

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

AMANDA MORGANA LINS

**BEIJOS LASCIVOS E TOQUES EM PARTES ÍNTIMAS DE CRIANÇAS: CRIME DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL OU CONTRAVENÇÃO PENAL? UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE**

**CRICIÚMA
2018**

AMANDA MORGANA LINS

BEIJOS LASCIVOS E TOQUES EM PARTES ÍNTIMAS DE CRIANÇAS: CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL OU CONTRAVENÇÃO PENAL? UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Monografia apresentada para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Leandro Alfredo da Rosa.

CRICIÚMA

2018

AMANDA MORGANA LINS

BEIJOS LASCIVOS E TOQUES EM PARTES ÍNTIMAS DE CRIANÇAS: CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL OU CONTRAVENÇÃO PENAL? UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 06 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - Especialista - (UNESC) - Orientador

Prof. Alfredo Engelmann Filho - Especialista - (UNESC)

Prof. Fernando Pagani Possamai - Mestre - (UNESC)

Este trabalho eu dedico a minha família que tanto me ajudou durante toda minha jornada estudantil, em especial, Adriano, Vittoria e Lorena Bez.

AGRADECIMENTOS

Agradeço infinitamente a Deus todos os dias por sempre me abençoar e dar forças, e por nunca ter deixado nada me faltar.

A minha a família que mesmo em meio ao turbilhão de acontecimentos sempre estiveram do meu lado, me compreendendo e apoiando minhas decisões.

Agradeço de coração ao meu querido e brilhante orientador, o professor Leandro Alfredo da Rosa, que acreditou em mim desde a primeira vez que fui lhe apresentar meu tema e durante esta jornada sempre esteve pronto a me ensinar.

Por fim, quero agradecer a todos aqueles, que de uma forma ou de outra contribuíram para meu sucesso.

“Pode-se até dizer que a lei é uma ficção, enquanto sua aplicação na medida certa depende unicamente da forma pela qual será interpretada”.

Eudes Quintino de Oliveira Júnio

RESUMO

Este trabalho buscou analisar o contexto do estupro de vulnerável, quanto aos atos libidinosos e a forma com que a lei os mensura, bem como, a falta de diferenciação no momento da aplicação da sentença, entre os atos que envolvem violência sexual dos atos de meros toques, como por exemplos apalpadas e beijos lascivos. Por mais que não ocorra a conjunção carnal, o entendimento do STJ e da maioria da doutrina e dos Tribunais é que esses atos são considerados libidinosos, e por mais que não envolvam a violência sexual, podem trazer as mesmas consequências e sofrimentos às vítimas deste tipo penal. A Constituição Federal de 1988 abarca como um de seus princípios o da proteção integral da criança e do adolescente, que visa proteger sua integridade, incluindo seu corpo. No entanto, o problema está na falta de conceito da lei em relação ao que significa ato libidinoso, a doutrina busca entender e conceituar. Tem-se verificado atualmente o surgimento de uma corrente minoritária, tanto nos Tribunais, quanto na doutrina de que existe “excesso penal” no momento da dosimetria da pena. Situação que os têm levado a considerar que atos libidinosos não devem ser punidos com o rigor da pena do crime de estupro de vulnerável, e por isto, sentem-se na liberdade de desclassificar a conduta e aplicar sanção da Lei de Contravenção Penal (Importunação Ofensiva ao Pudor, art. 61 da LCP ou Perturbação da Tranquilidade, art. 65 da LCP), deixando de ser punido por crime para estar sujeito aos mecanismos consensuais da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais). Enfim, esta pesquisa analisou os conceitos que abarcam este tema, bem como também se buscou uma alternativa a lei vigente, onde foram encontrados diversos projetos de lei que visam solucionar o impasse, finalizando com uma análise jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina do Brasil e no Superior Tribunal de Justiça para entender como os julgadores vêm se posicionando diante das tendências de uma sociedade em constante transformação.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Atos Libidinosos. Crianças. Desclassificação. Contravenção Penal.

ABSTRACT

This work sought to analyze the context of rape of minors, regarding libidinous acts and the way in which the law measures them, as well as, the lack of differentiation at the time of the sentencing, between acts involving sexual violence in cases of mere touching, such as groping and lascivious kissing. Although the carnal conjunction does not occur in said cases, the understanding of the Superior Court of Justice (STJ) and most of the doctrine and the Courts is that these acts are considered libidinous, and although they do not involve sexual violence, they can bring the same consequences and sufferings to the victims of this type of crime. The Federal Constitution of 1988 includes, as one of its principles, integral protection of children and adolescents, which aims to protect their wholeness, including their bodies. However, the problem is in the lack of conceptualization of the law in relation to what a libidinous act really is. The legal doctrine seeks to understand and conceptualize the act. There now is a minority tendency, both in the Courts, and in the doctrine that there is "penal excess" at the time of the sentence calculation. Situations have led them to consider that libidinous acts should not be punished with the same rigor as in the crime of rape of minors sentencing, and for this, they feel free to declassify the conduct and to apply sanctions of the Law of Criminal Contravention, (Sexual Haressement, article 61 LCP or Disturbing the Peace, article 65, LCP), failing to be punished for crimes, instead being subject to the consensual mechanisms of the Law n. 9.099 / 95, (Special Courts Law). Finally, this research analyzed the concepts that encompass this theme, as well as seeking an alternative to the current law, where several bills that seek to solve the problem were found, ending with a jurisprudential analysis in the Court of Justice of Rio Grande do Sul, in the Court of Justice of Santa Catarina of Brazil and in the Superior Court of Justice to understand how the judges have been positioning themselves in face of the tendencies of a society in constant transformation.

Keywords: Rape of Minors. Libidinous Acts. Children. Disqualification. Criminal contravention

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|--|
| ABNT | Associação Brasileira de Normas Técnicas |
| ART. | Artigo |
| CP | Código Penal |
| ECA | Estatuto da Criança e do Adolescente |
| LCP | Lei de Contravenções Penais |
| LINDB | Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro |
| NCP | Novo Código Penal |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJRS | Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul |
| TJSC | Tribunal de Justiça de Santa Catarina |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL | 13 |
| 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 13 |
| 2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA..... | 15 |
| 2.2.1. Princípio da proporcionalidade diante dos crimes sexuais contra crianças | 17 |
| 2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APLICADO AO DIREITO PENAL..... | 20 |
| 3 CONCEITOS E DIFERENÇAS ENTRE CRIMES E CONTRAVENÇÕES PENAIS | 24 |
| 3.1 CRIMES E CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ACORDO COM A DOCTRINA BRASILEIRA | 24 |
| 3.2 TIPO PENAL QUE PUNE A VIOLÊNCIA SEXUAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL | 25 |
| 3.3 CLASSIFICAÇÃO DOCTRINÁRIA PARA ATO LIBIDINOSO..... | 31 |
| 3.4 AS CONTRAVENÇÕES PENAIS QUE PUNEM A VIOLÊNCIA SEXUAL..... | 33 |
| 4 ABUSO SEXUAL INFANTIL: DADOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL, ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI QUE VISAM MUDANÇAS EM RELAÇÃO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO TJRS, TJSC E STJ | 35 |
| 4.1 DADOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL | 35 |
| 4.2 ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI QUE VERSAM OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL | 37 |
| 4.2.1 Projeto de Lei do Senado nº 656 de 2011 | 37 |
| 4.2.2 Projeto de lei nº 5452 de 2016 | 39 |
| 4.2.3 Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012 (Projeto do Novo Código Penal) | 41 |
| 4.3 ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE SANTA CATARINA, RIO GRANDE DO SUL E DO STJ, QUANTO À DESCLASSIFICAÇÃO | |

| | |
|--|-----------|
| DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA AS CONTRAVENÇÕES PENAIIS DISPOSTAS NOS ARTIGOS 61 E 65 DA LCP..... | 44 |
| 4.3.1 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul | 44 |
| 4.3.2 Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... | 47 |
| 4.3.3 Superior Tribunal de Justiça | 49 |
| 5 CONCLUSÃO | 51 |
| REFERÊNCIAS..... | 53 |

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, tornou-se corriqueiro, ter conhecimento através dos noticiários e das mídias sociais que crianças de todas as idades vêm sendo violentadas sexualmente por parentes, conhecidos e estranhos. Prática essa, que vem acontecendo há muito tempo, mas o que chama a atenção é o fato dos suspeitos agressores, obterem liberdade (no caso de presos) e até mesmo absolvição dos crimes contra a dignidade sexual praticados.

Tudo isso, porque as Instâncias de 1º grau e os Tribunais brasileiros, ao analisarem o fato e verificarem que não existiu violência ou conjunção carnal no momento da prática do ato libidinoso, não consideram proporcional aplicar ao suspeito a mesma pena de estupro de vulnerável, ou seja, mínimo oito anos, mesmo se tratando de crime hediondo, reconhecendo o fato como contravenção penal, como por exemplo, importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da LCP) ou perturbação da tranquilidade (artigo 65 da LCP), este com pena de prisão simples de no máximo 2 (dois) meses, ou multa, e o anterior com apenas pena de multa.

Assim sendo, através da justificativa da falta de um tipo penal intermediário, onde as penas para tais atos seriam menores, os juízes e desembargadores, sem opção, aplicam apenas uma contravenção penal, onde o agressor deixa de ir preso ou cumprir pena privativa de liberdade, para apenas pagar uma multa, em decorrência dos seus atos, voltando a conviver com a sociedade ou até mesmo com a vítima.

No primeiro capítulo deste trabalho buscou-se tratar dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da proteção integral da criança e do adolescente demonstrando a relação que eles mantêm com os casos do abuso sexual infantil, desde o momento em que o legislador determina as penas até o momento em que o juiz as aplica, podendo notar que o princípio da proporcionalidade é mais percebido já que compõe de forma explícita o entendimento das jurisprudências e das doutrinas, enquanto, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente não aparece, mas sabe-se que implicitamente ele compõe a situação quando se tem a preocupação de cada vez mais proteger as crianças.

No segundo capítulo, buscou-se definir crimes e contravenções explanando a diferença entre eles e pontuando suas principais características,

mostrando ainda quais são os crimes e as contravenções que punem a violência sexual contra crianças, além de demonstrar o conceito doutrinário dos atos libidinosos.

Já no terceiro e último capítulo foi feito um apanhado dos dados nacionais sobre a violência sexual no Brasil e uma análise dos projetos de lei que visam uma mudança em relação ao estupro de vulneráveis trazendo propostas de novas leis que criam um tipo penal mais brando, assim como o projeto do Novo Código Penal. Finalizando com uma análise de dados jurisprudenciais de acórdãos relacionados ao tema, nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, sendo consultado o banco de dados nos sites dos respectivos Tribunais, utilizando-se as seguintes palavras chaves: Estupro de Vulnerável, Atos Libidinosos, Crianças, Desclassificação, Contravenção Penal.

O método utilizado no desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo, com pesquisa do tipo teórica e qualitativa, empregando o uso de material bibliográfico em diversos livros, artigos de periódicos, teses, dissertações, que englobam este tema que a cada dia está mais em voga nas mídias do país.

2 PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Os princípios constitucionais são muito valiosos para o nosso ordenamento jurídico, quando eles nasceram acreditava-se que seriam usados da mesma maneira que as regras gerais, chegaram até mesmo a ser vistos com igualdade em relação às normas. Contudo, no passar dos anos, eles têm mostrado um maior teor de abstração e compreendem uma gama de situações, ganhando uma maior diferenciação em relação às regras, se tornando um pilar para o constitucionalismo moderno (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 10-11).

Em suma, é este o interesse na escolha destes princípios, sabendo que através deles os operadores do direito alcançarão com firmeza a justa prestação jurisdicional, não pautado em critérios subjetivos, mas sim no caso em si, podendo então preencher lacunas deixadas pelas leis, objeto do presente trabalho de conclusão de curso. Nesse sentido, o objetivo desse capítulo é estudar a relação dos princípios com a lei e como eles auxiliam na aplicação das diretrizes no Processo e no direito Penal.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A necessidade humana em procurar maneiras de solucionar divergências fez com que existissem as regras jurídicas e os princípios, dos quais hoje conhecemos como algumas das fontes do direito.

A palavra princípio de acordo com Alencar (2006, p. 4), exprime a ideia de começo, início, onde tudo nasce, assim como traz a ideia de algo que é muito importante.

