



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

MARCELO BRUNO ALVES ALMEIDA CARDINS

**O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR À LUZ DO
GARANTISMO PENAL E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

**SOUSA - PB
2009**

MARCELO BRUNO ALVES ALMEIDA CARDINS

**O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR À LUZ DO
GARANTISMO PENAL E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

**SOUSA - PB
2009**

MARCELO BRUNO ALVES ALMEIDA CARDINS

**O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR À LUZ DO GARANTISMO
PENAL E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Aprovada em : _____ de _____ de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a) Jônica Marques Coura Aragão – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Dedico a meus amados pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter mostrado sua fidelidade em todos os momentos.

A Miguel e Delmira, a quem amo incondicionalmente, pela incansável batalha que travaram em prol de meus estudos.

A Rafaella, querida irmã, de quem tenho imenso orgulho.

A Adália, exemplo de força e vitalidade.

Aos tios Mateus, Noêmia, Cosme, Betânia, Maria e Rita, que me apoiaram diretamente durante todo o curso.

Aos demais tios e primos que direta ou indiretamente também participaram desta caminhada.

Em ordem alfabética: a Ansuname Sambu, Carlos César, Daniel Brunno, David Humberto, Edilson Chaves, Ênio Gustavo, Francisco Walter, George, Giliard, Ilan Saldanha, Jamison Andrade, Josenilton, José Vieira, Marcus Raniery, Reynaldo Bezerra, Romero Sá, Tiago Franklin, Valter Gonzaga, Wander Bento e Wata Anderson, amigos que me arrancaram gargalhadas em dias ociosos, e fizeram desta fase da minha vida uma terna e inesquecível lembrança.

Aos amigos de classe: Frederico Alencar, Albertina Anacleto, Sheylla Cunha, Aline e Uiara, pelo companheirismo.

E a minha professora-orientadora Jônica Marques, pelo auxílio prestado na construção deste trabalho.

O homem não existe para a lei, mas sim a lei existe para o homem.

Karl Marx

RESUMO

As condutas abrangidas pelo atentado violento ao pudor são excessivamente variadas, figurando no crime tanto as gravíssimas, quanto as de pequena monta, ambas recebendo uma pena abstrata de seis a dez anos de reclusão, a mesma do crime de estupro. É patente o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos outros princípios constitucionais que resguardam direitos fundamentais do homem que, se fossem efetivamente aplicados, corrigiriam erros legislativos, como o constatado no tipo de atentado violento ao pudor. A hipótese da pesquisa é que tal postura estatal tem gerado injustiça e insegurança jurídica, ante as disparidades constatadas nas decisões dos tribunais pátrios. Espera-se a intervenção mínima do Direito Penal nas relações humanas, haja vista a intensidade das sanções por ele impostas que restringem direitos essenciais do indivíduo, a exemplo do direito à liberdade. Há teorias, como a do garantismo penal, que propõem a verdadeira aplicação, no Direito Penal, dos preceitos constitucionalmente resguardados. O objetivo geral da pesquisa consiste na análise da aplicação do crime de atentado violento ao pudor ao mundo fático, bem como de sua pena, à luz do minimalismo penal. Ter-se-á por objetivos específicos a definição de crimes sexuais violentos, com ênfase no atentado violento ao pudor; a descrição da influência dos movimentos de política criminal, com destaque para o minimalismo penal; e o reconhecimento do garantismo penal como política criminal capaz de conduzir a uma neutralização dos excessos da legislação ordinária. Tendo por base os métodos exegetico-jurídico e sistemático, com a análise da legislação, e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com a consulta à doutrina e jurisprudência, busca-se, nas teorias do Direito Penal mínimo e do Garantismo penal, tendo em vista a proteção que exercem sobre direitos e garantias fundamentais do homem, assim como sobre o princípio maior da dignidade da pessoa humana, a solução para a disparidade existente entre a gravidade das condutas tipificadas como atentado violento ao pudor e a pena abstrata que lhes é imposta de forma idêntica. Vislumbra-se como sendo necessária, a bem da segurança jurídica, a reforma da previsão legal do tipo de atentado violento ao pudor.

Palavras-chave: Direito Penal. Atentado Violento ao Pudor. Minimalismo. Garantismo.

ABSTRACT

Comportements visés par la violente agression sexuelle sont trop variés, apparaissant à la fois dans les formes graves de criminalité, comme ceux des petits, à la fois de recevoir un résumé peine de six à dix ans d'emprisonnement, que le crime de viol. Il est patent le manque de respect pour le principe de la dignité humaine ainsi que d'autres principes constitutionnels qui protègent les droits fondamentaux de l'homme, qui, si elles sont effectivement mises en œuvre, pour corriger les erreurs de droit, comme on l'a vu dans le type d'agression sexuelle violente. L'hypothèse de cette recherche est que l'attitude de l'Etat a créé une incertitude juridique et de l'injustice, les irrégularités constatées avant dans les décisions des tribunaux de la maison. C'est le minimum d'intervention de la loi pénale dans les relations humaines, compte tenu de l'intensité des sanctions qu'elle avait imposées qui limitent les droits essentiels de l'individu, tels que le droit à la liberté. Il existe des théories, telles que les garanties pénales, en offrant une application réelle, la loi pénale de la constitutionnellement protégés préceptes. L'objectif général de la recherche est l'analyse de l'application du crime d'agression sexuelle violente sur le monde fatico ainsi que sa peine à la lumière du minimalisme criminel. Sera prise par la définition des objectifs spécifiques de crimes de violence sexuelle, en mettant l'accent sur la violente agression sexuelle, la description de l'influence des mouvements de la politique pénale, en mettant l'accent sur le minimalisme pénale, et obtenu la reconnaissance du droit criminel et la politique pénale en mesure de conduire à une neutralisation de l'excédent de la législation ordinaire. Sur la base des méthodes exégétiques juridiques et systématique, avec l'analyse de la législation, de recherche et de documentation technique et de la documentation, la consultation avec la doctrine et la jurisprudence, vise à, dans les théories de droit pénal et le minimum garanti pénale, compte tenu de engagés sur la protection et des garanties des droits fondamentaux de l'homme, ainsi que le plus haut principe de la dignité humaine, la solution à la disparité entre la sévérité de l'attaque comme une conduite violente caractérise la modestie et résumé peine qui est imposée sur les identiques. Considère comme étant nécessaires dans l'intérêt de la sécurité juridique, la réforme de la forme juridique de la prévision des attaques violentes à la honte.

Mots-clés: droit pénal. Violente attaque de la honte. Minimalism. Garanti.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 DOS CRIMES SEXUAIS VIOLENTOS	13
1.1 Tipo. Adequação típica	13
1.2 Estupro	14
1.2.1 Sujeito Ativo	15
1.2.2 Sujeito passivo	15
1.2.3 Elemento subjetivo	16
1.2.4 Consumação e tentativa	16
1.2.5 Formas qualificadas e presunção de violência	17
1.2.6 Ação penal e causa de aumento de pena	18
1.3 Atentado violento ao pudor	19
1.3.1 Sujeito ativo e sujeito passivo	20
1.3.2 Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desproporcionalidade	20
1.3.3 Elemento subjetivo	20
1.3.4 Consumação e tentativa	24
1.3.5 Formas qualificadas, presunção de violência, ação penal e causa de aumento de pena	24
1.4 Lei de Crimes Hediondos: Breve reflexão	25
CAPÍTULO 2 MINIMALISMO PENAL OU DIREITO PENAL MÍNIMO	28
2.1 Movimentos de política criminal	28
2.1.1 Movimento de Lei e de Ordem	28
2.1.2 Abolicionismo penal	30
2.1.3 O Direito Penal Mínimo ou Minimalismo penal	31
2.2 Princípios Minimalistas	33
2.2.1 Intervenção mínima	33
2.2.2 Adequação social	34
2.2.3 Lesividade	35
2.2.4 Proporcionalidade	36
2.2.5 Legalidade	36

2.2.6 Insignificância	38
2.2.7 Individualização da pena	39
2.2.8 Culpabilidade	39
2.3 O crime de atentado violento ao pudor à luz do minimalismo penal	40
3 TEORIA GARANTISTA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	42
3.1 Normatização dos princípios	42
3.1.1 Princípios e Regras	42
3.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	44
3.2 Teoria do Garantismo Penal	45
3.2.1 Primeira acepção	46
3.2.2 Segunda acepção	47
3.2.3 Terceira acepção	49
3.3 Produção legislativa em um sistema garantista e a reformulação do crime de atentado violento ao pudor	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53
ANEXO A	55

INTRODUÇÃO

Para conter os inevitáveis conflitos recorrentes entre os indivíduos da sociedade, estes firmaram um contrato social com o Estado, para que o mesmo limitasse-lhes a liberdade irrestrita, e, em compensação, lhes oferecesse sua proteção através de meios de controle social.

O Direito mostrou-se o meio mais contundente de coerção às práticas indesejáveis, assim consideradas pela norma. Diante da diversidade destas, foram observadas as que, pelo teor da gravidade, careciam de um controle rigoroso. Condutas que agridem bens essenciais são retribuídas com sanções que atingem bens de importância equivalente, como a liberdade. Resguardou-se, portanto, um ramo do Direito destinado à tutela dos bens mais proeminentes da sociedade, qual seja, o Direito Penal.

Tendo em vista o caráter repressor do direito punitivo, o Estado deve empenhar-se em uma triagem mínima dos bens jurídicos sujeitos à sua custódia, pois, da mesma maneira que a sociedade merece a proteção de práticas nefastas, não deverá ser vítima de penas que atinjam seus bens mais preciosos, em decorrência de condutas que não correspondam à intensidade da cominação legal.

Assim como condutas brutais não podem ser contempladas pela impunidade, é inadmissível a aplicação de penas severas a ações humanas que não resultem em danos maiores para o seio social.

Um Estado tem como lei maior a Constituição, que sustenta todo o seu ordenamento jurídico, e é orientada por princípios expressos e implícitos, os quais garantem os direitos fundamentais da pessoa humana. Em meio a tantas outras garantias, a Constituição Federal brasileira possui uma gama de princípios que inibe a disparidade entre a menor lesão referente a um bem, e uma pena extremamente rígida atribuída à conduta que o lesiona.

O atentado violento ao pudor compõe hoje o elenco de crimes considerados hediondos, conforme a Lei 8072/90. Após a vigência desta, o delito em análise passou a capitular a mesma pena atribuída ao crime de estupro.

A pena cominada ao estupro é proporcional ao dano por ele provocado. Porém o atentado violento ao pudor, infração que compreende inúmeras condutas, das mais horrendas e repulsivas às mais insignificantes no âmbito dos crimes sexuais, tem a pena compatível com as primeiras, entretanto totalmente desproporcional às últimas; eis a problematização a ser abordada ao longo da pesquisa.

Embora divergente do valor constitucional da dignidade da pessoa humana, o tipo do atentado violento ao pudor permanece em vigor nos mesmos termos de sua concepção, amplo e abrangente. A hipótese da pesquisa é que tal postura estatal tem gerado injustiça e insegurança jurídica, ante as disparidades constatadas nas decisões dos tribunais pátrios.

A problemática do tema trilha os caminhos da mazela que assola diversos pontos do Direito Penal, qual seja, a inaplicabilidade de preceitos constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais do homem. Diante disso, o objetivo geral da pesquisa consiste na análise da aplicação prática, enquadramento e dosimetria do dispositivo legal que prevê o atentado violento ao pudor, bem como a sua pena, à luz do minimalismo penal. Já os objetivos específicos que o presente trabalho tem em vista consistem em: definir os crimes sexuais violentos na legislação penal brasileira, destacando especificamente o atentado violento ao pudor; Identificar os movimentos de política criminal presentes na legislação brasileira, enfatizando o estudo do minimalismo penal; reconhecer a relevância do garantismo como política criminal capaz de conduzir a uma neutralização dos excessos constatados na legislação ordinária.

