

A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE ANTE A SUBSUNÇÃO DO FATO AO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL: UMA OBSERVAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL

Kelly Suzana Passos de Aguiar ¹

Hubertus David de Moura Reijrink ²

Resumo: O presente artigo tem como escopo principal a análise do preceito primário e secundário do crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, quando incidir sobre condutas de menor potencialidade lesiva ao bem jurídico da vítima e sua incompatibilidade com os Princípios Penais e Constitucionais presentes no ordenamento jurídico. Nesse contexto, a presente temática envolve a conveniência de uma nova lei penal intermediária, a fim de resguardar os princípios fundamentais e suprir a lacuna existente. Para tanto, destaca-se a função dos princípios como vetores na criação e aplicação do Direito Penal, a deformidade da figura típica do delito e os métodos emanados do entendimento jurisprudencial e legislativo, tais como a Lei nº 13.718/2018 em vigor e o Projeto de Lei nº 236/2012 em tramitação no Senado, ambos criados na tentativa de sanar a lacuna existente entre o preceito secundário e as diversas condutas emoldadas ao tipo penal.

Palavras-Chave: Princípios Penais. Proporcionalidade. Estupro. Ato libidinoso. Artigo 213 do Código Penal.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Univel.

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. Especialista em Filosofia Política e do Direito pela Unioeste.

VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF REASONABLENESS BEFORE THE SUBSUMPTION OF THE FACT TO ARTICLE 213 OF THE PENAL CODE: AN OBSERVATION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES TO THE BILL DRAFT OF THE NEW PENAL CODE

Abstract: The main objective of this article is the analysis of the primary and secondary rule of the rape crime as provided in Article 213 of the Penal Code, when focusing on petty crimes affecting the legal interest of the victim and its incompatibility with the criminal and constitutional principles existing in the legal system. In this context, the matter involves the convenience of a new intermediate penal law that protect the fundamental principles and supply the gap of the law. Thus, it stands out the function of principles as vectors in the creation and application of criminal law, the deformity of the definition of the offense and the methods disseminated by the position adopted by courts, such as Law n° 13.718/2018 in effect e and the bill draft n° 236/2012 pending in Senate. All created in an attempt to remedy the gap between the secondary rule and the several conducts defined as a crime.

Keywords: Criminal Principles. Reasonableness. Rape. Sexual Abuse. Article 213 of the Penal Code.

1 INTRODUÇÃO



ma das funções da pena, é a exata retribuição do bem lesionado ao infrator, critério este, trazido pela escola clássica ao abordar a Teoria Absoluta. Nesta esteira, embora a pena possua uma natureza preventiva e repressiva, deve atentar-se a exata proporção do dano causado e outros critérios pré-estabelecidos.

Para tanto, ressalta-se que os princípios penais constitucionais são os norteadores da criação e aplicação do tipo penal, justamente para limitar o poder punitivo do Estado e salvaguardar direitos e garantias individuais.

Para alcançar tal finalidade, um dos princípios de estimada relevância, é o princípio da proporcionalidade, a qual tem por finalidade, garantir a justa proporção entre a conduta praticada e a sanção imposta, levando em conta a extensão do dano causado no meio social. Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.32):

(...) a pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente.

Ocorre que, tais parâmetros oferecidos pelos princípios que regem o ordenamento jurídico, como o princípio supramencionado e outros expostos a seguir, não foram apreciados no momento da fixação da pena mínima prevista no artigo 213 do Código Penal. Pois, ao deparar-se com a redação do referido artigo: “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” (BRASIL, 1940, s/p), assim, constata-se que se trata de um tipo penal aberto que abrange qualquer ato de cunho sexual que possua em seu intento, a satisfação da lascívia.

Por conseguinte, vislumbra-se uma ampla diversidade de condutas, com diversos graus de lesividade entre si, recaindo no mesmo tipo penal, a qual ignora-se a extensão do dano provocado por cada uma, e aplica-lhe a mesma pena em abstrato.

Ademais, a norma penal em análise, confere vasta discricionariedade para o juiz aplicar a mesma pena tanto para conjunção carnal - considerada de extrema gravidade - quanto para outros quaisquer atos libidinosos cometidos mediante violência ou grave ameaça.

Desta forma, é possível aferir a violação ao princípio da proporcionalidade, pois abrange sob o mesmo preceito secundário, condutas com variados graus de lesividade.

