

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

**A TÊNUE CARACTERIZAÇÃO DO ATO LIBIDINOSO ENTRE O
CRIME DE ESTUPRO E CONTRAVENÇÃO PENAL DE
IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR: fragilidades e
possibilidades**

ISABELLE LAÍS SIMÕES DE OLIVEIRA

CARUARU

2018

ISABELLE LAÍS SIMÕES DE OLIVEIRA

**A TÊNUE CARACTERIZAÇÃO DO ATO LIBIDINOSO ENTRE O
CRIME DE ESTUPRO E CONTRAVENÇÃO PENAL DE
IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR: fragilidades e
possibilidades**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao
Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/
UNITA, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

CARUARU

2018

BANCA EXAMINADORA

Aprovado em: ____/____/____

Presidente: Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

RESUMO

O Direito pátrio avança constantemente, tentando amoldar-se ao tempo/espaço respectivo, contudo, hoje, ainda vigoram leis que não coadunam com a realidade social, ou ainda deixam lacunas em sua aplicação. O presente trabalho parte, então, da evolução normativa no Brasil do crime de estupro, até chegar à reforma trazida pela Lei nº 12.015/09, analisando como tal crime se amoldou aos conceitos de moral em cada época e também os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação do crime. Por conseguinte, aprecia a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor e suas características, como também faz um paralelo entre tal contravenção e o crime de estupro, e demonstra a insegurança jurídica e as implicações advindas da subjetividade normativa presente no crime de estupro, quando se trata dos “atos libidinosos”, na desclassificação do crime estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Mediante uma abordagem qualitativa e valendo-se da revisão de literatura, pretende-se demonstrar, por meio de pesquisa bibliográfica em doutrina, jurisprudência legislação, artigos científicos, a dificuldade que o Poder Judiciário Brasileiro enfrenta, ao tentar aplicar a pena que corresponde ao crime de estupro, quando este se encaixa na possibilidade de “atos libidinosos”, que possui pena de seis a dez anos de reclusão, se cometido na modalidade simples. No entanto, habitualmente, segue a tendência de desclassificação para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que tem pena de multa, por se tratar de conduta com menor potencial ofensivo. Por fim, apresenta o Projeto de Lei nº 656/11, que tenta sanar as fragilidades presentes no crime de estupro, tendo se perpetuado desde a vigência da Lei nº 12.015/09. A atual situação fere os princípios constitucionais-penais da legalidade e proporcionalidade, principalmente quando aplicada a desclassificação para contravenção. Em razão disso, entende-se que o Legislativo deve modificar a Lei nº 12.015/09, senão pela aprovação do Projeto de Lei nº 656/11, por alguma medida semelhante, a fim de aplicar a Justiça Social.

Palavras-chave: Crime de Estupro; Contravenção Penal de Importunação Ofensiva ao Pudor; Fragilidades; Reforma; Justiça Social.

ABSTRACT

The country's law constantly advances, trying to conform to the time/space concerned, however, today, there are still laws that do not fit the social reality, or leave gaps in its application. The present article starts with the normative evolution in Brazil of the crime of rape until it reaches the reform brought by Law 12.015/09, analyzing how such a crime conformed to the concepts of morality in each era and also the legal effects resulting from the application of crime. Therefore, it appreciates the criminal contravention of offensive modesty and its characteristics, as well as a parallel between such contravention and the crime of rape, and demonstrates the legal uncertainty and the implications arising from the normative subjectivity present in the crime of rape, when deals with "libidinous acts", in the disqualification of the crime rape for the criminal contravention of offensive indecency. By means of a qualitative approach and literature review, it is tried to demonstrate, through bibliographical research in doctrine, jurisprudence legislation, scientific articles, the difficulty that the Brazilian Judicial Power faces, when trying to apply the penalty that corresponds to the crime of rape, when it fits into the possibility of "libidinous acts", which carries a penalty of six to ten years imprisonment, if committed in the simple modality. However, it usually follows the tendency of disqualification for criminal contravention of offensive indulgence to the modesty, which has penalty of fine, because it is conduct with less offensive potential. Finally, it presents Bill No. 656/2011, which attempts to remedy the frailties present in the crime of rape, which has been perpetuated since the enactment of Law 12.015/09. The current situation violates the constitutional-penal principles of legality and proportionality, especially when applied to disqualification for contravention. As a result, it is understood that the Legislature must modify Law 12.015/09, if not by the approval of Bill No. 656/2011, by some similar measure, in order to apply Social Justice.

Keywords: Rape crime; Criminal Offense of Offensive Impulse to Pudor; Fragilities; Reform; Social justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME DE ESTUPRO NO BRASIL	09
2 CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR E O CRIME DE ESTUPRO: questões controvertidas	14
3 AS LIMITAÇÕES AOS <i>JUS PUNIENDI</i> ESTATAL E A CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS	25
REFERÊNCIAS	27

INTRODUÇÃO

A evolução do Direito ocorre paulatinamente, tal evolução pode ser observada através das perspectivas de tempo e espaço que vive um determinado povo. No entanto, fazer essa análise sem levar em consideração a formação da sociedade, costumes, cultura, e a situação global dentre outros fatores, se tornaria vã.

Nesse sentido, Nader (2011, p. 19) corrobora este entendimento, pois “não basta, portanto, o ser do Direito na sociedade, é indispensável o ser atuante, o ser atualizado. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social”.

Diante da necessidade de adequação quanto ao tempo-espaço, urge então discutir o desenvolvimento da legislação penal brasileira, especificamente sobre o crime de estupro e suas modificações.

O estupro, até chegar à forma em que se encontra positivado no ordenamento brasileiro vigente, passou por diversas transformações, sendo muitas vezes fruto de normatizações e eventos externos à própria realidade acontecida no país em questão. Como por exemplo: o Iluminismo, a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Revolução Industrial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos entre outros acontecimentos.

Tais eventos marcaram profundamente a história do mundo, como também a forma de tratar o ser humano como sujeito de direito, sendo, portanto, inerente à existência do indivíduo o mínimo existencial de valores como dignidade, solidariedade e liberdade.

