressamente na Carta das Nações Unidas de 1945,¹¹ na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948¹² e na Convenção Americana

⁹ “Art. 1º da Constituição da República do Brasil: 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 fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60. Destacando, no entanto, a vagueza e a polissemia do conceito, veja-se BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 296.

¹¹ Artigo I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

¹² “Preâmbulo – NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos

de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.¹³ Em função dessa ampla divulgação da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, as constituições atuais vêm tratando de inserir em seu bojo expressamente o aspecto da dignidade em geral, bem como expressão de vários de seus fragmentos em tópicos específicos. Um deles, a ser aqui tratado, é justamente a dignidade sexual. A dignidade sexual faz parte da dignidade da pessoa humana. Essa organização do título a partir desse conceito tem um significado a se proteger”.¹⁴

A filosofia já se ocupou em determinar a dignidade na Antiguidade, que relacionava-se à posição social da pessoa, ou seja, havia indivíduos mais dignos que outros. Hoje, a dignidade significa valor que parte da essência de cada um.

“Ampliação de tal conceito veio de Immanuel Kant, que sustentava que a dignidade é uma característica inerente ao homem, que possui a condição de sujeito de sua própria história, não apenas no plano individual, mas como gênero”.¹⁵

O legislador acompanhou a tendência moderna da dignidade da pessoa humana e a integrou aos aspectos do Código Penal, deixando de lado aspectos da moral pública.

Como bem referiu Renato de Mello Jorge Silveira, “a Revolução Sexual e de costumes, bem percebida, em especial nas proximidades do terceiro quartel da centúria passada, propiciou, em larga monta, toda uma nova série de indagações e contrariedades aos postulados pelo ramo jurídico sexual”.¹⁶

A nova redação do Código Penal cuida e prevê a autodeterminação livre a respeito da vida sexual, que, se for atingida de alguma forma, merece amparo e respeito.

A dignidade sexual está implícita à sexualidade humana, ou seja, a sexualidade e opções de cada um, associando-se, também, a intimidade da vida

indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. [...]”

¹³ “Art. 11. Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”

¹⁴ BUSATO, 2017.

¹⁵ KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Trad. de Rodrigo Naves e Ricardo Terra. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 11.

¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais. Bases críticas para a reforma do Direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 37.

privada e liberdade dos sujeitos, que poderão satisfazer sua lascívia como bem entender, sem interferência do Estado ou os pensamentos dos demais que convivem em sociedade, diante também do princípio da intervenção mínima do Direito Penal.

A escolha do modo a usufruir da dignidade sexual, do gênero, do relacionamento escolhidos para tanto, pouco importa para prevenção que o Direito Penal busca, ou seja, de bens jurídicos relevantes para tanto, visto que a dignidade sexual merece respeito e liberdade. Entretanto, tal liberdade merece respeito ao direito de outrem ou a interesse socialmente relevante. Portanto, não se tolera a relação sexual invasora da intimidade e privacidade alheia, sem consentimento.

Por não ter mais relação com critérios conservadores e moralistas, determinados como bons costumes, o respeito à dignidade sexual significa tolerar a sexualidade da pessoa adulta, sem obstáculos, violência ou grave ameaça a terceiros.

Desse modo:

“Compreendida a dignidade da pessoa humana como os atributos que lhe podem ser conferidos por sua condição humana de respeito e integração no âmbito social, é isso que deve ser objeto de referência das incriminações relacionadas à faceta sexual de tal dignidade. A dignidade tem um sentido em termos de relações sociais que diz respeito à autonomia do sujeito por um lado, e ao respeito devido pelos demais para com ele, de outro. Essa é a razão pela qual não se pode falar em perda de dignidade sexual, por exemplo, daquelas pessoas que se dedicam à prostituição, uma vez que a dignidade é um atributo absoluto da condição humana, que acompanha o sujeito independentemente da condição de vida que leve, alheio completamente à análise moral de reprovabilidade de tal conduta. É a mesma razão pela qual o autor de delito, o criminoso, não perde o mínimo de dignidade humana que exige o reconhecimento dos demais a respeito dessa condição¹⁷”.

Portanto, a afronta ao direito da dignidade humana, e conseqüentemente a dignidade sexual, significa violar o direito sexual que possui cada cidadão, mediante coação, física ou moral, a participar da satisfação da lascívia, sem concordar com o ato.

¹⁷ BUSATO, 2017.

2.3. ALTERAÇÕES SIGNIFICATIVAS NA LEI DOS CRIMES SEXUAIS

Na antiga lei denominada "Crimes contra os Costumes", onde se considerava, para fins de punição, o conservadorismo e moral da época, a figura da dignidade sexual ainda se fazia presente, visto que o papel mais relevante da lei era o de prevenir condutas socialmente rejeitadas e proteger os hábitos tidos por legalmente válidos.

A lei penal da década de 1940 procurava, portanto, guarnecer a figura feminina, procurando defender sua "honra" e cuidando, dessa maneira, da fragilidade de que se revestiam as mulheres.

Por essas razões, homens e mulheres recebiam tratamento legislativo diferenciado, uma vez que as consequências dos crimes sexuais às mulheres eram mais gravosas do que para os homens¹⁸.

Os costumes representavam o bem jurídico a ser protegido pela antiga lei, visto que surge em um contexto e momento tradicional, ou seja, o que a sociedade julgava como moral, correto e justo, era o que prevalecia.

Haviam discussões se, por exemplo, o marido poderia violar sexualmente a esposa, visto que não era um caso a se considerar como estupro, já que se privilegiava os costumes da época e a questão abrangia a moralidade social.

O entendimento geral se dava na esfera do marido ter o direito de copular com a mulher por conta da relação civil entre eles, o casamento, o que configura preceitos religiosos, quase medievais, entendendo a prática do sexo como algo destinado puramente à procriação¹⁹.

Atualmente, com a nova legislação e denominação dos crimes contra a dignidade sexual, não se tem mais o resguardo dos bons costumes, mas sim a tutela da dignidade individual de cada indivíduo, de acordo com a evolução da sociedade. Assim, é mais raro nos depararmos com certa rejeição à aplicação da lei penal em

¹⁸ BANDEIRA, Crislane Oliveira, SILVA Janaina Luanda dos Santos, SILVA Lucas Ramos de Almeida, FIGUEIREDO Marta Dias, FERNANDES Tatiane, LINDOTE Thiago e SUSMAGA, Botelho no artigo **A mudança do bem jurídico "costumes" para a dignidade sexual, alterou a proteção estatal dos delitos sexuais**, disponível em <https://janaluafro.jusbrasil.com.br/artigos/380767282/a-mudanca-do-bem-juridico-costumes-para-a-dignidade-sexual-alterou-a-protacao-estatal-dos-delitos-sexuais>

¹⁹ Marcão, Renato **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal** / Renato Marcão, Plínio Gentil – 2 ed. Rev., ampl.e atual. – São : Saraiva, 2015 p. 10

casos mais “incomuns”, já que a dignidade sexual está associada à liberdade sexual²⁰.

Neste sentido, complementa Bittencourt²¹:

“Homem e mulher têm o direito de negar-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e necessidades sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a dignidade sexual individual, de homem e mulher, indistintamente, consubstancialmente na liberdade sexual e direito de escolha”.

Portanto, no direito contemporâneo, o marido pode ser normalmente imputado como violador da sexualidade da esposa, porque, embora a prática sexual constitua um hábito comum do casamento mediante vontade de ambos, a mulher tem a livre disponibilidade do próprio corpo.

A prostituta também é vista, atualmente, como sujeita de direitos e pode ser vítima de estupro como qualquer pessoa digna de sua sexualidade, isso porque, a profissão que exerce não é mais suficiente para afastar sua liberdade sexual, de uma forma mais livre de preconceitos e paradigmas²².

Além disso, o fato de a vítima não ser mais virgem e já ter experiências sexuais anteriores não descaracteriza o crime de estupro, diferente da lei denominada crimes contra os costumes, onde a pena de alguns crimes aumentava se fosse praticado contra mulher virgem²³.

Hoje, com a lei dos Crimes contra a Dignidade Sexual, o enfoque se dá na mudança de olhar para o bem jurídico, que deriva da noção maior de dignidade,

²⁰ BANDEIRA, Crislane Oliveira, SILVA Janaina Luanda dos Santos, SILVA Lucas Ramos de Almeida, FIGUEIREDO Marta Dias, FERNANDES Tatiane, LINDOTE Thiago e SUSMAGA, Botelho, 2016.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 4. 2011, p. 44.

²² BITENCOURT, 2011.

²³ BANDEIRA, Crislane Oliveira, SILVA Janaina Luanda dos Santos, SILVA Lucas Ramos de Almeida, FIGUEIREDO Marta Dias, FERNANDES Tatiane, LINDOTE Thiago e SUSMAGA, Botelho, 2016

atributo de todo ser humano, reconhecido por convenções internacionais e pela Constituição brasileira²⁴.

A adjetivação do termo dignidade trouxe à nova modificação da lei o aspecto de respeito alheio, devido ao sujeito no que se refere à capacidade deste de autodeterminar relativamente à atividade sexual.

Ou seja, para o legislador atual, não lhe interessa os hábitos sexuais de cada um, se imorais ou inadequados, mas sim a dignidade individual.

O Título VI da Parte Especial do Código Penal brasileiro tinha como denominação: “Dos crimes contra os costumes”, o qual se integrava dos seguintes capítulos: (I) Dos crimes contra a liberdade sexual, (II) Da sedução e da corrupção de menores, (III) Do rapto, (IV) Disposições gerais, (V) Do lenocínio e do tráfico de (mulheres) pessoas e (VI) Do ultraje público ao pudor, desde sua origem, em 1940.

Conforme bem delimitado por Paulo César Busato: “A reforma e aproximação tiveram início no ano de 2005, com a Lei nº 11.106, de 28 de março, a qual já estabelecia várias mudanças no então Título dos Crimes contra os Costumes. Entre elas, promoveu a supressão integral do Capítulo III, que cuidava dos crimes de rapto, fazendo-o desaparecer do sistema incriminatório. Revogou também o art. 217, do Capítulo II, que tipificava o crime de sedução e, além disso, alterou o Capítulo V, que tratava *do lenocínio e do tráfico de mulheres*, para convertê-lo no capítulo *do lenocínio e do tráfico de pessoas*, ampliando as figuras de sujeitos passivos²⁵”.

O antigo Título VI do Código Penal, “Dos crimes contra os Costumes”, apresentava uma pluralidade de capítulos, com bens jurídicos bem diversos e muitas vezes, preconceituosos contra o gênero feminino.

Perante a autodeterminação sexual das pessoas, protegida pelo Capítulo I, incrimina-se o ato sexual realizado sem o consentimento da pessoa.

O capítulo II, traz a ideia de que pouco importa, se, naqueles casos, houve consentimento, visto que a prática de atos sexuais com menores de 14 anos é totalmente reprimida, devido à proteção do ingresso precoce na vida sexual, para assegurar o crescimento sadio dos menores²⁶.

²⁴ BANDEIRA, Crislane Oliveira, SILVA Janaina Luanda dos Santos, SILVA Lucas Ramos de Almeida, FIGUEIREDO Marta Dias, FERNANDES Tatiane, LINDOTE Thiago e SUSMAGA, Botelho, 2016

²⁵ BUSATO, 2017.

²⁶ BUSATO, 2017.

O art. 213 do Código Penal passa a alcançar, na mesma figura típica, além da conjunção carnal, a prática de qualquer ato libidinoso diverso dela. Além disso, o crime de estupro que era classificado como “de mão própria”, ou seja, aquele que o sujeito ativo só poderia ser homem e passivo a mulher, modificou-se, passando a ser um crime comum, aquele que qualquer sujeito, independente do sexo, possa a vir a praticar e ser vítima²⁷.

A nova redação do Título VI também trouxe transformações no âmbito processual. A ação penal dos crimes contra a dignidade sexual passou de ação penal privada, aquela que era exercida pelo particular mediante queixa-crime, para ação penal pública condicionada à representação, ou seja, aquela que é exercida pelo órgão do poder público competente para tanto, mediante a representação da vítima. Nos crimes em que a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (doente ou deficiente mental que não tem discernimento sexual ou quem tem, por qualquer causa, reduzida sua capacidade de resistência) a ação penal será pública incondicionada, aquela que o órgão competente acionará a justiça, independente de representação da vítima.

Portanto, resta ao intérprete dar sentido e alcance ao Título VI do Código Penal, para que se atinja a finalidade jurídica que propõe a lei, com o fim de se aplicar a justiça de forma adequada, de acordo com a realidade social.

2.3.1 O BEM JURÍDICO TUTELADO

O Capítulo I, do Título VI do Código Penal prevê os crimes contra a liberdade sexual, que fora conceituada acertadamente por Cleber Masson, nos seguintes termos:

Liberdade sexual é direito de dispor do próprio corpo. Cada pessoa tem o direito de escolher seu parceiro sexual, e com ele praticar o ato desejado no momento que reputar adequado. A lei protege o critério de eleição sexual que todos disfrutem na sociedade²⁸.

²⁷ BUSATO, 2017.

²⁸ MASSON, Cleber **Direito Penal esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 04.

A liberdade sexual é o bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal e encontra-se inserido dentro do gênero dos Crimes contra a Dignidade Sexual, previstos no Título VI do Código Penal.

A liberdade pode ser definida por meio da expressão “livre arbítrio”, que consiste no poder que cada indivíduo tem de escolher suas ações.

Os crimes contra a liberdade sexual, dentro da legislação, consagram o crime de estupro, atentado violento ao pudor, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Defende Claus Roxin, que a ideia de que a única restrição prévia à eleição dos bens jurídicos reside nos princípios da Constituição.²⁹

Para ele, no Estado Democrático e Social de Direito, o direito penal exerce dupla função: proteção dos bens jurídicos com punição nos casos de violação e garantia das prestações públicas necessárias para a existência digna do cidadão, sempre tendo em vista a garantia de uma vida de paz em sociedade³⁰.