Serão utilizados os métodos exegético-jurídico e sistemático, analisando-se a legislação existente relacionada ao tema. Empregar-se-á técnica de pesquisa bibliográfica e documental, consultando-se a doutrina e jurisprudência pertinentes à matéria. Através do estudo teórico da lei, da doutrina e da jurisprudência, abordar-se-á a problemática do atentado violento ao pudor, consubstanciada na vaga definição de condutas que a ele se enquadram, e na cominação inadequada da pena do crime em epígrafe para boa parte de suas matizes. Serão lançadas, ante a constatação do emprego de técnica legislativa inadequada, propostas para solução das lacunas interpretativas.

Assim, o primeiro capítulo discorrerá sobre o conceito vigente de tipicidade e sobre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, delitos sexuais de maior destaque, que estão intimamente ligados, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. Para a análise do atentado violento ao pudor, é essencial o estudo comparativo com o crime de estupro, haja vista a correspondência existente entre parte de seus elementos, a disparidade alarmante entre a gravidade de algumas condutas típicas referentes ao primeiro e a conduta típica referente ao último, e o tratamento idêntico que as mesmas recebem quanto à sanção penal.

Em seguida, o capítulo 2 falará dos Movimentos de Política Criminal, que trazem uma nova ótica para o fenômeno jurídico penal. A título comparativo, e tendo em vista o destaque que assumem perante os demais movimentos, serão expostos, além do Direito Penal Mínimo, ou Minimalismo Penal, objeto de apreciação do referido capítulo, o Movimento de

Lei e de Ordem e o Abolicionismo Penal. O Minimalismo Penal utiliza princípios já inseridos na Constituição para que se assegure uma menor intervenção do direito repressor em práticas humanas.

O terceiro capítulo demonstra o papel dos princípios em um ordenamento jurídico, após a influência pós-positivista, e discorre sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua supremacia em um Estado Democrático de Direito, o que será ponto de partida para a criação da Teoria Garantista, um modelo normativo caracterizado pelo respeito ao princípio da legalidade, pela distinção entre validade e efetividade da norma e pela materialização dos interesses da coletividade, que representa o povo, titular de todo o poder.

Nesse passo, deve-se considerar que o Direito Penal Mínimo e a Teoria do Garantismo Penal poderão figurar como alternativas eficazes para uma reformulação legislativa do crime de atentado violento ao pudor, e com isso viabilizar o verdadeiro cumprimento de seu papel de tutela e justiça.

CAPÍTULO 1 DOS CRIMES SEXUAIS VIOLENTOS

1.1 Tipo. Adequação Típica.

Segundo o princípio da legalidade, disposto na Carta Magna brasileira, em seu art. 5º, XXXIX, a definição de crime está subjugada à cominação legal. A lei penal cumpre o papel de descrever, em detalhes, o que considera fato criminoso, e indica, dentre as numerosas condutas humanas praticáveis, aquelas que considera inadequadas para o convívio social, as quais outros ramos do Direito demonstraram-se incapazes de coibir.

Tendo em vista o conceito dado pelo doutrinador Greco (2008, p. 155):

Tipo, como a própria denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós. A palavra tipo, na lição de Cirilo de Vargas, ‘constitui uma tradução livre do vocábulo *Tatbestand*, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina *corpus delicti*. O tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano, feita pela lei penal.’ É também, a *fattispecie*, o *fatto tipico* ou simplesmente o *fatto* do Direito Penal Italiano, conforme assevera Sheila Selim.

O tipo é um padrão que descreve uma conduta humana pontual repudiada pelo ordenamento jurídico. Ao invés de dizer “é proibida a realização de determinada conduta”, ele diz “realizar determinada conduta – pena de tanto a tanto”.

Há duas espécies de tipo: tipos permissivos e tipos incriminadores. Os permissivos são aqueles que assentem a prática de fatos criminosos, desde que estes preencham determinados requisitos. É o caso dos tipos que vislumbram excludentes de ilicitude. Tipos incriminadores descrevem condutas vetadas, a princípio, exceto quando condizentes também com tipos permissivos.

Tendo em vista a função punitiva atribuída aos tipos incriminadores, sua generalização acaba abraçando uma infinidade de condutas, e, desta forma, gerando insegurança social. Respeitando o princípio da reserva legal, a conduta apresentada no tipo deve ser precisa, para que se identifique, exatamente, o fato repudiado pelo ordenamento jurídico.

Adequação típica e tipicidade são sinônimos para uma corrente doutrinária, e significam o encaixe perfeito da conduta, em seu aspecto concreto, ao molde abstrato do tipo.

Havendo simples aproximação à descrição de um tipo, tem-se atipicidade formal da conduta, ou seu encaixe em outro que pormenorizadamente lhe seja compatível.

Dentre os diversos tipos existentes, temos aqueles que atacam bens relacionados à sexualidade. Podemos considerar como os mais proeminentes desta categoria os tipos dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, haja vista as profundas máculas que o primeiro e algumas variações do último podem provocar nas vítimas.

1.2 Estupro

O ser humano não faz sexo apenas com o fim de exercer função reprodutiva, mas também, quiçá com mais frequência, para atingir o gozo genésico, não apenas com a conjunção carnal propriamente dita, mas por meio de artifícios, dos mais variados, que o encaminham à satisfação lasciva. As práticas sexuais assumem extrema importância nas relações sociais, e, por isso, a violação da livre disposição do próprio corpo, mediante violência ou grave ameaça, para realização de atos luxuriosos que afrontam o senso comum, são objeto de regulamentação jurídico-penal.

O Estupro integra o Título VI do Código Penal, “Dos crimes contra os costumes”, que combate condutas de cunho sexual, consideradas inaceitáveis, não por um ponto de vista meramente moral, uma vez que as pessoas são livres para a prática de atos libidinosos, mas com base no princípio da dignidade da pessoa humana. O Estado pune comportamentos que, nesta seara, agridam a vontade de uma pessoa de dispor de seu próprio corpo.

Desta maneira dispõe o Código Penal brasileiro: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Trata-se de uma forma específica de constrangimento ilegal, onde a vítima pertence ao gênero feminino, e a violência ou grave ameaça são empregadas com o fim de se efetivar a conjunção carnal.

O estupro é, segundo Pierangeli (2007), crime reprimido por todas as legislações e punido também por legislações antigas de cunho religioso ou laicas. A violência ou grave ameaça são elementos comuns a todas elas. Os Códigos Penais brasileiros de 1830 (art. 222) e 1890 (art. 268) consideravam a honestidade da vítima pressuposto do delito e sancionavam com penas mais benevolentes o estupro praticado contra *mulher pública ou prostituta*. O código vigente não faz distinção de vítimas.

O bem jurídico acobertado pelo tipo penal em tela é a liberdade sexual da mulher, o que garante que a mesma seja livre para dispor de seu corpo e escolher seu parceiro, e que esteja protegida de manobras que a obriguem, mediante violência ou grave ameaça, a manter conjunção carnal com um homem.

1.2.1 Sujeito ativo

Sujeito ativo do crime é, em regra, o homem. O núcleo do tipo indica a conjunção carnal, penetração do pênis na cavidade vaginal, como elemento objetivo do crime, e, por consequência, descarta a autoria de estupro em uma relação homossexual.

Porém a mulher poderá ser autora mediata no crime de estupro, quando não pratica a conjunção carnal, já que não possui atributos físicos para tanto, mas influencia autor imediato, que é o caso do inimputável (aquele que não tem capacidade para definir sua vontade por critérios biológicos ou psicológicos), ou do homem que sofre coação moral irresistível, para que pratique a cópula vaginal forçada e funcione como sua *longa manus*. Neste caso, a responsabilidade do delito é atribuída somente à autora mediata.

Poderá a mulher atuar como partícipe no crime de estupro, instigando, induzindo homem imputável a executar o delito ou auxiliando-o materialmente. Há posicionamento doutrinário que defende a possibilidade de co-autoria feminina, na situação em que uma mulher realiza o verbo “constranger” em outra mulher para que um homem execute a cópula vagínica. Em tal hipótese, a co-autora no delito seguraria a vítima ou ameaçaria a mesma.

1.2.2 Sujeito passivo

Apenas a mulher poderá figurar como sujeito passivo do crime de estupro. Não se considera sua condição de cônjuge ou companheira, nem mesmo sua vida sexual pregressa, seja ela devassa ou comedida, mas somente a vontade da pessoa do sexo feminino em dispor de seu próprio corpo.

1.2.3 Elemento subjetivo

O elemento subjetivo geral é o dolo, a vontade de constranger mulher à prática de conjunção carnal. Desconsidera-se a análise da vontade de satisfazer a própria lascívia, já que a própria conjunção carnal faz presunção de tal finalidade. Não se admite a modalidade culposa.

1.2.4 Consumação e tentativa

A consumação ocorre com introdução completa ou incompleta do pênis na vagina. Caso o agente do crime inicie atos executórios, como o emprego de grave ameaça, e não consuma o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, mesmo que chegue apenas a encostar o pênis ereto no canal vaginal, sem penetrá-lo, responderá pelo estupro em sua forma tentada, desde que haja finalidade de constranger a vítima à conjunção carnal.

A respeito da caracterização de atentado violento ao pudor, em havendo tentativa de estupro, salienta Sznick (*apud* GRECO, 2008, p. 484):

Se o agente visava à conjunção carnal e não a consegue, é punido pelo ato libidinoso violento? A nosso ver sim, pois o estupro exige introdução (*imissio penis*) do órgão viril na parte sexual da mulher (entre nós só a vagina; no ânus é atentado violento ao pudor). Incurrendo essa introdução, ou sendo a introdução em outros órgãos, temos atentado.

O que determina se os atos libidinosos executados configuram o crime autônomo de atentado violento ao pudor ou tentativa de estupro, é o elemento subjetivo, o dolo exclusivo de penetrar o pênis na vagina, ou o de praticar atos libidinosos diversos deste.

Com relação à absorção de atos libidinosos diversos da conjunção carnal pelo crime de estupro, e ao concurso de crimes entre este e o atentado violento ao pudor, assim leciona Capez (2007, p.13):

Pode suceder que o agente primeiramente pratique atos libidinosos diversos da conjunção carnal (coito anal ou oral), vindo posteriormente a realizar a conjunção carnal. Entendemos que essa hipótese comporta duas situações distintas: (a) se as carícias preliminares estiverem dentro do mesmo desdobramento causal da subsequente conjunção carnal, haverá absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro, por força do princípio da consunção, funcionando os atos anteriores como meio necessário e atos preparatórios da relação sexual posterior; (b) os atos

libidinosos são bem destacados da conjunção carnal, tratando-se de mera renovação de ânimo de um agente já saciado em sua lascívia inicial. Neste último caso, embora semelhante situação de tempo e lugar, pode-se afirmar a existência de dois contextos distintos.

Segundo Greco (2008), a absorção de atos libidinosos anteriores ao estupro consumado ocorre para com atos considerados de pequena monta, que tenham sido necessários para o sucesso do delito em tela. Com a prática de atos considerados mais graves, como atos de felação ou o coito anal, anteriores à cópula vagínica, o renomado penalista acredita que o agente deverá responder por atentado violento ao pudor, em concurso de crimes.

No entanto resta a dúvida: O que garante que aquele que praticou atos libidinosos “considerados de pequena monta”, não responderá também por atentado violento ao pudor, em concurso de crimes, uma vez que o tipo penal de atentado violento ao pudor não cataloga atos de libidinagem de grande ou de pequena monta, mas todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal?

1.2.5 Formas qualificadas e presunção de violência

A forma qualificada está disposta no art. 224 do Código Penal: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos”.

O parágrafo único dispõe: “Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco anos)”.

Lesões corporais leves são elementos que constituem o crime de estupro em sua forma simples. Para a forma qualificada o crime deve ser preterdoloso, ou seja, o resultado grave deve ocorrer por culpa do agente, uma vez que, se o mesmo quis ou assumiu o risco de matar ou lesionar gravemente a vítima, haverá concurso de crimes.

Ocorre violência presumida quando a vítima é menor de quatorze anos ou psicologicamente inimputável. No primeiro caso, o agente não praticará o crime se houver erro na apreciação da idade a vítima, contudo, se houver mera desconfiança, portanto dolo eventual, estará configurada a violência presumida. Para os casos que atinjam débeis mentais, é necessária a certeza, por parte do agente, da debilidade que as afeta, não incidindo para constatação de violência presumida o dolo eventual. Quando a vítima, por qualquer motivo,

não pode oferecer resistência, seja por causa do seu estado de inconsciência, seja por sua impossibilidade física, também é caracterizada a violência presumida.

