

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
KAROLAINY GONZAGA REZENDE**

**OS LIMITES DO ESTUPRO COM A CONTRAÇÃO PENAL DENTRO
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**RUBIATABA/GO
2018**

KAROLAINY GONZAGA REZENDE

**OS LIMITES DO ESTUPRO COM A CONTRAÇÃO PENAL DENTRO
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do professor e especialista em Direito Tributário José Carlos Cardoso Ribeiro.

**RUBIATABA/GO
2018**

KAROLAINY GONZAGA REZENDE

**OS LIMITES DO ESTUPRO COM A CONTRAÇÃO PENAL DENTRO DOS
CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
à conclusão do curso de Direito da Faculdade
Evangélica de Rubiataba, sob orientação do
professor e especialista em Direito Tributário
José Carlos Cardoso Ribeiro.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 21/ 06/2018

Especialista em Direito Tributário, José Carlos Cardoso Ribeiro
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista em Docência do Ensino Superior, Arley Pereira Rodrigues Junior
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Especialista em Direito Público, João Paulo da Silva Pires
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida. Aos meus pais, Fatima e Sandro, que não mediram esforços para lutar comigo esse sonho. A minha irmã Karyne, que muitas vezes me ajudou. E ao meu namorado Eliézer, que esteve comigo de uma forma especial e carinhosa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, que iluminou o meu caminho durante esta caminhada, agradeço a ele por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades e não ter me deixado desistir.

Aos meus pais, Maria de Fatima e Sandro, pelo amor, incentivo e apoio incondicional, meus maiores exemplos. Me deram apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço, se esforçaram muito em todos os momentos para me ajudar. Apesar de todas as dificuldades estavam comigo, fazendo de tudo para que eu não desistisse. Obrigada por cada incentivo e orientação, pelas orações, pela preocupação para que estivesse sempre andando pelo caminho certo. Obrigada por estarem ao meu lado sempre. Amo muito vocês dois.

Agradeço também a minha irmã Karyne, a quem eu amo infinitamente, mesmo que eu mal demonstre, mas não consigo imaginar minha vida sem ela, obrigada por me ajudar algumas vezes. Ao meu namorado, meu amor e companheiro de todas as horas, Eliézer, obrigada pelo carinho e compreensão, por me ajudar de alguma forma, amo você.

Agradeço aos professores, reconheço um esforço gigante com muita paciência e sabedoria. Foram eles que me deram recursos e ferramentas para evoluir um pouco mais todos os dias. E também meus agradecimentos ao meu orientador, o Professor José Carlos, pela sua disponibilidade e pelo acompanhamento exercido durante a execução do trabalho.

EPIGRAFE

“Onde não há lei, não há liberdade.”
John Locke

RESUMO

Este trabalho tem como tema “Os limites do estupro com a contravenção penal dentro dos crimes contra a dignidade sexual”, cuja problemática centraliza-se em analisar se muitas atitudes e ações, consideradas contravenções penais, poderiam ser caracterizadas como crime de estupro. Este estudo justifica-se pela importância de demonstrar que a pesquisa é questionável. Apesar de tais condutas serem caracterizadas como contravenção, o tema ainda é novo na sociedade, raramente discutido nos tribunais, nos centros acadêmicos e na sociedade de modo geral. Existem poucos doutrinadores que discutem o assunto. A metodologia empregada é o método dedutivo, partindo da visão geral para chegar a conclusões particulares. A técnica de pesquisa, por sua vez, pauta-se na documentação indireta, pesquisa documental, pois se utilizará, para a fundamentação desse trabalho, todos os acervos que possam contribuir para o estudo, como também a utilização de pesquisas documental e bibliográfica. Com relação à abordagem do estudo, percebe-se que os resultados aos objetivos demonstram que a resposta está longe de ser resolvida, pois existe um pequeno espaço entre essas duas infrações, de forma que uma série de condutas não se adaptará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais.

Palavras-chave: Contravenção penal; Crimes contra a dignidade sexual; Estupro.

ABSTRACT

This work has as its theme "The limits of rape with criminal misdemeanor within crimes against sexual dignity", whose problematics focuses on analyzing whether many attitudes and actions, considered criminal misdemeanor, could be characterized as rape crime. This study is justified by the importance of demonstrating that this research is questionable. Although such conduct being characterized as a misdemeanor, the subject is still new in society, rarely discussed in the courts, in academic centers and in society in general. There are few doctrinators who discuss the subject. The methodology used is the deductive method, starting from the general view to arrive at particular conclusions. The research technique, in turn, is guided in indirect documentation and documentary research, because it will be used for the basis of this work, all the collections that can contribute to the study, as well as the use of documentary and bibliographic research. Regarding the study approach, it is noticed that the results to the objectives demonstrate that the answer is far from being solved, because there is a small space between these two infractions, so that a series of conduits will not adapt perfectly in neither criminal offenses.

Keywords: Rape. Penal misdemeanor. Crimes against the sexual dignity.

Traduzido por Samira Tauane Alves Magalhães, Graduada em Letras- Português/Inglês e Especialista em Docência: Interdisciplinaridades e demandas contemporâneas.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art – Artigo

CP – Código Penal

P. – Página

Nº – Número

Vol. – Volume

LCP – Lei das Contravenções Penais

Ed. – Edição

LISTA DE SÍMBOLOS

I – Um

II – Dois

VI – Seis

§ – Paragrafo

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	11
2.	CONTRAVENÇÃO PENAL.....	12
2.1	DEFINIÇÃO DE CONTRAVENÇÃO PENAL	12
3.	DO CRIME DE ESTUPRO	14
3.1	CONCEITO.....	15
3.2	OBJETO JURÍDICO E MATERIAL.....	18
3.3	SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO.....	19
3.4	ELEMENTO OBJETIVO E SUBJETIVO	21
3.5	CONSUMAÇÃO E TENTATIVA.....	22
3.6	CONDUTA TÍPICA.....	24
3.7	CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	24
4.	CONTRAVENÇÃO PENAL VERSUS ESTUPRO.....	26
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda os limites do estupro com a contravenção penal dentro dos crimes contra a dignidade sexual. Assim, no presente estudo, a técnica de coleta está orientada no sentido de trabalhar com documentos oficiais, ampla revisão bibliográfica, além do estudo minucioso do crime de estupro. Esse crime está previsto no art. 213 do Código Penal, que consiste no fato de o agente “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, a questão a ser analisada diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual, já que muitas condutas nele estão sendo tratadas como contravenção penal. Sendo assim, o cerne do estudo está no fato de que muitas atitudes e ações, que são consideradas contravenção penal, poderiam ser caracterizadas como crime de estupro. Ao lado deste, ressalta-se os seguintes objetivos específicos: identificar quais atitudes e ações que são consideradas contravenção penal; estudar o crime de estupro; e analisar quais as mudanças relativas ao crime de estupro em virtude da Lei 12.015/09.

A metodologia utilizada está fincada no método dedutivo, em uma pesquisa qualitativa e bibliográfica. Seguindo as técnicas dessa pesquisa, usa-se como instrumentos a documentação indireta buscada em leis, arquivos particulares e públicos, bem como artigos científicos, livros, jornais e a própria legislação à qual a pesquisa se remete, ao Código Penal.