Conforme Gomes (2003, p. 29-30), a Carta Magna brasileira elenca os princípios fundamentais para a construção do ordenamento jurídico. Estes possuem três funções fundamentais, a saber, a informação de todo o sistema jurídico, a orientação através de metas e fins já predeterminados e por fim a crítica aos critérios para a valoração dos fatos e condutas.

Bonavides (2004, p. 131) assevera a importância dos princípios em nosso ordenamento, vejamos:

[...] Em se tratando, porém de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável.

Para Arruda (2016, p. 51), a busca para encontrar uma nova maneira de interpretar a Constituição, pensando num resgate de valores, ou seja, em um novo direito constitucional, trouxe com si um rol de princípios específicos da qual se inclui a proporcionalidade, que é focado na valorização dos interesses, assim como dos bens constitucionais que se colidem e estão ligados à confirmação dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade é um dos que possui grande importância, principalmente no que diz respeito à aplicação da norma jurídica no direito penal. Ele encontra respaldo no campo dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, embora não expresso no texto constitucional é clara sua atuação em outros ramos, já que é tido como um princípio geral de direito, podendo então permear todo o ordenamento jurídico brasileiro (GOMES, 2003).

No que tange o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988, o incorporou antecipadamente no ordenamento jurídico brasileiro. Antes mesmo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que só veio a ocorrer no ano de 1989. Tudo isto, em função do movimento popular brasileiro em defesa dos direitos da infância que ensejava uma transformação na realidade da época (CUSTÓDIO; VERONESE, 2011, p. 29-30).

Neste contexto ocorreram várias transformações no campo dos direitos da infância e da juventude, os diplomas passaram a regular e garantir os princípios fundamentais. Isto porque, baseados na doutrina da proteção integral passaram a dar maior amplitude aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, protegendo as complexidades e peculiaridades de seu desenvolvimento, bem como articulando a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado, tudo isso através das políticas sociais públicas (CUCCI; CUCCI, 2011, p. 77).

E é com o auxílio destes dois princípios, de suma importância ao direito brasileiro, que o legislador deve basear-se no momento de definir um tipo penal que se encaixe no caso em questão (toque/ato libidinoso), alguns doutrinadores entendem que a análise do estupro (artigo 213 Código Penal), quanto do estupro de vulnerável (artigo 217-A Código penal), precisam submeter-se aos princípios básicos

do direito penal, de maneira que se possam considerar que a pena firmada pelo legislador seja adequada e passível de aplicação (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 54-55).

2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA

É sabido que este princípio, embora remonte sua existência desde a Antiguidade, somente ganhou repercussão no período do iluminismo, enfatizado principalmente na obra conhecida como *Dos Delitos e Das Penas*, do ilustre Marquês de Beccaria (GRECO, 2014, p. 79).

Ao analisar o princípio da proporcionalidade Franco (1997, p. 67) aduz conceitualmente que é necessário um juízo ponderado entre a relação existente sobre o bem que foi lesionado (gravidade de fato) e o bem que será privado (gravidade da pena). Assim, sempre que entre eles houver uma desproporção, este princípio deverá acentuar o equilíbrio. Gerando um destinatário duplo, a saber, o legislador que terá que estabelecer penas proporcionais à gravidade da infração e o juiz que deve impor as penas de acordo com sua gravidade.

O referido princípio tem como uma de suas virtudes, transformar o legislador em um funcionário da Constituição, pois, ao limitar o espaço de atuação do mesmo, acaba por estreitar a sua atuação no momento de fazer as leis. Tudo isso sem vulnerar o princípio da separação dos poderes, já que a faculdade decisória para a determinação dos fins e meios se mantém resguardada (BONAVIDES, 1994, p. 282-288).

Conforme Castanheira (2012, p. 41), quanto ao Direito Penal, sempre que o legislador cria um novo tipo penal, ou altera o conteúdo para aplicar uma resposta estatal mais gravosa, ele impõe à sociedade um ônus concernente ao seu poder de agir. Consequentemente deverá compensá-la protegendo o bem jurídico.

Dispõe o princípio da proporcionalidade, que será inconstitucional o tipo penal que impor um ônus superior à vantagem auferida pela sociedade, pois ferirá a dignidade da pessoa humana além de violar o Estado Democrático de Direito (CASTANHEIRA, 2012, p. 41).

O princípio da proporcionalidade foi subdividido pela doutrina em três elementos, que segundo Bezerra (2012, p. 76), são conhecidos como adequação,

necessidade e proporcionalidade em seu sentido estrito. Tal divisão, advinda do sistema Constitucional alemão, buscou traçar a relação desses elementos e a forma de sua aplicação, destacando que os três devem ser aplicados nesta sequência, porém, nem sempre se faz necessário analisar todos eles.

Aduz Estefam (2010, p. 125-126) que adequação (idoneidade), proporcionalidade em sentido estrito (comparação da ofensa com a medida adotada), necessidade (exigibilidade), são desdobramentos do princípio da proporcionalidade. O autor ainda subdivide esta última em dois pontos de vista, sendo eles, a proibição de excesso, e também a proibição da proteção deficiente.

Assim como o autor supracitado, Arruda (2016, p. 51) afirma que o princípio da proporcionalidade no Brasil, enfatizado na perspectiva do Estado de Direito e direcionado ao próprio legislador, deve ser observado em sua dupla face, a saber, pela proibição do excesso e proibição à proteção insuficiente. Principalmente no que diz respeito à política criminal, onde a intervenção do legislador deve se pautar no equilíbrio dessa equação.

Já na concepção de Gambogi (2012, p. 4) “Uma tríplice relação se forma no direito Penal contemporâneo – a legitimidade do *ius puniendi* estatal; a proibição de excesso na punição e a obrigação de penalizar, prevista constitucionalmente”.

O termo proibição de excesso apresenta amplo significado, podendo ter o sentido da elaboração de uma norma invasiva na esfera da liberdade ou nos direitos das pessoas, ou ainda, quando o legislador atua além do que lhe autoriza a Constituição. Nestes casos exige-se a proporcionalidade nos limites formais e materiais da atividade legislativa (GOMES, 2003, p. 39).

Já em se tratando da proibição de proteção deficiente, Greco (2014, p. 81-82), afirma que se de um lado o excesso não é permitido, por outro, o direito deficiente não deve ser admitido na tutela de um direito fundamental. Principalmente, naquelas medidas que eliminam a figura típica, cominando penas aquém da importância que se exige do bem que se tem interesse em proteger ou, ainda, quando o instituto aplicado beneficia o agente agressor.

Para Dotti (2013, p. 150) a resposta penal deve ser proporcional à gravidade da ofensa, procurando proporcionalizar a justa medida da retribuição, que em sua opinião é a ideia central do direito penal.

A preponderância deste princípio traz a tona uma linha divisória entre casos fáceis e casos difíceis, sendo os primeiros a equação de métodos e regras

considerados ortodoxos, ocasionando uma resposta única e indiscutível. Já os casos considerados difíceis possuem essa nomenclatura porque envolvem princípios e normas de conjuntura aberta, que permite a participação de elementos extrínsecos que podem ser sociais, políticos ou econômicos, além de tantos outros elementos, que conseqüentemente provocam uma maior discricionariedade o que ocasiona várias respostas contundentes ao caso (ARRUDA, 2016, p. 56-57).

Atienza (2003, p. 226) ainda afirma existir uma terceira categoria, sendo ela, a dos casos trágicos, que são considerados aqueles onde a situação encontrada vai sacrificar algum elemento fundamental para o ponto de vista jurídico, assim como para o ponto de vista moral, fazendo com que o intérprete enfrente um trágico dilema.

2.2.1. Princípio da proporcionalidade diante dos crimes sexuais contra crianças

O Código Penal em seu artigo 217-A diz que comete estupro de vulnerável quem tiver: “[...] conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.(BRASIL, 2018b). Conjunção carnal segundo Oliveira (2012, p. 7) é penetração do pênis na vagina, enquanto ato libidinoso é qualquer ato com conotação sexual, e é partir dessa premissa que, diante do princípio da proporcionalidade extraem-se duas correntes de pensamentos, a saber, uma favorável, enquanto a outra é contrária à aplicação do princípio supracitado.

Na visão de Arruda (2016, p. 64), a intervenção deste princípio na seara penal diante da busca de justiça, retidão e equidade, não pode pecar pelo excesso e muito menos pela insuficiência, o que leva à busca por um difícil meio-termo. O que se observa, no entanto, é que o legislador e o executivo não dão o devido valor a esse equilíbrio, resultando então em uma mutilação aos direitos fundamentais, cabendo então ao Judiciário, verificar e buscar equilibrar a dupla face deste princípio.

Para Ferreira (2013, p. 44), na seara penal a proporcionalidade acontece ao se levar em conta a consequência jurídica entre a prática de um tipo penal e a imposição da pena, que acaba por interferir no direito fundamental de ir e vir, o que gera tensão entre a segurança pública e a liberdade. Gambogi (2012, p. 01)

corroborar do mesmo pensamento quando afirma que “O princípio da proporcionalidade estabelece um modelo argumentativo e de crítica jurídico-política – inclusive em matéria penal”.

Destarte, o princípio da proporcionalidade é referência no que diz respeito a busca por equilíbrio tanto no momento da criação quanto no momento da aplicação da norma, sendo relevante na gradação das condutas de ato libidinoso ligados ao crime de estupro e todas as suas modalidades. A corrente favorável à aplicabilidade deste princípio argumenta que existe desproporcionalidade entre o crime que é praticado e a pena que é aplicada aos agentes, principalmente quando se tratam de atos libidinosos diferentes da conjunção carnal (OLIVEIRA, 2012, p. 8).

A título de exemplo, temos o caso do turista italiano, sua esposa e a filha, que estavam na piscina de uma barraca de praia. O pai beijou a menina na boca e foi advertido por outros turistas. Depois de muita polêmica, os turistas brasileiros resolveram chamar a polícia e o italiano foi preso. De acordo com o exemplo citado não seria razoável puni-lo com uma pena, correspondente ao crime estupro de vulnerável, que varia de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, por tal atitude (2012, p. 9).

Conforme a doutrina e as leis evoluem, o tipo injusto de estupro passa a ser determinado de forma mais completa, objetivando diferenciar uma correta relação aos atos libidinosos de menor gravidade, tudo isso em obediência ao princípio da proporcionalidade, para Prado (2013, p. 816), um beijo lascivo obtido sem o consentimento da vítima, mediante violência, não tem o mesmo peso que um coito anal, porém ainda assim é considerado como estupro na lei brasileira, mas não deveria principalmente no momento da aplicação da pena.

Neste caso o importante na visão do autor seria a previsão de causas de aumento e cita como exemplo o emprego de arma de fogo ou outro meio perigoso, ou ainda, se a vítima se encontra em estado de gravidez (PRADO, 2013, p. 816).

Gambogi (2012, p. 7) ao tratar sobre o princípio da proporcionalidade diante dos crimes sexuais, tem consigo a seguinte opinião:

Entendemos que a desproporção ocorre no momento da criação da Lei 12.015/09 no art. 213 e 217-A, pois que violou o direito à Isonomia e da Igualdade material. Esta desproporção cabe mais ao fato de tratar “igualmente” as situações “desiguais” e menos a unificação dos tipos penais ato libidinoso e estupro.

A autora continua seu pensamento afirmando existir sim a (des)proporcionalidade, fundamentada no entendimento de que as condutas mais leves, como por exemplos aquelas onde não ocorrem a penetração, não possuem o mesmo grau de intensidade daquelas com violência física, consideradas materialmente relevantes, havendo então uma desconsideração da parte do legislador brasileiro que acabou por prever igualdade nas penas (GAMBOGI, 2012, p.9).

Para Ribeiro (2015, p. 47) a busca da verdade real é atrapalhada pela não flexibilização da lei em questão, que valoriza apenas a verdade processual, impedindo que os julgadores possam utilizar suas habilidades para julgar cada caso de maneira concreta.

Conforme Gambogi (2012, p. 7), a pena deve ser individualizada para assim evitar padronização da sanção penal, ou seja, análise de cada caso em modo concreto, senão vejamos:

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

Em outros termos, para Silva (2016), não existe proporcionalidade entre a gravidade da pena aplicada e gravidade dos atos libidinosos. Devendo então, ser desclassificados para a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor (art. 61), se praticados em público, ou deve-se reconhecer o acometimento do princípio da insignificância quando aferidos em local não público.