1.2.6 Ação penal e causa de aumento de pena

A ação penal é de iniciativa privada apenas no caso de estupro praticado com grave ameaça, pois a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou que em crime de estupro praticado com violência real, portanto, com o emprego de lesão corporal, a ação penal será pública incondicionada.

Também é pública incondicionada a ação no Estupro praticado com violência presumida.

Haverá ação pública condicionada à representação do ofendido, segundo o art. 225 do Código Penal brasileiro:

- I – se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção da própria ou da família.
- II – se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

Na hipótese do inciso II, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, nomeará um curador especial para decidir a respeito da conveniência de oferecer a representação. Ele não estará obrigado a representar.

A Lei de crimes hediondos nº 8.072/90, em seu art. 9º, determinou que as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, arts. 213 e 214 do Código Penal, respectivamente, combinados com o art. 223 do Código Penal, que trata do resultado de morte ou lesão corporal grave decorrente desses crimes, são acrescidas de metade, desde que respeitado o limite máximo de 30 anos de reclusão. Devido sua relevância na apreciação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a Lei de crimes hediondos será analisada em tópico próprio.

1.3 Atentado violento ao pudor

O art. 214 do Código Penal descreve: “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Conforme Pierangelli (2007), o Código de 1830 previu, ainda que deficientemente, o crime de atentado violento ao pudor. O Código de 1890 distinguia o estupro do atentado violento ao pudor e estabelecia para o último a mesma pena do primeiro, consistente em prisão celular de um a seis anos.

O Código de 1969 diferenciou a pena dos dois delitos, prescrevendo para o estupro pena de três a oito anos de reclusão e para o atentado violento ao pudor pena de dois a seis anos de reclusão. O Anteprojeto de 1999 fixou de forma diferenciada a pena mínima: reclusão de seis a dez anos para o estupro; reclusão de quatro a dez anos para o atentado violento ao pudor. Com o advento da Lei de Crimes Hediondos, pena mínima e máxima igualaram-se, e correspondem ao limite de seis a dez anos de reclusão.

O crime de estupro está bem delineado tipicamente, e, para a conduta que a ele se adéqua, é justa a cominação da supracitada sanção, com pena mínima igual a do homicídio em sua forma simples, posto que se combate uma atroz prática de selvageria, capaz de provocar em sua vítima lesões psíquicas irreversíveis. Porém o mesmo não acontece com algumas variações do atentado violento ao pudor, como melhor se verá em tópico próprio.

Assim como o estupro, o atentado violento ao pudor é uma forma especial de constrangimento ilegal. O constrangimento ocorre mediante violência ou grave ameaça, que poderá ser empregada contra a vítima, ou contra outra pessoa ou coisa pelas quais a vítima tenha apreço.

O constrangimento abrange conduta ativa “praticar” ou passiva “permitir que com ele se pratique” do agente, com as quais obriga a vítima a subjugar-se ao ato libidinoso diverso da conjunção carnal, ou a realizá-lo ativamente.

Para Greco (2008) e Capez (2006), o bem jurídico protegido pelo delito em estudo é a liberdade sexual, conforme o primeiro, em sentido mais amplo, os costumes, e conforme o segundo, em especial, o de a vítima não ser forçada violentamente a sujeitar-se a atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Desconsiderando o sentido amplo e o específico, o bem jurídico resguardado será sempre a liberdade sexual da pessoa, independentemente de gênero, posto que não é feita menção exclusiva à vítima de sexo feminino.

1.3.1 Sujeito ativo e sujeito passivo

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo, bem como sujeito passivo do delito em questão, uma vez que não há no tipo distinção de gênero quanto à vítima, e atos libidinosos diversos da conjunção carnal podem ser praticados por homens ou mulheres. É possível, diante do exposto, o emprego de atentado violento ao pudor numa relação homossexual.

1.3.2 Atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Desproporcionalidade

Conjunção carnal é um ato libidinoso que compreende penetração peniana no canal vaginal. O crime de atentado violento ao pudor pune qualquer outro ato libidinoso, que não o da conjunção carnal, já tratada no tópico referente ao estupro, realizado na vítima, ou pela vítima, contra sua vontade, mediante violência ou grave ameaça.

O ato libidinoso pressupõe participação física da vítima, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Penal. Recurso Especial. Atentado violento ao pudor. Ausência de contato físico entre o agente e a vítima. Não caracterização do crime. Para caracterização do crime de atentado violento ao pudor é imprescindível que o agente, na realização do ato libidinoso, mantenha contato corporal com a vítima, pois sem a sua participação física ativa ou passiva, o delito não se configura. Não comete o crime tipificado no art. 214, CP, o ancião que, em face da recusa da vítima, menor de 7 anos, em tocar seu membro viril, masturbar-se em sua presença. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 6ª Turma, REsp 63.509-RS, Rel. Min. Vicente Leal. DJU, 3-3-1997).

Portanto, atitudes exibicionistas, como a do caso acima julgado; a conduta que obriga uma pessoa a presenciar, e não participar, de uma relação sexual; a coação desempenhada contra homem ou mulher, para que o mesmo ou a mesma dispa-se, não havendo participação física, não configuram o crime em tela. Conforme Pierangeli (2007, p. 474): “Sem o encontro de duas realidades corporais, uma que pratica e outra que, constrangida, a admite ou executa, ou se sujeita, não existe crime de atentado violento ao pudor”.

Há dois entendimentos relativos à caracterização do ato libidinoso no crime de atentado violento ao pudor. O primeiro defende que, para se considerar libidinoso um ato, este deverá representar, objetivamente, afronta à moralidade média, quebrando os parâmetros do

que seria aceito socialmente no que se refere às práticas de contexto voluptuoso e, subjetivamente, atuar como desafogo da lascívia do agente, a realização de seu desejo sexual íntimo ou reprimido. Capez (2007, p. 30) assim considera:

Por outro lado, um toque praticado por motivo de blague, troça ou apenas para provocar a vítima, ainda que atingindo regiões pudicas, não configura atentado violento ao pudor, mas mera contravenção de importunação ofensiva ao pudor (LCP, art. 61). Convém frisar que não se trata de finalidade especial, percebida pelo agente, já que esta não é exigida pelo tipo, mas de realização de uma tendência interna transcendente, vinculada à vontade de realização do verbo do tipo. Assim, por exemplo, levantar a saia ou beliscar as nádegas da vítima apenas para provocá-la ou humilhá-la; dar um rápido beijo sem introdução da língua e sem lascívia; apalpar os seios da ofendida a pretexto de tecer comentários irônicos sobre seu tamanho etc. caracterizam crime contra a honra ou mera importunação ofensiva ao pudor.

É descartada, conforme o referido autor, a caracterização do crime de atentado violento ao pudor quando a finalidade dos atos for apenas ultrajante, ou outra que não a lascívia. Noronha (*apud* PIERANGELI, 2007, p. 473) também considera o critério subjetivo para apreciação de um ato libidinoso: “Ato libidinoso é o mesmo que lascivo voluptuoso e dissoluto (...) o mesmo que de libidinagem é, via de regra, o inspirado pela concupescência e destinado à satisfação do instinto sexual, em suas proteiformes manifestações”.

Em sentido contrário, outra corrente doutrinária afirma que o critério meramente objetivo de ato libidinoso, ou seja, aquele que afronta a moralidade média, cumulado com a ciência do agente em praticar, ou permitir que com ele se pratique tal ato de cunho sexual, mediante violência ou grave ameaça, já classifica a conduta como atentado violento ao pudor. A ciência desta prática já seria quesito bastante para constatação do ato libidinoso. Greco (2008, p.504) é pertinente ao exemplificar:

Assim, por exemplo, se um preso obriga seu companheiro de cela, pertencente a uma facção rival, a praticar com ele o sexo anal, simplesmente com o fim de humilhá-lo perante os demais, não deverá ser responsabilizado por injúria real, mas sim pelo atentado violento ao pudor. Mesmo que não fosse sua intenção a satisfação da sua libido, o ato em si já seria suficiente para efeito de reconhecimento da infração penal tipificada no art. 214 do Código Penal.

Entretanto, segundo um ou outro critério, ato libidinoso diverso da conjunção carnal representa incontável variedade de intervenções físicas, vislumbradas pelo senso comum como condutas de representatividade luxuriosa. O tipo penal abarca condutas de extrema ofensividade, como o coito anal, felação, masturbação forçada, introdução de objetos nos órgãos genitais ou ânus da vítima, e, ao mesmo tempo, condutas de ínfima gravidade

quando comparadas com as supracitadas, como o beijo lascivo ou carícias nos seios ou nádegas da vítima, ainda que vestida.

Parte da doutrina alarma a evidente desproporcionalidade entre os atos libidinosos de menor lesividade e a pena que lhes é cominada abstratamente, quando abordados como atentado violento ao pudor, idêntica àquela atribuída ao crime de estupro. Bitencourt (2009, p.9) leciona:

A diferença entre o desvalor e a gravidade entre *sexo anal e oral* e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve-se desclassificar para a contravenção do art. 61 (LCP). Caso contrário, deve-se declarar sua inconstitucionalidade, por violar os princípios *da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade* do bem jurídico.

Existe, portanto, a proposta de redirecionamento dos atos libidinosos menores, praticados publicamente contra a vontade da vítima, para tutela da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, sob pena de se declarar a inconstitucionalidade da decisão, haja vista a ululante violação aos princípios garantidos pela Carta Maior. Quanto ao beijo lascivo, Greco (2008, p. 505), além de sustentar a configuração da contravenção supra, quando aquele é empregado nos termos desta, abre a possibilidade para seu enquadramento no crime de constrangimento ilegal, usando como critério a intensidade e gravidade do ato:

Poderá, nesse caso, ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto pelo art. 146 do Código Penal, ou mesmo pela contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCD), dependendo da intensidade e a gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional.

Nota-se, com isso, que não há um parâmetro seguro no que concerne ao atentado violento ao pudor. O delito em questão está incluindo em seu rol típico o beijo lascivo, contudo, tendo em vista o desrespeito a princípios constitucionais, a doutrina propõe que o bem jurídico seja protegido por outros tipos de crimes ou contravenções penais. O tratamento penal direcionado aos atos libidinosos de baixo escalão demonstra-se nebuloso e confuso para o meio social.

Apesar de haver possibilidade de enquadramento de condutas de pouca graveza ao tipo de atentado violento ao pudor, Pierangeli (2008, p 475) acredita que os juízes, a despeito de sua severidade, não aplicariam ao beijo lascivo a pena do crime em análise:

Estimamos que nenhum juiz, por mais severo que possa ser, admite aplicar uma pena mínima de seis anos de reclusão por um beijo roubado, isto é, executado contra a vontade. Existem razões jurídicas para que se repudie essa conclusão. A diferença entre beijo voluptuoso e uma *irrumatio in ore*, para aproveitarmos um dito popular, é a que existe entre a água e o vinho, e a aplicação de penas equivalentes para as duas condutas ofende claramente o *princípio da proporcionalidade da pena*.

Contudo, refutando a afirmação do respeitado autor, foram trazidas como exemplo a decisão RT 534/404¹ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que considera atentado violento ao pudor o beijo lascivo empregado contrariamente à vontade da vítima, bem como a RT 567/293² do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que, além de fazer as mesmas considerações da primeira, rejeita claramente a configuração de importunação ofensiva ao pudor ao caso. Encontrou-se também a RT 510/349³ e RT 458/302⁴ do TJSP, que tratam de apalpadelas em partes pudendas, como nádegas e seios; e a RT 429/380⁵ do TJSP que fala sobre o contato físico em vítima vestida; todas elas concebendo as condutas descritas como atentado violento ao pudor.