Esse trabalho abrange três capítulos que versam sobre os limites do estupro com a contravenção penal dentro dos crimes contra a dignidade sexual. O primeiro capítulo apresenta a contravenção penal. O segundo capítulo, por seu turno, faz um estudo relacionado ao crime de estupro, subdividindo-o em conceito de estupro, o objeto jurídico e material, sujeito ativo e passivo, elemento objetivo e subjetivo, consumação e tentativa, conduta típica e, por fim, sobre a classificação doutrinária. Dentro desses subtítulos, apresentam-se como esses aspectos eram abordados nos códigos anteriores e como se apresentam atualmente, diante das modificações que sofreram devido à nova lei.

No terceiro e último capítulo, faz-se uma análise sobre contravenção penal *versus* estupro, tendo em vista uma comparação entre esses dois tipos de espécies penal, confundidos diversas vezes.

2. CONTRAVENÇÃO PENAL

O primeiro capítulo apresenta sobre contravenção penal. O código penal vigente, diferentemente de leis penais antigas, não define o conceito exato de contravenção, razão pela qual, atualmente, cabe à doutrina determiná-lo. Nesse sentido, faz-se uma abordagem doutrinária jurisprudencial e análise da própria lei das contravenções penais, pretendendo entender o que é contravenção penal.

Em primeiro instante, faz-se uma definição de contravenção penal. Não há um conceito exato, mas veremos que contravenção não é a mesma coisa que crime, ou seja, existe uma pequena distinção entre essas duas espécies de infração penal.

2.1 DEFINIÇÃO DE CONTRAVENÇÃO PENAL

Para definirmos contravenção, é preciso entender que há uma pequena distinção, entre “crime” e “contravenção”. Os dois são espécies de infração penal. Crime é uma infração penal considerada como crime maior, punida com pena de reclusão ou detenção. Já contravenção é uma infração penal menor, ou seja, uma conduta menos gravosa, a contravenção é punida com pena de prisão simples, multa ou ambas.

De acordo com o art. 1º da 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; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Com base nisso, o artigo 1º, a Lei de Introdução ao Código Penal não define o conceito de crime ou mesmo de contravenção penal, apresentando apenas uma distinção entre ambos. No entanto a infração penal é o gênero do qual as suas espécies são os crimes e as contravenções penais.

O doutrinador Rogério Greco ressalta que:

Como se verifica no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, aos crimes (ou delitos) são destinadas as penas mais graves, uma vez que se procura, por intermédio delas, proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; às contravenções penais, ao contrário, são cominadas penas mais brandas, haja vista

que, por meio delas, procura-se proteger bens que não possuem a dignidade penal exigida pelos tipos penais que preveem os crimes. (GRECO, 2017, p. 222).

Desse modo, os crimes ou delitos são considerados penas mais graves em que procura proteger os bens mais importantes para o convívio em sociedade. Já as contravenções penais são o oposto; são impostas penas menos grave, tendo em vista que, através delas, busca proteger bens que não possuem a dignidade penal exigida pelos tipos penais que previstos nos crimes.

Em um trecho, Damásio de Jesus menciona que:

As contravenções são condutas que, comparadas com os crimes, apresentam menor gravidade, pelo que ensejam punição menos severa. Como ensinava Ferri, entre delito e contravenção não há uma diferença substancial do ponto de vista jurídico: um e outra são infrações das normas penais, ditadas pela necessidade de defesa social contra ações lesivas ou perigosas à segurança ou prosperidade pública ou privada. Assim, não há outro critério positivo e seguro de distinção além do concernente à sanção repressiva estabelecida pelo Código ou por lei especial para uma ou outra espécie de infração. Cabe, pois, ao legislador, considerando a relevância dos interesses jurídicos, determinar quais os crimes e contravenções. (JESUS, 2014, p. 225).

Baseada na exposição acima, verifica-se que não existe uma diferença substancial do aspecto jurídico para crime e contravenção, os dois são infrações penais. Deste modo, não há outro critério positivo, cabe apenas ao legislador designar quais são os crimes e contravenções.

Na doutrina há duas teorias sobre infrações penais, a primeira teoria é a da tripartida, na qual divide as infrações penais em crime, delito e contravenção penal. A segunda é a bipartida, que considera sinônimos o crime e o delito, estabelecendo crime (delito) e contravenção penal como duas espécies de infração penal.

Apesar das diferenças existentes entre contravenção e crime, diversas normas são aplicáveis aos crimes. Além disso, também são aplicáveis às contravenções, como é o caso das regras gerais do Código Penal nos termos do Art. 1º, da LCP, que dispõe “Art. 1º Aplicam-se as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso”. Para Teles (2004, p. 162) a contravenção penal é também um fato típico, ilícito e culpável, um fato definido por uma lei sob a ameaça de uma pena que, tanto quanto o crime, deve ser contrária ao Direito e reprovável.

Nesse sentido, contravenção penal são os delitos previstos na Lei das Contravenções Penais, sendo uma infração considerada leve, ainda que esta definição seja pouco clara. É necessário entender que o direito penal procura aplicar medida repressiva às

infrações, que são danos a bens jurídicos protegidos. O que a lei define para as contravenções penais é a probabilidade de aplicação de pequenas multas ou até mesmo a prisão, desde que sejam simples. Para melhor entendimento, separadamente de presos por conduta criminosa.

Julio Fabbrini Mirabete adverte que:

Não há na realidade, diferença de natureza entre as infrações penais, pois a distinção reside apenas na espécie da sanção cominada à infração penal (mais ou menos severa). Mesmo no relativo às contravenções inexistente diferença intrínseca, substancial, qualitativa, que as separa dos crimes ou delitos, sendo essa infração conhecida como crime-anão. (MIRABETE, 2001, p. 250)

Fundamentada nisso, pode-se afirmar que não há diferença de natureza entre essas duas infrações penais, já que a distinção delas reside somente na espécie da sanção atribuída à infração penal. Referente às contravenções inexistente diferença intrínseca, substancial, qualitativa em que a separa dos crimes (delitos), conhecida como crime-anão. Observa-se, portanto, que não existe uma diferença de natureza ontológica entre crimes e contravenções penais, porque na prática elas são a mesma coisa: espécies do gênero de infração penal. O que existe é uma diferença de natureza axiológica.

Deste modo, observa-se neste subtítulo que a contravenção penal é uma conduta menos grave, diferentemente do crime. Os resultados que obtemos é que a contravenção é um crime menor, ou seja, um crime-anão, na qual a sua pena é de prisão simples ou multa. No próximo capítulo vamos estudar sobre o crime de estupro.

3. DO CRIME DE ESTUPRO

Neste segundo capítulo faz-se um estudo relacionado ao crime de estupro. Antes de falar especificamente sobre o crime de estupro, é preciso lembrar que o crime de estupro está previsto entre os crimes contra a dignidade sexual do código penal brasileiro, mais especificamente no capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Este termo, dignidade sexual, foi alterado no código penal pela lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, já que anteriormente se falava em crime contra os costumes.

Em se tratando de uma nova lei, as várias modificações geraram algumas divergências de interpretações jurídicas. Por esse motivo, trata-se de suma importância levar em consideração às inovações que essa legislação trouxe, como, por exemplo, a fusão do crime de Estupro ao crime de Atentado Violento ao Pudor, já que agora se encontra em um único artigo, o Art. 213.

Por se tratar de um crime que provoca uma grande indignação social, este capítulo fala sobre o conceito de estupro, objeto jurídico e material, sujeito ativo e passivo, elemento objetivo e subjetivo, consumação e tentativa, conduta típica e, por fim, a classificação doutrinária. Dentro disso é apresentado como esses aspectos eram nos códigos anteriores e como se apresentam atualmente, diante das modificações que sofreram devido à nova lei.