Diante dessa grave ofensa, os Tribunais têm adotado um parecer diferenciado. É possível encontrar dentre a jurisprudência, outros caminhos a fim de evitar a intensa violação aos preceitos que regem o sistema normativo, tais como a desclassificação, e até a aplicação da lei na forma tentada, ainda que consumado o crime, como será explanado a seguir.

Ademais, é necessário frisar as investidas decorrente do Poder Legislativo, atentando-se para o caso em tela, como por exemplo, a Lei nº 13.718/2018 e o Projeto de Lei nº 236/2012, dos quais também será objeto da presente redação, sob a ótica dos princípios penais constitucionais.

2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO PENAL

Em suma, princípios são a base fundamental do nosso ordenamento jurídico, as diretrizes que designam todas as estruturas posteriores, tanto para o poder Legislativo no momento de criar e alterar uma Lei, quanto ao poder Judiciário, no momento de aplicar. Ademais, “(...) alguns deles estão expressos em lei, outros, implícitos; (...). Entretanto, o mais importante é que eles sejam observados à risca” (NUCCI, 2014, p.10).

Violar um princípio, nas palavras de Celso Mello (1980, p.230) “(...) é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (...)”.

É necessário que, no art. 1º *caput* da CF/88, estabelece como caráter político-constitucional do Brasil, o Estado Democrático de Direito, considerado o mais importante dispositivo, pois dele deriva-se todos os demais princípios constitucionais em todos os campos de atividade. E concernente ao âmbito

Penal, segundo Fernando Capez (2013, p.25):

(...) há um gigantesco princípio a regular e orientar todo o sistema, transformando-o em um direito penal democrático. Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas. Estamos falando do princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III).

Em síntese, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, decorre do Estado Democrático de Direito, direcionando toda a formação do Direito Penal, e qualquer elaboração típica que o contrariar, afronta o alicerce da existência de nosso Estado. Ademais, o princípio supracitado é gerador de outros considerados imprescindíveis, as quais nas palavras de Ivan Luiz da Silva (2011) servem como vetores da criação e aplicação da norma ao caso concreto, garantindo assim, o mínimo de segurança jurídica e limitando o poder estatal, dentre os quais será abordado a seguir: princípio da proporcionalidade, lesividade e taxatividade.

2.1 DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da coletividade, protegendo o indivíduo das intervenções estatais desnecessárias e excessivas, que causem danos mais graves do que os indispensáveis para a proteção e tutela dos interesses públicos.

Em síntese, é a justa medida. O equilíbrio entre delito e sanção, que deve estar assistido tanto no plano abstrato, no momento de cominar o tipo penal, quanto no plano concreto, momento que o julgador irá aplicar a pena, por exemplo, ao fazer a dosagem nos moldes do método trifásico.

De acordo com Dirley da Cunha Junior (2009, p. 50) o *princípio da proporcionalidade* “é um importante princípio

constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos (...)” e, ainda, complementado por Bitencourt (2004, p. 32) este afirma que:

(...) a pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinquente.

O princípio supramencionado, implica dizer que deve ser analisado em todo e qualquer caso, a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, como instrumento imprescindível para salvaguardar a justiça e a Dignidade da Pessoa Humana.

Consoante ao entendimento de Mougenot Bonfim e Capez (2004) a pena é a resposta punitiva estatal ao crime, devendo guardar a proporção entre o delito e o mal infligido a sociedade, ou seja, proporcional a extensão do dano causado. Quando tal propósito não se revelar, o tipo penal deve ser expurgado do ordenamento jurídico decorrente de vício de inconstitucionalidade.

2.2 DA LESIVIDADE

Agrega-se, *in casu*, o princípio da Lesividade, também denominado por alguns doutrinadores como princípio da Ofensividade, enseja que a atuação repressivo-penal recaia sobre efetiva e concreta violação a um interesse socialmente relevante, isto é, um real perigo ao bem jurídico tutelado (CAPEZ, 2013).

Em outras palavras, apenas as condutas que gerar perigo concreto, efetivo e real serão incriminadas. Ainda, “A aplicação do princípio da lesividade ou ofensividade decorre de uma das funções do bem jurídico, qual seja, a de estabelecer garantias ou limites para o exercício do direito de punir do Estado” (BIANCHINI, 2002, p. 54).

Assim, o princípio exposto tem por finalidade limitar a pretensão punitiva do Estado, de modo que não pode ocorrer

proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. Ademais, toda norma penal cujo teor, não se vislumbrar um bem jurídico definido e dotado de um mínimo de relevância social, viola os preceitos fundamentais da Magna Carta, tornando-se materialmente inconstitucional.