Boa parte da jurisprudência segue o entendimento doutrinário e classifica essas modalidades de conduta como crime de constrangimento ilegal, contravenções de importunação ofensiva ao pudor ou de perturbação da tranqüilidade, quando não as considera atípicas. Porém, como exposto, há espaço para absurdas decisões que as adéquem ao art. 214 do Código Penal, uma vez que o tipo de atentado violento ao pudor não seleciona os atos libidinosos diversos da conjunção carnal que merecem a reprimenda consubstanciada em uma pena de seis a dez anos de reclusão. A norma penal atinge direitos primordiais, como o da liberdade, e por isso deve descrever em minúcias as condutas mercedoras de sanção. Quando a descrição típica apresenta-se ampla em demasia, abre-se a possibilidade para que o magistrado decida a seu bel prazer, dentro dos limites da norma.

1.3.3 Elemento subjetivo

É o dolo em praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.

¹ Está em Anexo A.

² Está em Anexo A.

³ Está em Anexo A.

⁴ Está em Anexo A.

⁵ Está em Anexo A.

Para Bitencourt (2009), a existência da finalidade de satisfazer a própria lascívia é irrelevante, mas é necessário o elemento subjetivo especial do injusto, que consiste no fim especial de violentar a vítima (homem ou mulher), sob pena de não se configurar o crime de atentado violento ao pudor.

Não se admite a modalidade culposa.

1.3.4 Consumação e tentativa

Havendo a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, estará consumado o crime de atentado violento ao pudor. Se por circunstâncias alheias à vontade do agente, o mesmo é impedido de consumir o crime, e para este fim havia iniciado a violência ou grave ameaça, ou seja, atos executórios, ocorre tentativa.

Rogério Greco (2008, p. 501) evidencia alguns exemplos do delito em sua forma consumada quando a vítima é obrigada a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas (seios nádegas, pernas, vagina [desde que não haja penetração], pênis, etc.)

Quanto à forma tentada, explica que a tentativa é possível a partir do momento em que o agente praticar o constrangimento sem que consiga, nas situações de atividade e passividade da vítima, determinar a prática de ato libidinoso, tratando-se, pois, de delito plurissubsistente.

1.3.5 Formas qualificadas, presunção de violência, ação penal e causa de aumento de pena

As formas qualificadas do delito de atentado violento ao pudor, bem como a presunção de violência, ação penal e causa de aumento de pena obedecem os mesmos preceitos que regem o crime de estupro, já dispostos nos tópicos 1.2.5 e 1.2.6.

1.4 Lei de Crimes Hediondos: Breve reflexão

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispôs em seu art. 5º, XLIII:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Em 25 de julho de 1990, surge no cenário jurídico a Lei nº 8.072/90 - Lei dos Crimes Hediondos - que em seu art. 1º catalogou, a partir de uma seleção feita no Código Penal Brasileiro, as infrações hediondas (tentadas ou consumadas) assim arroladas: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que praticado por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º); latrocínio (art. 157, § 3º); extorsão qualificada pela morte (art. 158 § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (art. 213, caput e parágrafo único, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); atentado violento ao pudor (art. 214, e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único); epidemia com resultado morte art. (267, § 1º); falsificação, corrupção, adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, caput e § 1º, §1º-A e §1º -B, com redação dada pela Lei 9.677/98).

Além destes, o crime de genocídio (art. 1º, 2º e 3º da Lei 2889/56). Importante realçar os crimes elencados no art. 5º, XLIII, CF (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo), estão no art. 2º da Lei 8072/90 e recebem tratamento idêntico aos crimes hediondos.

O art. 2º da Lei de Crimes Hediondos proibia a concessão de anistia, graça e indulto, bem como da liberdade provisória. Seu § 1º vedava a progressão de regime, devendo o condenado por crime hediondo cumpri-lo em regime integralmente fechado, salvo nos crimes de tortura, regidos pela Lei nº 9.455/97.

Segundo Bitencourt (2009, p. 12): “houve uma *obsessiva vontade* de exasperar brutalmente a punição de determinadas infrações penais, ignorando-se, inclusive, os princípios do bem jurídico e da proporcionalidade”.

Porém, atendendo a diversas críticas que defendiam a individualização das penas, e por motivação da decisão proferida no *Habeas Corpus* (HC) 82.929/SP pelo Plenário do STF, que afastou o impedimento originário da Lei 8.072/90 relativo à progressão de regime, foi introduzida a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que passou a admitir a concessão de

liberdade provisória e de progressão. Agora, o condenado por crime hediondo cumprirá pena em regime inicialmente fechado e obterá sua progressão após o cumprimento de dois quintos da pena, se primário, e de três quintos, se reincidente.

O art. 1º da Lei 8.072/90 dispõe:

Art. 1: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

(...)

V – estupro (art. 213 e sua combinação com art. 223 *caput* e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com art. 223 *caput* e parágrafo único);

(...)

Os Tribunais Superiores passaram a divergir quanto ao caráter hediondo do estupro e do atentado violento a pudor em suas formas simples, uma vez que os resultados qualificadores de morte ou lesão corporal grave poderiam atuar como elementos essenciais e necessários ao reconhecimento da hediondez destas infrações, assim como as formas simples e qualificadas poderiam ter assumido papéis autônomos, havendo o legislador destacado as formas qualificadas como reforço, para que estas não fossem desconsideradas. Filiando-se ao último entendimento, decidiu o STF no HC 81.288⁶, que toma por base a brilhante lição da Desembargadora Maria Berenice Dias. Em sentido contrário, o STJ, no HC 16.838⁷, considerou hediondos apenas o estupro e o atentado violento ao pudor nas suas formas qualificadas. Mostra-se mais consistente o argumento que indica o caráter hediondo, tanto à forma simples, quanto à qualificada do estupro e atentado violento ao pudor, pois que a hediondez não se encontra apenas no resultado do crime de estupro, mas já em sua prática, e também na prática de algumas vertentes do atentado violento ao pudor.

São divergentes, da mesma forma, os posicionamentos relativos à caracterização hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas circunstâncias em que os mesmos são praticados conforme o art. 224 do Código Penal, ou seja, com violência presumida, haja vista que não se encontra menção do referido artigo na Lei 8.072/90. Sobre a presente celeuma, Capez (2007, p. 21) manifesta-se coerentemente:

Entendemos que também se trata de crime hediondo, pois a lei não faz nem autoriza qualquer distinção entre as formas de violência. Com efeito, submeter uma criança de 9 anos à conjunção carnal, seduzindo-a com doces e brinquedos, não nos parece ser uma conduta menos grave que empregar violência real contra adulto. Ambas as

⁶ Está em Anexo A.

⁷ Está em Anexo A.

formas são, na realidade e na letra da lei, crimes hediondos. Os Tribunais superiores têm-se manifestado nesse sentido, em que pese haver posições discordantes.

Manobras traiçoeiras usadas para seduzir crianças com o fim de se praticar com elas atos de natureza lasciva, podem revelar-se, igualmente, ou mais hediondas que aquelas, as quais se emprega violência ou grave ameaça em pessoa adulta.

Ao entrar em vigor a Lei de Crimes Hediondos, a pena mínima do atentado violento ao pudor, antes de quatro anos de reclusão, igualou-se à do estupro, passando para seis anos de reclusão. A pena máxima de dez anos de reclusão, que já era igual à do estupro, permaneceu idêntica.

Observa-se com essa breve explicação que o crime de atentado violento ao pudor habita um campo incerto e obscuro, e, diante da dificuldade de se definir pontos específicos, aos quais o tipo do mesmo deva abarcar, necessária será uma reavaliação e reformulação de seu conceito, tendo por alicerce princípios constitucionais que minimalizem a zona de alcance do Direito Penal.

CAPÍTULO 2 MINIMALISMO PENAL OU DIREITO PENAL MÍNIMO

2.1 Movimentos de Política Criminal

A Política Criminal tem como papel tornar efetiva a proteção de bens jurídicos e criticar os modelos de tutela vigentes. Orienta os legisladores no combate à criminalidade, recomendando os mecanismos apropriados para o andamento do Direito Penal. ZAFFARONI (2005, p.115) conceitua Política Criminal: “A Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.” Faz-se uma apreciação crítica do ordenamento jurídico, tendo por fim sua modificação segundo as políticas sugeridas.

A Política Criminal define os limites da punibilidade no âmbito do Direito constituído e do Direito a constituir. É auxiliado pelos conhecimentos provenientes da Criminologia, atividade intelectual que examina os processos criadores de normas sociais e penais associados ao comportamento criminoso, bem como a forma, o conteúdo e os efeitos destas normas na sociedade. O objeto da Política Criminal não se restringe apenas à infração penal, mas alcança também todos os fenômenos nocivos à sociedade substancialmente semelhantes àquela, englobando da marginalidade ao desvio social.

Dentre os movimentos de Política Criminal existentes, merecem destaque o movimento de Lei e de Ordem, o Abolicionismo Penal e o Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal.

2.1.1 O movimento de Lei e de Ordem

O Direito Penal Máximo propõe, para a solução de problemas criminais, a imposição de extremo rigor punitivo. Entre suas vertentes, encontramos o Direito Penal do Inimigo e o movimento de Lei e de Ordem. Aquela representa uma de suas matizes mais rígidas, criada pelo professor alemão Günter Jakobs, que dividiu o Direito Penal em duas linhas: Direito Penal do Cidadão, que garantia a determinada parcela da sociedade todas as prerrogativas e direitos que lhe fossem inerentes; e Direito Penal do Inimigo, que tratava como inimigos de guerra a fração social tida como subversiva.

Jakobs (*apud* GRECO, 2006, p. 20) afirma:

O Direito penal conhece dois pólos ou tendências de suas regulações. Por um lado, trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confinar a estrutura normativa da sociedade, e de outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E é que estado natural é um estado ausência de norma. Quer dizer, a liberdade excessiva tanto como de luta excessiva. “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a essa determinação.

Esse foi um sistema largamente utilizado na Alemanha Nazista e na Segunda Guerra Mundial, quando se punia inimigos do Estado ou do regime com penas desumanas e cruéis.

Aplicadas hodiernamente, essas medidas atingiriam a parte *contaminada* do meio social, composta pelas organizações criminosas e traficantes.

Já O movimento de Lei e de Ordem, de tempos em tempos, impulsiona os brados da imprensa sensacionalista que aponta a severidade das penas como remédio para mazelas sociais.

Sua doutrina defende que o Direito Penal deve controlar todo e qualquer bem, não importando seu valor. Greco (2005, p. 20) fala sobre a finalidade do movimento:

Deve ser utilizado como *prima ratio* e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Deste modo, a proposta legal e doutrinária do Direito Penal se divorcia das características e fundamentos que lhe são inerentes. A noção de bem jurídico e seu dimensionamento social é um desses pilares. As instâncias formuladoras do Direito seriam, pois, desnecessárias, vez que dispensável verificar, embasado nas relações sociais, quais os valores essenciais teriam efeito de tutela penal. E o que era meio, passa a ser fim. A sociedade seria escrava de sua própria criação.

2.1.2 Abolicionismo Penal

O movimento de Lei e de Ordem, derivado do Direito Penal Máximo, está inserido no leque de teorias legitimadoras do Direito Penal, as quais o consideram instrumento capaz de resolver toda e qualquer conduta que vá de encontro aos interesses da sociedade.

Em contrapartida, há movimentos políticos criminais que deslegitimam o Direito Penal e rebatem as justificativas levantadas pelas teorias legitimadoras, oferecendo alternativas para sua menor intervenção.

De um modo geral, para as correntes abolicionistas, o mero temor à pena não obsta a prática de crimes, pois outros fatores são determinantes para tanto, como os aspectos biológico, psicológico e social.

O sistema penal estaria violando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que confere ao homem valores inalienáveis, os quais não podem deixar de ser observados pelo Estado. Com isso, o direito penal, através de sua realidade opressiva, e infundável duração dos processos penais, estaria afrontando o princípio constitucional.

O sistema de aplicação de penas também viola este princípio, já que as mesmas não cumprem a função de punir e prevenir a prática de delitos. O Direito penal, portanto, para os abolicionistas, confronta-se brutalmente com o basilar princípio da dignidade da pessoa humana.