Esses valores influenciaram, sobretudo, na aplicação da pena, uma vez que no início da dita sociedade brasileira, as punições eram atroz. Mas como a evolução histórica e socialmente produzida, pode-se observar o abrandamento das penas diante da necessidade de humanização e do caráter que viria a ter a aplicação da pena, não possuindo mais natureza de suplício ao condenado, mas possuindo também a finalidade ressocializadora.

Ocorre que, mesmo após sucessivas modificações no ordenamento penal, e, particularmente no delito de estupro, cerne desse trabalho, atualmente ainda encontram-se fragilidades no tipo penal supramencionado.

O trabalho, então, dispõe analisar, em três seções, além desta: a mudança normativa verificada no crime de estupro, desde a primeira legislação penal

brasileira, até o advento da Lei nº 12.015/2009. A análise da contravenção penal prevista no artigo 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, suas características e pena, confrontando com o crime de estupro, apontando os entendimentos jurisprudenciais díspares no que diz respeito ao vácuo normativo das duas infrações penais. E, por último apresenta as inconstitucionalidades oriundas da reforma da Lei nº 12.015/09 especificamente ao crime de estupro do artigo 213, e a possível solução através do Projeto de Lei nº 656/2011.

A reforma realizada pela Lei nº 12.015/09 trouxe profundas modificações ao Código Penal de 1940, aos crimes anteriormente denominados “Contra os Costumes”. Tal reforma trouxe pontos positivos, e pontos que necessitam de uma análise cautelosa, a exemplo da continuidade normativo-típica, do artigo 214 (atentado violento pudor) ao artigo 213, ambos do Código Penal.

Nesse mesmo cenário de atos sexuais que ofendem direito alheio, convém ainda analisar a Contravenção Penal de Importunação Ofensiva ao Pudor, presente no Decreto-Lei nº 3.688/41, e como difere do crime de estupro, tendo em vista as peculiaridades de ambas.

Finalmente, discorre acerca das lacunas existentes entre as duas infrações penais, além de suas consequências jurídicas e sociais. E encerra trazendo um projeto que Lei que cria um tipo intermediário entre as duas infrações penais, âmagos desse trabalho, permitindo a proporcionalidade das condutas que violam a dignidade sexual.

Esse trabalho aponta uma preocupação latente, vez que reforma trazida Lei 12.015/2009, no que diz respeito à continuidade normativo-típica do artigo 214 ao artigo 213 do Código Penal. Pois, quando analisado os “atos libidinosos” diversos de conjunção carnal, em que se pese conduta em que haja pouca danosidade, habitualmente tem se aplicado a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ao invés do crime de estupro, indo de encontro ao princípio constitucional da legalidade. E desde a vigência dessa Lei até os dias hodiernos o problema continua se perpetuando sem nenhuma perspectiva de resolução, empregando-se medidas injustas ao ato praticado, já que há uma discrepância preocupante entre as infrações penais.

A abordagem do trabalho terá de caráter qualitativo em razão das análises e conexões realizadas entre os conceitos e limites definidos, através da pesquisa bibliográfica e revisão de literatura pela jurisprudência e doutrina, no tocante as

infrações penais, especificamente, o crime de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO CRIME ESTUPRO NO BRASIL

O ponto de partida para a história brasileira é a época compreendida como período colonial, contada a partir da “descoberta do Brasil” pelos europeus, até a sua Independência, apesar de nessa época já existir nativos habitando o Brasil. Durante o período colonial, o Brasil não possuía legislações próprias, o ordenamento penal vigente era estrangeiro, o mesmo aplicado em Portugal, a metrópole brasileira. Tratavam-se dos 143 Títulos do Livro V das Ordenações Filipinas.¹

Apesar de nas Ordenações Filipinas não estar nítida a nomenclatura “estupro”, já havia, no entanto, punição da conduta de praticar conjunção carnal mediante força, contra mulher, seja ela honesta, prostituta ou ainda escrava.

A punição para o crime de conjunção carnal violenta apresentava muito rigor em sua aplicação, já que se tratava de pena capital, perdurando mesmo no caso do autor do crime contrair casamento com a vítima. Contudo, apesar da severidade da pena aplicada, a morte era tratamento punitivo comum para a época.

Acerca dessa questão, observa Heleno Cláudio Fragoso (2003, p. 70):

A legislação penal do Livro V era realmente terrível, o que não constitui privilégio seu, pois era assim toda a legislação penal de sua época. A morte era a pena comum e se aplicava a grande número de delitos, sendo executada muitas vezes com requintes de crueldade.

Rogério Greco (2005, p.3) também manifesta entendimento semelhante acerca do Código Filipino

O nosso primeiro Código Penal surgiu no período do Brasil Colonial, em 1.603, chamado Código Filipino. Nas ordenações Filipinas, orientava-se no sentido de generalizada criminalização e de severas punições, predominando a pena de morte, dentre outras, as penas vis (açoite, corte de membro, galés, mutilações, etc.) degredo; multa; e a pena crime arbitrária, que ficava a critério do julgador já que inexistia o princípio da legalidade. A preocupação de manter os maus pelo terror vinculava-se ao delito, que era confundido com pecado ou vício. Consagravam-se amplamente nas ordenações a desigualdade de classes perante o crime, devendo o juiz aplicar a pena segundo a gravidade do caso e a qualidade da pessoa, por isso, em regra, os nobres eram punidos com multa e os peões eram reservados os castigos mais severos e humilhantes.

¹ De acordo com José Salgado Martins (1967, p. 94-95), as Ordenações Filipinas não eram portuguesas e nem brasileiras. Foram promulgadas em 1603, por Filipe III, na Espanha, ou Filipe II, quando rei em Portugal, e, aqui, no Brasil, prevaleceram até 1830.

Contudo, o tempo passou e em 1821 o Brasil se tornou independente de sua metrópole, havendo assim a necessidade de um novo desdobramento jurídico para reger a sociedade de seu tempo, nesse intuito foi outorgada a Constituição Federal de 1824. Dessa nova etapa vê-se também a obrigação de regular um código penal que avançasse quanto aos ideais de Justiça e Equidade. Vigente então o Código Criminal do Império do Brasil de 1830.