Já a corrente desfavorável a este princípio argumenta que a intenção do legislador nessa modalidade de crime (sexuais contra crianças e dolescentes) é exclusivamente a de proteger os presumidos vulneráveis. Tornando inviável a aplicação do referido princípio no crime de estupro de vulnerável, pois, sabe-se que nestes casos as vítimas não oferecerão nenhum tipo de resistência. Adotando então, caráter absoluto de presunção de vulnerabilidade da vítima, e sem nenhuma exceção, tornar criminosa toda e qualquer conduta descrita no crime em questão independentemente da circunstância e da lesão (OLIVEIRA, 2012, p. 10).

Além de boa parte da doutrina se posicionar desfavorável a esse princípio o Superior Tribunal de Justiça também entende que não existe violação da proporcionalidade na fixação de uma pena mais elevada por parte do legislador. Haja vista que, com esta posição busca-se resguardar o bem jurídico tutelado e reprimir com mais severidade os delitos sexuais (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 67).

O doutrinador Capez (2012, p. 29) é um dos autores que corroboram com este entendimento, pois, para ele a discricionariedade do legislador em conjunto com a política criminal de punir com mais intensidade os crimes sexuais, não ofende o princípio da proporcionalidade, já que a deve vigorar a busca pela proteção maior da vítima.

Sendo o Direito penal considerado como a *ultima ratio*, onde tem a função de enfrentar e evitar o crime e sua reiteração, principalmente através de medidas preventivas, deve então, dentro do conflito entre a liberdade e a segurança, buscar sempre o equilíbrio entre a vedação à proibição insuficiente e a proibição do excesso, afim de somente assim, encontrar um meio-termo capaz de operacionalizar o princípio da proporcionalidade (ARRUDA, 2016, p. 74).

2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE APLICADO AO DIREITO PENAL

O princípio do direito da criança e do adolescente mais evidente é o que trata da proteção integral e ele encontra-se positivado tanto no artigo 227 da Constituição Federal como também nos artigos 1º, 3º e 5º do Estatuto da Criança e do adolescente. Vale ressaltar que dentre tantas medidas previstas no Estatuto, encontram-se descritas às punições, para quem atentar com violência, crueldade, opressão, além de negligência e várias outras formas de violação aos direitos dos infantes e adolescentes (CUSTÓDIO; VERONESE, 2011, p. 36).

A Doutrina da Proteção Integral encontrou na Constituição Federal de 1988 a possibilidade de realizar todas as medidas que se fizessem necessárias para o cuidado com as crianças e os adolescentes. Teve como base a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, além de possuir como referência a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção sobre o Direito da Criança, confirmada e aceita pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de

novembro de 1989 e em seguida aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro no dia 14 de setembro de 1990 (CUCCI; CUCCI, 2011, p.77).

Conforme Mendes (2006, p.10), até o ano de 1990, a visão do Código de Menores existente naquela época, era totalmente distante da situação vivida pelas crianças e os adolescentes. Foi então que o legislador pressionado pelos Tratados internacionais e as revoluções sociais que estavam acontecendo no cenário brasileiro, editou no dia 13 de julho de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Este Estatuto apresentou uma visão totalmente nova, sobre o direito e o tratamento jurídico que deve ser dado às crianças e aos adolescentes. Ele acrescentou o Estado, à família e a comunidade na participação da busca por uma vida digna a essas pessoas ainda em desenvolvimento, colocando-os como defensores desta causa (MENDES, 2006, p. 10).

A Constituição Federal ao tratar da família, dispõe em seu artigo 227 que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2018a).

Um dos grandes avanços adquiridos ao longo do tempo é o da universalização dos direitos das crianças, onde todas elas passaram a ser tratada de forma igual, independente de cor, raça, religião ou condição financeira. Fazendo com que acabassem as definições de crianças carentes ou delinquentes, em função de serem ou não “bem nascidos” (FONTOURA, 2011, p. 26).

A Constituição Federal de 1988 inovou a visão brasileira de assistência à infância e juventude, já que ao introduzir a Doutrina da Proteção Integral de crianças e adolescentes mudou o modo com que estes eram tratados, oferecendo ao mesmo a atenção do Estado, da família e da sociedade, que passaram a ter em conjunto a responsabilidade de observar o modo com que eles se desenvolvem (CUCCI; CUCCI, 2011, p. 78).

A doutrina da proteção integral veio para substituir a antiga Doutrina da Situação Irregular outrora existente no Brasil, que era resultado de uma mentalidade privatista, onde as crianças e os adolescentes eram única e exclusiva responsabilidade de suas famílias. O Estado somente intervinha quando acontecia

algo grave no âmbito doméstico, já que sua participação servia apenas para reprimir os problemas através de punições. Não existia nenhuma política pública preocupada em prevenir os problemas existentes naquela época (CUCCI; CUCCI, 2011, p. 78).

Para Castanheira (2012, p. 53-58), tanto as crianças quanto os adolescentes são titulares de direito como qualquer outra pessoa, mas em determinadas situações, como por exemplo, nos casos de crimes sexuais, deverá existir uma proteção diferenciada àquela dada aos adultos. A proteção a estes indivíduos menores de 14 (catorze) anos, vinculam-se a garantia de seus direitos fundamentais, isso sem excluir suas potencialidades e diferenças individuais.

Reza o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 2018d), por isso é necessário que o Estado trabalhe em conjunto com as famílias, evitando que as crianças tenham qualquer tipo de sofrimento.

Vários princípios norteiam a busca da efetivação da proteção da criança e do adolescente, um dele é o princípio da condição peculiar, descrito por Fontoura (2011, p. 32), como:

O que define o princípio da condição peculiar é o fato de a criança e o adolescente ser configurado como um ser humano em fase de desenvolvimento, de formação física e biológica e, em construção de sua personalidade. O critério optado pelo legislador foi o da idade. Considera-se criança até 12 anos incompletos, e adolescentes a partir de 12 anos até 18 anos incompletos. Durante as legislações vigentes anteriormente nem sempre foi utilizado esse critério, como o Código Criminal do Império do Brasil, que atribuía responsabilidade penal aos menores de catorze anos e maiores de nove anos, quando comprovado o seu discernimento.

Conforme o entendimento de Spizzirri (2008, p. 176) um dos principais objetivos do direito penal de proteção à criança e ao adolescente é robustecer o Direito à infância e à juventude com o Direito Criminal conjugando providências jurídicas nas áreas criminais, cíveis e administrativas. Para ele as crianças possuem uma linguagem verbal e gestos próprios, o que requer maior grau de especialização, que resulta na viabilidade de um melhor acompanhamento em diversos órgãos, como por exemplo, uma Delegacia de Polícia própria para crianças e adolescentes.

Seguindo seu raciocínio, um dos grandes problemas enfrentados é que os criminosos se aproveitam da condição da pessoa em desenvolvimento para à prática do delito. Conseguindo assim, uma maneira mais fácil de ocultar sua conduta e dificultar a investigação dos órgãos responsáveis. Enfatizando então que não se deve pairar na sociedade a sensação de impunidade, devendo os casos noticiados, serem investigados a fundo (SPIZZIRRI, 2008, p. 178).

Nas palavras de Carmo (2012, p. 5):

Vale registrar que qualquer omissão ou inércia inconstitucional na esfera legislativa, seja por parte do Poder Executivo, seja do Poder Legislativo, no referente à proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, podem ser levadas ao Poder Judiciário através dos instrumentos de controle da constitucionalidade, previstos na Constituição de 1988, notadamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Apesar dos menores possuírem todos esses direitos descritos, tanto na Constituição quanto no Estatuto, a proteção integral não tem sido efetiva. As dificuldades na aplicação dos princípios residem na falta de estrutura e má interpretação da legislação, restando o Poder Judiciário como último recurso para a busca desta efetivação, no entanto até ele sofre com falta de estrutura, provocada pela morosidade nos processos e na precariedade no cumprimento de medidas judiciais (FONTOURA, 2011, p. 5).

3 CONCEITOS E DIFERENÇAS ENTRE CRIMES E CONTRAÇÕES PENAIS

Os crimes e as contrações são espécies de infrações penais, e para melhor compreender as diferenças e semelhanças entre esses dois institutos é necessário entender o conceito dado a cada um deles pelo legislador. É imprescindível, ainda buscar o entendimento doutrinário para uma melhor compreensão, já que a diferença entre eles não é tão grande como se supõe.

3.1 CRIMES E CONTRAÇÕES PENAIS DE ACORDO COM A DOUTRINA BRASILEIRA

As infrações penais costumam ser classificadas pela legislação de acordo com a sua gravidade, e, além disso, são divididas em dois sistemas conhecidos como bipartido e tripartido, onde no primeiro elas são classificadas como crimes ou delitos e as contrações e na segunda como crimes, delitos e contrações (PRADO; CARVALHO; CARVALHO M. 2014, p. 208).

O sistema Tripartido consegue permitir uma maior diferenciação das infrações, é atualmente adotado pelo Código Penal Francês, assim como outros países. Para eles os delitos violam direitos de origem do contrato social/propriedade, os crimes lesam direitos naturais, como por exemplo, a vida, enquanto as contrações infringem o regulamento de polícia (PRADO; CARVALHO; CARVALHO M. 2014, p. 208).

O Direito Penal Brasileiro adotou a divisão bipartida das infrações penais, ou seja, crime ou delito e contrações, que possuem diferença apenas na gravidade da pena. Sendo para os crimes ou delitos as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa conforme preceitua o artigo 32 do Código Penal, enquanto para as contrações tem-se prisão simples e multa (art. 5º, Dec. Lei 3.688/41) (PRADO; CARVALHO; CARVALHO M. 2014, p. 209).

Segundo Jesus (2013, p. 194), não existe diferença, entre esses dois tipos de infração penal, visto que, o legislador diante da necessidade da prevenção social, pode interpretar o mesmo fato tanto como crime ou como contração.

Greco (2014, p. 145), possui o mesmo entendimento:

Na verdade, não há diferença substancial entre contravenção e crime. O critério de escolha dos bens que devem ser protegidos pelo Direito Penal é político, da mesma forma que é política a rotulação da conduta como contravencional ou criminosa. O que hoje é considerado crime amanhã poderá vir a tornar-se contravenção ou vice-versa. [...] Podemos apontar, no entanto, algumas diferenças trazidas pela lei, a exemplo do fato de que não se pune a tentativa de contravenção penal (LCP, art. 4º).

É importante ressaltar que a competência das contravenções penais, pertence aos Juizados Especiais Criminais, de acordo com os artigos 60 e 61 da lei 9.099/95 (RABESCHINI, 2014).

3.2 TIPO PENAL QUE PUNE A VIOLÊNCIA SEXUAL PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

Imprescindível se faz, em primeiro momento, antes mesmo de especificar os crimes que punem a violência sexual contra as crianças, e que estão positivados no Código Penal, explicar que no dia 07 de agosto de 2009 foi sancionada a lei 12.015, lei esta que foi responsável por significativas mudanças no ordenamento jurídico e que há muito tempo já vinha sendo reivindicada pela doutrina (GRECO, 2014, p. 465).

Além do anseio dos doutrinadores pelo fim das controvérsias que permeavam os tipos penais que puniam a violência sexual, a preocupação internacional em combater a exploração sexual de crianças e adolescentes impulsionou o Congresso Nacional a desenvolver uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI, e em agosto de 2004, elaborou a PL 253/04 que se tornou a Lei nº. 12.015/09 (PAIM, 2016, p. 26).

O clima da época refletia a enorme preocupação com a violência sexual, em especial contra aquela cometida contra crianças e adolescentes, o que fez com que a nova lei viesse para tratar esses crimes com uma maior severidade. Contudo, alguns doutrinadores mostraram descontentamento com as inovações da lei, por acreditarem que a literalidade de alguns dispositivos teria como consequência, uma impunidade maior (PAIM, 2016, p. 26).

Na opinião de Pupo (2010), a intenção do legislador foi de punir com mais severidade os crimes contra a dignidade sexual, mas as mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 se mostram mais benéfica ao réu.