Crimes como o de homicídio, aborto, estupro, tráfico de drogas, reiteram-se a despeito de qualquer norma repressora, pois que esta não representaria obstáculo à prática delitativa. A reincidência seria prova cabal da ineficácia de normas incriminadoras.

Não existe uniformidade conceitual das teorias filiadas ao movimento do Abolicionismo Penal. Nilo Batista, Zafaroni, Alagia e Slokar (2006, p.18) definem:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

Michel Foucault não era um abolicionista, mas sua teoria estruturalista contribuiu para o movimento. Ele rejeitava a concepção de um sistema de poder, e propunha a reunião de micro-poderes. Criticando a justiça penal, alegou que o poder conteve os conflitos quando os estados nacionais foram criados, e, atuando como instância superior de decisão, negou o modelo de parcela sobreposta.

Nils Christie defende a extinção de toda sanção penal que cause dor ou sofrimento pessoal, e com isso resulte em desvio para um comportamento moral intolerável. Sua concepção abolicionista é fenomenológico-historicista.

A visão abolicionista de Thomas Mathiesen tem por base o estudo esquemático do marxismo. Vincula o Direito Penal ao monopólio capitalista, e prega tanto o fim do referido ramo do Direito, como de qualquer forma de manifestação repressora da sociedade. A pena de prisão deveria ser extirpada, posto que atinge apenas as classes oprimidas. Segundo Mathiesen, o abolicionismo, assim como qualquer processo teórico, está em permanente evolução, sendo, portanto, uma teoria inacabada.

O entendimento de Louk Hulsman pode ser definido como fenomenológico, é a vertente abolicionista mais radical e sustenta uma abolição imediata do sistema penal. O direito repressor seria totalmente extinto e outras normas cuidariam de impasses hoje direcionados ao Direito Penal. Assim, o Direito Civil ou Administrativo, por exemplo, responsabilizar-se-iam por um crime de estupro, ou homicídio.

Embora importante o discurso abolicionista, o certo é que, para determinados fatos danosos, infelizmente, não existe outro meio a não ser a aplicação do Direito Penal, não havendo qualquer possibilidade, pelo menos no estágio em que se encontra a sociedade atual, de abrir-se mão do sistema penal, sob o argumento de que os outros ramos do Direito seriam capazes de resolver todo e qualquer conflito e lesões aos bens jurídicos relevantes.

2.1.3 O Direito Penal Mínimo ou Minimalismo Penal

O ponto de equilíbrio entre o movimento de Lei e de Ordem e o Abolicionismo Penal é o Direito Penal Mínimo ou movimento minimalista.

O minimalismo penal prega que somente bens jurídicos de vital importância, os quais não podem receber a custódia de outros ramos do ordenamento, serão tutelados pelo Direito Penal.

A seleção de bens jurídicos que coadunam com o entendimento minimalista deve ser feita por meio de princípios, que guiarão o legislador na criação ou revogação de tipos incriminadores, e o intérprete no momento de sua aplicação. Destacam-se os princípios: da intervenção mínima; da lesividade; da adequação social; da insignificância; da individualização da pena; da proporcionalidade; da culpabilidade; e da legalidade.

Orientado pelos princípios de ordem minimalista, o legislador buscará os bens mais relevantes, assim considerados pelo corpo social, atribuindo-lhes escala valorativa.

Nesse sentido Bianchini (*apud* QUEIROZ, 2006, p. 87):

Um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

O conceito de bem jurídico não é consensual, variando entre “fato valorado positivamente” e “fato considerado materialmente como relações sociais”, conceitos discrepantes. Esta diferença é compreensível, pois cada sociedade dá um peso valorativo aos bens jurídicos, conforme o contexto cultural, político e social em que vive, dentro de determinada fase evolutiva. Destarte, faz-se inviável um conceito genérico ou específico para estes bens. Por isso, eles devem ser submetidos a uma seleção.

O critério da seleção de bens jurídicos varia entre sociedades e muda com o passar do tempo. Convém esclarecer que além da zona conflitiva presente neste segmento, há uma zona de consenso, como leciona Greco (2006, p. 73):

Existe uma zona de consenso, comum a toda e qualquer sociedade, no sentido de proteção de determinados bens, com a criação de certas figuras típicas, como é o caso do delito de homicídio, roubo, etc. Contudo, existem zonas de conflito, nas quais, condutas que são incriminadas em determinadas sociedades já não o são em outras, a exemplo do que ocorre com a punição pelo aborto e pelo homossexualismo.

Pela dificuldade em se estabelecer um ponto fixo que norteie o critério de valoração de bens jurídicos, a doutrina indica como referência de valores significativos, aqueles inseridos na Constituição Federal brasileira de 1988, bem como princípios ausentes do corpo da Carta Maior, mas compatíveis com o quadro axiológico-constitucional.

2.2 Princípios Minimalistas

Por meio dos princípios minimalistas, o Legislador somente criará figuras típicas que reprimam as condutas importantes e necessariamente repreensíveis e o intérprete as adequará com justiça e racionalidade. Alguns deles estão discriminados expressamente na Constituição Federal brasileira, e outros implicitamente se dessumem em princípios expressos, a exemplo do princípio da proporcionalidade que está disponível no corpo da Carta Magna, inserido no da individualização da pena.

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade auxiliam a confecção da lei; os princípios da insignificância, da individualização da pena e da culpabilidade orientam sua interpretação; já os princípios da adequação social e da proporcionalidade atuam nos dois procedimentos.

2.2.1 Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima determina quando os bens passam a ser tutelados pelo Direito Penal, e decide se os mesmos permanecem com esta tutela. Desenvolve, portanto, duas funções: faz a triagem dos bens mais importantes, merecedores do amparo do ordenamento jurídico-penal; e é meio para a ocorrência da descriminalização, fenômeno que se dá quando, diante das constantes mutações sociais, a conduta, outrora hostilizada, perde seu *status* de crime.

A função descriminalizadora é uma demonstração da influência que a Teoria Abolicionista exerceu sobre o movimento minimalista. Não há a abolição de todos os crimes em nosso ordenamento, mas o afastamento daqueles que podem receber a custódia de outro ramo do Direito. Nesse diapasão, Bintencourt (2005, p. 32),

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a incriminação de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desses bens, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Reflexo de um Direito Penal subsidiário, aplicado pelo princípio da intervenção mínima, segundo o movimento minimalista, é a proposta de descriminalização das contravenções penais, tipos que não representam crimes, mas infrações de baixa patente, e por este motivo, deveriam ser apartadas do sistema punitivo. Ferrajoli (2006, p. 87) aduz que:

Um redimensionamento do Direito Penal deveria ser precedido, ao menos, da despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa a reclusão [...]; o fato de o legislador ter determinado qualificar certas condutas como simples contravenções, e de alguma maneira a elas agregar a punição – seja mesmo a discricionariedade do juiz – com uma simples multa, é suficiente para fazer supor que ele mesmo tornou tais condutas menos ofensivas que todos os outros crimes; e isto em uma perspectiva de um direito penal mínimo é, sem dúvida, um primeiro critério pragmático de despenalização.

Por figurarem como contravenções penais, estas infrações já evidenciam suas características pouco danosas, que poderiam ser coibidas de outras formas, como através da aplicação de multas. Tanto a despenalização de contravenções, como a de alguns crimes, retiraria do Direito Penal a carga de tutelar bens que poderiam ser resguardados de maneira bem sucedida por outros ramos do Direito.

2.2.2 Princípio da Adequação social

Após a análise do valor do bem, verifica-se se a conduta que o atinge recebe o repúdio da sociedade, conforme o princípio da adequação social, pois nem toda conduta referente a um bem jurídico importante é socialmente inadequada. Evita-se a criação de tipos tolerados pela sociedade. Greco (2006, p. 93):

Caso contrário, estaria, na verdade, compelindo a população a cometer crimes, uma vez que, estando a sociedade acostumada a praticar determinados comportamentos, não mudaria a sua normal maneira de ser pelo simples fato do surgimento de uma lei penal que não teve a sensibilidade suficiente para discernir condutas inadequadas socialmente daquelas outras que não são toleradas pela sociedade.

Quando o senso comum não enxerga uma conduta como prejudicial ao convívio em sociedade, embora esteja ela alcançando um bem jurídico, não se deve considerá-la criminosa. Além de restringir o campo de escolha do legislador, este princípio motiva-o a retirar do ordenamento jurídico as condutas que se adaptaram à evolução social. Possui, por isso, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, a função de despenalização,

sem o condão de revogar um tipo penal por si só, haja vista que apenas uma lei pode revogar outra, mas inclinando o legislador a criar lei que o revogue.

Com relação a seu caráter interpretativo, os costumes, por sua vez, servirão de rumo, de ponto de orientação para a efetiva adequação da norma penal abstrata ao sentimento social.

2.2.3 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade auxilia o da intervenção mínima, em sua atuação seletiva, posto que também restringe a relação de condutas potencialmente alcançadas pelo Direito Penal.

O princípio da lesividade possui quatro funções primordiais, segundo Nilo Batista (2004): Proibição de incriminações de uma atitude interna; Proibição de incriminações de comportamentos que não excedam ao âmbito do próprio autor; Proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais; Proibições de incriminações de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico;

Tendo em vista a primeira função do princípio da lesividade, não se pode punir um indivíduo por pensamentos ou desejos não exteriorizados. Permanecendo resguardados no foro íntimo, impulsos e sentimentos não alcançam bens de terceiros, estando com isso, insuscetíveis de represarias.

A segunda função indica que a conduta que não lesionar bens de terceiros não será submetida à tutela penal. A tentativa de suicídio, a autoflagelação e o uso de drogas, são isentos de punição em virtude do princípio da lesividade, pois, embora representem condutas graves repudiadas pela sociedade, não prejudicam outro bem senão o do executor.

A terceira diz que o direito penal não pode reprimir pessoa, mas fato, uma vez que as ações reprováveis de um indivíduo merecem retaliações, não suas concepções, pensamentos ou ideologias. Zaffaroni (2005, p. 73), alega:

Seja qual for à perspectiva a partir de que se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade do autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite, a autonomia moral da pessoa jamais pode penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora da conduta humana.

A última função do princípio da lesividade indica que condutas, as quais desprezem atos de trato social ou que não ultrapassem as barreiras da moralidade, como: a dispensa de um cumprimento; a falta de higiene pessoal; a disposição voluntária do próprio corpo, de pessoa maior e capaz, para práticas sexuais anormais; apesar de desagradáveis ou inconvenientes, não tem o condão de ofender bem jurídico de outrem.

2.2.4 Princípio da proporcionalidade

Uma infração penal restringe a liberdade da sociedade em exercer a conduta tipificada. Configura, portanto, um ônus, que será compensado pela efetiva proteção da sociedade com relação à atividade humana prejudicial. Contudo o ônus suportado pelo meio social deve ser proporcional às vantagens por ele gozadas, e a penalidade, proporcional ao prejuízo provocado pelo dano. Franco (*apud* GRECO, 2008, p.77) aduz:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionais, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito tem de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

Greco (2008) alerta que, no plano legislativo, a utilização do princípio da proporcionalidade poderia seguir, numa consideração inicial, os ditames do talião, isto é, olho por olho, dente por dente. Entretanto entra em cena o princípio da dignidade da pessoa humana para assegurar uma proporcionalidade com vistas na humanidade das penas.

2.2.5 Princípio da legalidade

Dispõe a Constituição Federal brasileira, art. 5º, inciso XXXIX, que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O art. 1º do

Código Penal traz a mesma idéia, que traduz o princípio da legalidade. Segundo Morais (*apud* GRECO, 2008, p. 93):

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito*, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como os indivíduos – cidadãos – tem a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado

O princípio da legalidade surgiu como garantia da sociedade, para que a mesma não ficasse a mercê da arbitrariedade de governantes, haja vista que regras permanentes evitariam que estes impusessem suas vontades. Por consequência, a lei traz confiança, credibilidade e segurança jurídica às relações humanas. O princípio da legalidade sustenta-se em quatro linhas de pensamento:

Conforme a primeira delas, a lei penal não retroage. A conduta realizada antes da vigência de um tipo que passe a tratá-la como crime, ainda não era reprovada pelo sistema punitivo na época de sua execução, e, por isso, não deve ser penalizada. O art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal brasileira assevera essa característica do princípio da legalidade: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. A anterioridade da lei penal é, portanto, relativa, uma vez que esta só retroage quando traz algum benefício para o réu.