Esse ordenamento jurídico evoluiu mormente quanto as penas, possuindo agora caráter mais humanitário no que diz respeito a integridade física, não mais sendo aplicada a pena de morte como punição ao crime de estupro, surgindo aos poucos a proporcionalidade entre o crime cometido e a pena cominada.

Tal diploma foi o primeiro a classificar o crime de estupro, tipificado no Título II- “Dos Crimes Contra a Segurança Individual”, Capítulo II – “Dos Crimes Contra a Segurança da Honra”, Seção I- Estupro, que vai do art. 219 ao art.225. Porém tal rubrica não representasse apenas a conjunção carnal forçada, mas também outros delitos de conotação sexual e finalidade libidinoso.

Ocorre que, apesar do progresso quanto à humanização na aplicação da pena nesse diploma, houve profundo retrocesso no caso da vítima ser prostituta – uma vez que a violência perpetrada no delito é a mesma independente da qualidade da vítima, porém esse não era o entendimento que prevalecia- como também prevê a possibilidade de extinção da pena caso o autor do delito casasse com a vítima.

É presumível então que aqui o crime não atingia a vítima, mas sim a honra das famílias, sendo considerado um ultraje ao tutor da vítima, geralmente o pai ou o marido. (Manfrao, 2009, p. 11).

Um fator de grande relevância para esse ordenamento é o termo usado para designar a mulher que correspondia aos bons costumes e padrões morais-sexuais da época - mulher honesta. Acerca dessa termo, faz mister notabilizar a brilhante interpretação Renato Flávio Marcão (2005)

A expressão “mulher honesta” constituía elemento normativo do tipo, e a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza nitidamente discriminatória.

Décadas após a Independência do Brasil, ocorreu a derrubada da monarquia constitucional parlamentarista do Império do Brasil, instaurando ao Estado brasileiro a estrutura de República Federativa sob a forma de governo presidencialista. A partir

de então foi que o Brasil começou a trilhar efetivamente rumo à consolidação da democracia, para tanto, fez-se necessária nova legislação com intuito de eliminar delitos que tivessem tutela imperial. Assim foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890.

Nesse Código, o crime de estupro encontra-se em seu Título VIII “Dos Crimes contra a Segurança da Honra e Honestidade das Famílias e Ultraje Público ao Pudor”, Capítulo I “Da Violência Carnal”, arts. 266 à 269.

Importante frisar que é neste Código que surge pela primeira vez à expressão “atentar contra o pudor”, mesmo que de forma genérica, nesse mesmo ordenamento existe ainda outra particularidade, pois é onde surge a possibilidade de ser aplicada a pena em caso de vítima do sexo masculino, como observado no artigo 266 *caput*. E ainda, se em caso de estupro houver concurso de pessoas a pena seria aumentada em 1/4.

Porém persiste nesse Código a diferenciação entre o estupro em que a vítima seja mulher honesta (artigo 268 *caput*) e o estupro em que a vítima seja mulher pública ou prostituta (artigo 268, §1º). Outro fator que não daria para passar despercebido é o fato de que o estupro em que a vítima seja mulher pública ou prostituta, que possui pena muito inferior que o crime de atentado contra o pudor (artigo 266 *caput*).

Nesse sentido, a liberdade sexual da mulher ainda não era tratada como inerente a condição de ser humana. Assim, a mulher continuava tendo que se adequar valores éticos e morais socialmente construídos e impostos.

Diante dessas e outras críticas, surgiram vários Projetos de Lei para substituir essa legislação, mas foi apenas por meio do Decreto-Lei n.º 2.848 de 07 de Dezembro de 1940, que foi editado o atual Código Penal Brasileiro. Esse é o momento da história em que reverberam os “Direitos Humanos de Terceira Geração”, em que “o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade” (LENZA, 2010, p. 740).

O Crime de estupro no Código Penal de 1940 está localizado no Título VI sob a égide: “Dos Crimes Contra os Costumes”, caracterizado na conduta do art. 213, nessas palavras: “Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena – reclusão, de seis a dez anos”.

Tal sistemática, criada em 1940, vigorou até o advento da Lei 12.015 de 07 de Agosto de 2009, que possui mudanças significativas ao teor do crime, trazendo consigo alterações necessárias para a real situação da sociedade moderna.

O crime de estupro passa a integrar o rol taxativo dos crimes hediondos, pela gravidade da violação, e em decorrência disso trás consigo todas as imposições aplicadas aos crimes hediondos, quais sejam: o cumprimento da pena a princípio em regime fechado, a impossibilidade de conseguir a liberdade provisória, com fiança, a impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia, o significativo aumento de prazo para progressão de regime, bem como para obtenção do livramento condicional, dentre outros.

Essa Lei também modifica ainda o Título IV do Código Penal Brasileiro “*Dos crimes contra os costumes*” para o atual, qual seja “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”.

Conforme Hungria (1959, p.103-104), a nomenclatura “costumes” usada desde a promulgação do Código de 1940 até a respectiva reforma, é definida da seguinte forma:

Hábitos da vida sexual, aprovados pela moral prática, ou, o que vale mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjecta matéria* é o interesse jurídico concernente à preservação do *mínimo ético* reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

Ocorre que, com o passar dos anos os conceitos de moral e mínimo ético, não eram mais cabíveis, uma vez que a sociedade evolui constantemente, e desse modo os costumes públicos já não eram mais os mesmos, por isso o legislador precisou adequar a norma válida aos conceitos de justiça, moral e ética à realidade da sociedade, para que desse modo fosse aplicação fosse justa e eficaz. Motivo pelo qual o Título foi modificado pela nomenclatura atual.