Logo, sem ocorrer a violação de um bem jurídico socialmente relevante, não há de se falar em infração penal.

2.3 DA TAXATIVIDADE

Atuando de forma conjunta com os princípios elucidados, o princípio da taxatividade, de acordo com Fernando Capez (2013) impõe que a conduta delituosa seja descrita de forma detalhada e específica, não integrando tipos genéricos, demasiadamente abrangentes, capazes de alcançar qualquer comportamento humano.

Em suma, demanda que a norma penal seja clara, exata e precisa, sem deixar lacunas ou tipos penais abertos que promovam insegurança jurídica, onde cogitará a possibilidade do poder punitivo do Estado se revelar excessivo e ilegal, decorrente da ausência do limite normativo.

O princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (ANDREUCCI, 2018, s/p).

É possível enquadrar o artigo do 213 Código Penal como um tipo penal aberto, visto que lhe é passível um leque de condutas, propiciando induções subjetivas reduzindo consideravelmente o garantismo penal e a segurança jurídica, ferindo todos os princípios supracitados.

3 A VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COM RELAÇÃO AO PRECEITO PRIMÁRIO E

SECUNDÁRIO DO ARTIGO 213 DO CÓDIGO PENAL

Decorrente da junção de dois tipos penais (conjunção carnal e ato libidinoso) trazidos pela Lei nº 12.015/2009, a figura típica do delito de estupro consiste basicamente em: conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, mediante violência ou grave ameaça, contra a vontade da vítima. Para configurar o primeiro, em sendo uma espécie de ato libidinoso, basta a inserção do pênis na vagina, sendo meramente prescindível a ejaculação. Concomitantemente, Nucci (2014, p. 38) reitera que “desse modo, o início de introdução do pênis na vagina já é suficiente para a consumação do estupro. Inexiste a necessidade de orgasmo ou ejaculação”. Com relação ao segundo termo, “ato libidinoso” trata-se de um crime de ação múltipla, contendo várias condutas, bastando apenas uma delas para configuração do delito.

Conforme Damásio de Jesus (2011, p. 131) “Ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafoço à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual.”. Nessa esteira, pondera Cappez (2013, p. 26):

Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

Embora todo e qualquer ato possua escopo sexual, há a necessidade de observar, se o tipo penal e seus termos, está compatível com os princípios já expostos. Para tanto, se faz útil a recapitulação da redação do tipo 213 do Código Penal, a qual dispõe “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”.

Ora, de início é necessário frisar a violação ao princípio da taxatividade, pois trata-se de um tipo penal aberto, impreciso, das quais é possível enquadrar uma série de condutas que seja cometida mediante violência e que tenha por finalidade a satisfação da lascívia.

Por conseguinte, ocorre a ofensa ao princípio da lesividade, em que pese, não há a separação da potencialidade de cada conduta, pois todas estão abarcadas pelo mesmo tipo penal, sem distinção quanto ao grau de lesividade, mesmo que alguma conduta possa ser considerada menos gravosa quando comparada com outra, como por exemplo, uma passada de mão em detrimento de coito anal.

E por fim, ignorando o grau de potencialidade de cada conduta, para a partir disso, receber a exata retribuição do dano causado, conforme os anseios da sociedade, ocorre a violação ao princípio da proporcionalidade. Afinal, não há que se falar em análise de caso a caso, pois todas as condutas, independente do grau de lesividade, partem da mesma pena em abstrato. Ou seja, uma prática de ato libidinoso, um beijo lascivo roubado, é equiparado na lei a uma conjunção carnal.

Em suma, toda e qualquer conduta que se encaixe no tipo, seja considerada extremamente gravosa ou não, lhe será imputado a mesma pena em abstrato, partindo de um mínimo de 06 (seis) anos, a mesma pena mínima do crime de homicídio.

Consoante a este entendimento, Cezar Roberto Bitencourt (2004) afirma que, a diferença entre o desvalor e a gravidade entre as mais diferentes condutas potencialmente tipificadas no artigo 213 do Código Penal é incomensurável. Nas palavras do autor certamente há uma violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico.

4 MÉTODOS DE SOLUÇÃO E OS EFEITOS DA LEI Nº 13.718/18 NA CONDUTA TÍPICA DO ESTUPRO

Em concordância com o que foi exposto, no ordenamento jurídico uma única pena em abstrato serve de base para a dosagem da pena em múltiplas condutas com graus de lesividade diferenciados, ferindo princípios constitucionais implícitos como da proporcionalidade, taxatividade e lesividade. Diante do supracitado, a jurisprudência e o posicionamento doutrinário têm-se manifestado de várias formas na busca pela observância dos princípios e aplicação da lei penal.