A segunda linha de pensamento assegura que os costumes não são fonte geradora do direito repressivo, ou seja, não possuem o condão de criar crimes ou cominar penas. No momento em que só a norma positivada dita os crimes de um ordenamento, o indivíduo conhece exatamente as condutas das quais deve abster-se.

Conforme a terceira vertente, é vedada a analogia *in mallan partem*. A analogia é uma ferramenta interpretativa que estende a idéia de uma norma a outra que possui disposições semelhantes. Assim como a retroatividade, a analogia *in bonam partem* é permitida, como elucida Greco (2006, p. 147): “é admitida em matéria penal, desde que o exegeta chegue à conclusão de que não foi intenção da lei deixar de lado determinada hipótese, sendo o caso, portanto, de lacuna”

A última faceta do princípio da legalidade afirma que são proibidas as incriminações vagas e indeterminadas. Todos devem compreender o conteúdo exato do tipo, para que possam autodeterminar-se por meio da norma. A lei penal deve ser clara, precisa e simples, evitando ambiguidades e obscuridades que venham a prejudicar sua exata compreensão.

Haverá a escolha do bem jurídico, sua valoração e a análise do repúdio social da conduta que o lesiona. Logo após, comina-se uma pena proporcional ao delito, em um tipo que obedecerá os critérios da especificidade e clareza.

2.2.6 Princípio da insignificância

O princípio da insignificância auxilia o intérprete, quando este aprecia conduta que se amolda a uma figura típica, porém constata que aquela não resulta em dano ou promove ínfima gravidade. Fatos formalmente típicos não podem ser punidos quando materialmente pífios, como, por exemplo, um leve arranhão provocado culposamente. Capez (2005, p. 11) explica:

Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante, a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos.

Seria inaceitável a punição de um indivíduo, por uma conduta que substancialmente não enseja punição alguma, haja vista sua insignificância no mundo fático, pelo simples fato da mesma encaixar-se, pelas vias da formalidade, em um tipo penal. Ainda segundo Mañas (apud GRECO, 2008, p. 67):

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

O legislador deve obedecer, em seu labor, a ditames que especifiquem a conduta tipificada. Porém, mesmo sendo específico, não é capaz de excluir da adequação típica alguns comportamentos que na prática demonstram-se ínfimos em sua danosidade. Portanto, é a função do juiz aplicar a lei com as atenções voltadas ao princípio da insignificância.

2.2.7 Princípio da individualização da pena

Cada bem possui o seu valor, e cada conduta agressora, sua intensidade. Por isso o princípio da individualização da pena serve como critério, a fim de atribuir a importância de cada bem, ou como destaca Queiroz (2003) “a pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido ligado a importância do bem”. Ferrajoli (2006, p. 323) esclarece:

A tarifa das penalidades é a medida do valor dos bens sociais, escreveu Rudolf Jhering, de sorte que o sistema de penas assinala a escala de valores historicamente determinada de uma dada sociedade, além de seu grau de autoritarismo, tolerância e humanidade. Ainda que seja impossível medir a gravidade de um delito singularmente considerado, é possível, no entanto, afirmar, conforme o princípio de proporcionalidade, que o ponto de vista interno se dois delitos são punidos com a mesma pena, é porque o legislador considera-os de gravidade equivalente, enquanto se apenas prevista para um delito é mais severa do que a prevista para outro, o primeiro delito é considerado mais grave do que o segundo.

Segundo o princípio em evidência, a individualização da pena deve obedecer a sua fase de cominação e aplicação. A pena aplicada será condizente com a necessidade de seu teor e com a efetiva tutela que sua execução oferece ao bem jurídico. Os antecedentes e a personalidade dos condenados precisam ser levados em conta, e um programa individualizador lhes será destinado para que a pena cumpra sua função, conforme o delito pontual e a situação de seu autor. O princípio da individualização da pena está em íntima relação com o da proporcionalidade.

2.2.8 Princípio da culpabilidade

Já o princípio da culpabilidade está pautado na averiguação da censurabilidade aferida ao agente e à sua conduta delituosa, posto que há variações quanto a gravidade do resultado, ou participação do agente, que deverão ser sopesadas, para que se aplique uma pena compatível com as circunstâncias do crime e de seu autor. Segundo Greco (2008), o princípio da culpabilidade possui três sentidos fundamentais.

O primeiro traz a culpabilidade como integrante do conceito analítico de crime. Após a constatação da tipicidade e ilicitude de um fato, analisa-se se o mesmo, apesar de desaprovado pelo Direito por já configurar um injusto penal, está sujeito à censura, de acordo com a presença ou não de uma exculpante.

O segundo sentido aponta a culpabilidade como princípio medidor da pena. Após a certeza de que houve a prática de crime, por ser o fato típico, antijurídico e culpável, o julgador levará em conta a culpabilidade no primeiro momento de aplicação da pena, conforme o sistema trifásico, para fazer sua dosagem da pena.

O último sentido é o da culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva. Para que determinado resultado seja atribuído ao agente é preciso que a conduta tenha sido dolosa ou culposa. De acordo com essa vertente, a culpabilidade funciona somente como um princípio em si que evita a responsabilidade objetiva.

2.3 O crime de atentado violento ao pudor à luz do minimalismo penal

Os princípios não se excluem, mas, pelo contrário, se compõem harmonicamente, usando da ponderação quando atinentes ao mesmo caso, como será melhor evidenciado no Capítulo 3, em tópico referente aos princípios e regras.

Aplicando o princípio da intervenção mínima no crime de atentado violento ao pudor, ao realizar a triagem dos bens mais importantes a serem protegidos, o legislador deve considerar, como digno de tutela penal, o bem jurídico “liberdade sexual”.

O beijo forçado, por exemplo, poderá ferir o bem jurídico do atentado violento ao pudor, qual seja, a “liberdade sexual”, assim como pode violar, dependendo do contexto em que for empregado, o bem “liberdade individual ou pessoal de autodeterminação”, que consiste na liberdade que tem o indivíduo de fazer ou de não fazer o que lhe prouver. Se considerados isoladamente, cada bem mereceria a proteção penal. Entretanto um beijo roubado, empregado por uma mulher em um homem, contra a vontade deste, na situação em que os mesmos participavam de um festejo carnavalesco, seria visto com tolerância pela sociedade.

A pena abstrata de seis a dez anos é razoável para alguns atos libidinosos diversos da conjunção carnal, praticados com violência ou grave ameaça, contra a vontade da vítima, como o coito anal e sexo oral forçados. Porém quando atos libidinosos banais, a exemplo da apalpadela em partes pudendas ou do beijo lascivo, recebem a mesma pena, há profundo desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Os atos libidinosos de pequena monta poderiam ser desviados para a categoria de contravenções penais, como a importunação ofensiva ao pudor. Porém, segundo o

entendimento de Ferrajoli (2001), exposto no tópico referente à intervenção mínima, o ideal seria a extinção das contravenções penais, que por resguardarem bens menores, tal proteção seria encaminhada aos outros ramos do direito.

O princípio da legalidade proíbe as incriminações vagas. A lei penal deve ser específica e evidente. Diante deste paradigma, a definição indeterminada de ato libidinoso diverso da conjunção carnal deve ser reformulada, para que haja a descrição exata dos atos de danosidade compatíveis com a pena de seis a dez anos de reclusão.

A aplicação de todos os princípios vistos neste tópico, em conjunto, daria ao crime de atentado violento ao pudor, em algumas circunstâncias, conforme demonstrado, uma roupagem minimalista, posto que seriam escolhidas condutas que agredissem bens de inegável importância, que não pertencessem ao próprio executor, as quais estivessem sujeitas ao repúdio social; aplicar-se-ia penas proporcionais ao prejuízo causado por tais condutas, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto e do autor do delito; desconsiderar-se-iam práticas, cuja danosidade se mostrasse ínfima, resultando em pouquíssimo ou nenhum mal.

Estes princípios, que garantem os direitos fundamentais do homem e auxiliam o princípio da dignidade da pessoa humana, já estão prescritos na Constituição brasileira de 1988, contudo é patente a inércia do Estado no que tange a sua efetiva utilização no trabalho legislativo e na interpretação da lei. São necessárias alternativas, como a do garantismo penal, para que se viabilize a verdadeira aplicação social de um Direito que respeite as garantias constitucionais formalmente asseguradas.

CAPÍTULO 3 CONTRIBUIÇÃO DA TEORIA GARANTISTA

3.1 Normatização dos princípios

O jusnaturalismo surge no panorama das revoluções burguesas em meados do século XVIII. Nesta fase, os princípios eram tidos apenas como inspiradores de um ideal de justiça, sem eficácia normativa.

Surge no século XIX o juspositivismo ou positivismo, no Estado Liberal, quando, com o advento das codificações, as normas escritas adotaram os preceitos jusnaturalistas. O positivismo passa a utilizar critérios de objetividade científica, semelhante ao das Ciências Exatas, para a criação de leis. Os princípios eram proclamados apenas para o preenchimento de lacunas legais.

Regimes despóticos levantaram o pensamento positivista para legitimarem, na letra da lei, suas arbitrariedades, posto que a norma positivada era requisito suficiente para a caracterização da legalidade. Diante da falência de seu conceito, o Direito Positivo deu lugar ao pós-positivismo, que propunha alternativas, não restritas somente à lei escrita e codificada, para uma justa aceção do Direito.

Com o pós-positivismo, os princípios ganharam mais credibilidade, deixando de exercer apenas função subsidiária ou informativa, para assumir *status* de norma jurídica, uma vez que possuem maior densidade na aferição de valores.

3.1.1 Princípios e regras

Conforme os pós-positivistas, a norma jurídica compreende o gênero, do qual as regras e os princípios são espécies. Espínola, (*apud* ASSIS, 2009) salienta:

A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos distintos. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, a idéia de princípio.

Diante das diferenças existentes entre regras e princípios, pode-se destacar o grau mais acentuado de abstração e indeterminação dos últimos. A determinação das regras

promove uma aplicabilidade mais imediata do Direito. Apesar das diferenças, princípios e regras conseguem estabelecer uma convivência.

Ronald Dworkin, criador da Teoria do tudo ou nada, defende que a relação entre regras está pautada na exclusão de uma em detrimento da outra quando existe conflito, haja vista que em razão da estrutura rígida que as mesmas mantêm, não se admite juízos de ponderação. Para Assis (2009):

Regras são um comando prescrito, específico que impõem uma exigência que é ou não cumprida, ou seja, constituem mandamentos fechados e a hipótese de aplicação de uma regra (lei) exclui necessariamente a validade de outras regras em face daquele caso concreto.

Não ocorre o mesmo com os princípios, que, em situação de conflito, e cabíveis ao mesmo caso, não se excluem, mas, em conjunto, ponderam-se, cada qual empregando a parcela que melhor se adéqua ao objeto concreto. Há nesse contexto, ao contrário da Teoria do tudo ou nada, que explica a exclusão na relação entre regras, o Preceito do mais ou menos, ou da otimização dos princípios, os quais, quando apreciam um caso, não se confrontam, mas buscam para ele a melhor utilização de cada um.

As regras possuem várias desvantagens, dentre as quais: o caráter de exclusão em caso de colisões; a burocracia que acompanha sua confecção; a ineficácia perante mutações sociais inevitáveis; e sua inutilidade quando vislumbra determinadas situações. Os princípios são meios eficazes para complementação de regras ultrapassadas ou lacunosas, sem, para isso, desconsiderá-las.