3.1 CONCEITO DE ESTUPRO

O crime de estupro está previsto no título VI, em que aborda sobre os crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente no capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Este termo dignidade sexual foi alterado no código penal pela lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, já que anteriormente se falava em crime contra os costumes. Até o ano de 2009, o conceito de estupro na legislação era conjunção carnal violenta, ou seja, uma relação sexual violenta entre homem e mulher. Já o atentado violento ao pudor era um constrangimento ou qualquer outra prática libidinosa.

Em 2009, decidiram juntar esses dois crimes, passando ambos a se chamar de estupro. Hoje em dia, o estupro pode ser considerado qualquer constrangimento violento a alguém, já que antes era considerado somente constrangimento à mulher. Baseado nisso, o ilustre doutrinador Bitencourt prescreve o seguinte:

A Lei n.12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprimindo, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano. (BITENCOURT, 2012, p. 44).

Estudos mostram que, desde os tempos mais antigos, esses tipos de crime eram apresentados como graves. A aplicação de penas para quem os cometesse eram bastante severas, uma vez que antigamente os povos já puniam, com enorme rigidez, os crimes sexuais, sobretudo os mais graves, o de estupro, que se destacava como um dos mais violentos, sendo considerado assim até hoje.

O estupro caracteriza-se como um crime contra a liberdade sexual. Geralmente, as pessoas o entendem como um ato sexual não consensual. Essa interpretação é errada, pois no próprio Código Penal o conceito de estupro é mais amplo. Ele é considerado como o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, o conceito de estupro consiste ao ato de obrigar, forçar, subjugar a vítima, através de violência ou grave ameaça, a praticar com o agente a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. “Ato libidinoso” refere-se a qualquer ação que tem como objetivo a satisfação sexual; não tem a ver somente com o ato sexual em si.

No entendimento de Ricardo Antônio Andreucci (2014, p. 374), compreende-se por conjunção carnal a relação sexual normal, que é a cópula vagínica. E ato libidinoso é aquele tendente à satisfação da lascívia e da concupiscência do agente.

O doutrinador Rogério Sanches Cunha menciona:

Tutela-se a dignidade sexual da vítima, constrangida mediante violência ou grave ameaça. O vocábulo estupro, no Brasil, se limitava a incriminar o constrangimento de mulher à conjunção carnal. Outros atos libidinosos estavam tipificados no artigo seguinte, que protegia, também, o homem. Resolveu o legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina, e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando, desse modo, uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ao libidinoso. (CUNHA, 2014, p. 467).

Deste modo, nota-se claramente que houve uma grande mudança em relação ao termo estupro, pois o termo estupro abordava apenas sobre o constrangimento da mulher à conjunção carnal, os outros atos libidinosos encontravam-se caracterizados no artigo

posterior. Sendo assim, com a edição da Lei 12.015 de agosto de 2009, o legislador resolveu seguir a metódica de outros países, reunindo os dois crimes apenas em um só tipo penal, fazendo uma nova definição ao termo estupro. Hoje não é apenas conjunção carnal violenta, mas, também, a conduta de obrigar a vítima, sendo ela homem ou mulher a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Como se viu, a Lei 12.015/09 juntou dois enunciados com o objetivo de formar um único crime, que passou a ter a denominação de estupro. Destarte, as penas permanecem as mesmas, ou seja, seis anos (mínima) e dez anos (máxima) de reclusão. Cezar Roberto Bitencourt nota que:

Estupro, na linguagem do Código Penal de 1940, era o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Nesse sentido, era o magistério de Magalhães Noronha, in verbis: ‘Mas na lei, como dissemos, o estupro só é constituído pelo coito normal, e, dessarte é ele a conjunção sexual contra a vontade da mulher’. Conjunção carnal, por sua vez, é a cópula vaginal, representada pela introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal. [...] (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Conforme a citação, o estupro era considerado um constrangimento à mulher, no entanto, agora o estupro é considerado um constrangimento a alguém, homem ou mulher. O estupro, nesse sentido, era constituído pelo coito normal: a conjunção sexual contra a vontade da mulher. A conjunção carnal, no que lhe concerne, é a cópula vaginal, ou seja, é a introdução do órgão genital masculino no órgão vaginal da mulher.

Como já discorrido, o crime de estupro está previsto no art. 213, parágrafos 1º e 2º do Código Penal, alterado pela Lei 12.015/09, que diz:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 1940).

O crime de estupro se divide em quatro espécies: 1º estupro simples (caput); 2º estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave (§ 1º, primeira parte); 3º estupro qualificado pela idade da vítima, menor de 18 anos e maior de 14 anos (§. 1º); 4º estupro qualificado pela morte.

Sendo assim, alguns doutrinadores caracteriza o estupro como o mais grave dos atentados contra a liberdade sexual, pela prática da conjunção carnal mediante violência. No dizer de Mirabete (2008, p.406), “trata-se, pois, de um delito de constrangimento ilegal em que se visa à prática de conjunção carnal”.

Pela exposição acima, conclui-se que desde antigamente o crime de estupro abrangia todas as relações carnais, mas o legislador brasileiro decidiu separar a conduta de manter conjunção carnal como o tipo penal de estupro e a prática de outros atos libidinosos como atentado violento ao pudor.

Diante disso, neste subtítulo, percebeu-se a grande mudança relativa ao crime de estupro com a lei 12.015, de agosto de 2009, que se tratava apenas de constrangimento à mulher e hoje pode ser considerado um constrangimento por qualquer pessoa.

3.2 OBJETO JURÍDICO E MATERIAL

O objeto jurídico dos crimes em geral é o bem ou o interesse relevante para a sociedade ou para determinado indivíduo titular. Em virtude dessa importância, esse bem ou interesse é protegido pela norma penal. O legislador, ao prever as condutas expostas no artigo 213 do Código Penal, com a redação que foi dada pela Lei n. 12.015/2009, nomeou a liberdade sexual, sob o aspecto de projeção da dignidade sexual, como bem jurídico de alta importância.

No entanto, o objeto jurídico tutelado do crime de estupro vai além da integridade física, ele é a liberdade sexual. Isso porque, as pessoas têm o direito de dispor do próprio corpo, como também a total liberdade de escolha do parceiro sexual.

Andreucci (2014, p. 373) ressalta que o crime de estupro vem previsto no art. 213 do código penal e tem como objetividade jurídica a proteção da liberdade sexual da vítima, no particular aspecto do direito de escolher quando, como e com quem manter relações sexuais e outros atos libidinosos. Assim, tem-se que para o crime de estupro o objeto jurídico a liberdade sexual, haja vista que esse tipo penal visa proteger a liberdade de escolha dos seus parceiros sexuais, bem como a autonomia de realizar os atos sexuais que desejar.

Fundamentado nisso, o doutrinador Bitencourt prescreve o seguinte:

O bem jurídico protegido, a partir da redação dada 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 próprio cônjuge, se assim o desejarem. Na realidade, também nos crimes sexuais, especialmente naqueles praticados sem o consentimento da vítima, o bem jurídico

protegido, continua sendo a liberdade individual, na sua expressão mais elementar: a intimidade e a privacidade, que são aspectos da liberdade individual; estas últimas assumem dimensão superior quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude quando se trata da inviolabilidade carnal, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, o nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro. (BITENCOURT, 2012, p. 45).