O bem jurídico liberdade sexual é a faculdade, que ambos os sexos possuem, de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar, inclusive, o próprio cônjuge. Por isso, ao elencar os crimes contra a liberdade sexual, esses merecem punição, pois aquela relação/ato sexual não foi cometido de forma livre à pessoa, seja por coação física ou moral, ou violência e grave ameaça.

René Ariel Dotti afirma ser o bem jurídico um dos pontos essenciais do Direito Penal: “É certo que o conceito de crime não se esgota no bem jurídico, porém não é possível a compreensão do crime sem a lesão de um bem da vida social, assim reconhecida através do juízo da antijuridicidade.³¹

Na mesma linha, a liberdade pode ser entendida, também, pela proteção do direito de cada ser humano manter, tão somente suas relações sexuais consentidas, se assemelhando à dignidade da pessoa humana.

²⁹ ROXIN, Claus. ***Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito.*** Traducción u notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, v.1, p. 55

³⁰ ROXIN, 1997.

³¹ DOTTI, René Ariel. **A tutela penal dos interesses coletivos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos.* São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 55

Assim, realça Cezar Roberto Bitencourt: “Não temos dúvida, na mesma linha de raciocínio, que a liberdade sexual, entendida como a faculdade individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercita-la, constitui um bem jurídico autônomo, distinto da liberdade genérica, com dignidade para receber, autonomamente, a proteção penal. Reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabeleceu os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de cultura comportamental, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente. “A esse contexto valorativo – afirma Muñoz Conde³² - poder-se-ia chamar também “moral sexual”, entendida como aquela parte da ordem moral social que “encausa” dentro de determinados limites as manifestações do instinto sexual das pessoas”.³³

3 DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Aqui se faz necessária a exposição dos crimes em espécie, que serão tratados dentro do tema da desproporcionalidade presente entre eles e suas penas. Dentre os delitos, a importunação ofensiva ao pudor, uma contravenção penal, prevista na Lei n. 3.688/1941, o estupro e o estupro de vulnerável, ambos os últimos modificados pela Lei n. 12.015/2009, com inúmeras alterações em seus tipos penais.

3.1. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – ARTIGO 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS

Art. 61 da Lei de Contravenção Penal, *in verbis*: – Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa.

³² CONDE, Muñoz **Derecho Penal**. 9. ed. Barcelona: Tirant lo Blach, 2015.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal 4: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública** / Cezar Roberto Bitencourt. – 6. Ed. Rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012, pág. 41

Nesta infração penal (também de pequeno potencial ofensivo – Lei nº. 9.099/95), a objetividade jurídica não é a liberdade individual, mas sim os bons costumes.

A Lei de Contravenções Penais, de 1941, se estende às infrações cujas penas sejam de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativas ou cumulativamente³⁴.

A data da sua promulgação, 1941, mesmo ano da entrada em vigor do Código Penal brasileiro, foi uma época baseada em ideologia conservadora, em pleno Estado Novo, que revela uma legislação de controle social e tipificação de condutas com repercussão social mínima³⁵.

O bem jurídico a ser protegido pela Lei são os bons costumes, expressão que se refere à proteção de condutas que contrariam a moral social pública, sob uma ótica antiquada da valoração de comportamentos.

O artigo 61 da Lei de Contravenções Penais tipifica a conduta de causar certo transtorno e atingir o pudor da vítima, isto é, o sentimento de timidez e vergonha diante de certos fatos que ferem a decência.

A palavra “pudor” em si expressa um sentimento de vergonha, de mal estar, gerado pelo que pode ferir a decência, a honestidade ou a modéstia.³⁶

O pudor seria, portanto, no aspecto sexual, o limite de ação permitido pela sociedade, para a conquista amorosa. Este limite surgiria naturalmente, como consequência dos costumes, usos, moralidades, religiões³⁷.

Podem configurar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, como por exemplo, cantadas dirigidas a uma pessoa desconhecida com a utilização de palavras grosseiras, encostar-se lascivamente na vítima ou passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, sem empregar violência ou grave ameaça (comum em locais lotados, como o interior de um transporte público) e até mesmo um abraço forçado ou roubar um beijo lascivo³⁸.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu que a “palavra de baixo calão” dirigida a alguém, não configura contravenção de importunação

³⁴ JUNIOR, Nilvan de Jesus Viegas em **A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41)**, disponível em <https://jus.com.br/artigos/55745/a-lei-das-contravencoes-penais-decreto-lei-n-3-688-41>

³⁵ JUNIOR, 2017.

³⁶ AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA — Novo Dicionário da Língua Portuguesa 1a Ed., Nova Fronteira

³⁷ SILVEIRA, Armando Zenon **O pudor perante as contravenções penais**, 1977, p. 275

³⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios *Legislação penal especial* / Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016. – p. 181

ofensiva ao pudor, podendo tal figura do agente se enquadrar no artigo 140 do Código Penal (Apelação Criminal n. 6.662 – Revista dos Tribunais, 363/507).

A distinção entre a punição dos atentados contra o pudor, como crime ou como contravenção penal, pode ser explicada pela esfera da gravidade da ação e se a ofensa ao pudor se trata de individual ou coletiva³⁹.

A conduta deve se configurar em local público ou acessível ao público, como um cinema, ônibus, estádios, colégios, clubes, etc.

Nessa linha, manifesta-se Nucci, concluindo: “Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), comportando tipificação no cenário da contravenção”⁴⁰.

3.2. ESTUPRO – ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL

O Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, foi o primeiro diploma a utilizar a rubrica “estupro” para caracterizar um crime, que não fazia referência apenas à conjunção carnal forçada, mas também outras condutas atreladas à sexualidade⁴¹.

Somente no Código Penal de 1890 que a conduta de estupro se consagra apenas para definir o ato de conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A pena era de prisão celular de um a seis anos, se a vítima fosse mulher pública ou prostituta, a sanção penal diminuía para seis meses a dois anos⁴².

O crime de estupro atual e vigente encontra-se tipificado no art. 213 do Código Penal, que contém a seguinte redação⁴³:

³⁹ SILVEIRA, 1977.

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza, disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/desclassificacao-para-importunacao-ofensiva-ao-pudor-e-necessidade-de-tipo-penal-intermediario>

⁴¹ SAMPAIO, Caio Felipe Machado, no artigo **Crimes contra a Liberdade Sexual**, disponível em <https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/295965070/crimes-contra-a-liberdade-sexual>

⁴² SAMPAIO, 2016.

⁴³ BRASIL. Decreto n. 2848, de 07 de dez de 1940. **Código Penal**, Brasília,DF, dezembro de 1940.

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.

Veja-se a redação anterior deste artigo:

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.281, de 4-6-1996).

E ainda, havia, além do artigo 213, que fazia referência apenas à conjunção carnal, o artigo 214, tipificando o atentado violento ao pudor: “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 6 (seis) a 10 (dez) anos. Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.281, de 4-6-1996)”.

Com a entrada da nova redação da Lei 12.015/2009, o art. 213 se conserva sua primeira parte, entretanto, acrescenta ao mesmo tipo penal o que, anteriormente à Lei, era previsto no art. 214. Ou seja, o crime de estupro se configura pela conjunção carnal ou a prática/permissão de outro ato libidinoso, mediante o constrangimento da violência ou grave ameaça sobre a vítima⁴⁴.

As consequências dessa junção, tornando o crime de estupro um “crime único”, trouxe e continua trazendo grandes consequências ao Poder Judiciário, como responsável por analisar e julgar tais casos, revelando muitas controvérsias e divergências a respeito do tema⁴⁵.

O legislador reformador, ao revogar o art. 214 do Código Penal e inseri-lo ao tipo penal previsto no art. 213, nada mais fez do que apenas unir duas figuras típicas divergentes. Nota-se uma perda de oportunidade de tentar resolver a amplitude que o crime de estupro constitui, distanciando segurança jurídica, visto julgamentos contraditórios⁴⁶.

⁴⁴ BUSATO, 2017.

⁴⁵ BITENCOURT, 2017.

⁴⁶ BUSATO, 2017.

Além disso, o legislador deixou de conceituar o significado de “atos libidinosos”, deixando, assim, uma lacuna vaga na técnica legislativa da racionalidade do Poder Judiciário ao interpretar o conceito de atos libidinosos⁴⁷.

O bem jurídico protegido, a partir da nova interpretação da Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de se relacionar, de forma livre e escolher seus parceiros sexuais, podendo recusar, inclusive, o próprio cônjuge⁴⁸.

O tipo penal possui como núcleo a expressão “constranger”, que significa impor sua vontade e subjugar a vítima, esta podendo ser qualquer pessoa, mediante violência ou grave ameaça. A violência se perfaz na imposição física à vítima, já a ameaça, deve ser grave e consistir em certo temor, capaz de intimidá-la, seja por qualquer método utilizado⁴⁹.

Em outras linhas, conjunção carnal tem sido definida como cópula vagínica, isto é, alguns doutrinadores têm conceituado a conjunção carnal como o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta, do órgão genital masculino na cavidade vaginal. Ato libidinoso é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal⁵⁰.

Conforme Cesar Roberto Bitencourt⁵¹:

Libidinoso é todo ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem que envolve também a conjunção carnal. Embora a cópula vagínica também seja ato libidinoso, não é, juridicamente, concebida como ato libidinoso diverso, sendo abrangida pela primeira figura antes examinada. Aliás, as duas figuras – conjunção carnal e ato libidinoso diverso – são espécies do gênero atos de libidinagem.

⁴⁷ BUSATO, 2017.

⁴⁸ SAMPAIO, 2016.

⁴⁹ BUSATO, 2017.

⁵⁰ BITENCOURT, 2017.

⁵¹ BITENCOURT, 2017.

O crime de estupro prevê o concurso de pessoas e a coautoria e participação são possíveis, incluindo homens e mulheres, visto que podem atuar em qualquer um dos polos – ativo ou passivo -.

Anteriormente ao advento da Lei n. 12.015 de 2009, o estupro apenas poderia se configurar se fosse praticado contra pessoa do sexo feminino, virgem ou não. Não se julga mais com base na conduta ou honestidade do indivíduo ofendido, seja homem ou mulher⁵².

Também estão previstas no artigo 213, as suas formas qualificadas: § 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.

É nítida a desproporcionalidade existente não apenas no art. 213 do Código Penal, mas no conjunto dos delitos contra a dignidade sexual. Isso porque a mesma pena do artigo que prevê o estupro abrange duas figuras antijurídicas, a conjunção carnal e os atos libidinosos. Desse modo, os atos diversos da conjunção carnal, como a conjunção anal, a masturbação e até os beijos lascivos, podem ser julgados com a mesma pena da primeira conduta prevista pelo artigo penal. E mais, atos de menor lesividade ao bem jurídico, aqueles em que não haja certa violência ou grave ameaça, podem ser classificados como a mera contravenção penal, citada anteriormente, sofrendo o sujeito apenas uma pena de multa⁵³.

No mesmo sentido, diante da problemática legislativa comentada acima, é comum a prática do aplicador do direito, no momento do julgamento do caso concreto, se deparar com a ausência de um tipo penal adequado à se encaixar em condutas delituosas ao bem jurídico, de graus de ofensa à liberdade da vítima inferiores à conjunção carnal, mas não a ponto de serem desprezadas juridicamente com uma condenação pecuniária, como prevê o art. 61 da Lei de Contravenções Penais⁵⁴.

Em consequência à desigualdade que sofrem os sujeitos infratores da legislação penal, imputados à penas cominadas da maneira mais subjetiva e parcial,

⁵² BITENCOURT, 2017.

⁵³ Mencionou, do mesmo modo, a Professora Msc. Marion Bach, em sua palestra "Crimes Sexuais" realizada no IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, realizada dia 03/10/2017, no Centro Universitário Curitiba.

⁵⁴ BACH, 2017.

existe a zona de nebulosidade no judiciário, ou seja, a falta de vedação do extremo (*Ubermassverbot*) e insuficiência (*Untermassverbot*)⁵⁵.

Por fim, como bem delimita o tema, Guilherme de Souza Nucci⁵⁶ entende da mesma forma:

Não são poucos os casos em que magistrados são levados a condenar alguém, com base no art. 213 do Código Penal, embora acreditem ter sido aplicada pena muito elevada para o ato em si, enquanto outros, desclassificando a imputação para a figura da contravenção também creem ter havido pouca penalização. O indicado seria a consideração do cometimento de atos libidinosos, praticados com violência ou grave ameaça, que, sob critério judicial, possam ser captados como *privilegiados*. Ilustrando, apalpar o órgão sexual, por cima da roupa, de forma coercitiva, configuraria um estupro privilegiado (nem o estupro hediondo, nem a singela contravenção).

3.3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL – ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL

Trata-se de infração que inicia o capítulo reservado à tutela da dignidade sexual das pessoas vulneráveis, aqueles incluídos no *caput* do art. 217-A do CP e seu §1º.

No tipo penal de estupro, previsto no art. 213, anteriormente estudado, encontra-se prevista a expressão “constranger alguém” à conjunção carnal ou a atos libidinosos, diferentemente da previsão do tipo penal de estupro de vulnerável, bastando o sujeito ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso” com pessoa vulnerável.⁵⁷

Aqui, tutela-se não mais a liberdade sexual da vítima, mas sim sua dignidade sexual, visto que trata-se de um incapaz no polo passivo, e é justamente essa vulnerabilidade que o Direito Penal busca proteger.⁵⁸

Nessa linha, acentua Cesar Roberto Bitencourt⁵⁹:

⁵⁵ BACH, 2017.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/desclassificacao-para-importunacao-ofensiva-ao-pudor-e-necessidade-de-tipo-penal-intermediario>

⁵⁷ MARCÃO, 2015.