Na legislação anterior o estupro estava descrito no título VI que tratava dos crimes contra os costumes, encontrado no capítulo I que falava Dos crimes contra a liberdade sexual, onde no art. 213 do CP, continha em sua redação a pena de reclusão de seis a dez anos para aquele que constrangesse uma mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2011).

Neste sentido, afirmam Oliveira e Rodrigues (2011):

Neste contexto explicitava-se que somente a mulher podia ser a vítima desse crime – sujeito passivo - enquanto que o homem seria o autor delituoso - sujeito ativo - configurando o crime de estupro quando o homem usando da violência ou grave ameaça praticando a conjunção carnal sem o consentimento da vítima.

Existia ainda o crime de atentado violento ao pudor previsto no artigo 214 do CP, que também punia com reclusão de seis a dez anos, quem mediante grave ameaça ou violência constrangesse alguém a praticar qualquer ato libidinoso diferente da conjunção carnal. Os dois crimes eram qualificados quando resultavam em lesão corporal de natureza grave, onde as penas variavam entre oito e doze anos de reclusão e de doze a vinte cinco anos se o fato resultasse em morte. Com a reforma a conduta prevista neste artigo não foi descriminalizada, apenas foi transferida para o tipo penal do estupro (PAIM, 2016, p. 27).

Na opinião de Estefam (2013, p.155-156), esta lei revolucionou o modo de tratar os delitos sexuais, pois, ao incorporar em um só artigo duas condutas típicas diferentes, o legislador fundiu os delitos e ampliou a incidência do artigo 213 do CP.

Quando o legislador colocou no mesmo artigo o estupro e o atentado violento ao pudor, visando aumentar a proteção do tipo penal, acabou por dificultar o modo com que o julgador deverá decidir. O julgador terá a difícil missão de definir quais atos devem ter elevação na pena. Tudo isto porque o tipo penal não define a diferença entre aqueles atos, fazendo com as condutas com menor reprovação sejam punidos com o mesmo rigor daqueles de ferem de forma gravíssima o bem jurídico em tutela (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p.53).

Há que se considerar que no modelo antigo do Código Penal o estupro e o atentado violento ao pudor eram tidos como dois crimes diversos e que por isso, era uníssono o entendimento de que quem praticasse no mesmo contexto e com a mesma pessoa as duas condutas resultariam em concurso material de crimes. A

união dos dois crimes em um só tipo penal gerou desentendimentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência, diante da classificação do tipo estupro como cumulativo ou misto alternativo (PAIM, 2016, p. 31).

Segundo Greco (2014, p. 493) as modificações na lei vieram para beneficiar o agente, pois, se o mesmo durante a violência sexual, além de penetração vaginal também fizer sexo anal com a vítima, praticará um crime único, já que os comportamentos estão previstos em um único tipo penal, afastando a possibilidade de concurso de crimes.

Pupo (2010) nos diz que as mudanças advindas com a referida lei em 2009, passaram a confundir os doutrinadores, já que na nova redação no artigo 213 do CP, o crime de estupro seria de tipo misto alternativo, cumulativo, ou apenas só com um único núcleo.

Com isso, surgiram várias correntes, a primeira delas afirma que a estrutura do estupro é formada por dois núcleos, ou seja, quaisquer das duas ações que fossem praticadas já configurariam o crime, possibilitando se for o caso o crime continuado. Para a segunda corrente, haveria então a união impropria de mais de um delito no mesmo artigo, o que impediria a configuração do crime continuado. A terceira e última corrente afirma que neste caso, só existe uma única conduta, mesmo que o agressor faça mais de uma delas (PUPO, 2010).

O Supremo Tribunal Federal, nos Habeas Corpus de nº 86.110 e nº 99.295, ambos de São Paulo, por unanimidade dos votos da Segunda turma, foram os primeiros a se manifestarem sobre o impasse da classificação do crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, e decidiram que este configura uma única conduta (PUPO, 2010).

Estefam (2013, p. 255) ao analisar as mudanças trazidas pela lei 12.015/2009 constatou que a conduta nuclear do estupro continuou sendo o constrangimento, o sujeito passivo que até então era somente a mulher, passou a ser qualquer pessoa, menos os vulneráveis que se encaixam no artigo 217-A do CP.

A natureza do ato deixou de ser a conjunção carnal e passou a ser qualquer ato libidinoso e, por fim, as penas de reclusão mantiveram-se as mesmas, mudando apenas nos casos de morte, onde antes da lei eram de doze a vinte cinco anos e agora são de doze a trinta anos (ESTEFAM, 2013, p. 255).

Cabe ainda ressaltar que todos os crimes previstos nos capítulos I ao III do Título VI da Parte Especial do código Penal como regra geral eram de ação penal

privada. Foi então, que a alteração trazida pela lei nº 12.015/2009 fez com que a ação penal viesse a ser pública condicionada à representação, sendo incondicionada se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. O que segundo alguns doutrinadores trouxeram mais proteção às pessoas vítimas de crimes sexuais, já que seu silêncio não mais impede a prestação jurisdicional (PAIM, 2016, p. 33).

Greco (2014, p. 481) ainda ressalta a aplicação da súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz: “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”, e, por conta da redação do artigo 234-B do Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual, correm em segredo de justiça.

Jesus (2013, p. 121) leciona que a referida lei, ainda trouxe mudança na denominação do Título VI deixando de ser nomeado como crimes contra os costumes para crimes contra a dignidade sexual, assim como, a inclusão do Capítulo II que introduziu e passou a regular os delitos contra os vulneráveis.

A lei 12.015 de 2009 trouxe consigo mais mudanças ao Código Penal, além das que já foram mencionadas anteriormente, pois, ainda no Título VI o Capítulo II, antes intitulado como Da sedução e corrupção de menores passou a chamar-se Dos crimes sexuais contra o vulnerável. Nele encontram-se os seguintes crimes: no artigo 217-A o estupro de vulnerável, corrupção de menores no artigo 218, satisfação da lascívia mediante a presença de criança ou adolescente no artigo 218-A, e por fim favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável disposto no artigo 218-B (JESUS, 2013, p. 155).

Para Estefam (2013, p. 166), essa mudança veio da necessidade de separação entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra menores, já que entre eles existe uma grande distinção, o que justifica o motivo para serem tratados em capítulos diferentes. Isto, porque, os crimes de estupro, violência sexual mediante fraude, assédio sexual, dispostos respectivamente nos artigos 213, 215 e 216-A do Código Penal firmam-se na falta de consensualidade no ato praticado.

Enquanto os crimes sexuais praticados com menores de 14 anos, não exigem o manifesto dissenso da vítima, pois, a questão principal é protegê-las contra a precocidade na vida sexual, para que cresçam de maneira equilibrada e saudável diante desses aspectos (ESTEFAM, 2013, p. 166).

O abuso sexual contra menores estava positivado no artigo 224 do Código Penal como causa de aumento de pena e era comumente conhecido como o crime de presunção de violência que protegia a vítima não maior de 14 anos, alienada ou débil mental e quem o violentasse deveria conhecer dessa condição sendo que a vítima não podia resistir à ofensa (ESTEFAM, 2013, p.167).

Aqui no Brasil, o Código de 1890 foi a primeira legislação a prever a presunção de violência, e em seu artigo 272 previa que a violência era ficta caso o ato sexual ocorresse contra quem era menor de dezesseis anos de idade. Já o Código de 1940 manteve a designação de da presunção, porém diminuiu a idade para 14 anos completos, além de incluir a vítima débil mental ou aquela que por qualquer motivo não podia oferecer resistência (PRADO, 2013, p. 846).

Com a mudança da lei em 2009 o legislador substituiu a conhecida violência ficta ou indutiva que existia na figura do revogado artigo 224 do Código Penal e trouxe a designação de vítimas vulneráveis. São elas, os menores de 14 anos, valendo a idade que o sujeito passivo possui no tempo da conduta, e, ainda, as pessoas que por enfermidade ou alguma deficiência mental, não possuem o discernimento para poder praticar o ato, ou ainda aquelas pessoas que por qualquer outra causa não conseguem oferecer resistência, conforme dispõe o caput e o parágrafo único do artigo 217-A do Código Penal (JESUS, 2013, p. 156).

Gambogi (2012, p. 10) explica que “vulnerável é o indivíduo incapaz de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena, na proteção jurídico-penal da Dignidade Sexual – o objeto da ampliação da tutela estatal”.

O bem juridicamente protegido pelo artigo 217-A passou a ser a liberdade de dispor sobre o próprio corpo como também a dignidade sexual, e com as mudanças em 2009, veio a tutelar ainda, o desenvolvimento sexual, sendo a criança menor de 12 anos o bem material do delito, além do adolescente menor de 14 anos e a vítima com enfermidade ou deficiência mental ou aqueles que não possam oferecer resistência (GRECO, 2014, p. 547).

Os autores Prado, Carvalho e Carvalho M. (2014, p. 1049) em seus ensinamentos afirmam que a consumação desses delitos acontece com a cópula carnal, ou seja, quando o pênis é introduzido na vagina, mesmo que seja parcialmente, ou ainda quando acontece qualquer ato libidinoso, como por exemplo, sexo oral ou coito anal.

A redação do artigo 217-A nos informa que a pena para quem comete o estupro de vulnerável é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, e nos parágrafos 3º e 4º prevê as modalidades qualificadas, sendo elas, o caso onde a conduta do agente resulte em lesão corporal grave a pena será de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, e por fim, se a conduta resultar na morte da vítima a pena será de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de prisão, nota-se que este novo tipo penal buscou punir com mais rigor o comportamento dos agentes contra as vítimas vulneráveis (GRECO, 2014, p. 539-542).

Neste delito o legislador não exige que o agressor use a violência ou grave ameaça, é somente necessário que aconteça a conjunção carnal ou algum ato libidinoso para que o crime já esteja consumado, Greco (2014, p. 503), entende que não é sequer necessário o contato físico para que o delito se consuma, citando como exemplo os casos onde o agressor, obriga a vítima a se masturbar.

Ao longo dos anos a doutrina e a jurisprudência debateram constantemente por não existir um consenso quanto à presunção de violência, uns diziam ser absoluta enquanto para outros era tida como relativa. Muitas decisões de tribunais ao debaterem com menores de 14 (catorze) anos já prostituídos afastavam a presunção e absolviam o réu, tendo como presunção relativa. Com a advinda da lei 12.015/2009, ao substituírem o termo presunção de violência por vulnerabilidade, presumiu-se que esse dissenso findara, mas para Nucci (2014, p.938) a discussão não foi sepultada.

Para Greco (2014, p. 540), o delito de estupro de vulnerável trazido pela Lei 12.015/2009, veio sim para identificar a situação de vulnerabilidade dos menores, e acabar de vez com a discussão sobre o comportamento da vítima ou seu relacionamento familiar ou ainda sua vida social, não podendo mais os Tribunais entender de outra forma, senão a de reconhecer que a presunção de violência neste caso é absoluta.

Diante de todo esse embaraço, foi que no dia 06 de novembro de 2017 o STJ publicou a súmula de número 593 com a seguinte redação:

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 (BRASIL, 2018n).

O estupro, em todas suas modalidades, foi inserido no elenco das infrações penais hediondas através da Lei nº 8.072/90 no inciso V do artigo 1º, e a lei 12.015/09 em 07 de agosto de 2009 inseriu no artigo 1º o inciso VI, incluindo também nesse rol o Estupro de vulnerável (217-A, caput e seus parágrafos) (GRECO, 2014, p. 500).

Em 17 de maio do ano de 2012, a Lei 12.650, alterou o artigo 111 do Código Penal no que diz respeito a prescrição, pois antes que a sentença penal transite em julgado, nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes, esta somente começara a correr a partir do momento em que a vítima complete 18 (dezoito) anos de idade, com exceção se nesse tempo já tiver proposta a ação penal (GRECO, 2014, p. 512).

O autor ainda destaca em seus ensinamentos a questão da pedofilia, haja vista o código Penal não ter usado esse termo, sabe-se ser este o comportamento de quem mantém relações sexuais com crianças, típico exemplo de quem comete o estupro de vulnerável. A internet é o principal meio com que os agentes usam para atrair suas vítimas (GRECO, 2014, p. 512).