Em defesa do princípio da proporcionalidade em vista da impossibilidade de aplicar uma pena - que tem por pena mínima a mesma do homicídio - em condutas diversas da conjunção carnal e ínfimas em relação a lesividade, uma das posturas adotadas era a desclassificação do delito para Importunação ofensiva ao pudor, tipificada no art. 61 do Decreto-lei 3.688 de 1941 que possuía como texto legal: “Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: *Pena – multa*, de duzentos mil réis a dois contos de réis.” (BRASIL, 1941, s/p, grifo nosso).

Apreciando tal entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul empregou tal fundamento, ainda que a conduta não tenha ocorrido em via pública como atesta o caso concreto:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. *IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR*. BEIJO NA BOCA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. *Na medida em que a prova apenas evidenciou que o réu, no interior de uma garagem, chamando a vítima que estava na via pública, segurou a ofendida, esta com 11 anos de idade e lhe aplicou um beijo na boca, mostra-se razoável a desclassificação da conduta para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Não se mostra viável o reconhecimento de delito de estupro de vulnerável em razão da ausência de qualquer relato de toque mais íntimo ou de tentativa de dominar a vítima para a consumação de conjunção carnal ou de ato libidinoso.* (Apelação Crime Nº 70060369410, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do

RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 14/05/2015) (grifo nosso).

Seguindo tal posicionamento, assevera Bittencourt (2004, p. 50) “(...) em que pese alguma divergência, passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram, a nosso juízo, a contravenção penal do art. 61 da lei especial (...)”.

Porém, vale ressaltar que ao aplicar tal dispositivo, a desproporcionalidade persistia, pois o réu escapava praticamente impune e perante a face inconformada da vítima. Dado a necessidade de uma lei intermediária, recentemente entrou em vigência uma *novatio legis incriminadora*, publicada no dia 25.09.2018 sanando parcialmente a insegurança jurídica, cuja esta, revogou o artigo citado na Lei nº 9.099/95, possuindo como redação:

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constituiu crime mais grave.

É necessário frisar que se trata de um tipo penal subsidiário expresso, já que só enquadrará na figura típica, se a prática não consistir em infração mais gravosa - no caso de cometida mediante violência ou grave ameaça - passando nesse caso, a figurar o crime de estupro. Além do mais, a finalidade é inclinada para o endurecimento da lei de importunação ofensiva ao pudor, podendo ser aplicada apenas nos casos em que ocorre sem violência ou grave ameaça. Nos casos cometidos mediante violência ou grave ameaça é inaplicável, decorrente da ausência um dos elementos do conceito analítico de crime que compõe o fato típico, a tipicidade.

Segue o Julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO

CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP (...)). A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro, senão o novo tipo penal da importunação sexual. (...) o Estado deve proteger a liberdade sexual (sim!), mas não em prol do punitivismo exacerbado, em desconformidade com os princípios de Direito Penal (...) um beijo “roubado” não é igual a uma conjunção carnal forçada (...). Sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (...) punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça (...).

(STJ – REsp: 1745333 RS 2018 / 0134332-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2019) (grifo nosso).

Com o advento da nova lei, diversas condutas enquadradas no tipo penal do estupro das quais foram praticadas sem violência e grave ameaça, restaram privilegiadas pela *novatio legis in mellius*. Assim, é possível afirmar, que tal dispositivo, sanou parcialmente o problema jurídico existente.

Todavia, quando resta configurada a prática de ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça, não é possível enquadrar a conduta no tipo penal 215-A, pois, nos moldes do r. artigo, constitui crime mais grave. Para tanto, os Tribunais têm adotado um parecer diferenciado do já mencionado, em mais uma investida na busca pela segurança jurídica. Fazendo jus ao princípio da proibição do excesso, e pautado em uma vertente que decorre do princípio da proporcionalidade: pune-se o réu na forma tentada com base no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, diminuindo a pena de um a dois terços, ainda que consumado o crime. Segue outro julgado do Egrégio

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AFASTADA. NEGATIVA DE AUTORIA SUPERADA PELA PROVA ORAL. *RECONHECIMENTO DA TENTATIVA COMO AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE*. (...) Na esteira de julgamentos desta Câmara, não há falar em estupro de vulnerável consumado, mas, sim, tentado, se os atos libidinosos diversos da conjunção carnal se restringiram a beijos na boca de ambas as vítimas e a passadas de mãos pela genitália de uma das vítimas, por cima da roupa, ainda que as vítimas sejam crianças de 6 e 09 anos de idade. Hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade, sob a feição da proibição de excesso. - Redimensionamento da pena que se mostra necessária, assim como o abrandamento do regime carcerário. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70047288469, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 12/04/2012) (grifo nosso).