Portanto, pode-se observar que o bem jurídico do crime de estupro é a liberdade sexual, tanto da mulher quanto do homem. Ambos têm o direito de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo renegar até mesmo o próprio cônjuge, se deste modo o desejarem. No entanto, atualmente, nos crimes sexuais, sobretudo praticados sem a concordância da vítima, o bem jurídico exposto, persiste sendo a liberdade individual, em sua expressão mais simples, a intimidade e a privacidade. Sendo assim, estas últimas tomam dimensão superior, quando se trata da liberdade sexual, atingindo sua plenitude quando se versa sobre a inviolabilidade carnal, que precisa ser respeitada até mesmo pelo próprio cônjuge, pois também pode ser sujeito ativo do crime de estupro.

A liberdade sexual da mulher significa o direito de ela dispor livremente de seu corpo e de suas necessidades sexuais. Esse destaque é importante, pois para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, homem e mulher têm o direito de recusar a se submeter à prática de atos lascivos e sexuais que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra quem quer que seja, inclusive, contra ao próprio cônjuge, companheiro ou namorado. Podem escolher, livremente, o lugar, o momento e o parceiro para compartilhar suas necessidades sexuais. Para Gonçalves (2018, p. 583), a objetividade jurídica é “a faculdade de livre escolha do parceiro sexual”.

Nesse subtítulo percebeu-se que o bem jurídico tutelado neste delito, o objeto jurídico do crime de estupro, é a Dignidade e liberdade sexual da pessoa humana, homem e mulher, já que toda pessoa tem o direito absoluto à inviolabilidade carnal. O objeto material, por sua vez, é a pessoa que sofre o constrangimento.

3.3 SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Nesse terceiro subtítulo apresenta-se um pouco sobre o sujeito ativo e passivo. A Lei 12.015 de agosto 2009 modificou o delito de estupro em crime comum. Sendo assim, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, sendo que o tipo penal não exige mais nenhuma qualidade específica do agente. Deste modo, é possível que haja estupro

cometido por mulher com mulher, mulher contra homem, homem com homem e, também, homem contra mulher.

Com a nova redação houve uma alteração no sujeito ativo do crime de estupro, uma vez que antes da modificação somente a mulher era vítima; agora o homem pode agir no polo ativo do crime. Modificou-se ainda o sujeito passivo do crime. Em função, deixou de ser apenas o homem, passando a ser, como o sujeito passivo do delito, também a mulher.

A mulher era a única vítima possível a enquadrar-se neste artigo, no entanto, o legislador optou pela modificação com o objetivo de incluir o homem como o mais novo sujeito do polo ativo do crime de estupro. Isso porque, houve um crescimento na quantidade de homossexuais violentados sexualmente na atualidade. Vale destacar que a nova lei incluiu a mulher como autora do crime de estupro mediante a prática de outro ato libidinoso, pelo simples fato de que antes da reforma a mulher só poderia ser julgada pelo crime de atentado violento ao pudor.

Andreucci (2014, p. 373) pondera que: “o estupro é crime hediondo (Lei n. 8.072/90), tem como sujeito ativo qualquer pessoa, de acordo com a nova redação dada ao art. 213 pela lei n. 12/015/2009. Não se trata mais, portanto, de crime próprio, já que tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo”. E o sujeito passivo, Andreucci (2014, p. 373) considera que “o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, independente de qualquer outra qualidade pessoal”.

Nesse entendimento, pode-se observar que o estupro tem como sujeito, tanto ativo como passivo, qualquer pessoa.

Cunha sustenta que:

Antes da Lei 12.015/2009, ensinava a doutrina que o crime de estupro era bipróprio, exigindo condição especial dos dois sujeitos, ativo (homem) e passivo (mulher). Agora, com a reforma, conclui-se que o delito é bicomum, onde qualquer pessoa pode praticar ou sofrer as consequências da infração penal (em outras palavras: qualquer pessoa pode ser sujeito ativo assim como qualquer pessoa pode ser sujeito passivo). (2014, p. 467).

Desse modo, vê-se que, com a modificação da lei, o crime de estupro passou a ser um crime comum, podendo ser praticado por homem e mulher. Nessa linha, evidentemente, a mulher, a partir de agora, também pode ser autora desse crime contra o próprio cônjuge, exemplo quando ela o obrigar a praticar atos de libidinagem. Bitencourt (2012, p. 46) sustenta essa mesma linha de pensamento, para ele “Sujeito ativo, individualmente considerado, sob à ótica de redação anterior, somente podia ser o homem. Nesse período, já que sustentávamos

não haver impedimento que uma mulher pudesse ser coautora de estupro, diante das previsões dos arts. 22, 29 e 30, in fine, do CP”.

O sujeito passivo, antes do advento da Lei n. 12.015, era somente a mulher, virgem ou não, recatada ou não, inclusive cônjuge ou companheira. O constrangimento ilegal empregado pelo marido para realizar a conjunção carnal à força, já sustentávamos, não constituía exercício regular de direito. A liberdade sexual já era um direito assegurado a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar, a despeito de respeitável orientação doutrinário/jurisprudencial em sentido contrário. No crime de estupro não se pode perquirir sobre a conduta ou honestidade pregressa da ofendida, podendo dele ser sujeito passivo até mesmo a mais vil, odiada ou desbragada prostituta. Assim, qualquer mulher pode ser vítima de estupro: honesta, prostituta, virgem, idosa etc., sempre que for obrigada à prática sexual contra sua vontade. (BITENCOURT, 2012, p. 47).

No que tange ao sujeito passivo, são insignificantes, para a aplicação do art. 213, os fatores que envolva a moral da vítima, podendo esta ser uma prostituta ou, também, um garoto de programa. Deste modo, é irrelevante à existência do estupro a situação ou característica da vítima, pois, em qualquer caso, mulher tem direito à tutela da lei, visto que a proteção se dirige ao direito de livre disposição do próprio corpo.

Com base nisso, o sujeito passivo é qualquer pessoa, independentemente de suas qualidades. Não importa se a vítima é solteira, casada ou viúva, uma vestal inatacável ou uma meretriz de baixa formação moral. Em qualquer hipótese cada um é dono de seu corpo e só se entregará livremente, como, quando, onde e a quem for de seu agrado.

Entretanto, homens e mulheres em qualquer um dos polos, ativo ou passivo, podem ser autores do crime de estupro. O crime de estupro pode ocorrer em relação ao heterossexual ou ao homossexual. Pode-se afirmar, nesse subtítulo, que homem e mulher podem figurar como sujeito ativo e sujeito passivo na prática do crime de estupro.

3.4 ELEMENTO SUBJETIVO E OBJETIVO

Os elementos objetivos do tipo penal dizem respeito ao fato em si. No crime de estupro o elemento objetivo é o constrangimento, nas palavras de Nucci:

Constranger (tolher a liberdade, forçar ou coagir) alguém (pessoa humana) mediante emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina), ou a prática (forma comissiva) de outro ato libidinoso (qualquer contato que propicie a satisfação do prazer sexual, como, por exemplo, o sexo oral ou anal, ou o beijo lascivo), bem como a permitir que com ele se pratique (forma passiva) outro libidinoso. A Lei 12.015/2009 unificou os tipos penais dos arts. 213

e 214 em uma só figura (art. 213), tornando-o tipo misso alternativo. Portanto, a prática da conjunção carnal e/ou de outro ato libidinoso contra mesma vítima, no mesmo contexto, é crime único. A pena é de reclusão de seis a dez anos. (NUCCI, 2014, p. 814).

Constranger tem diversos significados, mas apenas um significado vale para o caso da configuração dos crimes que têm esse verbo. Constranger, para o código penal, é sinônimo de coagir, e coagir tem como sinônimo obrigar ou forçar.