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA PARA ATO LIBIDINOSO

Quanto ao estudo de atos libidinosos, a doutrina não é pacífica, há que se observar que o tema carrega diversas divergências entre os estudiosos, mas antes de qualquer explanação nos cabe identificar o conceito que alguns doutrinadores nos trazem.

“A conjunção carnal é de simples constatação, todavia, o ato libidinoso abrange grande variedade de condutas que, nem sempre, na prática, são fáceis de identificar” (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 6).

Para Nucci (2014, p. 643) o ato libidinoso:

É a ação que dá ao autor prazer e satisfação sexual. Trata-se de expressão de máxima abrangência, envolvendo desde a conjunção carnal, passando-se pela relação sexual até atingir qualquer tipo de ato tendente a satisfazer a volúpia do agente. Ex.: carícias corporais, beijos sensuais, entre outros. Vê-se que o tipo penal envolveu toda forma de ato sexual possível de transmitir doenças.

Além de conceituá-lo, o autor traz como exemplos “[...] sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros” (NUCCI, 2014, p. 918). Excluindo dessa relação beijos breves dados no rosto ou nos lábios, conhecidos como “selinhos”.

Existe ainda a opinião de que o ato libidinoso se subdivide o tipo objetivo e tipo subjetivo, leia-se:

O tipo objetivo da conduta tem como núcleo o “constrangimento” (forçar, compelir, obrigar), visando à conduta diversa da conjunção carnal. Inclui: o beijo lascivo até a penetração (por qualquer via do corpo físico da vítima), menos a cópula vagínica, elemento da conduta estupro. O tipo subjetivo é o “dolo” atual – no momento em que ocorre a ação – de agir com o fim de praticar outro ato libidinoso diferente da conjunção carnal (GAMBOGI, 2012, p.12).

Conforme leciona Greco (2014, p. 467) “Na expressão outro ato libidinoso está contido todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”. Para Masson (2015, p. 132) o conceito é considerado notoriamente dilatado abrangendo toda a relação sexual, porém, não fica limitado somente a ela.

Ainda segundo Greco (2014, p. 467) são duas as finalidades do constrangimento dirigido a pessoa vítima de violência sexual, a primeira remete a uma conduta ativa, quando o agressor obriga a vítima a atuar sobre o seu próprio corpo, ou no corpo do agente, ou ainda no corpo de um terceiro enquanto o segundo comportamento é de modo passivo, onde a vítima constrangida permite que o agente ou um terceiro pratique o ato libidinoso em seu corpo.

É o caso de Greco (2014, p. 503) que entende não ser o caso de considerar um beijo lascivo como estupro de vulnerável, pois para ele pior que seja o beijo, não se pode condenar alguém a cumprir uma pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão, com a mesma gravidade com que é punido um homicida.

Para o STJ não é possível à aplicação de tentativa para o ato libidinoso, o Tribunal já tinha esse entendimento antes da reforma da lei 12.015/2009 e a manteve é o que afirma Gambogi (2012, p. 24). Inclusive, como já visto anteriormente, recentemente sumulou o entendimento de que nem mesmo se faz necessário ocorrer o contato físico.

3.4 AS CONTRAVENÇÕES PENAIS QUE PUNEM A VIOLÊNCIA SEXUAL

O artigo 61 da Lei das Contravenções Penais tem a seguinte redação: “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, 2018c). É de costume aplicar esta infração a aqueles casos em que o agente pratica em determinada vítima um ato libidinoso de menor importância (GRECO, 2014, p. 504).

Como já referido acima, a pena prevista para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41, determina apenas uma multa para o agente que pratica as ações dessa infração. Sabe-se que as multas nestes casos prescrevem em 2 (dois) anos, e os processos que envolvem crimes contra a dignidade sexual costumam ter uma longa duração devido a sua complexidade. Concluindo-se que até o findar da instrução processual e uma possível desclassificação, é bem possível que aconteça a extinção da punibilidade do agente infrator (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63).

A situação se repete com a contravenção do art. 65 do Decreto Lei n.º 3.688/41, a saber: “Art. 65. Molestar alguém ou perturbar lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis” (BRASIL, 2018c).

Mesmo o tipo penal não exigindo que, para a ocorrência da perturbação da tranquilidade a infração ocorra em um local público, ele determina uma pena baixa para o agressor que praticar esta conduta. Assim, punição branda ou a omissão dela, desprotege o bem jurídico da vítima, lembrando que na maioria dos casos, ele é alguém que frequenta o mesmo círculo familiar da vítima, fazendo com que ele se sinta a vontade para reiterar a prática delituosa, deixando a pena descaracterizada de seu teor preventivo (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63).

Assim, por se serem infrações de cunho menor, declinam sua competência aos Juizados Especiais Criminais, onde os agentes, ao invés de prisão poderão beneficiar-se de uma transação penal, conforme o artigo 76 da Lei n. 9099/95 ou ainda de suspensão condicional do processo, conforme leciona o artigo 89 da supracitada lei. Ademais, mesmo que não gozem dessas medidas despenalizadas, e sejam condenados com penas privativas de liberdade, essas podem ser trocadas por outras penas restritivas de direito caso para eles estejam

presentes todos os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal (SILVA, 2016).

4 ABUSO SEXUAL INFANTIL: DADOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL, ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI QUE VISAM MUDANÇAS EM RELAÇÃO AO ESTUPRO DE VULNERÁVEIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO TJRS, TJSC E STJ

Conforme Habigzang et. al. (2008, p. 286) o abuso sexual possui um contexto que abrange desde palavras com conteúdo sexual até a prática do ato por completo, e o define como:

[...] todo ato ou jogo sexual, relação heterossexual ou homossexual, que parte de um agente que esteja em estágio de desenvolvimento mais adiantado e/ou de mais poder que a criança ou adolescente vitimizado. Tem por finalidade estimulá-la sexualmente ou utilizá-la para obter prazer sexual. Estas práticas eróticas e sexuais são impostas às crianças ou aos adolescentes, em geral, por meio de violência física, ameaças ou indução de sua vontade. Variam desde atos em que não existe contato físico (toques, comentários e elogios com conteúdo sexual sedutor, assédio, voyeurismo, exibicionismo), aos diferentes tipos de atos com contato físico sem penetração (sexo oral, intercurso interfemural) ou com penetração (digital, com objetos, intercurso genital ou anal). Engloba, ainda, a situação de exploração sexual, visando ao lucro, como o envolvimento em prostituição e a pornografia.

O abuso sexual em crianças traz consigo sérias consequências no desenvolvimento emocional, cognitivo e comportamental, definidos em vários graus, que variam de pequenos efeitos a transtornos psicopatológicos de alta gravidade (HABIGZANG ET. AL., 2008, p. 286).

4.1 DADOS DA VIOLÊNCIA SEXUAL NO BRASIL

O Departamento de Análise de Situação de Saúde (Dasis), da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), do Ministério da Saúde (MS), produziram um estudo sobre o estupro no Brasil, baseados nos dados do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), (CERQUEIRA; COELHO; FERREIRA, 2017, p.9).

Os dados levantados traçam os aspectos da violência sexual compreendidos entre os anos de 2011 e 2014, o SINAN em 2014 registrou o número de 20.085 casos de estupros, enquanto os dados da segurança pública registraram o número de 47.646, a diferença se dá porque o SINAN registra o número de vítimas

que vão até as clínicas de saúde, enquanto os órgãos públicos registram o número de crimes (CERQUEIRA; COELHO; FERREIRA, 2017, p. 15).

As estatísticas procuraram identificar o perfil das vítimas brasileiras, e chegou a seguintes conclusões:

Segundo os dados do Sinan, em 2014, os homens foram os agressores em 94,1% dos casos de estupro, ao passo que as mulheres foram as perpetradoras em 3,3% dos casos. [...], entre 2011 e 2014, elevou-se a proporção dos casos de estupro envolvendo mais de um agressor, que passou de 13,0% para 15,8%. [...] houve uma grande estabilidade na proporção de casos de estupro, segundo a idade da vítima, em que cerca de 70% das violências acometeram crianças e adolescentes. (CERQUEIRA; COELHO; FERREIRA, 2017, p.17).

Quando se trata do vínculo existente entre as vítimas e os autores. As pesquisas indicam que 40,0% dos estupradores das crianças são pessoas que participam do círculo familiar como, por exemplo, os pais, padrastos, tios, irmãos e avôs. Dos 20.085 casos de estupros, 12.676, eram pessoas da família ou algum conhecido, sendo que a maior parte delas sofreram os abusos repetidas vezes (CERQUEIRA; COELHO; FERREIRA, 2017, p. 21).

As vítimas do estupro conseqüentemente apresentam quadros de estresse pós-traumático (23,3%), assim como, transtorno de comportamento (11,4%) e algumas acabam engravidando (7,1), sem deixar de citar que as crianças possuem duas vezes mais chances de contrair Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) (CERQUEIRA; COELHO, 2014, p. 19-21).

A dificuldade em averiguar ou punir certos casos de abusos, além de outros tantos motivos, encontra-se na atitude dos agressores que diante da falta de provas concretas se colocam como vítimas de calúnia e fazem com que creiam que as crianças são mentirosas. Essas atitudes refletem na decisão dos pais, tanto daqueles que não sabem lidar com a situação, quanto com aqueles que não dispõem de informações sobre o assunto, assim, eles acabam por abandonar o processo e até mesmo os acompanhamentos psicológicos (OLIVEIRA, 2014, p. 75).

4.2 ANÁLISE DOS PROJETOS DE LEI QUE VERSAM OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

É sabido que os magistrados, quando estão diante da busca por uma solução para a desproporcionalidade da sanção aplicável ao crime de estupro e/ou estupro de vulnerável, auxiliam-se dos princípios aqui estudados, mas deve-se levar em conta que eles não são a solução, já que o legislador fica atrelado nos limites mínimo e máximo previstos na abstração das penas (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 59-60).

Em bastantes casos o delito de estupro chega a ser mais censurável do que o homicídio, a questão principal gira em torno dos atos libidinoso diverso da conjunção carnal, para alguns doutrinadores é inaceitável comparar tais condutas, já que tirar a vida de alguém é o bem jurídico com maior proteção ordenamento jurídico brasileiro (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p.60).

Mesmo com a reforma na lei, restou uma lacuna legislativa, ou seja, inexistente uma lei intermediária para punir esses delitos que inicialmente não se enquadram em nenhum outro tipo penal previsto. Diante deste engessamento da norma penal, os juízes decididos a equilibrar a desproporcionalidade existente, passam, dentro das limitações legais, a usar alternativas, como por exemplo, a desclassificação do crime de estupro/estupro de vulnerável para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou até mesmo para a contravenção de perturbação da tranquilidade (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60).

Silva (2016) Entende que poderia ser criado um tipo penal de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, dentro do capítulo de crimes contra a honra, que contemplasse um contato íntimo não tolerado, caso não resulte em crime mais grave, com a razoabilidade de uma pena prevendo de 1 (um) a 4 (quatro) anos, inserindo com si causa de aumento, se o constrangimento ocorrer em um local público a vítima for criança.

4.2.1 Projeto de Lei do Senado nº 656 de 2011

O projeto de lei de número 656 do ano de 2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy tem o escopo de dar uma nova redação ao artigo 213 e acrescenta o

artigo 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 68), vejamos:

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º O art. 213 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Estupro Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, conjunção carnal, coito anal ou felação. (NR) Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”
Art. 2º Acrescente-se o seguinte art. 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal: “Atentado violento ao pudor Art. 213-A. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato libidinoso. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.” Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2018h, grifo nosso).

A senadora justifica o projeto dizendo que as mudanças advindas no Código penal através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, possuíam a intenção de impor rigor a punição dos crimes contra a liberdade/dignidade sexual, com ênfase aos cometidos em desfavor dos menores e vulneráveis. Antes da chegada dessa Lei o crime de atentado violento ao pudor tipificava somente a prática de atos libidinosos comparados à conjunção carnal, citando como exemplo o coito anal, restando os outros atos libidinosos como contravenções penais (BRASIL, 2018h).