Diante do exposto, pode-se afirmar que os princípios aqui mencionados e presentes em nosso sistema jurídico, devem ser observados e aplicados para garantir segurança jurídica, inclusive no momento de formação do tipo penal. Todavia, ao se deparar com normas de tipo penal aberto, é dada ampla discricionariedade tanto ao Ministério Público denunciar o réu quanto para o juiz no momento de cominar uma pena, em que pese, em alguns casos, fere os princípios já expostos. É o que ocorre no artigo 213 do Código Penal, onde devido a multiplicidade de condutas que se enquadram no tipo, no qual mesmo possuindo enorme disparidade de gravidade entre elas, partem da mesma pena abstrata.

Embora o tipo penal viole uma série de princípios, estes ainda subsistem como vetores no momento da aplicação da lei penal. Porém, ainda assim, são insuficientes. Em um primeiro momento, os Tribunais optavam pela desclassificação a uma lei

de menor potencial ofensivo, escapando o agente impune.

Por conseguinte, nasceu uma nova lei, cuja finalidade, é justamente endurecer esse tipo previsto na Lei n° 9.099/95, porém, em conformidade com o texto constitucional, só pode ser aplicada nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.

E por fim, sendo a prática do ato libidinoso, uma conduta tida como menos gravosa com relação a outras abarcadas pelo mesmo tipo penal, ainda que cometida mediante violência ou grave ameaça, ao agente é imputado uma sanção maior do que o exigido pela gravidade do fato. Assim, sendo as decisões guiadas pelos princípios constitucionais, diversos Tribunais, tem sentenciado na forma tentada, ainda que consumado o crime, buscando intermediar o tipo penal com a justiça e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

5 DO NOVO CÓDIGO PENAL: PROJETO DE LEI DO SENADO 236/2012

No presente, ainda predomina o código penal de 1940. Com o passar do tempo, com crescimento, evolução e modificação em alta escala da sociedade, nota-se uma vasta transição, não apenas em questões tecnológicas, mas também com relação aos costumes, tradição, religião, folclore, liberdades, garantias, comportamento social, cultura, entre outros, que implicam na transformação da sociedade, e ainda, a necessidade da adequação da lei a esta.

Decorrente dessa transição, ao longo das décadas seguintes da vigência do Código Penal, foi necessário diversas alterações, motivadas não apenas pelo dever do legislador, mas também para atender os anseios da sociedade, sociedade esta, em constante transmutação. Afinal, a sociedade atual é totalmente diferente da sociedade de 1940, em diversos aspectos, incluindo, no predominante a lei penal.

Condutas que antes eram proibidas tanto pela lei quanto

pela sociedade por serem consideradas imorais, hoje são atípicas, e vice-versa, o que acarreta na necessidade de constantes alterações nas normas penais. Todavia, chegou a um dado momento que, não basta apenas alterações, mas a reformulação do Código Penal por completo. E assim, inicia-se um novo projeto de lei no Senado Federal, o Projeto nº 236/2012, visando um novo Código Penal, voltado para atender as necessidades atuais e futuras da sociedade brasileira.

Dentre as inúmeras mudanças que serão trazidas pelo Novo Código Penal, destaca-se aos Crimes Contra a Dignidade Sexual, no Título IV, dos artigos 180 ao 189 do Código Penal.

Sujeita a inúmeras críticas, uma delas é com relação a superficialidade e ausência de vocabulário jurídico. Todavia, uma das preocupações apresentadas no projeto, é justamente tentar sanar a lacuna abordada no inteiro teor desta dissertação, ou seja, criar um tipo penal especificamente para os atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com uma pena proporcional, de acordo com o grau de lesividade, em consonância com o ordenamento jurídico e os princípios que o regem.

Nesta esteira, o artigo 182 do respectivo projeto de lei prevê:

Molestamento sexual

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

Pena: prisão, de *dois a seis anos* (BRASIL, 2018, s/p, grifo nosso).