O tipo subjetivo reúne todas as características subjetivas conduzidas à produção de um tipo penal objetivo. Para Nucci (2014, p. 814), o elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo. E o elemento subjetivo do tipo específico, no pronunciar de Nucci (2014, p. 814), “é a finalidade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia. Ainda que haja intuito vingativo ou outro qualquer na concretização da prática sexual não deixa de envolver uma satisfação mórbida do prazer sexual”.

O doutrinador Bitencourt adverte:

O elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo constituído na primeira modalidade, pela vontade consciente de constranger a vítima, contra a sua vontade, à conjunção carnal, na segunda modalidade, pela mesma vontade consciente de constrangê-la à prática de outro ato libidinoso (diverso da conjunção carnal), ou de permitir que com ela se pratique. (BITENCOURT, 2012, p. 55).

No entanto, trata-se do elemento subjetivo, no primeiro modo, o dolo, ou seja, a intenção de constranger a vítima contra a sua própria vontade, já que uma pessoa que pratica o dolo tem como objetivo consciente praticar o crime sem que a pessoa em questão tenha sido influenciada ou motivada. Já no segundo modo, a pessoa tem a mesma vontade consciente de constranger a vítima ou de permitir que com ela se pratique, diferentemente da conjunção carnal.

Por fim, nesse subtítulo, o resultado obtido é o de que o elemento objetivo do estupro se trata do constrangimento a vítima, e o elemento subjetivo trata-se do dolo.

3.5 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

A consumação do estupro, quando praticado na modalidade conjunção carnal, acontece com a introdução do pênis na vagina, mesmo que incompleto. Já as suposições envolvendo outros atos libidinosos se consumam com a prática do ato libidinoso distinto da conjunção carnal. Assim, os contatos lascivos que sucedem a cópula vaginal, por exemplo, já serão suficientes à consumação do delito do art. 213 do CP. Deste modo, o estupro passa a ser um crime de forma livre, adverso do que acontecia anterior.

O crime de estupro admite tentativa, quando o indivíduo, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguir praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. É preciso, porém, que fique caracterizada a intenção do agente de cometer o mencionado delito. Menciona Andreucci:

No caso de conjunção carnal, é necessário, para a consumação do estupro, que haja a efetiva introdução, completa ou parcial, do pênis no órgão sexual da mulher, não sendo necessária a ejaculação. Em latim, é a *introductio penis in vaginam*. No caso de outro ato libidinoso, é necessária a efetiva prática do ato. Em ambos os casos, deve haver o constrangimento mediante violência ou grave ameaça. (ANDREUCCI, 2014, p. 374).

Diante do exposto, entende-se que para a conjunção carnal, na consumação do estupro, é preciso que haja a efetiva introdução do pênis no órgão sexual da mulher, seja a introdução completa ou parcial, não sendo necessária a ejaculação. No caso de outro ato libidinoso, é necessária a efetiva prática do ato. Em ambos os casos, necessita ter o constrangimento mediante violência ou grave ameaça.

Observa Andreucci a respeito da tentativa ao crime de estupro:

/

Admite-se a tentativa. Pode o agente, portanto, iniciar a execução do crime, empregando o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, e não conseguir consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Caso o agente, após constranger a vítima, mediante violência ou grave ameaça, desista de prosseguir na execução do crime, estará configurada a desistência voluntária (art. 15 do CP), respondendo o agente apenas pelo constrangimento ilegal, (art. 146 do CP). Nesse caso, entretanto, é necessário que não tenha havido a prática de nenhum ato libidinoso com a vítima, pois do contrário estará consumado o delito. (ANDREUCCI, 2014, p. 375).

Como apresentado acima, admite-se a tentativa. O agente pode começar a execução do crime, empregar o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, e não conseguir consumir o crime por ocorrências alheias à sua vontade. Caso o agente, depois de constranger a vítima, desista de prosseguir na execução do crime, estará configurada a desistência voluntária, respondendo ao agente somente pelo constrangimento ilegal. Nesse caso, é preciso que não tenha existido a prática de qualquer ato libidinoso com a vítima, pois do contrário estará consumado o delito.

O doutrinador Cunha observa que:

O delito consuma-se com a prática do ato de libidinagem (gênero que abrange conjunção carnal a vasta enumeração de atos libidinosos ofensivos à dignidade sexual da vítima) sendo perfeitamente possível a tentativa, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheia à vontade do agente. (CUNHA, 2014, p. 469).

O crime de estupro, assim, se consuma através da execução do ato libidinoso, em que envolve a conjunção carnal a ampla descrição de atos libidinosos, tendo como ofensa a dignidade sexual da vítima. Entende-se, portanto, que a para a consumação do estupro tem que haver a introdução do pênis no órgão sexual da mulher, completa ou parcial, não necessitando da ejaculação. No de outro ato libidinoso, é preciso a efetiva prática do ato. Em ambos casos, deve ter o constrangimento mediante violência ou grave ameaça.

E admite-se a tentativa, já que o agente pode começar a execução do crime, empregar o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, e não conseguir consumir o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Se o agente, depois de constranger a vítima, desistir de continuar na execução do crime, estará configurada a desistência voluntária, respondendo o agente somente pelo constrangimento ilegal.

3.6 CONDUTA TÍPICA

Sobre a conduta típica do crime de estupro, pode-se destacar o entendimento de Andreucci:

A conduta típica é constranger, que significa forçar, obrigar, utilizando-se de violência ou grave ameaça, devendo ficar patente o dissenso da vítima. O agente pode constranger a vítima a ter conjunção carnal, a praticar (executar, realizar) ou a permitir (consentir, autorizar) que com ela se pratique outro ato libidinoso”. (ANDREUCCI, 2014, p. 374)

Conforme isso, a conduta típica do crime de estupro nada mais é do que o constrangimento, que consiste em obrigar, forçar e fazer algo contra a vontade, por violência ou grave ameaça, da vítima. O agente pode constranger a vítima a ter conjunção carnal, a praticar e a autorizar que com ele se pratique outro ato libidinoso. No falar de Cunha (2014, p. 467), “pune-se o ato de libidinagem violento, coagido, obrigado, forçado, buscando o agente constranger a vítima à conjunção carnal (conjunção normal entre sexos opostos) ou praticar ou permitir com ele se pratique outro ato libidinoso”.

A conduta típica está representada pelo verbo constranger, que significa coagir, obrigar e forçar a vítima, por violência ou grave ameaça, a fazer algo contra a sua própria vontade.

3.7 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A classificação doutrinária do crime de estupro trata-se de um crime comum, material, de forma livre, comissivo, instantâneo, unissubjetivo e plurissubsistente. Nas palavras de Rogério Sanches Cunha:

Comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (o resultado naturalístico é o efetivo constrangimento à liberdade sexual sofrido pela pessoa, com eventuais danos físicos e traumas psicológicos); de forma livre (admite-se a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso); comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente. (CUNHA, 2014, p. 814).

A classificação doutrinária do crime de estupro é comum, pois pode ser praticada por qualquer pessoa. É material quando causa constrangimento à liberdade sexual, ocasionando danos físicos e traumas psicológicos. Também é classificado de forma livre, já que se admite a conjunção carnal e qualquer outro ato libidinoso. E, por fim, é classificada “como comissivo; instantâneo; unissubjetivo; plurissubsistente”.