⁵⁸ MARCÃO, 2015.

⁵⁹ BITENCOURT, 2017.

Na verdade, mais que proteger a liberdade sexual do menor de quatorze anos ou incapaz (que, sabidamente, não existe nessa hipótese), a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura assegurar a evolução e o desenvolvimento normal de sua personalidade, para que, na fase adulta, possa decidir conscientemente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual; para que tenha, em outros termos, serenidade e base psicossocial não desvirtuada por eventual trauma sofrido na adolescência, podendo deliberar livremente sobre sua sexualidade futura, inclusive quanto à sua opção sexual.

O estupro de vulnerável também é consagrado pelas formas qualificadas em seus parágrafos: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos (§ 3o); se da conduta resulta morte, a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (§ 4o).

Em relação ao sujeito passivo, pode ser representado por qualquer pessoa que apresente a qualidade de vulnerabilidade – a menoridade de quatorze anos – e/ou 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 resistência⁶⁰.

É dispensável que seja necessária a reunião das causas previstas no *caput* e no § 1º do referido artigo. Em síntese, pode-se afirmar que há três modalidades de vulnerabilidade: a) real (do menor de 14 anos); b) equiparada (do enfermo ou deficiente mental); c) por interpretação analógica (quem, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência), que, repetindo, foi prevista somente neste art. 217-A⁶¹.

Há certa estranheza quanto à idade do menor protegido, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente considera adolescente o maior de 12 (doze) anos, idade a partir da qual deveria ser concedida “a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais”⁶².

Quanto ao enfermo ou deficiente mental, é necessário que sua falta de discernimento se refira à prática do ato lascivo e ainda que isso decorra da enfermidade ou da deficiência⁶³.

⁶⁰ BITENCOURT, 2017.

⁶¹ BITENCOURT, 2017.

⁶² MARCÃO, 2015.

⁶³ MARCÃO, 2015.

Nessa linha, se posiciona Renato Marcão⁶⁴:

O bêbado, reduzido à condição de vulnerável, pode ser sujeito passivo dessa modalidade de estupro, desde que privado da possibilidade de discernir ou de resistir. Não pode ser aceito o argumento desenvolvido por Guilherme Nucci de que a embriaguez, por não excluir a imputabilidade penal (art. 28, II, do CP), também não poderia acarretar vulnerabilidade da vítima, para o fim de configuração do estupro de vulnerável. A observação é aguda, especialmente porque, ao se reconhecer na ebrez o efeito jurídico de conferir caráter criminoso a um fato, estar-se-ia, justamente para incriminar alguém, utilizando critério diferente do adotado quando se trata de justificar a inoperância da mesma embriaguez para o fim de livrá-lo da imputabilidade penal.

Lembra-se que a vulnerabilidade do ofendido deve ser considerada no instante do crime, não importando se ela deixou de estar presente posteriormente.

O sujeito passivo ao qual o §1º do art. 213 se refere ao denominar “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, trata-se de uma interpretação analógica, equiparando tal termo ao enfermo ou deficiente mental.⁶⁵

Cesar Roberto Bitencourt discorda da atitude legislativa, pois a incapacidade eventual de oferecer resistência caracteriza exatamente a violência sexual do estupro previsto no art. 213, e ainda, aduz o autor que o legislador abriu demasiadamente um tipo penal extremamente grave, punindo aqui, desproporcionalmente, se comparado à hipótese prevista no art. 213, onde a vítima sofre violência real e expressa⁶⁶.

Por fim, como citei no tópico anterior - 2.2 -, no crime de estupro de vulnerável também se verifica, prima facie, a desproporcionalidade entre conduta e pena estabelecida no preceito secundário da norma. Únicas diferenças para o crime citado, é a qualidade da vítima, como já abordada nesse momento.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

⁶⁴ MARCÃO, 2015.

⁶⁵ BITENCOURT, 2017.

⁶⁶ BITENCOURT, 2017.

Na presente temática, busca-se aprofundar e compreender o princípio que norteia o presente trabalho acadêmico, o princípio da proporcionalidade. Para isso, se delimitará ao estudo do seu significado, suas formas e métodos de aplicação e ainda, a correlação ao Direito Penal, mais propriamente nos crimes sexuais em espécie, aqui já citados.

4.1 ORIGEM

A origem do princípio da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado Absolutista, onde o representante estatal mantinha seu poder de forma ilimitada, sem contenções ou restrições, para o Estado Liberal, momento em que a legislação passou a ser o poder limitador das ações dos chefes de governo, servindo como um freio estatal.⁶⁷

Essa evolução histórica pode ilustrar a - cada vez maior - preocupação do Estado com o indivíduo⁶⁸, visando, assim, a ausência de proximidade do Direito a arbitrariedades estatais, característica presente na noção de proporcionalidade, que ganhou grande importância na Antiguidade, época em já era previsto, como por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que já estabelecia razoabilidade entre a pena cominada, de acordo com o grau da conduta criminosa.⁶⁹

E ainda, já proposto por Beccaria, em *Dos Delitos e das Penas*, de 1764, supondo a necessidade da isonomia entre as penas propostas, na mesma força da ação violadora⁷⁰.

A partir daí, resta claro que o período do Estado até então absolutista e autoritário, passa a limitar a atuação estatal⁷¹.

⁶⁷ Sobre essa transformação, é possível analisar também em "Princípio da Proporcionalidade", disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9

⁶⁸ Com efeito, é o que se alega no artigo **Direito à segurança e limites do princípio da proporcionalidade**, de Alexey Choi Caruncho e Marion Bach.

⁶⁹ BITENCOURT, 2017.

⁷⁰ CARUNHO, BACH, 2017. .

⁷¹ CARUNHO, BACH, 2017.

Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães Gomes, afirmando que o conceito de proporcionalidade como princípio jurídico, de poder constitucional, apto a se aplicar na legislação penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII.⁷²

Tais ideias iluministas, provindas do Direito Natural, ajudaram, para, aos poucos, se extinguir a obediência absoluta que os cidadãos possuíam pelo Estado Soberano, de relações medievais e cegas, implicando a rejeição da população de intervenções estatais desnecessárias ou excessivas⁷³.

Um grande, se não o mais importante, exemplo que trouxe à tona a ideia da contenção de sujeitos ligados ao poder como forma de grandes repressões sociais, foi a Constituição da República de 1988, constituída por um Estado Democrático de Direito.⁷⁴

Nessa estrutura elencada de leis pétreas, é passível de se encontrar inúmeros princípios constitucionais ligados e inerentes à proteção da pessoa humana. Um deles, o mais conhecido e mais propenso à aplicação, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁷⁵.

Dentre o conjunto de princípios constitucionais, está explícito o princípio da proporcionalidade, ocupando um papel de destaque na proteção de direitos fundamentais. José Sérgio da Silva Cristóvam destaca que:

“A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.”⁷⁶

A partir dessa breve origem histórica do surgimento do princípio da proporcionalidade, observa-se que nasce junto à uma época garantidora de direitos

⁷² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

⁷³ BITENCOURT, 2017.

⁷⁴ BITENCOURT, 2017.

⁷⁵ BITENCOURT, 2017.

⁷⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 211.

fundamentais dos cidadãos, sendo um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional.

A proporcionalidade pode ser vista sendo aplicado à diversas jurisprudências mundiais, cuja finalidade pode ser entendida pela contenção do arbítrio estatal, como aqui anteriormente explicado e ainda, no equilíbrio de colisões entre normas constitucionais e na proteção da ponderação de interesses⁷⁷.

O segundo pós-guerra determinou o desenvolvimento da proporcionalidade, visto já existir importantes mudanças no âmbito das garantias fundamentais. Nessa época, a eficácia dos princípios constitucionais coincide com o avanço da proporcionalidade, vinculando os poderes estatais a agirem de acordo com a Constituição, tendo como sua função os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito⁷⁸.

4.2 NATUREZA

Neste tópico será tratada de que maneira o princípio da proporcionalidade, desde seu surgimento, no Direito Administrativo Alemão, passou a se adequar à justiça e à jurisprudência brasileira.

De forma que, durante a sua evolução, passou a encampar novos critérios e subprincípios, com o propósito de que a garantia e a proteção dos excessos e insuficiências – que será estudada no próximo item -, para que pudesse abranger, cada vez mais, a quantidade de normas e assim, evitar suas violações, de modo que tal proteção também abrangesse os cidadãos que necessitassem da cobertura do Poder Judiciário, através dos aplicadores do Direito.

Cumprе ressaltar, primeiramente, que a vertente pela qual o presente trabalho acadêmico segue é o entendimento da proporcionalidade como um princípio constitucional propriamente dito, embora não esteja previsto expressamente na Carta Federativa, mas que obteve seus fundamentos a partir dos

⁷⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de **Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho** / Cláudio Pereira de Souza Neto ; Daniel Sarmento – 2 ed. Belo Horizonte : Fórum, 2014 p. 467

⁷⁸ FELDENS. Luciano. **A Constituição penal A Constituição penal. A dupla face da desproporcionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156

princípios nortes interpretados conforme a Constituição.

Isso porque, muitos autores e juristas tratam da proporcionalidade como uma norma, fazendo, assim, a diferenciação entre essas e princípios constitucionais, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva e Joaquim Gomes Canotilho⁷⁹, como demonstra esse último escritor:

a) *O grau de abstração*: enquanto as regras possuem caráter mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas as quais se dirigem, os princípios têm maior abstração e incidem sob uma pluralidade de situações; b) *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto*: os princípios necessitam de mediações concretizadoras por parte do legislador ou do aplicador da norma, por serem vagos e indeterminados, ao passo que as regras são passíveis de aplicação direta; c) *Caráter de fundamentalidade nos sistemas das fontes do direito*: os princípios são normas de natureza ou papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante no sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados na existência de justiça ou na ideia de direito, enquanto as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional; e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamentos para as regras, ou seja, constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”

Na mesma linha preconizada por Dworkin, para Robert Alexy, o princípio constitucional da proporcionalidade se estrutura mediante a ponderação entre suas três máximas, de forma a se tratar de uma argumentação racional entre si. E ainda, considera que existe distinção entre regras e princípios, não apenas de grau, mas, antes, uma diferenciação qualitativa⁸⁰.

Para Virgílio Afonso⁸¹, a ordem dos subprincípios deve ser respeitada:

“A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que **a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre indica a análise de todas as suas três sub-regras**. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.”

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p.1034.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 89

⁸¹ DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 34

Para Dworkin, tanto regras quanto princípios podem ser fundamentos às decisões, apenas se diferenciando na aplicação final ao intérprete e aplicador, ao afirmar que no positivismo jurídico encontramos uma teoria dos casos difíceis. Quando um determinado litígio se pode subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria – tem discricionariedade para decidir o caso em um ou outro sentido⁸².

Os princípios, para Alexy: “são normas jurídicas por meio das quais se estabelecem deveres de otimização, ou seja “são normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.

Então, os princípios são aplicáveis em diferentes graus, e a medida de sua satisfação depende tanto de possibilidades fáticas quanto de possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Em sentido contrário, as regras já contêm determinações, em si, sobre o fático e juridicamente possível, sendo normas que podem ser cumpridas ou não.

Para Alexy, essa seria a principal distinção entre regras e princípios.

Em outra vertente, partindo para a linha preconizada por este trabalho, como a proporcionalidade equiparada a um princípio constitucional, nota-se que a supremacia da Constituição Federal pode ser compreendida pela interpretação principiológica, conforme ensina Helenilson Cunha⁸³:

“O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade como princípio jurídico implícito do Estado de Direito é uma garantia fundamental para uma concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).”

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39. Tradução livre: “*en el positivismo jurídico encontramos una teoría de los casos difíciles. Cuando un determinado litigioso se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esta teoría – tiene discreción para decidir el caso en uno o otro sentido*”.

⁸³ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 51.

Equiparada a essa ideia, boa parte da doutrina entende que o fundamento jurídico da regra da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito, como Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, influenciados pelas decisões do Tribunal Constitucional Alemão⁸⁴.

De outro modo, a doutrina contrária – pela qual segue esse estudo -, entende que a proporcionalidade faz parte de um princípio inserido na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais, estabelecendo um norte de interpretação de regras constitucionais e infra-constitucionais⁸⁵.

Esses, encontram o fundamento da proporcionalidade nos mais diversos dispositivos constitucionais. Eles fundamentam a aplicação da proporcionalidade nos artigos: 5º, II (legalidade); 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional); 1º, caput (princípio republicano); 1º, II (cidadania); 1º, III (dignidade). São ainda citados os institutos do habeas corpus (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (artigo 5º, LXIX), habeas data (artigo 5º, LXII), assim como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV)⁸⁶.

4.3 DESENVOLVIMENTO

Feita a importante ressalva, passa-se a demonstrar o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade.

A partir das revoluções liberais, a limitação do poder do soberano, de forma a garantir a liberdade dos cidadão, sobretudo a proclamação dos direitos fundamentais, nada mais exigiam do que uma atitude neutra do Estado.⁸⁷

⁸⁴ PORPINO, Isabela Veras Souza **Constituição e proporcionalidade: direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente**, escrito por disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17877

⁸⁵ PORPINO, 2017.

⁸⁶ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 93; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96**, Bol. IBCCrim 45 (1996), p. 14 (Gomes Filho cita apenas os arts. 60, § 4º, IV e 5º, II, ambos da CF); SOUZA, Carlos Afonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**.

Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15076-15077-1-PB.pdf>> Acesso em: 17 jul. 2014.

⁸⁷ CARUNCHO, BACH, 2017. .