É evidente a força normativa dos princípios diante das constantes mudanças que enfrenta a sociedade. Assis (2009), considera:

O princípio possui maior densidade valorativa e, portanto, é mais adequado para o suprimento de déficit de sentido típico da modernidade (...) As regras em face de sua reduzida carga valorativa, não realizam os anseios de justiça e legitimidade de uma sociedade em cuja estrutura social vacilam as certezas existenciais e multiplicam-se as incertezas ético-filosóficas. Nesse contexto, os princípios realizam simultaneamente reflexão deontológica, acerca dos deveres de cada indivíduo, e a normatização da vida social, exigindo do intérprete do direito o percurso de um caminho mais longo entre abstração principiológica e a realização da justiça no caso concreto, através da argumentação e da motivação de seus atos. Por todo o exposto, conclui-se que a normatividade dos princípios realiza de forma mais plena os imperativos da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade que decorre do exercício do direito.

Os princípios podem acompanhar a evolução social e com isso proporcionar a aplicação do Direito de maneira mais justa. Lacunas da lei, ou até mesmo disposições legais inconstitucionais, podem ser supridas ou solucionadas com o auxílio de princípios.

3.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana.

Além da contribuição no processo de normatização dos princípios, o movimento pós-positivista trouxe à baila a real preocupação com o valor dos direitos fundamentais do indivíduo e da sociedade.

Diante disso, voltaram-se as atenções para o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, além de princípio, representa um valor. Este princípio/valor foi revolucionário no aspecto humanitário da justiça global, legitimando um Estado, em Estado Democrático de Direito.

Boldrini (2009) explica a ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana ao posto de valor jurídico:

As idéias -como proposições- surgem na filosofia, consagram-se na moral e se fortalecem com o Direito. Da mesma maneira, a noção de dignidade da pessoa humana, concebida como uma idéia surgiu no plano filosófico como reflexão (ou *cogitatum*), para em seguida ser consagrada como valor moral ao qual, finalmente, agregou-se em valor jurídico.

A constatação de que o referido princípio é um preceito jurídico, aliada ao seu caráter normativo como princípio, cria um ordenamento voltado para os direitos e garantias fundamentais do homem e um Estado Social eficaz.

Boldrini (2009) cita os diversos pontos de contato existentes entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais:

Num primeiro aspecto, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Neste aspecto, dignidade da pessoa humana assumiria seu caráter axiológico-constitucional, funcionando como um paradigma das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais, e como elemento de integração e de hierarquização hermenêutico-sistemática de todo o ordenamento jurídico. Em segundo aspecto, como elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem sustenta e afere a um Estado e a uma sociedade que tenha a pessoa humana como fim e como fundamento máximo. Aqui, a dignidade assumiria o papel de critério para verificação do sentido de uma ordem estabelecida, sentido esse que não pode ser outro que não aquele baseado na unidade de valor mencionada.

Restam ainda dois aspectos que decorrem desses aspectos iniciais. Um seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro da dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Outro seria a perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto o outro devem respeitar a dignidade (limite – ou função negativa) e promover a dignidade (função positiva ou prestacional), esses que se manifestariam por meio do respeito e da promoção de todos direitos constitucionais da pessoa e do cidadão.

Portanto, o princípio/valor em estudo é fundamento e finalidade dos direitos fundamentais, e parâmetro primordial no que diz respeito a uma Constituição e um ordenamento eficaz, que observa garantias indispensáveis ao ser humano, concretizando-as, seja por meio de uma técnica legislativa inspirada no ideal desses preceitos garantidores, seja em sua utilização no caso concreto, onde se atribui uma carga de valor em sua aplicação e interpretação.

A declaração da Organização das Nações Unidas de 1948 consagrou o princípio/valor da dignidade da pessoa humana como um valor jurídico, tornando-o objetivo e necessidade de toda a humanidade.

Em 1988, a Constituição Federal brasileira elevou este valor à categoria de princípio máximo, na qualidade de norma jurídica fundamental.

Entretanto, apesar do prestígio que ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, vê-se pouca ou nenhuma aplicação dos seus ditames, como se pode constatar no exemplo do crime de atentado violento ao pudor, onde, tanto na criação do seu tipo, quanto na aplicação da lei penal em diversos casos concretos, há inobservância do valor constitucional.

Busca-se, então, meios para que, juntamente com a produção estatal, haja o bem sucedido emprego do princípio/valor em questão.

3.2 Teoria do Garantismo Jurídico

A prática das teorias referentes à dignidade da pessoa humana e ao respeito dos direitos fundamentais tem-se mostrado inerte dentre muitas Constituições que as aprovaram, e legitimaram sua importância.

A questão deste princípio/valor, e da temática dos direitos fundamentais do homem, está pacificada nos Estados Democráticos de Direito e fundamentada em seus ordenamentos jurídicos. Empecilho há, porém, na concretização dos direitos assegurados. Bobbio (1995, p. 135) assim assevera:

É que pouco ou nada valem à justificação racional e a declaração solene dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico se o mesmo não contempla os meios necessários a sua concretização. Por isso, os debates acerca dos direitos humanos devem voltar-se ao estudo das condições e meios pelos quais tais direitos podem ser tornados efetivos para um maior número possível de cidadãos. Ao situar o problema da eficácia dos direitos numa dimensão jurídica, e, num sentido mais político, sem dúvida que tal discussão envolve, necessariamente, um debate sobre os limites do poder e passa pela reformulação das noções de defesa do cidadão face ao arbítrio e a injustiça.

O Estado mostra-se omissivo diante da aplicabilidade do princípio maior, que já se encontra inserido em seu ordenamento. Como as teorias pós-positivistas, e também aquelas baseadas exclusivamente no aspecto social, estão restritas ao plano teórico, não possuem a capacidade de solucionar a inércia Estatal quanto à aplicação do valor/princípio, objeto de análises anteriores.

No entanto a teoria do Garantismo Penal de Ferrajolli parece trazer uma forma eficiente de execução do valor constitucional. Assim assevera Maia (2009):

A Teoria Garantista, muito embora, carregada de posições críticas, é importante nesse sentido, haja vista que busca uma essência no social baseada em um caráter eminentemente procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno que nos parecem superadas.

Ferrajolli formula, portanto, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, partindo de três concepções de garantismo: garantismo como modelo normativo de Direito, que é o principal aspecto funcional da moderna formulação de um Estado de direito; garantismo como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas; e garantismo como filosofia do direito e crítica política.

3.2.1 Primeira acepção

A primeira acepção do termo garantismo trata de um modelo normativo de direito caracterizado pelo princípio da legalidade. Ferrajolli insere esse modelo normativo em três aspectos distintos e harmônicos: o epistemológico, o político e, por fim, o jurídico. O referido autor (2006, p. 851) afirma:

Sob o prisma epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no viés político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idícia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.

No aspecto jurídico, percebe-se um dado curioso: o de se criar um sistema de proteção aos direitos dos cidadãos que seria imposto ao Estado. Ou seja, o próprio Estado, que pela dogmática tradicional tem o poder pleno de criar o direito e todo o direito, sofre uma limitação garantista ao seu poder. Assim, mesmo com sua potestade punitiva, o Estado deve respeitar em elenco sistêmico de garantias que devem por ele ser efetivados. Este é o primeiro passo para a configuração de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Assim, analisa-se primeiramente o sistema constitucional, uma vez que a Carta Magna é a lei que comanda todas as demais, para a identificação de normas que contradigam princípios constitucionais. Analisa-se também a desigualdade entre normas legais e práticas institucionalizadas. Após a conclusão deste balanceamento, será inferido o grau de efetividade da norma constitucional.

O grau de garantismo deverá ser apreciado por diversas óticas, pois, pelo aspecto da norma legalmente constituída, nosso sistema é garantista, posto que os direitos fundamentais estão presentes, escritos e positivados. Já quando se vislumbra a aplicabilidade dessas normas, sua prática efetuada, o sistema é antigarantista pela ausência de aplicação do que foi legalizado.

Um exemplo dessa discrepância pode ser encontrado na Lei dos crimes hediondos 8.072/90, antes das modificações implementadas pela Lei 11.464/2007, e a sua modificação quanto à possibilidade de concessão de liberdade provisória. O princípio da individualização da pena é constitucionalmente legalizado e importante no âmbito constitucional e na adoção do minimalismo penal. O fato de a lei 8.072/90 impedir a aplicação de liberdade provisória para qualquer um que viesse a incidir em seus dispositivos feria mais que explicitamente aquele princípio constitucional, não levando em conta requisitos subjetivos individuais para a concessão do benefício. Vislumbrava-se o garantismo de sua feitura, porém, quando de sua aplicabilidade, a lei de crimes hediondos mostrava-se antigarantista.

3.2.2 Segunda acepção

A segunda acepção do garantismo leva em consideração a validade, a vigência e a efetividade das normas jurídicas.

O grau de garantismo de um modelo normativo é medido conforme o compasso ou descompasso dos direitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico e sua

efetiva aplicação. Para solução do baixo grau de garantismo, disposto em um modelo normativo, é importante que se tenha o real entendimento do termo validade, segundo a teoria garantista. Kelsen (1985, p. 205 e 240) conceitua validade da norma da seguinte maneira:

A validade de uma norma está em uma outra que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, o que equivaleria às diretrizes formais para que tais normas sejam válidas. Revelando a existência de um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação e entre as espécies normativas

Destarte, Kelsen condiciona a critérios formais a validade da norma, no momento de sua confecção, como a utilização de um procedimento prévio de surgimento, estando, com isso, assegurada a legitimidade da lei.

Ferrajoli traz um novo elemento ao conceito de Kelsen, ultrapassando a consideração meramente formal. Nesse sentido, Assunção (2009):

Evidencia-se que Ferrajoli adere a mesma um novo elemento ao conceito de validade, ou seja, uma norma será válida não somente por sua adequação formal, as normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e estabelecem pressuposto para sua verificação, mas sim a partir do momento em que a validade traz em si elementos de conteúdos materiais, como fundamento da norma, pautados nos direitos fundamentais.

Ferrajoli dividiu a validade da norma em um conceito formal e em outro substancial. Sob o aspecto formal, há correspondência com o conceito Kelseniano; a novidade está na atribuição de um conteúdo material, conforme os direitos fundamentais, à norma, para a configuração de sua validade. Desta forma, válida seria a norma formal e substancialmente constituída.

O caráter formal determinaria somente a vigência das normas positivadas, e a validade seria apreciada sob um ponto de vista substancial, ou seja, uma norma formalmente constituída seria considerada vigente, mas inválida se desrespeitasse os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. A norma vigente e válida teria efetividade a partir de sua aplicação ao mundo concreto. Ferrajoli (2006, p. 95) aduz:

Uma norma vigente, todavia não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada – no sentido amplo do termo – em função de sua incompatibilidade, não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais, que se formariam através de um processo histórico, que continua em seu devir, conquistado através da experiência, não dotados de uma ontologia, em virtude de os direitos fundamentais serem construídos através dos tempos.

Com o emprego da segunda acepção garantista, assegurar-se-ia que normas confrontantes com direitos constitucionalmente garantidos que condizem com o princípio da dignidade da pessoa humana, a exemplo do tipo de atentado violento ao pudor, não tivessem validade no ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais seriam condição imprescindível para a consideração, ou não, de um direito.

3.2.3 Terceira acepção

Após a vigência e validade de uma norma no âmbito interno do ordenamento jurídico, por ser formalmente constituída, e materialmente coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os demais princípios constitucionais que o corroboram, busca-se a sua concretização no mundo fático, conforme propõe a terceira acepção do garantismo penal.

O campo de atuação Estatal deve externar o espírito garantista já firmado internamente, para que a sociedade perceba a verdadeira aplicação de seus direitos e garantias fundamentais. Há, nesse aspecto, a incidência de uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a obrigação de uma justificação concreta.

Com a responsabilidade de executar externamente o modelo garantista, usando uma política, cuja sustentação dá-se em direitos fundamentais pautados no princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se a limitação do poder do Estado, uma vez que este deverá seguir fielmente os ditames do princípio maior, sob pena de perda de legitimação. A dicotomia entre o ser e o dever ser resulta em perda de legitimidade ético-política do Direito e do Estado.

A legitimidade atribuída ao Estado e ao Direito, mediante o modelo garantista, confere aos mesmos a condição de propagadores dos direitos fundamentais, através de sua nítida aplicação. Haverá uma permanente busca pela implementação do Direito, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e todos os demais que, implícita ou explicitamente, o reforçam.