Cezar Roberto Bitencourt sustenta essa mesma linha de pensamento:

Trata-se de crime comum (não exige qualquer qualidade ou condição especial do sujeito ativo, que agora tanto pode ser homem ou mulher, indistintamente); material (crime que causa transformação no mundo exterior, deixando vestígios); doloso (não há previsão de modalidade culposa); de forma livre (pode ser praticado por qualquer forma ou meio eleito pelo sujeito ativo); comissivo (o verbo nuclear implica a prática de uma ação); instantâneo (a consumação não se alonga no tempo, configurando-se em momento determinado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma única pessoa); plurissubsistente (a conduta pode ser desdobrada em vários atos, dependendo do caso). (BITENCOURT, 2012, p. 57).

Baseado na exposição acima, a classificação do crime de estupro é como crime comum, pois não exige qualidade especial do autor, qualquer pessoa pode figurar tanto como sujeito ativo quanto passivo. Material porque, para a sua consumação, o crime exige resultado naturalístico, doloso; não é punível na modalidade culposa e comissivo, embora possa ser praticado por omissão imprópria. É de forma livre, já que a lei não prevê forma específica de praticá-lo, exceto na conjunção carnal. Instantâneo porque a consumação não se alonga no tempo. Unissubjetivo, pelo fato de ser praticado por uma única pessoa. Plurissubsistente pois é composto por vários atos.

No entanto, estas classificações não são gerais, pois há doutrinadores que discordam deste posicionamento. Para Greco (2009), o crime de estupro nem sempre poderá ser classificado como um crime comum. Para ele, quando se destinar à prática de conjunção carnal será crime de mão-própria com relação ao sujeito ativo, uma vez que só pode ser cometido pelo sujeito em pessoa, exigindo uma atuação pessoal do agente. E, desta mesma

forma, será crime próprio com relação ao sujeito passivo, em razão de que apenas a mulher pode sofrer constrangimento para a conjunção carnal. Quanto à realização de outros atos libidinosos, Greco entende como os demais, classificando-o como um crime comum.

Enfim, o resultado deste importante foi a mudança que teve na lei 12.015 de agosto 2009. Em todos os subtítulos, observou-se a mudança que ocorreu com essa lei. Atualmente, o crime de estupro está previsto no título VI, que aborda sobre os crimes contra a dignidade sexual, mais especificamente no capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Este termo, dignidade sexual, foi alterado no código penal pela lei 12.015/09, já que antes se falava em crime contra os costumes.

Até o ano de 2009, o conceito de estupro na legislação era conjunção carnal violenta, ou seja, uma relação sexual violenta entre homem e mulher. E o atentado violento ao pudor era um constrangimento ou qualquer outra prática libidinoso. Em 2009, decidiram juntar esses dois crimes, passando ambos a ser chamado de estupro. Hoje em dia, o estupro pode ser considerado qualquer constrangimento violento de alguém. Anteriormente era considerado somente um constrangimento contra a mulher.

No próximo e último capítulo, apresenta-se uma análise entre contravenção penal *versus* estupro, sendo que esse último capítulo é de muita importância, pois ele trará os resultados que é preciso para obter respostas sobre o objetivo do trabalho.

4. CONTRAVENÇÃO PENAL *VERSUS* ESTUPRO

Nesse terceiro e último capítulo, faz-se uma análise entre contravenção penal e estupro, tendo em vista que esse último capítulo será de suma importância, pois vai fazer uma comparação entre esses dois tipos de espécies penal, na qual são confundidos diversas vezes. Primeiramente vale lembrar que contravenção é uma conduta menos grave, diferentemente do crime que é considerado como uma conduta mais grave.

Hoje em dia, o estupro pode ser considerado como qualquer constrangimento violento à alguma pessoa. Por outro lado, há outra figura, que não é crime, conhecida no Brasil como contravenção penal, em que também tem o nome de importunação ofensiva ao pudor.

Atualmente, o fato é que a figura do estupro é muito extensa, a exemplo: um beijo forçado ou apalpar o corpo pode ser visto como estupro. O Estado ou o juiz podem ter dúvida sobre se isso é adequado. É a mesma coisa constranger alguém a uma prática sexual invasiva e beijar alguém à força. O art. 61 da Lei das contravenções penais, decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, dispõe que “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena – multa.” (BRASIL, 1941).

Esse artigo trata de uma infração penal que atenta contra a dignidade sexual do ser humano. Assim, atazanar alguém, em local público ou acessível ao público, de forma ofensiva, gera multa. Entende-se, então, que a dignidade sexual é relativa à autoestima, a honra, da pessoa humana, em sua particular vida sexual. Nesse sentido, se relaciona à sexualidade humana, ou seja, ao conjunto de casos, acontecimentos e aspectos da vida sexual de cada um, permitindo ao ser humano a realizar-se sexualmente, contentando sua lascívia e sensualidade como bem quiser, sem intervenção de ninguém, sem atentar contra a dignidade sexual de outrem.

Sabemos que contravenção penal é uma infração penal de menor potencial ofensivo, em que se pune através de prisão simples ou multa. Vale lembrar que na contravenção que estamos tratando, ou seja, o art. 61, somente é aplicado multa.

A contravenção penal é muito confundida com o crime de estupro do art. 213 do código penal. No crime de estupro a vítima não tem domínio sob seu pensamento, sua escolha, sua vontade ou ação. Já na importunação ofensiva ao pudor a vítima, mesmo sob algum tipo de ofensa à sua dignidade sexual, pode escolher continuar ou não na situação.

No crime de estupro, há o emprego de violência ou grave ameaça. Na Importunação ofensiva ao pudor não há. No estupro há intenção de servir à lascívia, ou seja, ao desejo sexual. Na Importunação ofensiva ao pudor, não há intenção. Existe, assim, uma grande diferença entre ambos, o que não pode ser confundido.

Inicialmente, salienta-se que tanto o estupro quanto a importunação ofensiva ao pudor correspondem a infrações penais contra a dignidade sexual. Entre tais ilícitos penais, a primeira diferença que se observa é o estupro como um crime (delito), enquanto a importunação ofensiva ao pudor uma contravenção penal. Quem pontua sobre essa separação é a 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; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Conforme foi mencionado no primeiro capítulo, os crimes ou delitos são considerados por penas mais graves, em que se procura proteger os bens mais importantes ao convívio em sociedade. Já as contravenções penais são impostas penas menos grave, tendo em vista que, através delas, busca-se proteger bens que não possuem a dignidade penal exigida pelos tipos penais que preveem os crimes.

É possível observar, sem maior esforço, que o estupro se realiza através de violência ou grave ameaça, fundamentos que não se encontra na contravenção penal do art. 61 da LCP. Um caso de contravenção penal que gerou grande repercussão e indignação nacional ocorreu no ano passado em São Paulo: um homem ejaculou em uma mulher dentro de um ônibus. O ocorrido gerou polêmica pelo fato de o sujeito ter sido preso em flagrante por crime de estupro, mas no dia seguinte ter sido solto.

O juiz o responsável pelo caso concluiu que o ato não seria estupro, mas, sim, uma contravenção penal, já que, importunar alguém em local público de modo ofensivo ao pudor, é passível de punição com multa. Veja-se a decisão do Juiz Eugenio do Amaral, conforme Renata Mendonça:

O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco de ônibus quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. (MENDONÇA, *online*, 2018).

Justificando a decisão, o juiz considerou que era uma mera contravenção penal, pois ele não conseguiu entender que existiu um constrangimento mediante violência. Entretanto, essa decisão trouxe intensas reações nas redes sociais, gerando uma enorme revolta entre movimentos de defesa dos direitos das mulheres, pois liberou um homem que havia tido passagens na polícia por suspeita de estupro.