Em seus primórdios, a aplicação da proporcionalidade foi consagrada no Direito Administrativo Alemão do século XIX, sendo utilizada, primeiramente, para controlar o exercício do poder de polícia.⁸⁸

Após a II Guerra Mundial, o princípio foi consagrado não mais no âmbito administrativo, mas no constitucional alemão, passando a ser utilizado para controlar a constitucionalidade das restrições de direitos fundamentais.⁸⁹

No desenvolvimento da globalização mundial, o princípio da proporcionalidade foi sendo consolidado em três subprincípios: a adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*erforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)⁹⁰, de modo a ser acrescentada à jurisprudência alemã, como também de outros países.

A corte Constitucional Alemã apara, ao lado da ideia da proibição do excesso, a lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente⁹¹.

Portanto, durante todo esse desenvolvimento dos fundamentos da aplicação do princípio da proporcionalidade, torna-se que claro que um ato do Estado só será considerado proporcional se satisfazer, conjuntamente, aos três subprincípios, de forma gradativa e progressiva⁹².

Porém, constata-se também a possibilidade de uma norma jurídica ser compatível ao princípio, entretanto, quando aplicada a um caso concreto, torna-se desproporcional.

Como por exemplo, uma lei de trânsito que fixe uma multa para quem ultrapassa a velocidade máxima permitida é legamente possível, porém, ser aplicada no caso que um motorista que tenha violado o limite de velocidade ao conduzir sua esposa, em pleno trabalho de parto, para um hospital, certamente se tornará fora de acordo com o princípio proporcional e não merecerá uma resposta punitiva do Estado tal violação.⁹³

Tal evolução jurídica também pode ser vista nos Estados Unidos, na

⁸⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**, p. 44-57

⁹⁰ Essa formulação surge na jurisprudência constitucional germânica pela primeira vez no chamado “julgamento das farmácias”, decidido em 1958 pela Corte, quando apreciou a “validade de lei da Baviera que instituía uma série de restrições para a abertura de farmácias, as quais foram consideradas inválidas, por restringirem excessivamente a liberdade profissional.

⁹¹ MENDES, 2016.

⁹² SOUZA NETO, 2014.

⁹³ SOUZA NETO, 2014.

progressão da sua Suprema Corte, a partir do século XIX, na ideia do devido processo legal substantivo, em que a Corte protege, de forma máxima, o bloqueio de normas que intervinham nas relações sociais e econômicas, inclusive para se evitar o abuso das partes mais fracas.

Dessa forma, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade mostra-se como uma evolução jurídica de ampla importância para se evitar sobras desnecessárias do poder de punição e ainda, desviar-se de insuficiências que são deveres estatais, a fim de se salvaguarde a proteção de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana sua aplicação.

4.4 FUNDAMENTOS

Na Constituição da República, não há previsão expressa do princípio da proporcionalidade, entretanto, é tratado como idêntico ao princípio da razoabilidade, previsto no art. 5º, XXXIV, CF, embora há quem entenda que o fundamento do princípio da proporcionalidade pode ser pautado pelo Estado de Direito germânico, ou seja, garantidor de direitos fundamentais pelas normas constitucionais.⁹⁴

Hoje, a aplicação do princípio vem sido tratado no âmbito das limitações entre

⁹⁴ BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I)- CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88)- CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES (STF - ADI: 1480 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Data de Publicação: DJ 08/08/2001 PP-00003). Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>. Acesso em 03 nov. 2017.

as colisões de direitos fundamentais, ordenando, assim, para o aplicador do Direito, o equilíbrio entre a relação do fim a ser alcançado e o meio utilizado, sendo adequado, necessário e proporcional⁹⁵

Conforme Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade trata-se de um inestimável meio de proteção de direitos fundamentais dos indivíduos e do interesse público.⁹⁶

O autor alega ainda que, por blindar e garantir o controle da discricionariedade dos atos do poder estatal, a garantia da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos quando não houver adequação entre o fim perseguido e o instrumento utilizado. E mais, que a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso a se alcançar o mesmo resultado⁹⁷.

Os fundamentos do princípio da proporcionalidade podem ser encontrados também no princípio implícito da Constituição Federal: o da individualização da pena (art. 5º, XLVI).

Assim, se impõe à sociedade, por meio da criação de leis penais preventivas contra delitos, uma certa ameaça ao indivíduo de praticá-los. Nesse momento de criação de tipos penais, a proporcionalidade entra em cena, ou seja, se o custo for superior à vantagem, quer dizer, uma incriminação que traga mais ônus e limitação social do que benefício à sociedade, será inconstitucional e contrário ao Estado Democrático de Direito.⁹⁸

Por isso, resta suficiente se criar tipos incriminadores que visem a proteção de bens jurídicos relevantes a um bem maior, aquele protegido ao bem comum.⁹⁹

Ainda, que tais formas preventivas contra a prática de delitos impactem na zona de proteção de cada indivíduo, sujeitos que devem suportar seus custos sociais. Caso contrário, se não se configurar tal situação social e jurídica, é possível tratar da desproporcionalidade entre atos realizados pelo poder público¹⁰⁰.

⁹⁵ MENDES, 2016.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto **Curso de direito constitucional contemporâneo** : os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2015.

⁹⁷ BARROSO, 2015.

⁹⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito penal : parte geral** / Fernando Galvão. — 5. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2013.

⁹⁹ GALVÃO, 2013.

¹⁰⁰ GALVÃO, 2013

O princípio aqui tratado pode ser invocado quando Poderes, órgãos e instituições colocam-se em situações de conflito, envolvendo a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa, sendo necessário que o legislador não disponha de outro meio mais eficaz e menos restritivo aos direitos fundamentais.¹⁰¹

Mais precisamente, também pode ser compreendido, como aqui já presumido, como garantia legitimadora do ordenamento jurídico. Dessa forma, depara-se com um liame constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios escolhidos para que tal finalidade seja alcançada¹⁰².

Mediante a unificação de três pressupostos aqui já expostos, o princípio da proporcionalidade se consagra no ordenamento jurídico, quais sejam, de forma mais exemplificada: "a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade "*stricto sensu*": todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais".¹⁰³

E ainda, tende a aceitar que o fundamento do princípio da proporcionalidade reside tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito¹⁰⁴.

Segundo Hassemer, na área penal, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante "um juízo de ponderação entre a carga 'coativa' da pena e o fim perseguido pela cominação penal"¹⁰⁵.

Diante disso, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena, deve existir um equilíbrio — abstrato (legislador) e concreto (judicial) — entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada¹⁰⁶.

¹⁰¹ MENDES, 2016.

¹⁰² MENDES, 2016.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**, 6a ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 356-397.

¹⁰⁴ BONAVIDES, 1994.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfred, **Fundamentos del Derecho Penal**, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Sapatero, Barcelona, Bosch, 1984, p. 279.

Conforme estudado no Direito Alemão e concluído pelo ex-ministro do nosso Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes¹⁰⁷:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*obmitseiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*). Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte - se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessá - rio, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

Ferrajoli pensa que “o fato de que entre a pena e o delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexos retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da quantidade e da qualidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e gravidade do outro¹⁰⁸.”

Acrescenta, ainda, que o princípio da proporcionalidade pode ser expresso na máxima *poena debet commensurari delicto* e que é um corolário dos princípios da legalidade e da retributividade.

E é nesse ponto que se encontra o papel essencial da Constituição no elenco dos bens jurídicos a serem protegidos, impedindo a arbitrariedade e discricionariedade do legislador.

¹⁰⁶ PRADO, Luis Régis, **Curso de Direito Penal brasileiro**, 3a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 122

¹⁰⁷ MENDES, 2016.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 37

Roxin¹⁰⁹ afirma que:

“[...] uma norma penal que não protege um bem jurídico é ineficaz pois é uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos”. Assim, o legislador deverá deixar uma margem de decisão no momento de verificar se uma norma penal é um instrumento útil para a proteção de bens jurídicos. No entanto, quando não for possível encontrar uma fundamentação justificável, a consequência deve ser a ineficácia de uma norma penal “desproporcional”.

Por isso, o princípio da proporcionalidade pressupõe fins e concentra meios adequados para a proteção dos bens jurídicos, de modo que, se não for razoável a invasão da liberdade individual em prol da proteção dos direitos fundamentais, torna-se desproporcional sua ideia.

Em seguida, será tratada as duas vertentes da proporcionalidade: a vedação de excesso e a vedação da insuficiência.

4.5 VEDAÇÃO DE EXCESSO (*ÜBERMASSVERBOT*)

O princípio da proporcionalidade apresenta duas facetas: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente, que possui amparo e fundamento nos subprincípios do princípio da proporcionalidade, constituído na doutrina constitucionalista.

A vedação de excesso (*Übermassverbot*), se revela mediante a contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade entre o binômio de meios e fins.

André Callegari¹¹⁰ aduz:

“[...] o Direito Penal constitui uma limitação de direitos fundamentais: entre as condições sob as quais é legítima a limitação de um direito fundamental se encontra também a proporcionalidade que deve existir

¹⁰⁹ ROXIN, 1997.

¹¹⁰CALLEGARI, André Luís. **Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal**. Análise crítica em relação às penas nos crimes contra os costumes. In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 102, jun, 2006, p. 44.

entre a limitação e a importância do direito afetado. Portanto, o princípio da proporcionalidade obriga ao legislador a não ameaçar com imposição de penas de excessiva gravidade em relação ao bem protegido. Dessa forma, o legislador está duplamente limitado com respeito à gravidade das penas: por um lado não pode impor penas desumanas ou degradantes, por intermédio da dignidade da pessoa e, por outro, deve estabelecer penas proporcionais à gravidade do delito que se sanciona.

O princípio da proibição de excesso surge frente a costumes de abusos pelo Estado, possuindo raízes na época Iluminista, como Montesquieu, autor do *Espírito das Leis* e Cesare Beccaria, ambos ocupavam-se de relacionar a proporcionalidade das penas em relação aos delitos praticados¹¹¹.

Afirma Beccaria¹¹²:

“A grandeza das penas deve ser relativa ao estado da nação mesma. Mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os espíritos endurecidos de um povo apenas emergido do estado selvagem. É preciso o raio para abater um leão feroz que não se abala com o disparo do fuzil. Mas à medida que os espíritos se abrandam nos estados de sociedade, cresce a sensibilidade e, com ela, deve decrescer a força da pena, se houver que se manter constante a relação entre o objeto e a sensação. De quando se viu até agora pode tirar-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, mínima possível nas circunstâncias dadas proporcional aos delitos e ditadas pela lei”.

Diante da prática de uma conduta punível ao Estado, isso lhe dá o dever e o poder de punir tal conduta, por meio da sanção penal. Entretanto, deve o Estado punir nos moldes determinados pela *sanctio juris*, de forma que o sujeito passível da punição não a sofra além dos limites.¹¹³

A doutrina alemã criou a teoria do limite dos limites (*Scharanken-Scharanke*), trazida para o Brasil por Gilmar Mendes e Paulo Gonet, que entendem pela preservação dos direitos fundamentais.

A teoria alemã consagra que as limitações dos direitos fundamentais são restritas, ou seja, os direitos não são absolutos. Isso porque, tais limitações aos direitos fundamentais não devem atuar de forma despreendida, pois não se trata o

¹¹¹ PORPINO, 2017

¹¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 138-139.

¹¹³ PORPINO, 2017

princípio da proporcionalidade de limitar os direitos além do necessário, a fim de que não se desvirtuem, de modo a ser compatível com os princípios constitucionais, através da ponderação, advinda da proporcionalidade¹¹⁴.

Dessa forma, quando os direitos fundamentais se chocam, não há como estabelecer *a priori* qual direito vai se sobreluzir, pois essa problemática só poderá ser solucionada de acordo com o caso concreto.

Como ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco¹¹⁵:

“Os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos [...] Até o elemental direito à vida tem limitação no inciso XLVII, a, do art. 5º em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.”

Nessa senda, no Direito Brasileiro, a teoria do Limite dos Limites possui amparo pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se visualiza no seguinte trecho do julgamento da ADC n. 29/DF:

“O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um núcleo essencial do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma margem de ação ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador.”¹¹⁶

Neste seguimento, a vedação de excesso pode ser entendida, mais propriamente, como a barreira da atuação legislativa ir além do que seja necessário, de forma a afrontar direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, de locomoção, dignidade¹¹⁷.

¹¹⁴ PORPINO, 2017

¹¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, pp. 230-231.

¹¹⁶ MENDES, 2016.

¹¹⁶ MENDES, 2016.

¹¹⁷ PORPINO, 2017

No direito constitucional alemão, delega-se ao princípio da proporcionalidade/proibição de excesso, uma particularidade de norma constitucional não escrita¹¹⁸.

Como bem entende Gilmar Ferreira Mendes, partindo da decisão do *Bundesverfassungsgericht*:¹¹⁹

A aferição da constitucionalidade da lei em face do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso contempla os próprios limites do poder de conformação outorgado ao legislador.

Como, de forma correta, delimita o Ex-Ministro do STF: “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa, devendo, assim, o dever de legislar assegurando proteção suficiente dos direitos fundamentais”.

E ainda, para ele, seria possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais “tormentos” temas do controle de constitucionalidade, de forma que se configura como a própria afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa.¹²⁰

Esses excessos têm a necessidade de buscar, a partir do sistema jurídico, alguma possibilidade ou forma de, se não combatidos, ao menos que questionados.¹²¹

Eis aqui a razão da existência do princípio da proporcionalidade, ou seja, trata-se de armazenar uma ligação com a vedação de excessos estatais, limitando o poder punitivo do Estado para com os cidadãos,¹²² seja em sede legislativa ou judiciária, penal ou constitucional.

No cenário nacional, é possível encontrar, anteriormente à Constituição Federal, decisões que nulificaram medidas restritivas de direitos tidas como excessivas.¹²³

¹¹⁸ PORPINO, 2017

¹¹⁹ PORPINO, 2017.