3.3 Produção legislativa em um sistema garantista e a reformulação do crime de atentado violento ao pudor

A maior parte dos legisladores obedece, na produção legislativa, apenas o critério formal, e se esquece do substancial, proposto por Ferrajoli, essencial para a validação da norma. O legislador tem como prerrogativa, fabricar a norma com base nos preceitos constitucionais de ordem formal, seguindo entendimentos objetivos, segundo o princípio da legalidade, assim como os preceitos de ordem material, condizentes com direitos e valores primordiais da Carta Magna que respeitam o princípio/valor da dignidade da pessoa humana.

O legislador, no momento da construção da lei, deve realizar um estudo aprofundado sobre a conveniência e necessidade de uma norma penal, para que esta não caia em desuso e, com isso, banalize a técnica legislativa.

A conveniência social determina o valor do bem agredido por uma conduta, e motiva a criação de uma norma que a regule. Contudo o legislador não pode basear-se exclusivamente na opinião pública e sua urgência. Vê-se, na praxe legislativa, pressa na criação de norma repressora que atenda a repercussão social, e protelação em estudo minucioso sobre a oportunidade da permanência daquela norma.

Da mesma forma que o critério substancial da norma deve ser observado na sua fabricação, o legislador precisa levá-lo em conta no momento em que averigua a efetivação dos valores constitucionais em normas já existentes, para sua posterior reformulação ou descriminalização.

O atentado violento ao pudor merece uma apreciação garantista, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais que auxiliam o alcance do primeiro. Diante disso, a especificidade de condutas que agridam o bem “liberdade sexual”, as quais englobem atos libidinosos diversos da conjunção carnal que detenham o *status* de crime, cuja pena abstrata mereça a cominação de seis a dez anos reclusão, tem de ser tuteladas pelo Direito Penal. Condutas lesivas de pequena monta, como um rápido beijo lascivo, podem ser custodiadas por outros ramos do Direito.

Estaria o crime de atentado violento ao pudor formal e substancialmente constitucionalizado, alicerçado em valores, princípios e regras que respeitassem os direitos fundamentais segundo estudo científico, social e ético de possibilidade de sua permanência e efetividade para a situação que se propôs a concretizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi lançada a problemática referente ao crime de atentado violento ao pudor, cujo tipo mostra-se nebuloso, englobando condutas extremamente agressivas, bem como outras de irrisória valia, que, em abstrato, invariavelmente figuram a mesma penalidade do crime de estupro, este de conduta bem definida e bastante lesiva, punido com reclusão de seis a dez anos, pena razoável com a proporção do delito. Confirmou-se a hipótese de que injustas decisões são proferidas em decorrência da descrição típica do crime de atentado violento ao pudor, e que, pela sua abrangência, ocorre insegurança jurídica.

Constatou-se que a Constituição Federal brasileira, regendo o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, possui, em sua extensão, princípios explícitos e implícitos que possibilitam uma intromissão do Direito Penal restrita somente a condutas que resultem em consideráveis prejuízos para a sociedade.

Desta forma, com a incidência dos princípios da intervenção mínima, da adequação social, da lesividade, da proporcionalidade, da legalidade, da insignificância, da individualização da pena e da culpabilidade, pode-se reformular o tipo do atentado violento ao pudor, para que o mesmo resguarde o bem jurídico “liberdade sexual” de condutas agressoras específicas, compatíveis com a pena de seis a dez anos de reclusão e socialmente repreensíveis. Abarcar-se-ia, com isso, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, desde que sua gravidade e consequências fossem equiparados ao crime de estupro, como por exemplo, o coito anal, o sexo oral, a introdução de objetos nas partes pudendas, ou ainda a masturbação forçada, todos praticados mediante violência ou grave ameaça, e contra a vontade da vítima.

Os demais atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como, o beijo lascivo, as apalpadelas nas nádegas e seios, o toque nos órgãos genitais da vítima vestida, entre outros, deveriam sair da esfera penal, para receberem os cuidados de outro ramo do Direito.

Na aplicação da lei, o juiz consideraria apenas o fato que representasse significativo dano concreto, excluindo atos de bagatela. Dosaria a pena conforme os aspectos individuais do crime e de seu autor, bem como a intensidade do dolo e da culpa que o mesmo empregasse no delito. Mesmo com uma lei que respeite os princípios constitucionais, sempre se faz necessário o cuidado do intérprete no momento da sua adequação ao mundo fático.

Viu-se também que o princípio bussolar dos supracitados princípios é o da dignidade da pessoa humana. Os princípios, assim como as regras, são espécies de norma jurídica, com diversas vantagens sobre aquelas, a exemplo da característica de ponderarem-se quando atinentes a um mesmo fato, e de preencherem as inevitáveis lacunas legais.

Identifica-se, contudo, a inércia estatal no que diz respeito à efetividade desses preceitos já garantidos pela Carta Maior. Verifica-se essa inércia, não apenas no crime de atentado violento ao pudor, mas em diversos casos do direito repressor. Ferrajoli cria a Teoria do Garantismo Penal apoiada em três acepções: garantismo como modelo normativo de Direito; garantismo como uma teoria jurídica da validade, da efetividade e da vigência das normas; e garantismo como filosofia do direito e crítica política.

De acordo com a primeira acepção, deve ser feita uma análise estrutural da Constituição de um Estado e aferido seu grau de garantismo, que consiste no grau de efetividade da norma constitucional. No crime de atentado violento ao pudor, é patente o desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos demais que o auxiliam.

Na segunda acepção de garantismo, são apreciadas a vigência, a validade e a efetividade da norma. Dá-se a vigência da norma, quando esta segue parâmetros formais, o que corresponde ao conceito de validade dado por Kelsen, qual seja, aquele que se sustenta num mecanismo de derivação de normas jurídicas. A validade ocorre quando a norma formalmente constituída, e portanto vigente, está substancialmente conforme os direitos fundamentais. A efetividade da norma acontecerá na sua aplicação ao mundo concreto.

A terceira acepção garantista condiciona a legitimação do Estado à concretização da norma válida no mundo fático. O Estado teria que efetivar um modelo garantista, torná-lo visível à sociedade. Com o advento da segunda e terceira acepções, o crime de atentado violento ao pudor, em decorrência da reformulação do Direito Penal, seria válido apenas se condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, e o Estado estaria obrigado a aplicá-lo de acordo com o modelo garantista.

Um Direito Penal mínimo, efetivado pela Teoria Garantista, promoveria a segurança jurídica. Os indivíduos que compõem o corpo social conheceriam com precisão as condutas das quais deveriam abster-se e testemunhariam a eficaz aplicação de seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Wilson Rocha. *A normatividade dos princípios e a pós-modernidade*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em: 05 jan. 2009.

ASSUNÇÃO, Marlize Daltro. *Teoria geral do garantismo: considerações preliminares*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8037>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte especial*. Vol. 4. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. *A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 21 fev. 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal volume 1 – parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal volume 3 – parte especial*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CÓDIGO PENAL. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. São Paulo: RT, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte especial*. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008

_____, Rogério. *Curso de Direito Penal – parte geral*. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008

_____, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 2ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEI Nº 11.464 de 28 de março de 2007. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEI Nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Vade Mecum Saraiva. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Alexandre da. *O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares*. In. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=17>>. Acesso em: 11 mar. 2009.

MIRABETE, Julia Fabbrini. *Código Penal interpretado*. São Paulo, Atlas, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, vol. 2, parte especial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26 de outubro de 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: RT, 2005.

ANEXO A

1. RT 534/404 - Beijo lascivo:crime caracterizado – TJRJ: “O beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrário à vontade da vítima”.
2. RT 567/293 - TJSP: “Pratica atentado violento ao pudor, e não tentativa de estupro, e muito menos a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, aquele que, para desafogo de sua confessada concupiscência, constrange a vítima, mediante violência física e grave ameaça, a suportar lascivo contato corpóreo, consistente em abraços e beijos”
3. RT 510/349 - Tateio da nádega como atentado violento ao pudor – TJSP: “Comete o delito de atentado violento ao pudor o dentista que, no interior de seu consultório, abusa de cliente menor de idade, passando as mãos por sua nádegas e seios”.
4. RT 458/302 - TJSP: “Dentro do critério subjetivo-objetivo que serve para fazer reconhecível o ato libidinoso, o tateio das nádegas é inequivocamente um ato desta espécie”
5. RT 429/380 - Atentado violento ao pudor com a vítima vestida – TJSP: “Indisputável que o réu, derrubando a vítima ao solo e deitando-se sobre ela, procurando, ainda, beijar-lhe a boca, pratica ato libidinoso diverso da conjunção carnal, manifestamente lesivo da pudicícia médica. É sabido que o contato corporal lascivo não necessita ocorrer sobre desnudo, podendo verificar-se mesmo sobre as vestes”.
6. HC 81.288 – STF: “Estou em que razão está com a maioria dos doutrinadores: os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, Cód. Penal, arts. 213 e 214, quanto na qualificada, Cód. Penal, art. 223, *caput* e parágrafo único,, são hediondos, *ex vi* do disposto na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI. O que deve ser considerado é que tais crimes são tratados, na Lei 8.072/90, art. 1º, V e VI, com a redação da Lei 8.930/94, nas suas formas simples e qualificadas, com caráter autônomo. Saliente-se por primeiro, que a conjunção “e” – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*...) – conjunção coordenativa aditiva dá a idéia de soma, acréscimo, assim de termos autônomos. No caso, o que está na lei é isto: são crimes hediondos o estupro tipificado no art. 213 do Cód. Penal e sua combinação com art. 223, vale dizer, e o estupro qualificado, com esmo deve ser dito relativamente ao atentado violento ao pudor. Dir-se-á: para que o acréscimo, dado que, se considerados hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, *a fortiori* as suas formas qualificadas também o seriam? É que, em Direito Penal, tem vigência o princípio da reserva legal, princípio esse que, na ordem jurídica brasileira, tem status constitucional: CF, art. 5º, XXXIX:não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Em tema de crime e de pena não é condenável, portanto, o excesso de tipificação. O entendimento que sustentamos mais se reforça se combinarmos o art. 1º, V e VI, com o art. 6º, ambos da Lei 8.072/90. É que o art. 6º majorou as penas dos crimes nela tipificados, assim dos crimes de que cuidamos, tanto nas suas formas simples quanto qualificadas – CP, art. 213, 214 e 223 – sem distingui-los, a indicar que, na verdade, a utilização, nos incs. V e VI do art. 1º, da conjunção coordenativa “e”, tem o sentido de adição, soma, acréscimo. É dizer, são hediondos os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas simples e nas suas formas qualificadas:art. 213 e sua combinação com o art. 223... art. 214 e sua combinação com o art. 223... Deve ser considerado, ademais, o que o núcleo do tipo objetivo do crime de estupro – CP, art. 213 – é constranger a mulher à conjunção carnal, ou seja, forçar mulher à conjunção carnal, mediante violência ou ameaça grave. No atentado violento ao pudor o mesmo pode ser dito relativamente a alguém, vale dizer, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com esse se pratique

ato libidinoso diverso da conjunção carnal (CP, art. 214). No tipo objetivo de ambos os crimes – estupro e atentado violento ao pudor – está presente a violência ou grave ameaça, a deixarem na vítima seqüelas morais graves. Escrevendo sobre crimes de estupro, lecionou a Desembargadora Maria Berenice Dias, do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul que “a hediondez do estupro está na sua prática e não nas sequelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte.” E acrescenta: “Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as conseqüências de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível.” (Maria Berenice Dias, Estupro, crime duplamente hediondo, Correio Braziliense, Caderno Direito e Justiça, 27.08.2001). STF — *Inf* STF 225 – 19.12.2001)

7. HC 16.838 – STF :”Da interpretação sistemática da Lei 8.072/90, resulta que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor somente se classificam como hediondos nas suas formas qualificadas, isto é, quando deles resultam lesões corporais de natureza grave ou morte (art. 223 do Código Penal).” (STF – 6ª T. – rel. Hamilton Carvalhido – j. 13.11.2001 – DJU 25.02.2002, p. 447).