Em outro caso houve uma decisão que provocou debates jurídicos: um beijo roubado deveria ser ou não considerado crime ou contravenção. Nesse caso, havia um indivíduo que exercia sobre uma mulher menor de idade o ato de beijo lascivo. Ele, com o joelho inclinado e pressionando ao corpo da mulher, praticou o ato. No julgamento constou que o indivíduo só não partiu para a conjunção carnal devido à interferência de um motoqueiro que passava no momento em que os fatos se desenrolavam

A decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, que foi o responsável pela discussão desse ato e logo levada ao Superior Tribunal de Justiça, analisou o caso e o constou como um abuso. A teoria do caso não se discorre daqueles “beijos roubados” em festas ou, inclusive, os famosos “selinhos” etc. Refere-se, na verdade, de um verdadeiro ato direcionado contra a dignidade sexual.

Ademais, como se pode notar, pelos elementos apresentados, tudo leva ao crime de estupro. Nesse ponto, não se aborda mais apenas a conjunção carnal, mas se expandiu para abranger além da conjunção carnal a qualquer ato libidinoso e, nisto entra uma sequência de atos e condutas que podem considerar crime de estupro, constrangimento ilegal ou da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Deste modo, é relevante identificar para melhor compreensão o conceito de conjunção carnal e ato libidinoso, diferente da conjunção. À par dessa compreensão, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci explica que:

Conjunção carnal: é um termo específico, dependente de apreciação particularizada, que significa a introdução do pênis na vagina. ‘Restritivo é o critério pelo qual apenas se admite como conjunção carnal a cópula secundum naturam; amplo, o compreensivo da cópula normal e do anal; e amplíssimo o que engloba o ato sexual e qualquer equivalente do mesmo; assim, a cópula vaginal, a anal e a fellatio in ore’ (O critério prevalente, no Brasil, é o restritivo. Tal interpretação advém, dentre outros motivos, do fato de o legislador ter utilizado, no mesmo art. 213, a expressão ‘outro ato libidinoso’, dando mostras de que, afora a união pênis-vagina, todas as demais formas de libidinagem estão compreendidas nesse tipo penal. Não importa, para a configuração do estupro, se houve ou não ejaculação por parte do homem e muito menos se o hímen rompeu-se (no caso da mulher virgem) (NUCCI, 2015, p. 1.199).

Conforme isso, a conjunção carnal é um vocábulo que depende da introdução do pênis na vagina. O critério é restritivo, na qual apenas se admite como conjunção carnal o coito. O critério predominante no Brasil é o restritivo. Esta compreensão resulta, no meio de outras razões, do fato de o legislador ter aplicado no art. 213 o termo “outro ato libidinoso”, oferecendo, assim, sinais de que, exceto à união pênis-vagina, quaisquer formas de libidinagem encontram-se atreladas nesse tipo penal. Não importa se para a configuração do estupro houver ou não ejaculação por parte do homem e muito menos se o hímen se romper, como, por exemplo: no caso de uma mulher virgem. (BRASIL, 1940).

Dando sequência às exposições, Guilherme de Souza Nucci esclarece que ato libidinoso é diferente da conjunção carnal. No caso do beijo, somente abrangeria o beijo lascivo, advertindo que:

Ato libidinoso: é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se os castos, furtivos ou brevíssimos, tais como os dados na face ou rapidamente nos lábios (‘selinho’). Incluem-se os beijos voluptuosos, com ‘longa e intensa descarga de libido’, nas palavras de Hungria, dados na boca, com a introdução da língua (NUCCI, 2015, p. 1.199).

No entanto, ato libidinoso é o ato sensual e lascivo, em que objetiva satisfazer o prazer sexual, por exemplo, o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, entre outros. No que diz respeito ao beijo, excluem-se os moderados, suspeitos ou brevíssimos, particularmente os dados no rosto ou rapidamente nos lábios, conhecido como selinho. Incluem-se os beijos sensuais, longos ou intensos dados na boca, com a introdução da língua.

Acerca dessa análise, Cezar Roberto Bitencourt distingue o beijo lascivo do beijo de afeto. Para ele, esse tipo de beijo é uma forma de humilhar a vítima, embora admita à possibilidade de ambas as condutas terem o condão de configurarem crime de estupro:

[...] Outro exemplo, em que seria preciso um pouco de razoabilidade para o intérprete, é o ‘roubo de um beijo lascivo’. Por ‘beijo lascivo’ entende-se o beijo destinado a produzir ou estimular o prazer sexual, diferentemente de um rápido e fugaz toque entre os lábios. Pois bem, se o indivíduo rouba um beijo lascivo da vítima como forma de demonstrar-lhe seu afeto, ter-se-á uma conduta diferente daquela em que o sujeito rouba o beijo lascivo para humilhar a vítima. Qualquer das hipóteses poderia, em tese, configurar o estupro, haja vista o constrangimento a que a vítima é submetida, a violência no ato em si, e o ato libidinoso (tendente a produzir ou estimular o prazer). É necessário, portanto, que se verifique a real ofensa ao bem

jurídico ‘dignidade sexual’, no fruir da liberdade da vítima em escolher com quem e quando quer beijar (BITENCOURT, 2012, p. 46).

O exemplo citado acima é do roubo de um beijo lascivo. O beijo lascivo é aquele determinado a provocar ou incitar o prazer sexual, diferente de um breve contato em meio aos lábios. Portanto, se o indivíduo rouba um beijo lascivo da vítima, de maneira que demonstre seu afeto, a conduta será diferente daquela em que o sujeito rouba o beijo lascivo para humilhar a vítima. No entanto, qualquer das hipóteses seria capaz, de modo geral, de configurar o estupro, tendo em vista o constrangimento em que a vítima é submetida, ou seja, sujeita à violência no ato em si, e o ato libidinoso voltado a produzir ou estimular o prazer. Por fim, é fundamental que compreenda a real ofensa ao bem jurídico, no caso a dignidade sexual, no gozar da liberdade da vítima em escolher com quem e quando quer beijar.

Noronha (1964, p. 167) reafirma essa posição agressiva quanto ao beijo lascivo quando ainda existia o tipo do art. 214, do Código Penal Atentado Violento ao Pudor que migrou com advento da Lei nº 12.015, de 2009, para o crime de estupro do art. 213. Ele afirmar que quanto a esse tipo de beijo “não temos dúvida em considerá-lo ato de libidinagem, capaz de integrar o crime deste artigo, quando dado, por meio de violência ou ameaça, num impulso de luxúria e de volúpia”. (BRASIL, 1940).

Luiz Regis Prado, na mesma linha de pensamento, expressa que:

Á inclusão de todos os tipos de cópula no delito de estupro, qualificando o atentado violento ao pudor como um crime menos grave. [...] um desafio que causa inquietação à doutrina e aos tribunais é a gradação dos atos libidinosos, que, obviamente, posicionam-se numa linha ascendente de um simples toque até o coito anal, que se situa no mesmo grau do estupro. Assim, se é correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas (PRADO, 2010, p. 210).

A introdução para todos os tipos de ligação no delito de estupro, classificando o atentado violento ao pudor como um crime menos grave. Qualquer estímulo que causa alteração à doutrina é à categoria dos atos libidinosos que, visivelmente, se colocam em uma linha antepassada de um simples toque até o coito anal, se estabelece no mesmo grau do estupro. De tal modo, se é certa a classificação do beijo lascivo como ato libidinoso, não é menos apropriado afirmar que a aplicação da pena ao agente é mínima de seis anos, isto posto, provoca, na maior parte, o princípio da proporcionalidade das penas.