A junção do crime de atentado violento ao pudor com o crime de estupro visou evitar que estes outros atos libidinosos, diferentes da conjunção carnal, fossem considerados contravenção penal. Porém, na opinião da senadora Marta Suplicy, essa miscigenação produziu um efeito contrário, aumentando a impunidade para estas condutas, pois, o magistrado, quando se depara com estes casos, diante do princípio da proporcionalidade, tem uma maior tendência a não aplicar ao caso a pena do crime de estupro/estupro de vulnerável, e na falta de um tipo penal mais brando, como por exemplo, o antigo crime de atentado violento ao pudor, ele acaba por aplicar as penas previstas na Lei das Contravenções Penais (BRASIL, 2018h).

Assim, conclui sua justificativa dizendo:

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

contravenção penal – sejam considerados “atentado violento ao pudor” (BRASIL, 2018h, p.01).

O projeto em questão foi aprovado pela Subcomissão Permanente de Segurança Pública e logo após encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça no ano de 2012, onde houve uma solicitação que esta matéria fosse anexada ao PLS nº 236, de 2012, ou seja, ao projeto do Novo Código Penal. Em 14 de julho de 2016, foi então anexado ao referido projeto, que tem como relator o senador Antonio Anastasia, que pediu e teve aprovadas várias audiências públicas para tratar das novas mudanças propostas (BRASIL, 2018h).

4.2.2 Projeto de lei nº 5452 de 2016

O projeto de Lei de nº 5452 foi apresentado no dia 01 de junho de 2016 pela Senadora Vanessa Grazziotin, que trazia consigo a proposta de acrescentar os artigos 218-C e 225-A ao Código Penal buscando tornar crime a divulgação de qualquer cena de estupro, bem como prever causa de aumento de pena para o crime de estupro caso fosse cometido por mais de duas pessoas (BRASIL, 2018i).

A origem deste projeto veio do Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015 que visava acrescentar o artigo 225-A ao Código Penal, apenas prevendo causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas, após algumas emendas e aprovada a redação final foi então enviado à Câmara de Deputados (BRASIL, 2018g).

Em razão das inúmeras emendas e pedidos de apensamentos de projetos que traziam temas similares, foi criada então uma nova ementa ao Projeto de Lei nº 5452, vejamos:

Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) (BRASIL, 2018i).

Como já referido anteriormente, o Projeto de lei nº 5452 teve o apensamento de vários outros projetos, entre eles, a inclusão do Projeto de Lei de nº

5798 no dia 05 de agosto de 2016, de autoria de Antônio Bulhões, para alterar o Código Penal com a seguinte ementa:

[...] para criminalizar a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação de conteúdo de caráter pornográfico ou erótico que faça apologia ou incite a prática de estupro, tortura, abuso ou violência sexual contra mulheres, adolescentes ou crianças do sexo feminino (BRASIL, 2018j).

Cabe destacar que no dia 12 de dezembro de 2016 ao ser apresentado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, foi apreciado pelo Relator, Deputado Fábio Ramalho que acrescentou na parte final um substitutivo, requerendo que ao Projeto fossem acrescentadas algumas modificações, dentre elas, que houvesse “Previsão de causa de diminuição de pena para o crime de estupro de vulnerável nas hipóteses em que a conduta consistir em ato libidinoso diverso de conjunção carnal e de menor gravidade”, ou seja de 1/6 a 2/3 quando não envolver penetração ou sexo oral (BRASIL, 2018i, p. 6).

O Deputado justifica a inclusão afirmando que:

É dizer, a lei penal pune com a mesma pena aquele que mantém relação sexual com criança e aquele outro que apenas passa as mãos sobre a genitália de infante. Isso porque a lei não distingue os atos libidinosos, pouco importando sua invasividade e sua indignidade à liberdade sexual da vítima. O que fazem, então, muitos juízes e tribunais diante dessa situação paradoxal? Para não impor a quem pratica ato libidinoso similar ao exemplificado – apalpar, de modo libidinoso, a genitália da vítima – a elevada pena de estupro de vulnerável, preferem adotar uma interpretação incompatível com a que decorre do texto legal e condenar o acusado tão somente pela contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 65 da Lei de Contravenções Penais), desclassificar sua conduta para o crime de estupro em sua modalidade tentada ou até mesmo simplesmente absolvê-lo (BRASIL, 2018i, p. 7-8).

Porém, a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER) enviou um Ofício de nº 315- S da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás, de autoria da Deputada Delegada Adriana Accorsi, repudiando substituto do Deputado baseado no fato de que seria um retrocesso às conquistas da legislação de 2009, pois, iria contra o que a lei define como estupro de vulnerável, já que não é necessário haver ou não penetração, por fim, o Projeto de Lei nº 5.798, foi apensado, mas sem o substitutivo do Deputado Fábio Ramalho (BRASIL, 2018i, p. 1-3).

Outra importante alteração no Projeto de Lei nº 5452/2016, veio através do apensamento do Projeto de Lei de nº 8.830 de 2017 de autoria do Senador

Humberto Costa na data de 10 de outubro de 2017, solicitando que fosse acrescentado o artigo 2016-B ao Código Penal para Tipificar o crime para quem molestar, importunar e constranger ofensivamente o pudor das vítimas, e para isso faz-se necessário revogar o artigo 61 da Lei de Contravenção Penal, já descrito no capítulo anterior (BRASIL, 2018k).

No dia 07 de março de 2018, foi aprovada pelo Plenário a redação final do Projeto de Lei de nº 5.452 de 2016 e assinada pela Relatora, Deputada Laura Carneiro, sendo decretado pelo Congresso Nacional, e caso aprovado terá a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 215-A: “Importunação sexual Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.”

[...]

Art. 8º Revoga-se o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) (BRASIL, 2018i, p. 1-5).

O projeto em questão foi enviado para a apreciação do Senado Federal no dia 12 de março de 2018, e aguarda aprovação, porém, até o momento da conclusão deste trabalho, ainda não houve nenhuma resposta.

4.2.3 Projeto de lei do Senado nº 236, de 2012 (Projeto do Novo Código Penal)

O Projeto de Lei nº 236 do ano de 2012, tem como autor o Senador José Sarney que justifica a necessidade de sua criação ao fato de que o Código atual, não mais representa os anseios da sociedade, isto, se deve as inúmeras transformações vividas por ela. Apelidado de Novo Código Penal, ele traz em sua ementa a reforma do Código Penal brasileiro e propõe a divisão em parte geral, que engloba o artigo 1º ao 120 e a parte especial que vai do artigo 121 ao artigo 541 (BRASIL, 2018e, p. 196).

Na opinião de Queiroz (2012), a legislação vigente se mostra superior a proposta desse projeto, assim, seria mais viável considerar uma atualização do código atual do que a criação de um novo.

Dentre as várias mudanças trazidas pelo projeto, cabe destacar as relacionadas a parte dos crimes contra a dignidade sexual, vejamos:

No que se refere aos crimes sexuais, Título VI do Código Penal (mantendo a denominação de “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”), a proposta do PLS 236/2012 possui caráter bastante descriminalizador. Opera a retirada dos delitos de violação mediante fraude (art. 215), mediação para satisfazer a lascívia de outrem (art. 227), casa de prostituição (art. 229), rufianismo (art. 229), ato obsceno (art. 233) e escrito ou objeto obsceno (art. 234 da atual redação do Código Penal). De outra parte, criminaliza a introdução de objetos mediante violência ou grave ameaça e atribui pena mais gravosa à exploração sexual. Ainda, em relação ao tráfico de pessoas, há alteração quanto ao bem jurídico protegido, que deixa de ser tão somente a dignidade sexual, passando a incluir a extração de órgãos e privação de liberdade, motivo pelo qual foi transferido para o Título de “Crimes contra os Direitos Humanos” (PAIM, 2016, p. 67-68).

Relevante mudança opera-se no que diz respeito ao conceito de estupro, positivado no artigo 213 do Código Penal atual, que passaria a conter a seguinte redação: “Art. 180. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de sexo vaginal, anal ou oral; Pena – prisão, de seis a dez anos” (BRASIL, 2018f, p. 73).

Observa-se que na nova redação a expressão “ter conjunção carnal” foi substituída pelo termo “prática de sexo vaginal, anal ou oral”, o que vem de encontro a ideia daqueles que defendem que conjunção carnal não deve ser medida na mesma proporção que os atos libidinosos, por entenderem que é diferente a gravidade de ambas as condutas, atendendo ao pedido da PLS 656 de 2011 (BRASIL, 2018e, p. 79).

Bem como não se encontra mais neste artigo a referência sobre os atos libidinosos, que não foram retirados do Código Penal, mas apenas inseridos em um tipo próprio, nomeado como Molestamento sexual, vejamos:

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.
Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos (BRASIL, 2018f, p. 73).

No Anteprojeto o conceito de vulnerabilidade foi mudado para que o Código penal se adequasse ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou seja, o marco de 14 anos de idade diminuiu para até 12 anos de idade, porque é essa a idade que o Estatuto define o ser humano criança (BRASIL, 2018e, p. 31).

É interessante considerar que em seu artigo 503, o anteprojeto do Novo Código Penal, traz a informação sobre as idades que se deve considerar para identificar quem é criança e quem é adolescente, “Art. 503. Para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 2018f, p. 218).

Quanto ao crime de estupro de vulnerável o anteprojeto traz a seguinte redação: “Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos: Pena – prisão, de oito a doze anos” (BRASIL, 2018f, p. 88). A diferença entre este artigo e o artigo do Código atual está na classificação da conjunção carnal e na retirada do ato libidinoso, além da pena que passaria a ser de prisão ao invés de reclusão, e diminuiria deixando de ser de oito a quinze anos para ser de oito a doze anos.

Em relação aos atos libidinosos contra vulneráveis, foi inserido o tipo penal chamado de Molestamento Sexual de Vulnerável, com a seguinte redação: “Art. 188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral: Pena – prisão, de quatro a oito anos (BRASIL, 2018f, p. 89).

O anteprojeto do Código Penal ainda não tem o relatório final da redação, destaca-se que em 09 de junho de 2015, foi lançado no site do Senado Federal um quadro comparativo que em três colunas expõe a redação atual do Código Penal, a redação do anteprojeto do Novo Código Penal e a redação da Emenda nº 1 – CTRCP (Substitutivo) do Senador Vital do Rêgo que contempla as modificações na análise do Projeto inicial, com acolhimento de algumas Emendas.

Dentre as alterações feitas pelo substitutivo, encontramos diferença na idade máxima para configurar o estupro de vulnerável, que se mantém a de 14 anos ao invés de até 12 anos como propõe o anteprojeto do Novo Código Penal, e o aumento da pena do crime de molestamento sexual de dois a seis anos para três a seis anos de prisão (BRASIL, 2018e, p. 87).

No dia 06 de novembro de 2017 ocorreu a última tramitação deste projeto, e desde esta data a matéria está com a relatoria, segundo informa o site do Senado.

Depois de várias audiências públicas agora aguarda-se a manifestação de do relator, sendo que a até a conclusão deste trabalho monográfico nada se falou a respeito.

4.3 ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE SANTA CATARINA, RIO GRANDE DO SUL E DO STJ, QUANTO À DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PARA AS CONTRAVENÇÕES PENAS DISPOSTAS NOS ARTIGOS 61 E 65 DA LCP

De acordo com Silva (2016), existem aqueles que defendem o princípio da proporcionalidade para a aplicação da pena nos casos de violência sexual, isto na doutrina, como também na jurisprudência, e por isto, declina para a desclassificação destas condutas tipificadas como crime para as Contravenções Penais (LCP), principalmente quando estas condutas não são graves o suficiente para deduzir uma condenação como um crime hediondo.

Para concluir o tema em questão é necessário pesquisar o que os julgadores vêm decidindo em suas jurisdições, por isso foi realizada uma pesquisa jurisprudencial nos sites do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Superior Tribunal de, usando das seguintes palavras chaves, Estupro de vulnerável, ato libidinoso, desclassificação, Contravenção Penal.

A seguir será possível observar o que cada um deles entende sobre o assunto.

4.3.1 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

É possível observar na jurisprudência do TJRS, que na maioria das decisões o julgador não aceita desclassificação do crime de estupro de vulnerável para contravenção penal de perturbação da tranquilidade, porém, com base no princípio da proporcionalidade, alguns julgadores tem se valido do instituto da tentativa, visando por meio dela sanar a dificuldade de aplicação da norma diante de condutas que são menos graves (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 64).