Tal nomenclatura é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado no artigo 1º, III, da Constituição Federal Brasileira, discorre acerca de dignidade Sarlet (2011 p.73)

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável,

além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O crime de estupro passa agora a integrar o Capítulo I “*Dos crimes contra a liberdade sexual*”. Acerca disso afirma Bittencourt (2013, p. 47):

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente aqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico protegido continua sendo a liberdade individual, mas na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; assumem dimensão superior quando se trata de liberdade sexual, atingindo sua plenitude ao tratar da inviolabilidade carnal.

Obsta citar outra valiosa mudança proposta através da Lei 12.015/09, em que dispõe o *caput* do artigo 225 do CPB, afirmando que a regra para os crimes contra a liberdade sexual possui ação pública condicionada a representação do ofendido. Em sendo a ação penal promovida pelo Ministério Público, deste modo à persecução penal estará mais fortalecida, uma vez que o *Parquet* possui prerrogativas públicas que não estão acessíveis para o particular. E, portanto, fica a vítima mais protegida, juridicamente falando.

Finalmente, tem-se o delito de estupro sendo delineado da seguinte maneira:

Art. 213 Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (catorze) anos.

Pena- reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2º. Se da conduta resulta morte.

Pena- reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Em outras palavras o artigo retrocitado evidencia crime quando: o autor obrigue/force/coaja/subjugue a vítima, que pode ser homem ou mulher, através de violência, ou seja, utilização de força física, ou ainda grave ameaça, que pode ser realizada diretamente a vítima ou indiretamente em desfavor de coisas ou pessoas próximas, para que tenha conjunção carnal/fazer com que a vítima pratique/permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso.

Acerca do elemento normativo “atos libidinosos” podem-se entender como os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, como também o coito anal, oral, uso de instrumentos corporais, mecânicos ou artificiais. (Prado, 2010, p. 601). Hoje, o crime de estupro congrega todos os atos libidinosos, dos quais a conjunção carnal é apenas uma espécie.

Ao analisar a nova redação desse artigo, obsta salientar que não mais se entende estupro como sendo apenas a conjunção carnal (introdução de pênis-vagina) forçada, mas também os demais atos libidinosos impostos sob a forma de violência ou grave ameaça. Tal classificação era positivada no crime de atentado violento ao pudor, no entanto foi absorvido ao crime de estupro, havendo assim uma continuidade normativo-típica.

Isso posto, existem três possibilidades de realização do estupro, de forma alternativa, podendo o autor praticar apenas uma das condutas ou as três, em desfavor da mesma vítima, no mesmo local e horário, constituindo um só delito. (Nucci, 2015, p. 1074).

Entretanto, apesar de todas as modificações verificadas no delito supramencionado, ainda existem fragilidades na legislação penal, que necessitam de uma observação cautelosa, e ponderada caso a caso. Com por exemplo à incorporação do atentado violento ao pudor, ao crime de estupro, que possuía pena de reclusão de dois a sete anos, contudo após a incorporação, a conduta praticada ora tipificada no artigo 213 do Código Penal, passa a possuir pena de seis a dez anos.

Notório observar, que o Legislador ao igualar as penas de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (crime de atentado ao pudor antes de sua revogação pela Lei nº 12.015/09) e a “conjunção carnal”, em si, deixou uma nítida afronta ao princípio da proporcionalidade. Uma vez que existe uma imensurável gravidade entre as condutas (conjunção carnal e demais atos libidinosos) e houve o aumento exacerbado da pena mínima, tornando difícil a justa aplicação da pena.

Diante dessa latente problemática, restou ao Judiciário a tentativa de sanar essa discrepância entre atos libidinosos e conjunção carnal. A doutrina e a

jurisprudência, por vezes, estão seguindo o movimento, no sentido de excluir a imputação do delito de estupro, observando a ofensividade da conduta, e seguinte classificação em tipo menos rigoroso, nos casos que houver a possibilidade. É o exemplo a desclassificação para a contravenção do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais - Importunação ofensiva ao pudor.

2 CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR E O CRIME DE ESTUPRO: questões controvertidas

Antes de adentrar na contração penal de Importunação Ofensiva ao pudor, em si, é importante conceituar o que é infração penal, contração penal e crime, esclarecer suas características, e fazer um paralelo entre elas.

As infrações penais são divididas em duas espécies: os crimes e contrações penais. Estas se aplicam, em suma, nos casos de infrações penais em que há pouca danosidade, ao contrário do que ocorre com os crimes. Nas palavras de Sanches (2015, p.148), a contração penal poderia ser denominada de “crime-anão” ou ainda “delito liliputiano”, devido à baixa ofensividade do ato praticado. Tal afirmação é consubstanciada no artigo 61 da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), *in verbis*:

Art. 61. **Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contrações penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.** (grifo nosso)

Em se tratando de uma infração penal de menor ofensividade, conseqüentemente, a pena aplicada às contrações deve ser diferente da pena aplicada aos crimes, sendo, portanto, mais branda, conforme preceitua o Decreto-Lei nº 3.914/1941 (Lei de Introdução ao Código Penal):

Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; **contração, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.** (grifo nosso)

Diante dessas particularidades, a competência para julgar os casos previstos na Lei de Contrações Penais é exclusivamente do Juizado Especial Criminal. Existem ainda outras dissemelhanças entre as espécies de infrações penais que merecem destaque, tais como: o limite temporal da pena (que nos crimes é de 30 anos – artigo 75 do Código Penal- e nas contrações é de 5 anos – artigo 10 da Lei de Contrações Penais), a tentativa (nos crimes é punível – artigo 14, parágrafo único do Código Penal- e nas contrações não é punível – artigo 4º da Lei de Contrações Penais) SURSIS (nos crimes, o período de prova varia de 2 a 4 anos – artigo 77 do Código Penal- e nas contrações, o período de prova varia de 1 a 3 anos – artigo 11 da Lei de Contrações Penais), entre outras.

Observadas algumas características que difere crime de contravenção penal, como também discutido o crime de estupro no tópico anterior, imperioso explorar acerca da importunação ofensiva ao pudor.

A contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor está prevista no Decreto-Lei nº 3.688/41, no Capítulo VII - Das contravenções relativas à polícia de costumes, *in verbis*: “Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa.”.