¹²⁰ MENDES, 2016.

¹²¹ BITENCOURT, 2017.

¹²² CARUNHO, BACH, 2017.

¹²³ SOUZA NETO, 2014.

Nessa linha de raciocínio, por exemplo, uma pena proporcional seria aquela que guarda visível ponderação de adequação e necessidade – aqui já tratados – entre a gravidade da lesividade da conduta violadora tipificada no âmbito do Direito penal e a pena cominada ao sujeito infrator, de forma que, se o Estado responder com legislações e penas excessivas, todo o princípio e fundamento do estudo do Direito acaba sendo em vão.

Portanto, uma norma será constitucional se não puder se constatar a existência de outras medidas menos lesivas e onerosas.

Dessa forma, é vedado não só ao Poder Legislativo violar o conteúdo do núcleo dito essencial, como também ao Poder Judiciário restringir determinado direito além do que seja estritamente necessário. Ou seja, não se pode permitir que o Estado, no viés de proteção, atinja de forma mais grave um direito fundamental¹²⁴.

4.6 VEDAÇÃO DE PROTEÇÃO INSUFICIENTE (*UNTERMASSVERBOT*)

Visando conter os arbítrios do poder, o princípio da proporcionalidade foi concebido na esfera jurídica, de modo a se controlar excessos estatais pelos governantes. Diante do desenvolvimento do Estado Social, o Estado passou a ter um papel, não apenas mais como mera proteção de garantia do bem-estar coletivo, mas também, de forma a atuar positivamente para promover direitos comunitários¹²⁵.

Nessa linha de construção histórica, no desenvolvimento dos direitos fundamentais, como direitos de obrigatória proteção, mais propriamente na evolução do Estado Democrático de Direito, surgiu o desdobramento da infraproteção ao princípio da proporcionalidade, que também passou a ser objeto de inconstitucionalidade¹²⁶.

Posto isso, se compreende a violação aos direitos fundamentais da Constituição e demais legislações não apenas quando o Estado age em excesso

¹²⁴ MENDES, 2016.

¹²⁵ SOUZA NETO, 2014.

¹²⁶ SOUZA NETO, 2014.

(*Übermassverbot*), como visto anteriormente, mas também quando deixa de agir em benefício do coletivo, ou seja, criando-se certa proibição da inércia do Estado¹²⁷.

Essa concepção da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente abrange a figura do *Untermassverbot*, que surge no direito germânico, ao reconhecer o dever de proteção do Estado, como um imperativo de tutela, que se estende ao Legislativo, à Administração Pública e ao poder judiciário¹²⁸.

Lênio Luiz Streck¹²⁹ aduz que o duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição

Gilmar Mendes aduz que a proibição de insuficiência não condiz com a inércia estatal, mas sim, ao dever e não um poder do Estado de atuar legislativamente, ou em outros campos de proteção, a partir do papel de proteção que assumiu, isso após a perspectiva compromissória assumida pela Constituição do Brasil. A insuficiência se relaciona à ausência de proteção adequada e eficaz, ou seja, nada mais do que considerar uma conduta desproporcional em sentido estrito¹³⁰.

Também desse modo leciona Maria Luiza Streck¹³¹:

“Passados dois séculos, é possível dizer que a visão de cunho liberal deixou de lado aquilo que se pode chamar de proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica do Estado Democrático de Direito. [...] vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), chamada no direito Alemão de *Untermassverbot*.”

Ou seja, o legislador tem o dever de proteger determinados interesses e conflitos e ainda, a buscar a efetivação de tais direitos fundamentais.

¹²⁷ STRECK, Maria Luiza Schafer **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**, disponível em <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>

¹²⁸ SOUZA NETO, 2014

¹²⁹ STRECK, Lenio 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** disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/22284459/a-dupla-face-do-principio-da-proporcionalidade---lenio-streck>

¹³⁰ MENDES, 2016.

¹³¹ STRECK, 2008.

Desse modo, é permitido ao jurista analisar se o ato ativo ou omissivo do Estado viola um direito fundamental (como por exemplo um projeto de lei que viesse a descriminalizar o crime de estupro, não seria constitucionalmente válida, pois feriria o princípio da dignidade da pessoa humana). Isso porque, os atos estatais possuem o dever de atuar ativamente em favor dos direitos constitucionais socialmente guardados¹³².

Nas palavras de Baratta, a ampliação do Direito penal, na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, significa também definir o garantismo, não somente no sentido negativo, como limite do sistema punitivo, ou seja, como expressão dos direitos de proteção, mas também como garantismo positivo¹³³.

Diante à vinculação das duas faces do princípio da proporcionalidade - a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente -, o legislador não se torna imune a um poder de liberdade e conformidade para decidir sobre quais normas quer ou não editar.

Assim, quando o Estado frustra seu dever de proteção, se ausentando da atuação na garantia dos direitos fundamentais, se tornando aquém dos níveis mínimos exigidos pela Constituição ou deixando de atuar, independente da forma, estamos diante da proteção deficiente, cabendo a invocação de sua cláusula, possível de "identificar um padrão mínimo das medidas estatais com vistas a deveres existentes de tutela"¹³⁴.

Maria Luiza Schafer Streck afirma ainda que, não apenas o legislador que ocorre em inconstitucionalidade quando protege de maneira insuficiente bens jurídicos (como por exemplo, descriminalizando condutas), mas também o Poder Judiciário, ao interpretar de forma equivocada a lei e a Constituição¹³⁵.

É possível afirmar que o conceito de proibição de proteção deficiente sempre nos levará ao conceito de bem jurídico, isso porque, por meio do dever constitucional estatal de proteção, o legislador se obriga a atuar positivamente, de forma a guardar uma relação umbilical com a Constituição¹³⁶.

¹³² STRECK, 2008.

¹³³ BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: IBdeF, 2004, p. 191-192.

¹³⁴ FELDENS, 2012.

¹³⁵ STRECK, 2008.

¹³⁶ STRECK, 2008.

E ainda que “bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é/será o modo de proteção através do Estado”.

Uma decisão que impulsionou a existência e a aplicação constitucional da vedação de proteção insuficiente, foi o julgamento do Tribunal Constitucional Alemão, em 1975, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Reforma do Código Penal, no que toca à legalização do aborto nos primeiros três meses de gestação¹³⁷.

Tal decisão trouxe a luz do princípio da proporcionalidade e o dever de atuação positiva da corte germânica – ainda sem trazer a tona a vertente da vedação de proteção insuficiente -, visto que foi reconhecido que, ao legalizar o aborto, o legislador deixara de proteger no grau necessário a vida do feto. Isso porque, “o dever de proteção do Estado é abrangente.

O dever de proteção pela qual entendeu o Estado Alemão, poderia se estender até mesmo ao dever de criminalizar a conduta violadora do direito fundamental – vida- , quando outros meios não fossem capazes de tutelá-lo¹³⁸.

Portanto, quando o Estado de ausentar da sua atuação positiva, de forma a patrocinar medidas que visem a promoção ou proteção dos direitos fundamentais, caberá indagar, conforme dita Cláudio Pereira de Souza Neto: (a) se sua omissão ou atuação deficiente contribuiu para a promoção de algum objetivo legítimo (subprincípio da adequação); (b) se não existia outro meio menos prejudicial ao direito favorecido (subprincípio da necessidade); (c) sob o ângulo constitucional, se a promoção compensa a discussão a respeito da proteção deficiente (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito)¹³⁹.

Também há precedentes emitidos na jurisprudência brasileira envolvendo a aplicação do princípio da proporcionalidade como vedação da proteção deficiente. O Supremo Tribunal Federal empregou, em seu julgamento¹⁴⁰, a faceta do princípio da

¹³⁷ Por meio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1974 (BGB1. I, p. 1297), a criminalização do aborto foi novamente regulamentada).

¹³⁸ SOUZA NETO, 2014

¹³⁹ SOUZA NETO, 2014.

¹⁴⁰ BRASIL. PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a

proporcionalidade, em que se discutia eventual extinção da punibilidade em crime de estupro praticado contra menor impúbere que posteriormente passara a conviver maritalmente com o autor do ilícito.

A aplicação analógica do tipo penal que prevê a extinção da punibilidade nos crimes sexuais pelo casamento do criminoso com a sua vítima foi rejeitada.

Gilmar Mendes, no voto, aduziu a ideia de um garantismo positivo do Judiciário, de forma a obrigar o Estado a não se abster da punição de condutas reprováveis socialmente. Ou seja, "se o garantismo negativo pode ser associado à proporcionalidade na sua faceta mais tradicional, de vedação do excesso, o garantismo positivo poderia ser conectado à proporcionalidade como proibição deficiente¹⁴¹.

5 A PROPORCIONALIDADE APLICADA AOS CRIMES SEXUAIS

No corrente tópico, será destacada a importância de estabelecer a conexão entre a aplicação dos princípios que regem o Direito, como também a legislação penal aqui debatida e já abordada.

Por meio de casos concretos, veremos julgamentos de contravenção penal, estupro de vulnerável ou estupro, encontrados na nossa Jurisprudência, demonstrando-se a ausência do instituto da proporcionalidade, não só pelo aplicador da lei, mas também pelo Poder Judiciário como um todo, conduzindo às zonas de nebulosidade ao decidir pela tipicidade que se adequa um crime sexual.

Tal situação pode ser explicada diante das penas cominadas a esses delitos, que variadas vezes são excessivas ou insuficientes, seja frente ao grau de

menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. (STF - RE: 418376 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648). Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18957289/recurso-extraordinario-re-418376-ms>. Acesso em 07 dez. 2017.

¹⁴¹ *Ibid*

ofensividade ao bem jurídico ou ainda, pela carência de previsão legal a ser empregada em determinados casos, acabando por tornar uma condenação desproporcional frente ao fato cometido.

Diante disso, é significativo considerar que há precedentes em que não restam dúvidas a respeito da tipificação que se amoldam, ou seja, que refletem a correta determinação do tipo penal previsto nos artigos elencados no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais. Entretanto, outros revelam a desproporcionalidade entre a pena do crime pela qual o sujeito foi condenado e a conduta realizada, desequilíbrio objeto do presente estudo.

Vale ressaltar, primordialmente, que o objetivo do presente trabalho acadêmico é demonstrar, através da graduação progressiva, mediante a intensidade de afetação em diferentes níveis, a forma de afetação aos bens jurídicos das vítimas, de acordo com seus entendimentos no caso concreto, que não podem ser resolvidos por esses três tipos penais aqui estudados.

A proposta de um futuro - e possível solução legislativa – um tipo penal intermediário - , prevendo uma pena apta, equilibrada e proporcional à conduta perpetrada daqueles que infringem a dignidade sexual das vítimas, restará para eventual continuidade de estudos, se limitando este trabalho de conclusão de curso a abordar o tema descrito no parágrafo anterior.

5.1 CONDENAÇÕES POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Um exemplo do encaixe mediante a correta obediência ao princípio da legalidade, seriam os casos em que há o emprego da violência ou grave ameaça à vítima vulnerável a fim de praticar conjunção carnal ou atos libidinosos diversos, de forma evidenciada pelo conjunto probatório dos processos criminais em si. Casos esses que, certamente se amoldarão no artigo 217-A do Código Penal.

O caso concreto descrito acima, pode ser explicado como aquele sem abertura de espaços para discussão a respeito da desproporcionalidade entre a pena imposta pelo artigo penal e a conduta realizada no contexto fático. Como o

juízo do Recurso Especial n. 1.664.435 – MG¹⁴², do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 07 de Novembro de 2017, julgado pelo Ministro Sebastião

¹⁴² BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.664.435 - MG (2017/0078626-5)RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE : J M J F P ADVOGADOS : RAFAEL LINO DA FONSECA - MG121465 PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA SILVA - MG129977 JUVENAL DE ABREU AZEVEDO E OUTRO(S) - MG133484 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NATUREZA ABSOLUTA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.480.881/PI. TEMA 918. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA. SÚMULA 440/STJ. Recurso especial improvido. Habeas corpus concedido, de ofício. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por J M J F P, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Criminal n. 1.0514.07.028089-6/001 (fl. 212): EMENTA: ESTUPRO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - A PROVA AUTORIZA A CONDENAÇÃO DE RÉU QUE COMETE O CRIME DE ESTUPRO CONTRA ADOLESCENTE DE 13 ANOS DE IDADE - CONDUITA TIPIFICADA NO ART. 213 C/C ART. 224, "A", AMBOS DO CPB - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - INAPLICABILIDADE - CRIME HEDIONDO - REGIME FECHADO, INICIALMENTE - NECESSIDADE. 1. Em tema de crime contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da ofendida constituem prova de importância ímpar bastando, uma vez concatenada com os demais elementos probatórios, para alicerçar o decreto condenatório. 2. "Em matéria de crime contra os costumes é tormentoso o problema da prova, uma vez que se tratam de ações clandestinas e ninguém anda por aí a marchear na presença de todos, como se bruto fosse. A doutrina e jurisprudência, por isso mesmo, têm considerado de grande valia as declarações da ofendida, como elemento de prova" ("JURISPRUDÊNCIA MINEIRA", volume 61). 3. Não há falar-se em consentimento de uma menor de 13 anos, visto que, com esta tenra idade, a violência de que trata o tipo penal em comento é presumida, ou seja, a aquiescência ou não da ofendida não é aferida para fins de aplicação da Lei Penal. Houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, que foram rejeitados. Alega o recorrente divergência jurisprudencial acerca dos arts. 213 c/c art. 224, a, do Código Penal, sustentando que, nos delitos de natureza sexual envolvendo menores de 14 anos, antes da Lei n. 12.015/2009, a presunção de violência seria relativa. Pede o provimento do recurso, com o restabelecimento da absolvição. Oferecidas contrarrazões, admitiu-se o recurso na origem. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso especial. É o relatório. A insurgência não merece prosperar. Não obstante a existência de precedentes isolados em sentido contrário, é majoritária a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de ser absoluta a presunção de violência dos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, mesmo no período anterior à Lei n. 12.015/2009, sendo irrelevante o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou mesmo a existência de relacionamento afetivo com o autor do delito. Nesse sentido, é o Recurso Especial julgado sob o rito dos repetitivos n. 1.480.881/PI (Tema 918):RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (Terceira Seção, Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje 10/9/2015) No entanto, verifico a existência de ilegalidade flagrante a ser reparada de ofício por esta Corte, por força do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Disse o Tribunal de origem ao fixar a reprimenda (fls. 219/220): [...] Na primeira fase, fixo-lhe a pena-base para o crime de estupro em 06 (seis) anos de reclusão. Na segunda fase, incide a circunstância atenuante da menoridade relativa, no entanto, deixo de aplicá-la em virtude de a pena-base já ter sido fixada no mínimo legal. Inexistem agravantes. Adentrando à terceira fase, inexistem causas de diminuição ou de aumento de pena. Inexistem quaisquer outras circunstâncias que possam diminuir ou aumentar a pena, com que torna-se concreta e definitiva em 06 (seis) anos de reclusão. Determino o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária. [...] Como se verifica, apesar de a pena final ser inferior a 8 anos e, não obstante ser o recorrente primário e não ter havido circunstâncias judiciais

Reis Júnior, em que traz a condenação do acusado por estupro de vulnerável contra a vítima menor de 14 anos, sem afastamento da responsabilidade penal pelo consentimento da menor e conhecimento/aceitação pelos seus responsáveis.