Foi possível encontrar a minorante genérica da tentativa, vejamos:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA. [...] ATIPICIDADE. Caso em que a conduta do réu subsumiu-se no tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal, uma vez que a prova revelou que o réu praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante violência presumida, considerando que **a vítima tinha 13 (treze) anos de idade na ocasião dos fatos.** O tipo penal em epígrafe abrange, além da própria conjunção carnal, todo e qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, isto é, todo e qualquer ato lascivo praticado com a intenção do agente de obter prazer sexual, o que é a espécie dos autos, não havendo falar em atipicidade da conduta do apelante. **DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Os fatos descritos na denúncia e comprovados durante a instrução criminal não autorizam a desclassificação para a contração penal de perturbação da tranquilidade, pois que os fatos perpetrados são efetivamente de maior envergadura e reprovação social, tipificando crime de estupro de vulnerável, como acertadamente decidiu o sentenciante.** MINORANTE GENÉRICA DA TENTATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE SOB A FEIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO. INCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO. Caso dos autos que recomenda a aplicação do princípio da proporcionalidade sob a feição da proibição de excesso ante a insuficiência tipológico-penal que o legislador nacional traz à disposição do aplicador da norma penal, considerando a diversidade de modos e da gravidade objetiva de condutas abarcadas pela norma. DOSIMETRIA DA PENA. [...] Na terceira fase da dosimetria, **reconhecida a minorante genérica da tentativa, cabível a redução da pena na fração de 2/3.** REGIME CARCERÁRIO. ABRANDAMENTO. Considerando o redimensionamento da pena privativa de liberdade, o regime inicial de cumprimento da pena passa a ser o aberto, nos termos do Art. 33, § 2º, c, do Código Penal. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70077040236, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 24/05/2018) (TJRS, 2018a, p. 01, grifo nosso).

Ainda no TJRS é possível notar como o este Tribunal tem o hábito de manter a condenação de estupro de vulnerável nos casos onde não existe a conjunção carnal, pois dentre várias jurisprudências analisadas é possível afirmar que a maioria delas tem este teor:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME NARRADO NA DENÚNCIA COMPROVADAS. **CONDENAÇÃO DO RÉU QUE SE MANTÉM.** Hipótese em que não prospera a pretensão de absolvição por insuficiência probatória, tendo em vista que os elementos de prova produzidos nos autos, sobretudo os relatos da vítima e da sua avó, demonstram que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal. **DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME NARRADO NA DENÚNCIA PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. REJEIÇÃO.** O crime descrito na denúncia e confirmado durante a instrução não autoriza a desclassificação para a contração penal de importunação ofensiva ao pudor, pois a conduta do acusado teve porte mais robusto do que a simples contração penal. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. Caso fático que recomenda a manutenção da pena aplicada ao acusado na sentença, pois em sintonia com os critérios de necessidade e suficiência para a prevenção e a reprovação do crime. [...].

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação Crime Nº 70076822469, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 24/05/2018) (TJRS, 2018b, p. 01, grifo nosso).

O pensamento continua:

Ementa: **APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ATOS LIBIDINOSOS). CONDENAÇÃO.** Mantida a condenação do acusado, eis que devidamente demonstradas a ocorrência do delito e a autoria, através da palavra das vítimas, uníssonas, quanto à conduta abusiva do réu, bem como, pelo depoimento de sua genitora que flagrou o réu colocando o pênis na boca da vítima A. de C. F.. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO DO ARTIGO 61 DA LCP. IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR.** Na cabe a desclassificação do crime para a contração prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, pois a conduta do réu revela mais que a conduta contravençional. **ATIPICIDADE DA CONDUTA.** A conduta do réu está adequada ao tipo previsto no artigo 217-A do Código Penal, na modalidade de ato libidinoso. **PENA. DOSIMETRIA.** Pena-base mantida. **RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.** (Apelação Crime Nº 70076296599, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 23/05/2018) (TJRS, 2018c, p. 01, grifo nosso).

Apesar de representar a corrente minoritária, também é possível encontrar no TJRS julgado onde o crime de estupro de vulnerável é desclassificado para contração penal:

Ementa: **APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESISTÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. **COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. Caso fático em que não há falar em estupro de vulnerável, mas, sim, em contração penal de importunação ofensiva ao pudor, uma vez que o ato praticado pelo réu não evidenciou o dolo de conjunção carnal ou de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.** Considerando o ato praticado pelo réu, sob a perspectiva material, e seu ajuste à norma penal, em que se tem a estreitíssima tipologia penal oferecida pela legislação brasileira em termos de crimes sexuais, conclui-se que, sob os ditames do princípio da proporcionalidade e da vertente doutrinária majoritária da necessidade de consolidação de Direito Penal mínimo, é forçoso concluir que o fato em tela melhor se ajusta à contração penal de importunação ofensiva ao pudor. Operada a desclassificação para a contração penal de importunação ofensiva ao pudor, fica prejudicada a análise do recurso do Ministério Público neste grau de jurisdição, pois o somatório das penas das infrações (contração penal de importunação ofensiva ao pudor e resistência) não supera 02 (dois) anos, sendo, portanto, de competência do Juizado Especial Criminal, nos termos que dispõe o Art. 61 da Lei nº 9.099/95. **APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE.** (Apelação Crime Nº 70075542977, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 28/03/2018) (TJRS, 2018d, p. 01, grifo nosso).

Ao analisar várias jurisprudências do TJRS, passando por diversas Câmaras Criminais, o que se percebe é que ainda soa como majoritária a posição daqueles que entendem que atos libidinosos cometidos contra crianças, configuram sim estupro de vulnerável, pois, na maioria esmagadora, os pedidos de desclassificação para contravenção penal foram negados, e as condenações mantidas.

Porém, não se deve deixar de considerar, que mesmo em número menor, os casos de agressores que cometem atos libidinosos e são posteriormente liberados por haverem sido condenados por contravenção penal, retornam ao convívio dos menores, e é por este motivo que nos últimos anos, pessoas preocupadas com esta situação, estão buscando maneiras de evitar tal desatino.

4.3.2 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Ao analisar alguns dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, foi possível perceber que é maior o número de julgados que não desclassificam o crime de estupro de vulnerável para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor ou perturbação da tranquilidade, porém, ainda existem outros casos, em menor escala, onde podemos ver o pleito da desclassificação sendo acatado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A C/C ART. 226, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE PRATICOU ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL COM SUA FILHA, QUE CONTAVA COM 10 (DEZ) ANOS DE IDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AGENTE QUE SE APROVEITA DA CONDIÇÃO DE PAI E DO MOMENTO EM QUE SUA COMPANHEIRA NÃO ESTAVA NA RESIDÊNCIA PARA PRATICAR ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL, CONSISTENTE EM FRICÇÃO DE SEU ÓRGÃO SEXUAL NO DA VÍTIMA, COM APENAS 10 (DEZ) ANOS DE IDADE. [...]. VERSÃO DO APELANTE ISOLADA DE TODAS AS PROVAS ANGARIADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. **ALMEJADA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DISPOSTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE.** AGENTE QUE SE APROVEITOU DA VULNERABILIDADE ETÁRIA DA VÍTIMA PARA SATISFAZER SUA LASCÍVIA, MEDIANTE A PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONDUTA QUE CONFIGURA O CRIME DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA MANTIDA [...]. EXECUÇÃO

PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. [...]. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000198-31.2017.8.24.0282, de Jaguaruna, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-02-2018) (TJSC, 2018b, p. 01, grifo nosso).

Neste julgado a Segunda Câmara criminal do TJSC desclassifica a conduta do agressor por entender que não houve lascívia, vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, DO CP) PRATICADO POR VIZINHO DA VÍTIMA. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. RELATO DA VÍTIMA FIRME, HARMÔNICO CORROBORADO PELO DEPOIMENTO DE SUA GENITORA E DEMAIS TESTEMUNHAS. CRIME QUE, POR SUA NATUREZA, OCORRE NA CLANDESTINIDADE. [...]. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DESCRITA NOS ARTS. 65, DO DECRETO-LEI N. 3.688/41 ACOLHIDO. RÉU QUE BEIJOU A VÍTIMA NA BOCA. CONDUTA QUE SE DEMONSTRA REPROVÁVEL E REPUGNANTE, MAS QUE, EXEPCIONALMENTE, NÃO DEMONSTRA QUE O APELANTE TENHA AGIDO DE FORMA LASCIVA. CONDUTA QUE, NO CASO CONCRETO, NÃO SE DEMONSTRA PROPORCIONAL À PENA COMINADA AO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DIANTE DA PENA COMINADA A CONTRAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. OPORTUNIZAÇÃO AO RÉU, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA ANÁLISE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000736-81.2013.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, Segunda Câmara Criminal, j. 14-02-2017) (TJSC, 2018a, p. 01, grifo nosso).

Bem como:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, PRATICADO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. DELITO COMETIDO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/09. RECURSO DA DEFESA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. AGENTE QUE CONSTRANGEU MENINA DE 7 (SETE) ANOS DE IDADE À PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. [...] PRECEDENTES. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NÃO ELIDIDA NOS AUTOS. INFANTE QUE NÃO POSSUI O DISCERNIMENTO NECESSÁRIO PARA DECIDIR QUANTO À OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA DO ATO SEXUAL. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDA ACERCA DA CONDUTA ILÍCITA PERPETRADA. ABSOLVIÇÃO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA PROVA DOS AUTOS. PLEITO SUCESSIVO. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41).** POSSIBILIDADE. ACUSADO QUE PASSOU A MÃO, POR SOBRE A ROUPA, NAS PERNAS E NA VAGINA DA INFANTE. CONDUTA REPROVÁVEL, MAS QUE NÃO MERECE A GRAVIDADE DA PENA

COMINADA AO CRIME CONSIDERADO HEDIONDO, SOBRETUDO DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE VIOLÊNCIA E/OU GRAVE AMEAÇA À VÍTIMA. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal 2009.051553-9, de Rio do Campo, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 30/11/2010) (TJSC, 2018c, p. 01, grifo nosso).

No TJSC, a análise final não difere daquela feita anteriormente no TJRS, visto que nos dois Tribunais foram encontrados maiores quantidade de julgamentos que optam por não desclassificar o crime em uma contravenção penal.

4.3.3 Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça tem manifestado seu entendimento de que a desclassificação do estupro de vulnerável para uma contravenção penal não é cabível, não importando o grau do ato libidinoso, mesmo diante da tentativa dos Tribunais dos estados em preencher a lacuna da falta de proporcionalidade no momento da aplicação da pena (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 63).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP. ART. 217-A). ABSOLVIÇÃO.

IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL. PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO PENAL. CRIME CONFIGURADO. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Quanto ao pleito de desclassificação da conduta para a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941, 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.

5. No caso, 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, já que o paciente retirou as vestes da vítima vulnerável, tendo acariciado o seu pênis, visando à satisfação da própria lascívia, sendo, portanto, descabido o pleito de desclassificação da conduta para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.**

6. Writ não conhecido.

(HC 431.708/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018) (BRASIL, 2018I, P. 01, GRIFO NOSSO).

Ainda:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART.

61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE DIREITO.

SÚMULA 7/STJ. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. **1. Conforme orientação deste STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso** (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012).

2. Estando a conduta do réu apresentada de maneira incontroversa pelas instâncias ordinárias - **o réu passou as mãos na vítima por cima de sua roupa na região das nádegas e vagina** -, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ, tendo em conta que a análise se atém ao enquadramento típico a se conferir ao fato, exigindo para tanto a reavaliação jurídica da prova e não o reexame fático.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1665999/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 02/05/2018) (BRASIL, 2018m, p. 01, grifo nosso).

Ainda se tratando do mesmo julgado (AgRg no REsp 1665999/MS) é possível desprender o voto do relator Nefi Cordeiro, que deixa claro a posição do Tribunal diante do impasse, leia-se:

Como já assinalado na decisão agravada é uníssono nesta Corte Superior o entendimento de que o crime de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima, sucedâneo ou não de conjunção carnal, e que revele a intenção lasciva do agente, sendo também inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito ou a desclassifique para contravenção penal, em razão da alegada menor gravidade da conduta (BRASIL, 2018, p. 01).