Analisando a contravenção tem-se que o núcleo do tipo é o verbo importunar, ou seja, causar incômodo. Quanto a pudor, Ventura (2015) define como:

Sentimento de vergonha, timidez, mal estar, causado por qualquer coisa capaz de ferir a decência, a modéstia, a inocência.
[...] Trata-se da vergonha, constrangimento, de base cultural, para falar a respeito ou praticar determinados atos ligados à área da sexualidade, das funções fisiológicas, dos sentimentos íntimos, da afetividade etc.; recato, decência, pudicícia, pundonor.

Observando a contravenção supramencionada, e equiparando-a ao crime de estupro, é notória a semelhança entre as infrações penais, principalmente quando esse diz respeito a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, diverso da conjunção carnal. Contudo, há uma discrepância gritante quanto à aplicação da pena entre as infrações. Visto que o crime é punível com a pena privativa de liberdade, de seis a dez anos, já a contravenção é punível unicamente através de multa.

Essa celeuma entre a conduta e a pena cominada é causada pela subjetividade das condutas que possam se enquadrar na nomenclatura “atos libidinosos” oriunda da reforma ocorrida no crime de estupro. Em um primeiro plano, pode-se entender que o legislador tentou salvaguardar o bem jurídico tutelado, a dignidade sexual, conforme a teoria preventiva da pena.

Contudo, o legislador ao fundir a conjunção carnal propriamente dita, com o que anteriormente se enquadrava no crime de atentado violento ao pudor, em um único crime, que dispõem de condutas tão díspares, como a exemplo do coito anal violento e uma apalpadela na região pudenda, sem sequer criar ou de um tipo intermediário, ou ainda, levar em consideração um ajuste na pena mínima cominada ao delito, e, que não atendeu ao princípio constitucional da proporcionalidade na criação do tipo, da lesividade entre as condutas, causou um obstáculo ainda maior na aplicação da Justiça.

Para solucionar esse embaraço, a doutrina encontrou na importunação ofensiva ao pudor, uma ação menos danosa do que o crime de estupro, quando este se tratar dos “atos libidinosos”. Como também uma medida que supra a fragilidade presente na reforma trazida pela Lei 12.015/2009, após a continuidade normativo-típica, assim preleciona em Delmanto et al. (2010 apud Fayet, 2011):

Nesse passo, aderimos à crítica lançada por Delmanto, há tempos, no sentido de o legislador não ter estabelecido, “quando ao conceito de ato libidinoso, uma graduação e conseqüente apenação diferenciada dos diversos tipos de atos, punindo com as mesmas severas penas, por exemplo, um gravíssimo sexo anal e um toque em regiões íntimas”, restando a Magistrado, e dependendo do seu bom-senso, avaliar uma possível desclassificação para outra conduta criminosa, tal como paras lesões corporais, a ameaça, o constrangimento ilegal etc., ou para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor, de perturbação da tranquilidade etc., ou mesmo declarar o ato atípico. **Dessarte, entendemos que condutas mais leves como apalpadelas, beijos ou contemplação lascivos e outras menos ofensivas à dignidade sexual devem ser enquadradas como constrangimento ilegal ou como contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.** (Fayet, 2011, p. 58) (grifo nosso).

De modo semelhante observou-se que, por vezes, a jurisprudência, também se declinou a entender que determinadas atitudes apesar de apresentarem caráter libidinoso, possuem rigor excessivo para se encaixar no crime de estupro e amoldar-se a todas as peculiaridades que tal ato delituoso acarreta. Como na decisão infra (TJ-RJ APL nº 0001864):

Decisão: ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A, DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA (PARA O ARTIGO 61, DA LCP IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR). 1º RECURSO DEFENSIVO VOLTADO À ABSOLVIÇÃO (POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA) - PORQUE IDÔNEO E COERENTE, DEVE PREVALECER O DEPOIMENTO DA VÍTIMA, POSITIVANDO QUE O RÉU EXTERNOU A CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA, CONSISTENTE EM ACARICIAR SUAS PERNAS, NÁDEGAS E SEIOS; 2º- RECURSO MINISTERIAL (VISANDO O ACOLHIMENTO DO PEDIDO) COMO BEM OBSERVADO NA SENTENÇA, FORAM SUPERFICIAIS OS TOQUES SOBRE O CORPO DA OFENDIDA. ASSIM, REVELA-SE INCENSURÁVEL A DESCLASSIFICAÇÃO, POIS O COMPORTAMENTO DO AGENTE NÃO SE AJUSTA AO TIPO DO ARTIGO 217-A, DO CP (ESTUPRO DE VULNERÁVEL), MAS SIM À INFRAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 61, DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAS (IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR). DESPROVIMENTO DOS APELOS, DETERMINANDO-SE A REMESSA DO PROCESSO AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL COMPETENTE (LUGAR DA INFRAÇÃO).

Relatoria: Des. Paulo de Tarso Neves

Data de Julgamento: 16/09/2012.

Entretanto, o STJ, com relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, recentemente decidiu de forma diferente, um caso relativamente semelhante. (AgRg no REsp 1.671.953- MG), vejamos:

Decisão: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. APALPAÇÃO DA GENITÁLIA DE VÍTIMA MENOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI 3.688/41. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FATO INCONTROVERSO NOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Incabível a desclassificação da conduta ilícita do agravante, consistente em apalpar a genitália e acariciar os seios de duas vítimas menores de idade, com 8 (oito) anos e 10 (dez) anos à época dos fatos, para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Desconstituir o quadro fático delineado no R. acórdão demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é obstado pela Súmula 7/STJ. II - *In casu*, a conduta delituosa - estupro de vulnerável – foi praticada contra duas vítimas, em um mesmo contexto fático (semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução e outras). Assim, para atender aos pedidos formulados pelo agravante, para afastar a aplicação da continuidade delitiva, é necessária nova incursão no acervo probatório para alterar as premissas fáticas firmadas pelas instâncias ordinárias, o que não é possível no âmbito estreito de alcance do apelo extremo, nos termos estabelecidos pelo enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Data do julgamento: 21/11/2017 (grifo nosso)

Válido salientar que as jurisprudências abordam o delito de estupro de vulnerável² (artigo 217- A *caput* do Código Penal), mas de igual modo pode-se decidir no tipo de estupro do artigo 213 do Código Penal. Já que o mérito das decisões não necessariamente está na condição da vítima, que nas duas decisões são menores de catorze anos de idade, mas sim nas condutas praticadas.