Isso porque, partindo da proposta do princípio da legalidade e ainda, pelo seguimento da aplicação jurisprudencial entendida pelos Tribunais Superiores, o consentimento da vítima é irrelevante para fins de afastamento da responsabilidade criminal do réu, visto que sua vulnerabilidade, decorrente de sua idade – prevista no tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal –, é presumida de forma absoluta, recaindo o agente que mantém relação sexual com menores de 14 anos no crime de estupro de vulnerável.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça publicou, recentemente, a súmula n. 593, que aduz, *in verbis*: “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Portanto, o caso citado encontra-se julgado de forma estrita e correta à aplicação dos princípios regentes no Direito penal.

Um outro caso, diferente do tema relacionado ao consentimento da vítima, é o Habeas Corpus n. 383948/SP¹⁴³, julgado em 28/11/2017, em que o sujeito recorreu

desfavoráveis, sendo a pena-base fixada no mínimo, impôs-se o regime inicial fechado, sem qualquer fundamentação concreta, o que ofende à orientação da Súmula 440/STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF. Nesse contexto, faz o recorrente jus ao regime inicial semiaberto. Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao recurso especial. Concedo habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. Publique-se. Brasília, 22 de setembro de 2017. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 26/09/2017). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.664.435&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01 fev. 2017.

¹⁴³ BRASIL. PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. CÂRCERE PRIVADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL COMPROVADA POR LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO DIFERENCIADO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REDUÇÃO DA PENA PELA EMBRIAGUEZ DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a desclassificação da conduta imputada ao paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 3. O estupro de vulnerável é crime hediondo, comum, material, instantâneo, em regra plurissubsistente, cujos dois núcleos do tipo consistem em ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável, nos termos do art. 217-A e 1º, do [Código Penal](#).

ao STJ, pleiteando a desclassificação da sua conduta prevista no art. 217-A do Código Penal, para a contravenção penal de perturbação de tranquilidade. O Relator, Ministro Ribeiro Dantas, entendeu pelo desprovimento do recurso, visto a existência da palavra da vítima, que confirma os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, atestados e comprovados por Laudo Pericial.

Logo, pelo contexto em que há da palavra da vítima, atestando a ocorrência da conjunção carnal ou atos libidinosos diversos dela, reforçada por outros valores probatórios aptos a ensejarem a condenação, a jurisprudência entende ser impossível a desclassificação para as contravenções penais, visto a gravidade dos crimes, que normalmente evidenciam aos operantes da lei o desejo sexual dos acusados nos crimes sexuais.

Já em um outro fato, trazido pelo AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 638.419 – BA¹⁴⁴, de 04 de Abril de 2017, é possível visualizar uma certa zona de

Diversamente do estupro (CP, art. 213), despiendo qualquer tipo de violência real ou grave ameaça para a consumação deste crime, bastando a execução de quaisquer dos dois núcleos típicos, ainda que haja o consentimento expresso da vítima. 4. Tomando por base as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria fática, cujo revolvimento é inviável nessa via expedita do *habeas corpus*, é evidente a presença de todos os elementos especializantes do crime de estupro de vulnerável. 5. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes. 6. Conforme o reconhecido no acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo, os laudos dos exames de corpo de delito aos quais a vítima foi submetida atestam a presença de lesões genitais bem como de outras lesões corporais compatíveis com a asfixia descrita na peça acusatória, não havendo se falar em carência de prova para condenação do réu. 7. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Com efeito, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. 8. A teor da jurisprudência desta Corte, "diferentemente da embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em que há isenção ou diminuição de pena, a denominada embriaguez voluntária ou culposa, salvo quando preordenada - a qual configura circunstância agravante, resultando em aumento de pena -, conquanto não induza inimizabilidade, afeta a capacidade do autor de entender o caráter ilícito da conduta e de se auto-determinar conforme tal entendimento, de sorte que se, de um lado, não se presta para atenuar a reprimenda, não pode, de outro, servir como fundamento para seu recrudescimento" (HC 190.486/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 19/10/2015). Acesso em 02 dez. 2017.

¹⁴⁴ BRASIL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL (ESTUPRO DE VULNERÁVEL). DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE, ABSOLVENDO-SE O RÉU DA PRÁTICA DO CRIME A ELE IMPUTADO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA SUA CONDENAÇÃO, DESCLASSIFICANDO A CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 61 DA LCP. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE REFORMA DA SENTENÇA, FACE À EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS PROBANTES QUE CERTIFICAM A AUTORIA DELITIVA PELO CRIME DESCRITO NO ART. 217-A DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ACUSAÇÃO RESPALDADA APENAS NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, QUE SE MOSTRAM IMPRECISAS E CONTRADITÓRIAS. DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL QUE NECESSITA DE CONTATO FÍSICO PARA SER CARACTERIZADO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. Os elementos probatórios carregados aos autos não preenchem o requisito da idoneidade necessário para

nebulosidade do juiz – advinda propriamente da legislação –, ao aplicar, em primeiro grau, a condenação da conduta do réu por estupro de vulnerável, consistente na exibição à distância do órgão genital para a vítima, condenação reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, para a tipificação prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais.

Tal caso acima relatado, em que o réu apresentou o órgão genital à vítima, se mostra desproporcional ao ser julgado como estupro, visto a comparação a um caso em que o sujeito aponta uma arma para vítima vulnerável, a machuca, mediante socos e chutes, - de forma a deixar marcas violentas em seu corpo -, obrigando-a a praticar a conjunção carnal.

Ou até mesmo, aquele sujeito que exerce a função de enfermeiro em determinado hospital e, aproveitando-se do estado inconsciente da vítima em coma, pratica conjunção carnal com esta. Também cabe a comparação com aqueles casos em que tal sujeito, de forma que a vítima não perceba, introduz drogas conhecidas como “boa noite Cinderela” em sua bebida, vindo a adentrar em uma zona de inconsciência, momento em que o réu aproveita de sua vulnerabilidade e a estupra.

Em todos esses julgados, vimos que, para certas condutas, não existem relativizações acerca da discussão do crime de estupro de vulnerável, como o existência ou não do consentimento da vítima, devendo o acusado ser condenado por tal delito, sofrendo uma pena que será, em tese, proporcional ao bem jurídico afetado.

Todavia, no último caso, muitos juízes e aplicadores do Direito se encontram divididos entre decidir por condenar pelo artigo 217-A do Código Penal ou pelo art. 61 da Lei de Contravenção Penal, e tal desequilíbrio e arbitrariedade é habitual no âmbito dos processos que envolvam a dignidade sexual.

Isso porque, para alguns, exibir o órgão genital à vítima, não caracteriza a violência ou grave ameaça que requer o art. 217-A, mas, para outros, se encaixaria

amparar a condenação do Acusado pela prática do delito previsto no art. 217-A, do CP. Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável é necessário que haja contato físico entre o agente e a vítima, conforme têm decidido nossos Tribunais. Os depoimentos da vítima são os únicos meios probantes existentes no feito, mostrando-se contraditórios e imprecisos, tornando imperiosa a aplicação do princípio in dubio pro reo, com a conseqüente desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Recurso de Apelação conhecido e improvido." (e-STJ, fls. 192-193.). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=638.419+&processo=638419.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01dez. 2017

perfeitamente neste tipo penal, sofrendo o réu uma condenação de um crime hediondo, com uma pena exorbitante de 08 (oito) a 15 (quinze) anos, ou, se for julgado pela contravenção, uma mera pena pecuniária.

5.2 CONDENAÇÕES POR ESTUPRO

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no Agravo em Recurso Especial n. 1.144.811¹⁴⁵– MG, de 21.09.2017, e ajuizado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, entendeu pelo provimento do pleito à reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que desclassificou o crime de estupro para a contravenção penal prevista no artigo 61, da Lei n. 3.688/1941.

A conduta do precedente acima foram apalpadadas nos seios da vítima e tentativa de colocar as mãos sob as vestes.

No caso descrito, visualizamos dois órgãos judiciais, de instâncias diferentes, que entenderam por condenações opostas diante de um mesmo fato.

Outros julgados também foram proferidos nesse sentido, como o Agravo Regimental na petição no agravo em Recurso Especial n. 1031932/DF¹⁴⁶, do

¹⁴⁵ BRASIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.811 - MG (2017/0202177-3) RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO : P P N DE O ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal estadual assim ementado: APELAÇÃO - CRIME DE ESTUPRO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - POSSIBILIDADE. 1 - Se comprovado que a conduta do Agente amolda-se à contravenção penal prevista no art. 61, do Decreto-Lei 3.688/41, pois a intenção do Agente não era satisfazer a lascívia, mas sim importunar a vítima, deve ser acolhida a pretensão Desclassificatória. (e-STJ fl. 222) O recorrente aponta a violação dos arts. 213, § 1º, do Código Penal e 61 da Lei de Contravenções Penais, insurgindo-se, em síntese, contra a desclassificação da conduta operada pela instância de origem ao argumento de que "o ato de agarrar violentamente a vítima, passar as mãos nos seios, tentar colocar a mão sob as vestes e não soltá-la. enquadra-se como atos libidinosos, caracterizando-se como estupro" (e-STJ fl. 264). Brasília (DF), 21 de setembro de 2017. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503128585/agravo-em-recurso-especial-aresp-1144811-mg-2017-0202177-3>. Acesso em 01 dez. 2017.

¹⁴⁶ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL No 1.031.932 - DF (2016/0331955-7) RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS AGRAVADO : F DA S F ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado: APELAÇÕES CRIMINAIS DO MP E DA DEFESA. ESTUPRO. PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 232 DO ECA. MANUTENÇÃO. CRIME DE AMEAÇA. MAL INJUSTO E

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, de 24/05/2017, em que cita: “a conduta do agravante em apalpar os seios da vítima e passar a mão em suas partes íntimas, por cima das vestes, contra a sua vontade, configura o crime de estupro”.

É importante lembrar que, com o advento da Lei n. 12.015/2009, o delito de estupro se consuma independentemente da conjunção carnal, mas também pela prática de atos libidinosos diversas dessa. Certo que os atos libidinosos têm de possuir o desejo da lascívia, independentemente da conjunção carnal, nesse sentido, o AgRg no REsp 1359608/MG¹⁴⁷, da Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 19/11/2013, de 16/12/2013, entendeu que “encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima”.

Portanto, praticadas as condutas acima, a desclassificação do crime de estupro para a contravenção penal prevista no artigo 61 da Lei 3.688/1941, é

GRAVE. PROVA. AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. I - Nos crimes contra a dignidade sexual, por serem praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas oculares, e, por vezes, não deixarem vestígios capazes de serem identificados por exames periciais, confere-se especial relevância à palavra da vítima, a qual, se harmônica e coesa com as demais provas produzidas, é suficiente para lastrear a condenação. II - Mantém-se a desclassificação da conduta descrita no art. 213 do Código Penal para aquela prevista no art. 232 do ECA, se as condutas perpetradas pelo réu, consistentes num apalpar de seios e partes íntimas da vítima por cima das vestes e em tentativas de beijos no rosto da adolescente, conquanto altamente reprováveis, não tiveram a intensidade necessária para configurar violação à liberdade sexual da vítima. III - Ausentes provas de que o réu ameaçou a vítima de causar-lhe mal injusto e grave, a absolvição deve ser mantida. IV - Recursos conhecidos e desprovidos. (e-STJ fl. 275) O recorrente aponta a violação dos arts. 232, da Lei n. 8.069/1990, e 213, § 1o, do Código Penal, insurgindo-se, em síntese, contra a desclassificação da conduta operada pelas instâncias de origem ao argumento de que ao passar a mão nos seios e nas partes íntimas da vítima restou configurado o crime de estupro. (Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2017. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 15/02/2017). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?processo=1031932.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01 dez. 2017.

¹⁴⁷ BRASIL. RECURSO ESPECIAL No 1.359.608 - MG (2013/0000994-5) RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECORRIDO : C M B ADVOGADO : VENICIO FIDELIS RESENDE DECISÃO Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado. 3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada. Brasília (DF), 30 de setembro de 2013. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?livre=1359608&processo=1359608.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 02 dez. 2017.

impossível, como entendeu o TJPR – 3ª Câmara Criminal - AC - 1404215-6¹⁴⁸ - Relator: João Domingos Kuster Puppi, em 09.06.2016, ao argumentar que, se não se verificar o dolo de importunar, mas sim de praticar ato libidinoso, o réu deve ser condenado pelo crime de estupro.