Observa-se, diferente do artigo 215-A da Lei nº 13.718/2018, já vigente no ordenamento, o artigo 182 do projeto traz em seu texto os termos “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça”, assim, ocorre a exata subsunção do fato à norma, respeitando o princípio da taxatividade.

Embora irá solucionar um dos problemas apresentados, infelizmente, ainda subsistirá a desproporcionalidade na pena,

visto que a pena mínima é de 2 (dois) anos. Supondo que o autor do fato, mediante violência ou grave ameaça, apenas apalpe a vítima, já estará submetido a uma pena mínima de 2 (dois) anos, e ainda, sem qualquer benesse trazida pela lei de contravenção penal.

Ou seja, não há possibilidade de aplicar o artigo 215-A do Código Penal por não preencher os elementos do tipo, e supondo que se aplique o art. 182 do respectivo projeto, subsistirá a ofensa aos princípios da proporcionalidade e lesividade, ambos, norteadores da aplicação do Direito Penal.

Além disso, o parágrafo único dispõe que “Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos”, redação esta, alterada durante a votação por uma comissão do Senado, assinado particularmente pelo Senador Sérgio Souza, passando a ser de dois a três anos, tornando indiferente, o autor praticar de forma violenta ou não, já que possuirá a mesma pena mínima, obstruindo a função preventiva da lei.

Portanto, torna-se mais uma tentativa parcial para sanar o problema em debate. Embora esteja nos moldes do princípio da taxatividade com a criação de um novo tipo penal, envolvendo os elementos necessários para tipificação da conduta, ainda permanecerá a incompatibilidade entre esta e a sanção prevista.

E ainda, a lei não traz uma distinção de pena mínima para quando for praticada por intermédio de violência ou grave ameaça, ou não, atravancando a função preventiva da lei penal.

CONCLUSÃO

Destarte, constata-se que, os princípios servem para nortear o ordenamento e aplicação da Lei Penal. Todavia, a sua inobservância gera insegurança jurídica e injustiça, sendo uma das possibilidades disso ocorrer, na vigência de uma norma

penal em branco. *In casu*, constata-se que o artigo do 213 do Código Penal, é uma norma penal em branco, que abrange em seu texto legal diversas condutas que, embora tenham variados graus de lesividade e proporção, ambas recebem a mesma pena mínima.

Buscando respeitar os princípios, os Tribunais tem adotados medidas diferentes em seus julgados, aplicando o artigo 61 da Lei nº 9.099/95, e nos casos em que ocorre violência, outros Tribunais tem aplicado a forma tentada, mesmo que consumado o crime, na conduta de ato libidinoso.

Ademais, recentemente teve-se a tentativa frustrada de uma lei intermediária, incorporando o art. 215-A nos crimes contra a dignidade, mas que infelizmente, não prescreve em seu preceito primário “constranger mediante violência ou grave ameaça”, tornando inaplicável, nos casos em que isso ocorrer.

Em seguimento, houve a análise do Projeto de Lei que tramita no Senado, com a ideia de um Novo Código Penal, mas que antes de ser votado, sancionado e publicado, já apresenta vícios, pois, embora tenha criado um tipo penal específico para atos libidinosos diversos da conjunção carnal, persiste a desproporcionalidade da pena com a conduta tipificada.

Portanto, nas palavras de Aury Lopes Junior (2018), ante ineficiência da aplicação com base nos princípios, se mostra imprescindível a criação de uma Nova Lei Intermediária para sanar a lacuna constante nesse dispositivo penal.



REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela*

- penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Código Penal. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei das Contravenções Penais. *Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- BRASIL. *Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- BRASIL. *Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 14 mai. 2019.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juspodium, 2009.
- DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado 236/2012*. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3515262&ts=1553283893996&disposition=inline>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

- DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. *Emenda a PLS 236/2012*. 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=3516027&disposition=inline>>. Acesso em: 01 abr. 2019.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal: parte geral*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES JR, Aury. *O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?* 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em: 17 ago. 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Crime nº 70060369410, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 14/05/2015*. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70060369410&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 19 ago. 2018.
- SILVA, Ivan Luiz. *Princípio da Insignificância*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. *REsp 1745333 RS 2018/0134332-9. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: AAMF*. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, Sexta Turma, julgamento 26.02.2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686355890/recurso-especial->

resp-1745333-rs-2018-0134332-9/inteiro-teor-686355900?ref=juris-tabs>. Acesso em: 15 ago. 2019.