Note-se que em ambos os processos há uma semelhança entre o comportamento dos réus, contudo as decisões foram completamente diferentes. E essas decisões são exemplos, entre as inúmeras, que existem e que abordam vertentes opostas.

² Modificação advinda Lei nº 12.015/2009, ao tipo revogado do artigo 224 do Código Penal, que tratava como presumidamente violenta a relação sexual com menor de 14 anos. Nota-se que, tal modificação também tenta desprender-se dos apregoados costumes morais e sexuais contemporâneos. No entanto, discussão agora é quanto à presunção de vulnerabilidade, em razão da idade. Isso posto, predomina na doutrina majoritária o entendimento que a presunção do menor de 14 anos é absoluta, independente do consentimento ou não da vítima, que apenas na dosimetria da pena tem caráter de atenuante. Contudo há uma corrente minoritária que opta pela presunção relativa, entendendo que apesar da idade da vítima, ela possui discernimento para decidir sobre sua liberdade sexual.

As controvérsias das decisões, nesse sentido, não se encontram nas condutas mais gravosas, como, por exemplo, a cópula vaginal violenta, pois tais condutas encaixam-se nitidamente ao delito de estupro, e possui uma compatível com a pena prevista ao tipo de estupro.

As discussões ocorrem quando da prática de atos em que haja menor lesividade ao bem jurídico dignidade sexual, como o beijo lascivo, às apalpadelas, os contatos voluptuosos dentre outras, condutas que também permeiam a subjetividade das condutas que se entende por “atos libidinosos”, no delito de estupro. Contudo, assemelham-se também ao tipo da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, tanto pelo tipo em si, quanto pela pena ser mais branda, já que o estupro (artigo 213 *caput*) prevê pena de reclusão de seis a dez anos, além de todas as imposições aplicadas aos crimes hediondos, e a contravenção apenas a pena de multa.

O entendimento que desclassifica crime que nitidamente se amolda aos termos do estupro, para a contravenção penal de importunação ofensiva, apenas em virtude da desproporcionalidade da pena mínima cominada em abstrato, acarreta uma insegurança jurídica, visto que a desclassificação se contrapõe aos princípios limitadores do *jus puniendi* estatal. Como também causa uma insegurança social, frente às pessoas que necessitam da tutela jurisdicional para resolução do seu problema, e encontram no Direito Penal *ultima ratio*.

3 LIMITAÇÕES AOS *JUS PUNIENDI* ESTATAL E A CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO

O Estado é o detentor do direito de punir (*jus puniendi*), cabendo a este a aplicação da pena cominada da norma penal incriminadora ao caso concreto. No entanto, com a evolução da sociedade, e, por conseguinte a adequação das leis, o Estado paulatinamente foi encontrando limitações a esse poder-dever de exercitar essa punição.

Em se tratando de Estado Democrático de Direito, como é o Brasil atualmente, a estipulação da pena adequada ao delito, encontra limites, que nesse caso estão claramente estabelecidos nos direitos e garantias fundamentais expressas na Constituição Federal de 1988, a lei maior, constituidora do Estado.

Nesse sentido, para Reale (2002, p. 20), a limitação é nata à própria ideia de Estado de Direito:

A ideia de Estado de Direito é inseparável, contudo, da ideia de limites. É importante, pois, destacar que o exercício legítimo da força só se justifica no Estado de Direito se houver limites, e em especial limites materiais, ou seja, na defesa de interesses os mais relevantes da vida social. (...) O exame dos limites desenha o quadro em que se deve situar o direito penal garantista, para a proteção da segurança jurídica dos consorciados e promoção de valores positivos.

Dessa maneira, o constituinte, para evitar abusos e arbitrariedades na aplicação do Direito, prevê princípios constitucionais, que servem de orientação para a produção legislativa ordinária, atuando como garantias diretas e imediatas aos cidadãos, Nucci (2015, p.11). Dentre os princípios que limitam a o *jus puniendi*, se destacam os princípios da legalidade e proporcionalidade.

O princípio da Legalidade ou da reserva legal é previsto no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988, como também no artigo 1º do Código Penal Brasileiro de 1940. Ambos afirmam o brocardo “não há crime, nem pena sem lei prévia”.

Esse princípio pode ser dividido em entre mera legalidade e estrita legalidade, nesse sentido expõe Ferrajoli (2010, p. 349-350):

condicionante em razão do princípio da mera legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), que é uma norma dirigida aos juízes acerca das leis vigentes as quais estão sujeitos; condicionada em razão do princípio de estrita legalidade (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione..., sine defensione*), que é, ao contrário, uma norma dirigida ao legislador concernente à formação válida de leis penais. A lei, em outras palavras, se bem seja exigida em qualquer caso para a configuração do delito em virtude do

primeiro princípio, exige, por sua vez, em virtude do segundo, uma técnica específica para a válida configuração legal dos elementos constitutivos do delito.

Nesse diapasão, a vedação da analogia *in malam partem*, que pretende salvaguardar a legalidade em seu viés condicionante, porquanto impede o julgador de ampliar as fronteiras do tipo penal para alcançar hipóteses não taxativamente descritas, ao passo que o princípio da individualização da pena, em sua primeira fase, surge como condicionante da atuação do legislador.

Assim sendo, a definição do crime tem que ser clara e minuciosa, evitando ao máximo que a valoração da tipicidade. Sobre isso Mirabete (2001, p. 56) discorre: “Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita determinar qual a abrangência do preceito primário da lei penal e possibilita, com isso, o arbítrio do julgador”.