Portanto, percebe-se que, nos casos relativos ao toque no corpo da vítima sem seu consentimento, a maioria dos Tribunais irão entender pela condenação do crime de estupro, como visto acima.

Entretanto, tal tipicidade das condutas referidas acima se mostra desequilibrada frente a fatos também julgados como estupro, em que o réu constrange violentamente a vítima a entrar em seu veículo, e em todo o caminho a ameaça de morte, dizendo que “iria jogá-la para fora do carro”, e, por fim, a leva ao motel e forçadamente tira suas roupas, consumando a conjunção carnal.

5.3 CONDENAÇÕES POR CONTRAVENÇÃO PENAL

Como visto no tópico anterior, a conduta de beijo lascivo já vem sendo entendida, pela jurisprudência majoritária, como a ocorrência do crime de estupro, entretanto, no julgamento da apelação crime n. 20150710150610¹⁴⁹, julgada pelo

¹⁴⁸ BRASIL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO E ESTUPRO EM CONCURSO DE PESSOAS. TESE DE FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AFASTADA. DOS AUTOS, EXTRAÍ-SE AUTORIA CERTA E PROVA DA MATERIALIDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE PLENAMENTE JUSTIFICADO EM CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS, EM RAZÃO DO MODUS OPERANDI. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO TIPO DO ART. 213 DO CP PARA A CONTRAVENÇÃO PREVISTA NO ART. 61, DECRETO 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE. NÃO SE VERIFICA DOLO DE IMPORTUNAR, MAS SIM DE PRATICAR ATO LIBIDINOSO. RECURSO DESPROVIDO (Relator João Domingos Kuster Puppi. 09/06/2016 – 3ª Câmara Criminal). Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355973620/apelacao-apl-14042156-pr-1404215-6-acordao/inteiro-teor-355973632>. Acesso em 03 dez. 2017.

¹⁴⁹ BRASIL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. BEIJO LASCIVO. INTENSO TEOR LIBIDINOSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em relação ao beijo dado na vítima, deve ser prestigiado o princípio in dubio pro reo quando as provas existentes nos autos, não são suficientes para a caracterização do dolo do agente em satisfazer sua lascívia mediante conjunção carnal ou outro ato libidinoso mais extremo, notadamente em razão da análise das imagens captadas pelo sistema de segurança do local, as quais demonstram o acerto da decisão de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para contravenção penal de perturbação da tranquilidade. 2. Recurso conhecido e não provido. (TJ-DF - APR: 20150710150610, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÓA, Data de Julgamento: 18/02/2016, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/02/2016 . Pág.: 128). Disponível em <https://tj->

Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ficou entendido que o beijo lascivo poderia ser julgado como contravenção penal, relativa à importunação ofensiva ao pudor, visto não ter sido comprovada a lascívia do réu.

Visualizamos a insegurança jurídica no presente caso, visto que, o julgador, ao se deparar com casos peculiares como estes, parte uma subjetividade advinda e construída por seus parâmetros sociais do que seria a lascívia. Dessa forma, restando a zona de desproporcionalidade a ser considerada aqui.

E ainda, muitos juízes se sentem divididos ao condenar como importunação ofensiva ao pudor ou estupro, condutas como toques no corpo da vítima, em um show ou no interior de um transporte público,

Pode se afirmar que tais toques não afetam o bem jurídico da vítima na mesma proporção que na situação em que o acusado adentra na residência de um casal, força a mulher a praticar atos sexuais de forma violenta em frente ao seu marido, de forma a deixá-los totalmente traumatizados psicologicamente.

Assim, demonstra-se neste tópico casos concretos na jurisprudência, que foram entendidos e julgados em diferentes tipos penais, diante da arbitrariedade existente do Judiciário, frente a desproporcionalidade de suas penas e condutas praticadas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foi abordado, preliminarmente, a graduação referente à transformação que sofreu o Título do Código Penal que se refere aos crimes contra a dignidade sexual. Em um primeiro momento, abordou-se a questão da evolução histórica de tais crimes e com isso, foi visto que sua nomenclatura anteriormente tratada como “crimes contra os costumes” hoje não é mais utilizada, já que naquela época a sexualidade era ainda algo relacionada à moralidade do indivíduo, dando a impressão de que, o que realmente se buscava na tutela penal, era manter um comportamento padrão e ético na sociedade.

No período compreendido como os crimes contra os costumes, a figura da mulher era ainda interpretada como um estereótipo de submissão à figura do homem, inclusive a seus desejos sexuais, gerando até a expressão “mulher honesta”.

Em seguida, foi estudada a aproximação e equiparação da dignidade da pessoa humana – princípio primordial previsto na Constituição da República –, à dignidade sexual. Nisso, surgiu a ideia de que a dignidade sexual está conexa à dignidade da pessoa humana e seus lemas, visto que ambas buscam zelar e tutelar a respeitabilidade do ser humano, seja como um todo, seja em matéria sexual, impedindo a violenta entrada na esfera da sexualidade do indivíduo.

Concluiu-se que o ser humano é essencialmente digno, sendo que os sujeitos possuem o discernimento e direito para escolherem a forma em que levarão suas vidas sexuais, sem necessidade de interferência para tanto, exceto quando adentrarem em uma zona de proibição do direito de outrem.

No tópico seguinte, em relação às alterações significativas no Título do Código Penal relativo aos crimes sexuais, foi demonstrada a antiga preocupação do legislador penal ao prevenir condutas que contrariassem hábitos determinados por tal sociedade, como se via no tratamento penal diferenciado para homens e mulheres, com julgamentos de certo e errado na vida sexual dos indivíduos.

O enfoque se deu na mudança de olhar para o bem jurídico tutelado, a dignidade sexual da vítima, seja contra a figura do sexo feminino, seja contra do sexo masculino, ambos podendo sofrer a lesão do bem que dispõem.

Com a Lei 12.1015/2009, o art. 213 e 217-A do Código Penal incluem a figura do “ato libidinoso” em seus tipos penais anteriormente limitados à prática de conjunção carnal. E ainda, não havia entendimento a favor da prática do crime de estupro do marido contra a mulher, já que, conforme socialmente era imposto, a mulher tinha o dever dentro do seu casamento em praticar relação sexual com seu marido.

Hoje, tal crime já é plenamente aceito pelos tribunais, de forma que, afeta tão gravemente o bem jurídico da vítima, a liberdade sexual, que merece responsabilização, independentemente do vínculo que se tenha com a mulher.

Em relação ao bem jurídico tutelado, foi apresentada a liberdade sexual como aquele em que o Direito penal deve salvaguardar, zelar e ainda, garantir prestações públicas necessárias para a dignidade do cidadão na sociedade em que vive. Ainda,

indicou-se o bem jurídico liberdade sexual como a escolha de pessoas, de ambos os sexos, de decidir a forma e com quem se relacionam sexualmente, de forma livre. E aí, merece punição quando tais atos sexuais são praticados mediante coação física ou moral.

Após, ilustrou-se o estudo dos crimes em espécie relacionados ao tema do trabalho de conclusão de curso, entre eles a importunação ofensiva ao pudor, uma contravenção penal, que prevê pena de multa, o estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, estabelecendo o constrangimento mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar atos libidinosos, sendo a pena de 06 a 10 anos. E ainda, o estupro de vulnerável, que prevê a mesma tipificação do crime de estupro, mas contra vulnerável, com uma pena maior.

Posteriormente, foi abordado o princípio da proporcionalidade, onde foi explicada sua origem histórica e constitucional e sua natureza, momento em que foi visto que muitos juristas a tratam como uma norma. Em seguida, concluiu-se que o princípio da proporcionalidade possui duas vertentes: a vedação de excesso (*übermassverbot*) e a vedação de insuficiência (*untermassverbot*), determinando-se que o Estado não pode e não deve impor sua soberania, seja por meio de normas ou leis, mediante o excesso de poder, tampouco sob a insuficiência, a fim de se estabilizar um controle proporcional.

Partindo para a proporcionalidade aplicada aos crimes sexuais, foi destacada a importância da conexão de tal princípio com a legislação penal vigente.

Foram exemplificados casos de estupro, estupro de vulnerável e importunação ofensiva ao pudor, e ainda, a existência da zona de nebulosidade do legislador e do aplicador da lei penal entre eles, já que, diferentes fatos na nossa jurisprudência, de graus lesivos ao bem jurídico da vítima muito distantes, condenados com a mesma pena. Ou ainda, atos que mereciam uma reprimenda menor, como expor à distância o órgão genital à vítima, entendidos com uma pena altíssima, comparados a estupros praticados mediante violenta força, emprego de arma e temor à vítima.

Neste contexto, abordou-se casos julgados como estupro de vulnerável, e entre eles, aquele entendido de forma justa como a tipificação do art. 217-A do Código Penal, como o caso em que o sujeito mantém relações sexuais com crianças, mediante violência e traumas às vítimas, ou até mesmo aproveita-se da pessoa em coma para praticar conjunção carnal. Entretanto, casos em que o réu foi

condenado pela mesma pena do primeiro, quando apenas mostra seu órgão genital à distância ao ofendido, merece a análise da desproporcionalidade.

Nos casos que envolvem a condenação pelo artigo 213 do Código Penal, foram analisados os casos em que o estuprador, mediante uma arma apontada na cabeça da vítima, a força, a machuca, e pratica a conjunção. Caso esse que se difere quanto à lesividade do bem jurídico quando a conduta se resume a passar a mão em um órgão genital da vítima, por cima de suas vestes.

Quanto aos julgados entendidos como contravenções penais, também se destacou a questão do beijo lascivo, antes entendido no caso concreto como o crime de estupro, posteriormente reformado em instância superior como a conduta de contravenção penal. Ainda, condutas como toques no corpo da vítima em locais como shows e transportes públicos são entendidos como estupro ou contravenção, a depender da discricionariedade e entendimento do juiz, restando a insegurança jurídica e a arbitrariedade do poder judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1986.

BANDEIRA, Crislane Oliveira, SILVA, Janaina Luanda dos Santos, SILVA, Lucas Ramos de Almeida, FIGUEIREDO Marta Dias, FERNANDES Tatiane, LINDOTE, Thiago e SUSMAGA, Botelho. **A mudança do bem jurídico "costumes" para a dignidade sexual, alterou a proteção estatal dos delitos sexuais**, disponível em <https://janaluafro.jusbrasil.com.br/artigos/380767282/a-mudanca-do-bem-juridico-costumes-para-a-dignidade-sexual-alterou-a-protecao-estatal-dos-delitos-sexuais>. Acesso em 01 mar. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. 3 ed. Buenos Aires: IBdeF, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 4. ed. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal parte geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto **Tratado de direito penal 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BRASIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.031.932 - DF (2016/0331955-7)
RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA AGRAVANTE :
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS AGRAVADO : F
DA S F ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS contra decisão que inadmitiu recurso especial
manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
assim ementado: APELAÇÕES CRIMINAIS DO MP E DA DEFESA. ESTUPRO.
PALAVRA DA VÍTIMA. RELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 232 DO ECA.
MANUTENÇÃO. CRIME DE AMEAÇA. MAL INJUSTO E GRAVE. PROVA.
AUSÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. MANUTENÇÃO. I - Nos crimes contra a dignidade
sexual, por serem praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas oculares,
e, por vezes, não deixarem vestígios capazes de serem identificados por exames
periciais, confere-se especial relevância à palavra da vítima, a qual, se harmônica e
coesa com as demais provas produzidas, é suficiente para lastrear a condenação. II

- Mantém-se a desclassificação da conduta descrita no art. 213 do Código Penal para aquela prevista no art. 232 do ECA, se as condutas perpetradas pelo réu, consistentes num apalpar de seios e partes íntimas da vítima por cima das vestes e em tentativas de beijos no rosto da adolescente, conquanto altamente reprováveis, não tiveram a intensidade necessária para configurar violação à liberdade sexual da vítima. III - Ausentes provas de que o réu ameaçou a vítima de causar-lhe mal injusto e grave, a absolvição deve ser mantida. IV - Recursos conhecidos e desprovidos. (e-STJ fl. 275) O recorrente aponta a violação dos arts. 232, da Lei n. 8.069/1990, e 213, § 1º, do Código Penal, insurgindo-se, em síntese, contra a desclassificação da conduta operada pelas instâncias de origem ao argumento de que ao passar a mão nos seios e nas partes íntimas da vítima restou configurado o crime de estupro. (Brasília (DF), 09 de fevereiro de 2017. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 15/02/2017). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoões/toc.jsp?processo=1031932.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01 dez. 2017.

BRASIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.144.811 - MG (2017/0202177-3)
 RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA AGRAVANTE :
 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVADO : P P N DE
 O ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
 DECISÃO Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO
 DE MINAS GERAIS contra decisão que inadmitiu recurso especial manejado contra
 acórdão do Tribunal estadual assim ementado: APELAÇÃO - CRIME DE ESTUPRO
 - DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO
 OFENSIVA AO PUDOR - POSSIBILIDADE. 1 - Se comprovado que a conduta do
 Agente amolda-se à contravenção penal prevista no art. [61](#), do Decreto-Lei
[3.688/41](#), pois a intenção do Agente não era satisfazer a lascívia, mas sim
 importunar a vítima, deve ser acolhida a pretensão Desclassificatória. (e-STJ fl. 222)
 O recorrente aponta a violação dos arts. [213](#), [§ 1º](#), do [Código Penal](#) e [61](#) da Lei de
 Contravenções Penais, insurgindo-se, em síntese, contra a desclassificação da
 conduta operada pela instância de origem ao argumento de que "o ato de agarrar
 violentamente a vítima, passar as mãos nos seios, tentar colocar a mão sob as
 vestes e não soltá-la. enquadra-se como atos libidinosos, caracterizando-se como
 estupro" (e-STJ fl. 264). Brasília (DF), 21 de setembro de 2017. Ministro REYNALDO
 SOARES DA FONSECA. Disponível em
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503128585/agravo-em-recurso-especial-aresp-1144811-mg-2017-0202177-3>. Acesso em 01 dez. 2017.

BRASIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96)- POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I)- CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88)- CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES (STF - ADI: 1480 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 26/06/2001, Data de Publicação: DJ 08/08/2001 PP-00003). Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819932/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1480-df-stf>. Acesso em 03 nov. 2017.

BRASIL. PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. BEIJO LASCIVO. INTENSO TEOR LIBIDINOSO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Em relação ao beijo dado na vítima, deve ser prestigiado o princípio in dubio pro reo quando as provas existentes nos autos, não são suficientes para a caracterização do dolo do agente em satisfazer sua lascívia mediante conjunção carnal ou outro ato libidinoso mais extremo, notadamente em razão da análise das imagens captadas pelo sistema de segurança do local, as quais demonstram o acerto da decisão de desclassificação do crime de estupro de vulnerável para contravenção penal de perturbação da tranquilidade. 2. Recurso conhecido e não provido. (TJ-DF - APR: 20150710150610, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 18/02/2016, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/02/2016 . Pág.: 128). Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/308324798/apelacao-criminal-apr-20150710150610>. Acesso em 02 dez. 2017.

BRASIL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 217-A, DO CÓDIGO PENAL (ESTUPRO DE VULNERÁVEL). DENÚNCIA JULGADA

IMPROCEDENTE, ABSOLVENDO-SE O RÉU DA PRÁTICA DO CRIME A ELE IMPUTADO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA SUA CONDENAÇÃO, DESCLASSIFICANDO A CONDUITA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 61 DA LCP. PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE REFORMA DA SENTENÇA, FACE À EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS PROBANTES QUE CERTIFICAM A AUTORIA DELITIVA PELO CRIME DESCRITO NO ART. 217-A DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ACUSAÇÃO RESPALDADA APENAS NAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, QUE SE MOSTRAM IMPRECISAS E CONTRADITÓRIAS. DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL QUE NECESSITA DE CONTATO FÍSICO PARA SER CARACTERIZADO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. Os elementos probatórios carreados aos autos não preenchem o requisito da idoneidade necessário para amparar a condenação do Acusado pela prática do delito previsto no art. 217-A, do CP. Para a caracterização do delito de estupro de vulnerável é necessário que haja contato físico entre o agente e a vítima, conforme têm decidido nossos Tribunais. Os depoimentos da vítima são os únicos meios probantes existentes no feito, mostrando-se contraditórios e imprecisos, tornando imperiosa a aplicação do princípio in dubio pro reo, com a conseqüente desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Recurso de Apelação conhecido e improvido." (e-STJ, fls. 192-193.). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?livre=638.419+&processo=638419.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01 dez. 2017

BRASIL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO E ESTUPRO EM CONCURSO DE PESSOAS. TESE DE FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AFASTADA. DOS AUTOS, EXTRAI-SE AUTORIA CERTA E PROVA DA MATERIALIDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE PLENAMENTE JUSTIFICADO EM CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS, EM RAZÃO DO MODUS OPERANDI. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUITA DESCRITA NO TIPO DO ART. 213 DO CP PARA A CONTRAVENÇÃO PREVISTA NO ART. 61, DECRETO 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE. NÃO SE VERIFICA DOLO DE IMPORTUNAR, MAS SIM DE PRATICAR ATO LIBIDINOSO. RECURSO DESPROVIDO (Relator João Domingos Kuster Puppi. 09/06/2016 – 3a Câmara Criminal). Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/355973620/apelacao-apl-14042156-pr-1404215-6/acordao/inteiro-teor-355973632>. Acesso em 03 dez. 2017.

BRASIL. PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. CÁRCERE PRIVADO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DE CONJUNÇÃO CARNAL COMPROVADA POR LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO DIFERENCIADO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REDUÇÃO DA PENA PELA EMBRIAGUEZ DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a desclassificação da conduta imputada ao paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. 3. O estupro de vulnerável é crime hediondo, comum, material, instantâneo, em regra plurissubsistente, cujos dois núcleos do tipo consistem em ter conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com vulnerável, nos termos do art. [217-A](#) e 1º, do [Código Penal](#). Diversamente do estupro (CP, art. 213), despiendo qualquer tipo de violência real ou grave ameaça para a consumação deste crime, bastando a execução de quaisquer dos dois núcleos típicos, ainda que haja o consentimento expresso da vítima. 4. Tomando por base as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria fática, cujo revolvimento é inviável nessa via expedita do *habeas corpus*, é evidente a presença de todos os elementos especializantes do crime de estupro de vulnerável. 5. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes. 6. Conforme o reconhecido no acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo, os laudos dos exames de corpo de delito aos quais a vítima foi submetida atestam a presença de lesões genitais bem como de outras lesões corporais compatíveis com a asfixia descrita na peça acusatória, não havendo se falar em carência de prova para condenação do réu. 7. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Com efeito, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. 8. A teor da jurisprudência desta Corte, "diferentemente da embriaguez decorrente de caso fortuito ou de força maior, em que há isenção ou diminuição de pena, a denominada embriaguez voluntária ou culposa, salvo quando preordenada - a qual configura circunstância agravante, resultando em aumento de pena -, conquanto não induza inimputabilidade, afeta a capacidade do autor de entender o caráter ilícito da conduta e de se auto-determinar conforme tal entendimento, de sorte que se, de um lado, não se presta para atenuar a reprimenda, não pode, de outro, servir como fundamento para seu recrudescimento" (HC 190.486/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 1º/10/2015). Acesso em 02 dez. 2017.

BRASIL. RECURSO ESPECIAL Nº 1.664.435 - MG (2017/0078626-5)RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR RECORRENTE : J M J F P ADVOGADOS : RAFAEL LINO DA FONSECA - MG121465 PAULO HENRIQUE DE OLIVEIRA SILVA - MG129977 JUVENAL DE ABREU AZEVEDO E OUTRO(S) - MG133484 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO. MENOR DE 14 ANOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NATUREZA ABSOLUTA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.480.881/PI. TEMA 918. ILEGALIDADE FLAGRANTE. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA. PENA INFERIOR A 8 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA. SÚMULA 440/STJ. Recurso especial improvido. Habeas corpus concedido, de ofício. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por J M J F

P, com fundamento na alínea c do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Criminal n. 1.0514.07.028089-6/001 (fl. 212): EMENTA: ESTUPRO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - A PROVA AUTORIZA A CONDENAÇÃO DE RÉU QUE COMETE O CRIME DE ESTUPRO CONTRA ADOLESCENTE DE 13 ANOS DE IDADE - CONDOTA TIPIFICADA NO ART. 213 C/C ART. 224, "A", AMBOS DO CPB - RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - INAPLICABILIDADE - CRIME HEDIONDO - REGIME FECHADO, INICIALMENTE - NECESSIDADE. 1. Em tema de crime contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da ofendida constituem prova de importância ímpar bastando, uma vez concatenada com os demais elementos probatórios, para alicerçar o decreto condenatório. 2. "Em matéria de crime contra os costumes é tormentoso o problema da prova, uma vez que se tratam de ações clandestinas e ninguém anda por aí a marchear na presença de todos, como se bruto fosse. A doutrina e jurisprudência, por isso mesmo, têm considerado de grande valia as declarações da ofendida, como elemento de prova" ("JURISPRUDÊNCIA MINEIRA", volume 61). 3. Não há falar-se em consentimento de uma menor de 13 anos, visto que, com esta tenra idade, a violência de que trata o tipo penal em comento é presumida, ou seja, a aquiescência ou não da ofendida não é aferida para fins de aplicação da Lei Penal. Houve a oposição de embargos declaratórios pela defesa, que foram rejeitados. Alega o recorrente divergência jurisprudencial acerca dos arts. 213 c/c art. 224, a, do Código Penal, sustentando que, nos delitos de natureza sexual envolvendo menores de 14 anos, antes da Lei n. 12.015/2009, a presunção de violência seria relativa. Pede o provimento do recurso, com o restabelecimento da absolvição. Oferecidas contrarrazões, admitiu-se o recurso na origem. O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso especial. É o relatório. A insurgência não merece prosperar. Não obstante a existência de precedentes isolados em sentido contrário, é majoritária a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de ser absoluta a presunção de violência dos crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, mesmo no período anterior à Lei n. 12.015/2009, sendo irrelevante o consentimento da vítima, sua experiência sexual anterior ou mesmo a existência de relacionamento afetivo com o autor do delito. Nesse sentido, é o Recurso Especial julgado sob o rito dos repetitivos n. 1.480.881/PI (Tema 918): RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. (Terceira Seção, Min. Rogerio Schietti Cruz, Dje 10/9/2015) No entanto, verifico a existência de ilegalidade flagrante a ser reparada de ofício por esta Corte, por força do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Disse o Tribunal de origem ao fixar a reprimenda (fls. 219/220): [...] Na primeira fase, fixo-lhe a pena-base para o crime de estupro em 06 (seis) anos de reclusão. Na segunda fase, incide a circunstância atenuante da menoridade relativa, no entanto, deixo de aplicá-la em virtude de a pena-base já ter sido fixada no mínimo legal.

Inexistem agravantes. Adentrando à terceira fase, inexistem causas de diminuição ou de aumento de pena. Inexistem quaisquer outras circunstâncias que possam diminuir ou aumentar a pena, com que torna-se concreta e definitiva em 06 (seis) anos de reclusão. Determino o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda carcerária. [...] Como se verifica, apesar de a pena final ser inferior a 8 anos e, não obstante ser o recorrente primário e não ter havido circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo a pena-base fixada no mínimo, impôs-se o regime inicial fechado, sem qualquer fundamentação concreta, o que ofende à orientação da Súmula 440/STJ e das Súmulas 718 e 719 do STF. Nesse contexto, faz o recorrente jus ao regime inicial semiaberto. Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, nego provimento ao recurso especial. Concedo habeas corpus, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. Publique-se. Brasília, 22 de setembro de 2017. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 26/09/2017). Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=1.664.435&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em 01 fev. 2017.

BRASIL. RECURSO ESPECIAL No 1.359.608 - MG (2013/0000994-5) RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS RECORRIDO : C M B ADVOGADO : VENICIO FIDELIS RESENDE DECISÃO Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado. 3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada. Brasília (DF), 30 de setembro de 2013. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=1359608&processo=1359608.NUM.&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 02 dez. 2017.

BRASIL. PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei

nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido. (STF - RE: 418376 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648). Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18957289/recurso-extraordinario-re-418376-ms>. Acesso em 07 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**, Brasília/DF: 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte especial 2**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CALLEGARI, André Luís. **Os princípios da proporcionalidade e da ofensividade no direito penal como legitimadores da sanção penal**. In: Revista da AJURIS. Porto Alegre: 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARUNCHO, Alexey Choi, BACH, Marion. **Direito à segurança e limites do princípio da proporcionalidade**.

CONDE, Muñoz. **Derecho Penal**. 9. ed. Barcelona: Tirant lo Blach, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais: 2002.

DOTTI, René Ariel. **A tutela penal dos interesses coletivos**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1984.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEFAM, André. **Crimes sexuais – Comentários à Lei n. 12.015/2009**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal. A dupla face da desproporcionalidade.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** 1. ed. Madrid: Trotta, 1999.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96.** São Paulo: Boletim IBCCrim, 1996.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal. Parte Especial.** 7. ed. Niterói: Ímpetus, 2010.

HASSEMER, Winfried, **Fundamentos del Derecho Penal.** 1. ed. Barcelona: Bosch, 1984.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959

JUNIOR, Nilvan de Jesus Viegas. **A Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688/41).** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55745/a-lei-das-contravencoes-penais-decreto-lei-n-3-688-41>. Acesso em 12 out. 2017

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KONCIKOSKI, Marcos Antonio. **Princípio da Proporcionalidade.** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050&revista_caderno=9. Acesso em 26 ago. 2017.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado.** 10. ed. São Paulo: Método, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional.11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Desclassificação para importunação ofensiva ao pudor e necessidade de tipo penal intermediário**. Disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/desclassificacao-para-importunacao-ofensiva-ao-pudor-e-necessidade-de-tipo-penal-intermediario>. Acesso em 10 jul. 2017.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

PORPINO, Isabela Veras Souza. **Constituição e proporcionalidade: direitos fundamentais entre a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente**, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17877. Acesso em: 15 nov. 2017.

PRADO, Luis Régis, **Curso de Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoria del delito**. 2. ed. Madri: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais. Bases críticas para a reforma do Direito penal sexual**. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVEIRA, Armando Zenon. **O pudor perante as contravenções penais**. Belo Horizonte: Revista da Universidade Federal de Minas Gerais n. 18, 1977.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de SAMPAIO. **O princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade: uma abordagem constitucional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15076-15077-1-PB.pdf> Acesso em: 29 nov. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de **Direito Constitucional: teoria, história, e métodos de trabalho**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio 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** disponível em <https://www.passeidireto.com/arquivo/22284459/a-dupla-face-do-principio-da-proporcionalidade---lenio-streck>. Acesso em 02 dez. 2017

STRECK, Maria Luiza Schafer **O Direito Penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**, disponível em <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp082713.pdf>. Acesso em 03 jan. 2018

SAMPAIO, Caio Felipe Machado. **Crimes contra a Liberdade Sexual**. Disponível em <https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/295965070/crimes-contra-a-liberdade-sexual>. Acesso em 02 nov. 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.