Esse voto do relator nos confirma que o entendimento do STJ ainda se mantém engessado, não abrindo brechas para que se possa analisar caso a caso, independente do conteúdo dos princípios que norteiam o direito penal, o que para muitos é um alívio diante da premissa que as crianças ou qualquer outra vítima sofre tanto quanto se houvesse ocorrido a violência física, enquanto para outros, pune de maneira grave um ato que não teve o mesmo patamar de agressividade física.

Nada foi encontrado sobre a posição do Supremo Tribunal Federal, a respeito da desclassificação do estupro de vulnerável para alguma contravenção penal.

5 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, foi possível observar que o nosso sistema penal ainda é falho, principalmente porque não tem acompanhado as constantes transformações que vive a sociedade. Durante várias pesquisas, notou-se que mesmo quando o legislador agiu acreditando que estava protegendo um bem jurídico, a realidade nos mostra que o resultado têm sido diverso.

As mudanças trazidas pela Lei 12.015/2009 representam uma tentativa para acompanhar essas transformações, um exemplo disto, foi a união do crime de atentado violento ao pudor ao crime de estupro, que passou a prever tanto a conjunção carnal, quanto os atos libidinosos diferentes da conjunção carnal.

Tudo isso visando uma maior proteção ao bem jurídico da liberdade e proteção sexual e especialmente com base no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, que visa evitar qualquer forma de agressão que seja desferida as mesmas, e por mais que este princípio não seja constantemente citado pela doutrina e pela jurisprudência, percebeu-se que é ele sim a base constitucional de toda preocupação com a integridade deles. Já o princípio da proporcionalidade está mais presente nas falas em geral, visto que engloba tanto os crimes sexuais contra as crianças e os adolescentes quanto contra os adultos.

Ocorre que alguns julgadores, com base no princípio da proporcionalidade acreditam que a pena para atos libidinosos é alta se comparada com a conjunção carnal, e optam por desclassificar o delito para uma contravenção penal. Com isso, a proteção maior que o legislador buscou ao unir os dois tipos penais perde sua finalidade, pois, deixará de ser punido com o rigor da pena de estupro para uma medida mais branda.

Buscando solucionar este impasse, alguns legisladores propuseram projetos de lei oferecendo uma pena intermediária, uns criando um novo tipo penal, enquanto outros pedem o retorno do antigo atentado violento ao pudor, ou até a transformação da contravenção penal em crime, tudo isto para evitar que os agressores sejam punidos de maneira severa ou leve demais, ou ainda saiam sem nenhuma punição.

Ao analisar a jurisprudência de alguns Tribunais brasileiros, foi possível notar que a tendência maior é a de não permitir a desclassificação, porque acreditam que a pena do estupro ou estupro de vulnerável não ofende o princípio da

proporcionalidade, mas já é notável que aqueles que optam pela desclassificação, estão usando cada vez mais esta opção, acreditando que a pena prevista para estes crimes fere sim o princípio.

Ficou demonstrado que o importante é observar as mudanças sociais e comportamentais e impedir que agressores cometam suas infrações cada vez mais, porque a legislação deixa lacunas. Os projetos trazem uma boa observação que vale a pena ser ouvida por aqueles incumbidos da proteção constitucional às vítimas, principalmente as vulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Martsung F.C.R.. **O sistema jurídico: normas, regras e princípios.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1110, 16 jul. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15037-15038-1-PB.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.
- ARRUDA, Élcio. **O princípio da proporcionalidade em sua dupla face e política criminal.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, SP, v. 16, n. 96, p.50-76, mar. 2016.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica.** Trad. portuguesa de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003. 232 p. Disponível em: <https://docgo.net/philosophy-of-money.html?utm_source=as-razoes-do-direito-teorias-da-argumentacao-juridica-manuel-atienza-pdf>. Acesso em: 24 abr 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista de Direito Administrativo 232:141, 2003, 46 p. Disponível em: <www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 29 out. 2017.
- BEZERRA, Pedro Ivo Soares. **Controle jurisdicional de políticas públicas: aplicação do princípio da proporcionalidade como critério definidor de limites.** 2012. 119 f. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ufpb.br:8080/handle/tede/4405>>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estud. av.**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 out. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **O principio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais.** In RFDUFMG, nº especial comemorativo do centenário, 1994. p. 275-291.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017a.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017b.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 09 mar. 2018c.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF, d.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 16 maio 2018e.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro: Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515658&disposition=inline>>. Acesso em: 16 maio 2018f.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 618 de 2015**. Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183/pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2018g.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 656, de 2011**. Dá nova redação ao artigo 213 e acrescenta o artigo 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2945682&disposition=inline>>. Acesso em: 26 abr. 2018h.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.452 de 2016**. Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em: 16 mai. 2018i.

BRASIL. **Projeto de lei nº 5.798, de 2016**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para criminalizar a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação de conteúdo de caráter pornográfico ou erótico que faça apologia ou incite a prática de estupro, tortura, abuso ou violência sexual contra mulheres, adolescentes ou crianças do sexo feminino. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1516351&filename=Tramitacao-PL+5452/2016>. Acesso em: 16 maio 2018j.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.830 de 2017**. Acrescenta art. 216-B ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de molestamento, importunação ou constrangimento ofensivo ao pudor, e revoga o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1610278&filenome=Tramitacao-PL+5452/2016>. Acesso em: 16 maio 2018k.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (quinta turma). HC 431.708/MS, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 24 maio 2018. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=estupro+de+vulneravel+++e+d+esclassifica%E7%E3o+e+contraven%E7%E3o+penal&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2018l.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (sexta turma). AgRg no REsp 1665999/MS, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 19 abr. 2018. Disponível em: <
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=estupro+de+vulneravel+++e+d+esclassifica%E7%E3o+e+contraven%E7%E3o+penal&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 06 jun. 2018m.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 593**. 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. Julgado em: 25/10/2017. DJ 06/11/2017. Disponível em: <
http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2018n.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: v.3: parte especial: dos crimes contra os costumes a dos crimes contra a administração pública (arts.213 a 359-H). São Paulo: Saraiva, 2012. 779 p.

CARMO, Patrick Luiz Galvão do. **A proteção penal (in)suficiente da criança e do adolescente no caso de crimes sexuais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3233, 8 maio 2012. Disponível em:
 <<https://jus.com.br/artigos/21690>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CASTANHEIRA, Walkíria Oliveira. **Vulnerabilidade em Razão da Idade nos Crimes Sexuais**: Análise à Luz dos Princípios Constitucionais Penais e Processuais. Marília. 2012 p. 152. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11077/855>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da saúde. Brasília, DF: Ipea, 2014. (Nota Técnica n. 11). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo de Santa Cruz. FERREIRA, Helder Ferreira. **Estupro no Brasil**: vítimas, autores, fatores situacionais e evolução das notificações no sistema de saúde entre 2011 e 2014. Rev. bras. segur. pública | São Paulo v. 11, n. 1, 24-48, Fev/Mar 2017. Disponível em:<
https://www.researchgate.net/publication/314478819_Estupro_no_Brasil_vitimas_autores_fatores_situacionais_e_evolucao_das_notificacoes_no_sistema_de_saude_entre_2011_e_2014> Acesso em: 13 fev. 2018.

CUCCI, G.P.; CUCCI, F.A. **A Proteção Integral de Crianças e Adolescentes Como Dever Social da Família, da Sociedade e do Estado**. UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais, Londrina, v. 12, n. 2, set. 2011. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/juridicas/article/viewFile/910/871>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiani Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente para concurso de Juiz do Trabalho**. São Paulo: Edipro, 2011, 191 p.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 942 p.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010, 490 p.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte especial**. vol. 3. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 502 p.

FERREIRA, Ryldson Martins. **A discricionariedade judicial na fixação da pena e a observância (do princípio) da proporcionalidade como forma de tutela do direito fundamental à liberdade**. 2013. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2013. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/1258>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

FONTOURA, Bárbara Pamplona. **A aplicação da Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente pelo Judiciário Brasileiro**. 2011. 63 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/314/3/20612365.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Vol. 1, t. II: parte especial.

GAMBOGI, Carla da Costa. **Da (des) proporcionalidade da pena - ênfase no crime de estupro de vulnerável – um olhar sobre a tutela (violação?) Do estado aos princípios constitucionais**. 2012. 35 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/carla_gambogi.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, 246p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. 809 p.

HABIGZANG, Luísa Fernanda et al. **Entrevista clínica com crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual**. Estud. psicol. (Natal). 2008, vol.13, n.3, p.285-292. ISSN 1678-4669. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2008000300011>. Acesso em: 12 jun. 2018

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 807 p.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte especial. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 452 p.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial – vol. 2 / Cleber Masson. – 7.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, 698 p.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei 8069/90**. 2006. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em:<<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7197>>. Acesso em: 30 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** : estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada / Guilherme de Souza Nucci. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, 1376 p.

OLIVEIRA, Gisele Graciano de. **Estupro de Vulneráveis**: condições de ocorrência e suas consequências à luz dos aspectos legais. 2014. 89 f. Dissertação (Mestrado em Economia Doméstica) - Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 2014. Disponível em: < <http://www.locus.ufv.br/handle/123456789/6529>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. **A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual**: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em jan. 2018.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e . **O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável Art. 217-A do Código Penal**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1001. 2012. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2591>> Acesso em: 01 nov. 2017.

PAIM, Marina Wagner. **Consumação e tentativa no crime de estupro após o advento da lei no. 12.015/09**. 2016. 94 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Curso de Ciências Jurídicas e Sociais. Porto Alegre, 2016. Disponível em:<<http://hdl.handle.net/10183/153389>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes; CARVALHO, Gisele Mendes. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. 1630 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 1019 p.

PUPPO, Matheus Silveira. **O novo estupro e a sua interpretação pelos tribunais superiores**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 216, p. 12-13, nov., 2010. Disponível em: <<https://matheuspuppo.jusbrasil.com.br/artigos/121938057/o-novo-estupro-e-a-sua-interpretacao-pelos-tribunais-superiores>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Projeto de reforma do código penal: crimes contra a dignidade sexual (título iv, capítulos i e ii)**, 2012. Disponível em: <https://pauloqueiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/121941900/projeto-de-reforma-do-codigo-penal-crimes-contra-a-dignidade-sexual-titulo-iv-capitulos-i-e-ii>>. Acesso em: 23 de maio, 2018.

RABESCHINI, Andre Gomes. **Crime e Contravenção Penal: Diferenças e Semelhanças**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1211, 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3835>> Acesso em: 26 jan. 2018.

RIBEIRO, Arícyca de Castro. **Aplicabilidade do princípio da insignificância e da proporcionalidade ao estupro de vulnerável**. 2015. 60 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em:<<http://hdl.handle.net/235/8429>>. Acesso em: 01 nov. 2107.

SILVA, Jéssica Fernanda. **O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4737, 20 jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49529>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SPIZZIRRI, Alexandre Fernandes. **Direito penal de proteção à infância e adolescência: mudança paradigmática**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Paris, n.61(Maio-Out.2008), p.175-186. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246466028.pdf> Acesso em: 01 nov. 2017.

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

TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Regional). Apelação Crime Nº 70077040236. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 24 maio 2018. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/ >. Acesso em: 04 jun. 2018a.

TJRS. Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul (7ª Câmara regional). Apelação Crime Nº 70076822469, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 24 maio 2018. Disponível em:< http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/> . Acesso em: 04 jun. 2018b.

TJRS. Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul (Quinta Câmara Criminal). Apelação Crime Nº 70076296599, Relator: Genacéia da Silva Alberton, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 23 maio 2018. Disponível em:< http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/> . Acesso em: 04 jun. 2018c.

TJRS. Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Criminal). Apelação Crime Nº 70075542977, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 28 mar. 2018. Disponível em:< http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/> . Acesso em: 04 jun. 2018d.

TJSC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Segunda Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0000736-81.2013.8.24.0175, de Meleiro, Relator Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 14 fev. 2017. Disponível em: < http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 05 jun. 2018a.

TJSC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Terceira Câmara Criminal). Apelação Criminal n. 0000198-31.2017.8.24.0282, de Jaguaruna, Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 27 fev. 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 05 jun. 2018b.

TJSC. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n 2009.051553-9, de Rio do Campo, Relator: Des. Newton Varella Júnior, **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 30 nov. 2010. Disponível em: < http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora>. Acesso em: 05 jun. 2018c.