Observa-se que o crime de estupro, quanto ao seu elemento normativo “atos libidinosos” não há um rol taxativo de condutas que se encaixem nele, nem ainda pacificidade jurisprudencial e doutrinária, na aplicação do fato. Ficando a arbítrio do julgador a aplicação à adequação ou não da conduta ao fato típico.

Diante disso, percebe-se que o delito em comento, na forma que se encontra hoje, afronta ao princípio da estrita legalidade, tornando-o inconstitucional, como também acontece ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, não está expressamente previsto na Constituição, entretanto, enxerga-se no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal de 1988, uma proporcionalidade de maneira implícita.

A proporcionalidade também pode ser dividida em duas formas, inicialmente por parte do legislador, quando da observância da criação de um tipo penal que ofenda determinado bem jurídico e seja punido de conforme a lesividade/ofensividade causada. E em segundo momento, sob a perspectiva do julgador, que ao fazer a dosimetria da pena, observa as três fases do cálculo previstas no artigo 68 do Código Penal.

Então, segundo Nucci (2015, p.16) o princípio da proporcionalidade:

quer dizer que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das sanções nos tipos penais incriminadores.

Frente a isso, e pela análise realizada nas questões controvertidas causadas pela Lei nº 12.015/09, quanto à incorporação do já revogado artigo 214, ao artigo 213, ambos do Código Penal, percebe-se a inconstitucionalidade cometida pelo legislador ao aglutinar atos libidinosos diversos de conjunção carnal, e a conjunção carnal, em si, em um mesmo crime, e em decorrência disso aplicar a mesma pena³ para condutas tão divergentes.

Nesse cenário, se o crime de estupro é inconstitucional em razão da afronta a legalidade estrita, e também da mera legalidade, caso haja a desclassificação para a contravenção penal do artigo 61. E ainda, se o crime de estupro também é inconstitucional em virtude da proporcionalidade da pena. Faz-se necessário a criação de um tipo intermediário, que obedeça aos limites de punir do Estado, e capaz de atingir a Justiça Social.

Assim, surgiram alguns projetos de Lei, com finalidade de reformar o atual texto do artigo 213 do Código Penal Brasileiro, do qual merece destaque o Projeto de Lei nº 656 de 2011, proposto pela Senadora Federal do Estado de São Paulo, Marta Suplicy, nesses termos:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) para dispor que considera-se crime de estupro a conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, conjunção carnal, coito anal ou felação, sendo cominada pena de reclusão de 6 a 10 anos; acrescenta o art. 213-A para incluir ao Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) o crime de atentado violento ao pudor que se caracteriza pela conduta de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato libidinoso, sendo cominada pena de reclusão de 2 a 6 anos.

Com a seguinte justificativa:

As mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tiveram o nobre objetivo de tornar mais rigorosa a punição dos crimes contra os costumes e a liberdade sexual, especialmente contra menores e vulneráveis.

Antes da edição da referida lei, somente era tipificada como atentado violento ao pudor a prática de atos libidinosos análogos à conjunção carnal, como o coito anal ou a felação, por exemplo. Todos os demais atos libidinosos terminavam sendo considerados meras contravenções penais, com pena de multa (importunação ofensiva ao pudor, art. 61 da Lei das Contravenções Penais).

³ Vale notabilizar que, com a continuidade normativo típica do revogado artigo 214 ao 213 do Código Penal, o legislador colocou a mesma pena mínima de um beijo lascivo ou contatos voluptuosos, como por exemplo, para o crime de homicídio. Já que a pena mínima cominada em abstrato de tais crimes é de seis anos de reclusão.

A aglutinação do “atentado violento ao pudor” com o “estupro” visava, pois, a evitar que a prática forçada de atos libidinosos não análogos à conjunção carnal fosse caracterizada como mera contravenção penal.

Ocorre que, contrariamente ao almejado, ao aglutinar em um só tipo penal os crimes de “estupro” e de “atentado violento ao pudor”, a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, produziu o efeito imprevisto de aumentar a impunidade com relação a essas condutas.

Isso se deve ao fato de que, atualmente, ao se deparar com a denúncia de prática de ato libidinoso não análogo à conjunção carnal, o juiz se vê ainda mais inclinado a não aplicar a pena de estupro, que, de fato, demonstra-se excessiva para atos libidinosos sem penetração. Não havendo, portanto, tipo penal mais brando a ser aplicado, como seria o antigo “atentado violento ao pudor”, o Magistrado termina por condenar o réu às penas previstas na Lei das Contravenções Penais, exatamente como se verificava anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Portanto, o presente projeto pretende promover o desmembramento do tipo penal “estupro”, e a decorrente restituição do tipo penal “atentado violento ao pudor”, com modificações frente ao texto anterior a 2009. Com efeito, o presente projeto de lei propõe que todos os atos forçados de conjunção carnal ou análogos – que antes de 2009 eram tratados como atentado violento ao pudor – sejam considerados “estupro”, e que os atos libidinosos não análogos a conjunção carnal – que antes de 2009 eram tratados como contravenção penal – sejam considerados “atentado violento ao pudor”. (Brasil, 2011)

Esse projeto que se encontra em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça, onde se encontra até o presente momento. A aprovação desse iria punir de maneira justa e proporcional, as condutas que afrontassem o bem jurídico tutelado, a dignidade sexual.

Ante todo o exposto, enquanto não seja aprovado o projeto de lei, os julgadores ao decidirem em casos que esse encaixem nesse estudo, observem os princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal. E caso, não seja aprovado o projeto de Lei, que seja tomada alguma medida semelhante a fim de aplicar-se a Justiça.

Contudo, vale notabilizar que com o advento da Lei 13.718/18, parte do proposto por esse trabalho foi atendido, visto que a contravenção Penal de Importunação Ofensiva ao Pudor, agora torna-se crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal de Importunação Sexual, possuindo maior rigor na pena, qual seja de 1 a 5 anos. Como também houve a incorporação pelo Legislador da presunção absoluta de vulnerabilidade nos casos de estupro de vulnerável, no artigo 217-A, § 5º do mesmo diploma legislativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi apresentado, notório observar a modificação legislativa do crime de tempo de estupro na relação tempo-espço, desde as primeiras legislações penais brasileiras até a forma com que se encontra positivadas na contemporaneidade, na reforma ao Código Penal de 1940. Depreende-se que a reforma trazida pela Lei 12.015 de 2009, possui pontos positivos e negativos a serem observados. Não obstante, mesmo tendo evoluído em alguns aspectos, continua apresentando debilidades no seu texto.

Os pontos positivos são: o reconhecimento do homem como vítima no crime de estupro, que até o Código Penal de 1940, apenas tratava da vítima do sexo feminino; os crimes após a reforma terão Ação Penal promovida pelo Ministério Público, deste modo à persecução penal estará mais fortalecida, como ainda a inserção do crime de estupro no rol dos crimes hediondos, devido a sua ofensividade, abrangendo, deste modo, todas as características implicadas.

Os pontos negativos, que foram veementemente defendidos, fazem referência à continuidade normativo-típica, no que diz respeito a nomenclatura “atos libidinosos”, que anteriormente à reforma estava previsto no artigo 214 do Código Penal, contudo foi revogado.

Diante da aglutinação do artigo 214 ao 213 do Código Penal, a conduta de atos libidinosos que anteriormente possuía pena de dois a sete anos de reclusão, porém após a reforma passa a ter pena de seis a dez anos de reclusão. Ocorre que tal feito não apenas impôs mais severidade na aplicação da pena, como também em sua execução, visto que se enquadra nos crimes hediondos, e, portanto, a progressão de regime, dentre outros fatores também são afetados. Compara ainda a pena aplicada a um beijo lascivo ou contatos voluptuosos (condutas que se enquadram no contexto de atos libidinosos) a pena mínima do crime de homicídio.

Tal fato demonstra à inobservância dos princípios garantistas e conseqüente a inconstitucionalidade do delito de estupro na forma atual, tanto em caráter legislativo, no que diz respeito a sua criação, já que a aprovação desse tipo de quanto em caráter jurisdicional.

Foi analisada ainda a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, e comparada com o crime de estupro e demonstrada às particularidades existentes

entre cada infração penal. Principalmente no que diz respeito a pena, uma vez a pena é única e exclusivamente de multa.

Além disso, ainda foram colacionadas jurisprudências com intuito de mostrar as disparidades de entendimentos, acerca da desclassificação do tipo penal de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que vem se mostrando medida recorrente para aplicação de pena em crimes em que aplicar a pena do crime de estupro seja muito rigorosa.

No entanto, também foi caracterizada a inconstitucionalidade, ao querer desclassificar o crime de estupro para a contravenção penal. Como também, ainda causa a insegurança social, frente às pessoas que necessitam da tutela do Estado, e deparam-se com entendimentos diversos e contrastantes diante de fatos jurídicos semelhantes.

Ocorre que, fazem nove anos desde a reforma da Lei nº 12.015/09, e os princípios constitucionais-penais essenciais para aplicação da Justiça em um Estado de Direito, como os da legalidade e proporcionalidade, vem sendo gravemente feridos, principalmente quando aplicada a desclassificação do crime para a contravenção supramencionada.

Em razão disso, entende-se que o Legislativo não pode continuar inerte frente a essa celeuma jurídica, devendo modificar o artigo 213 reformado pela Lei nº 12.015/09, criando um tipo intermediário entre as infrações jurídicas do crime de estupro no tocante as condutas de conjunção carnal e ato libidinoso.

Para isso, oportuno foi juntar o Projeto de Lei nº 656/11, proposto pela Senadora Federal do Estado de São Paulo, Marta Suplicy. Esse projeto encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça, até o presente momento. A aprovação desse Projeto de Lei iria punir de maneira justa e proporcional, as condutas que afrontassem o bem jurídico tutelado, a dignidade sexual. Criando assim um tipo penal intermediário capaz de contemplar as condutas de “atos libidinosos” em tipo penal diverso do artigo 213 (estupro) do Código Penal.

Contudo, se o Projeto de Lei nº 656/11 de Marta Suplicy não prosperar, que seja tomada em breve alguma medida semelhante, a fim de aplicar a Justiça Social.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 4**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil: Lei 16 de dezembro de 1830**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 28/08/2017.

_____. **Código Penal: decreto-lei n. 847 de 11 de outubro de 1890**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em 28/08/2017.

_____. **Código Penal: Decreto-Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 08/06/2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em:< www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017

_____. **Lei de Introdução do Código Penal: Decreto-Lei n. 3.914 de 09 de dezembro de 1941**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 08/06/2018.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 08/06/2018.

_____. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 08/06/2018.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 656, de 2011**. Dá nova redação ao artigo 213 e acrescenta o artigo 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/103014>> Acesso em 08/06/2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.671.953 – MG**. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília. 21/11/2017. Publicação DJe de 14/12/2017

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação nº 0001864**. Relator: Des. Paulo de Tarso Neves. Rio Janeiro de. 18/09/2012. Publicação DJe 29/11/2012

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. JusPodivm, 3.ed. 2015, p. 148

FAYET, Fabio Agne. **O delito de estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica et al. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2005,

HUNGRIA, Nelson Guimarães. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, v.8. 1959.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANFRAO, Caroline Colombelli. **ESTUPRO: PRÁTICA JURÍDICA E RELAÇÕES DE GÊNERO**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. **Lei 11.106/2005: Novas modificações ao Código Penal brasileiro** Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=429&revista_caderno=3>. Acesso em 20/09/2017.

MARTINS, José Salgado. **Sistema de direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

MUNIZ, Griselda Rezende De Matos. **Estupro – análise do tipo à luz dos princípios da estrita legalidade e da proporcionalidade . Escola da magistratura do estado do rio de janeiro** Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/griseldarezendemuniz.pdf>. Acesso em: 15/10/2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 15. Ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro v.2**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel Junior. **Instituições de direito penal: parte geral**, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed./ Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VENTURA, Denis Caramigo. **Importunação ofensiva ao pudor**. [S.l.], 2015. Disponível em: <<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor>> Acesso em: 12 out. 2017