Não obstante, não se pode perder de vista outro aspecto tratado pela doutrina acerca do beijo lascivo. Entendendo, então, que o beijo lascivo não configura atentado violento ao pudor, Rogério Greco expõe que o agente:

[..] Poderá nesse caso ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do Código Penal, ou mesmo pela contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), dependendo da intensidade e da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional (GRECO, 2015, p. 504).

Diante do exposto, o agente só poderá ser responsabilizado por constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do Código Penal, do mesmo modo pela contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor art. 61 da LCP, dependendo da força e da importância do fato exercitado, suspendendo, assim, a aplicação de uma pena bastante desigual.

Rogério Sanches Cunha pontua também que:

A expressão ‘outro ato libidinoso’ é bastante ampla, porosa e, se não interpretada com cautela, pode culminar em séria injustiça, como já registrada pela nossa jurisprudência quando os Tribunais subsumiam ao tipo do art. 214 do CP o simples beijo lascivo. De lege ferenda (leitura futura), deve o legislador exemplificar os atos considerados libidinosos, permitindo ao aplicador encontrar outros que com aqueles se assemelham. Por enquanto, de lege lata (lei posta), precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima. Como exemplo citamos o coito anum, inter femora, a fellatio, o cunnilingus, o anilingus, ou ainda a associação da fellatio e o cunnilingus, a cópula axiliar, entre os seios, vulvar, etc (CUNHA, 2010, p. 250).

No entanto, o termo outro ato libidinoso é muito vasto e, se não for interpretada com cuidado, pode até resultar em grave injustiça. Deve-se, portanto, o legislador explicar os atos que são considerados libidinosos, consentindo ao aplicador encontrar outros que com aqueles se aparentam. Por ora, a lei inserida evidencia a necessidade de o aplicador avaliar o caso concreto e concluir se o ato cometido foi apto de ferir ou não a dignidade sexual da vítima.

Extrai-se das discussões expostas que o “beijo roubado”, para ser crime ou contravenção penal, deverá analisar os fins lascivos ou não em si, bem como o próprio contexto fático, por exemplo, se há violência ou grave ameaça, o comportamento da vítima, se ela consentiu ou não, entre outras particularidades. Elementos esses que encaminharão à resposta a ser estabelecida no caso concreto. Isso porque, somente o caso concreto, com todos os seus detalhes e situações, que trará contribuições para afirmar se alguma ação se adequa,

ou não, ao tipo penal relacionado ao estupro ou a importunação ofensiva ao pudor (contravenção penal).

Sob outra perspectiva é correto salientar que existe um pequeno espaço entre essas duas infrações, de forma que uma série de condutas não se adaptará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais. Todavia, é necessário estabelecer alguns fatores que, ao menos em teoria, servirão para diferenciar o delito de estupro da contravenção de importunação, por exemplo, a violência e a grave ameaça.

Outro exemplo é satisfazer a lascívia, pois é a orientação do estuprador e não do importunador, visando incomodar e/ou atormentar a vítima. Assim, quanto mais agressivos e ofensivos forem os atos sexuais cometidos, mais a conduta se aproxima do estupro e se afasta da importunação. O fato de o ato ter ocorrido em lugar público ou acessível ao público vale para a contravenção penal, mas é indiferente para o crime.

Por todo o exposto, percebe-se que a resposta à preocupação de se algumas atitudes, ações, consideradas contravenções penais, poderiam ser caracterizadas como crime de estupro, está longe de ser resolvida. Isso porque, uma grande parte de doutrinadores e juristas entende que algumas condutas são apenas contravenções e não podem ser consideradas estupro. Por outro lado, é correto que existe um pequeno espaço entre essas duas infrações, de forma que uma série de condutas não se adaptará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais. Razão pela qual urge a necessidade de criação de uma infração intermediária.

Sendo assim, enquanto não é aprovada a lei que insere o tipo penal intermediário no Código Penal, deve o juiz considerar a sistemática processual vigente, bem como das alternativas jurisprudenciais criadas para punir a conduta do agente de acordo com o grau de ofensividade ao bem jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaque-se em sede conclusiva que o presente estudo monográfico abordou sobre os limites do estupro com a contravenção penal dentro dos crimes contra a dignidade sexual, com intuito de solucionar o problema, pois muitas condutas dentro desse crime estavam sendo tratadas como contravenção penal. A questão central foi analisar se muitas atitudes, ações, que são consideradas contravenção penal, poderiam ser caracterizadas como crime de estupro.

Viu-se, portanto, que a contravenção e crime são espécies de infração penal. Contravenção é uma conduta menos grave, diferentemente do crime que é considerado como uma conduta mais grave. Observa-se que não existe uma diferença de natureza ontológica entre crimes e contravenções penais, porque na prática elas são a mesma coisa, espécies do gênero de infração penal. O que, na verdade, existe é uma diferença de natureza axiológica, ou seja, valorativa.

Aliás, insta salientar sobre o estudo relacionado ao crime de estupro, trazendo as mudanças que ocorreram com a lei 12.015 de agosto de 2009. Entre as alterações promovidas pela lei está, inicialmente, a mudança da denominação do Título VI da parte especial do Código Penal, designado “Dos crimes contra a dignidade sexual”, já que anteriormente se falava em “Dos crimes contra os costumes”.

Entende-se, nesse contexto, que a principal alteração promovida pela Lei nº 12.015/09 encontra-se nos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, atualmente unidos em único tipo penal (art. 213), denominado de “estupro”. Nota-se, claramente, que houve uma grande mudança em relação a esse termo estupro. Antes, ele abordava apenas sobre o constrangimento da mulher à conjunção carnal. Já os outros atos libidinosos encontravam-se caracterizados no artigo posterior.

Sendo assim, com a edição da Lei 12.015/09, o legislador resolveu reunir os dois crimes apenas em um só tipo penal, fazendo uma nova definição ao termo estupro. Hoje, então, não é apenas conjunção carnal violenta, mas, também, a conduta de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Postula-se, pelo exposto neste trabalho, que hoje em dia o estupro pode ser considerado qualquer constrangimento violento de alguma pessoa. Mas, por outro lado, há outra figura, que não é crime, conhecida no Brasil como contravenção penal ou importunação ofensiva ao pudor.

Verifica-se, desse modo, que somente o caso concreto, com todos os seus detalhes e situações, é que nos trará contribuições para afirmar se alguma ação se adequa, ou não, ao tipo penal relacionado ao estupro ou à importunação ofensiva ao pudor (contravenção penal). É perceptível, então, que a resposta à preocupação ao fato de se algumas atitudes e ações, consideradas contravenções penais, poderiam ser caracterizadas como crime de estupro, está longe de ser resolvida.

Uma grande parte de doutrinadores e juristas entende que algumas condutas são apenas contravenções e não podem ser consideradas estupro. Por outro lado, é correto que existe um pequeno espaço entre essas duas infrações, de forma que uma série de condutas não se adaptará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais, razão pela qual urge a necessidade de criação de uma infração intermediária.

Sendo assim, enquanto não é aprovada a lei que insere o tipo penal intermediário no Código Penal, deve o juiz considerar a sistemática processual vigente, bem como das alternativas jurisprudenciais criadas para punir a conduta do agente de acordo com o grau de ofensividade ao bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAYER, Diego Augusto. **Teoria do crime**: principais diferenças entre crime e contravenção penal. In: Jus Brasil. Disponível em <<https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943195/teoria-do-crime-principais-diferencas-entre-crime-e-contravencao-penal>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

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

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1940.

_____. **Lei das Contravenções Penais**. Brasília: Senado Federal, 1941.

_____. **Lei de Introdução ao Código Penal**. Brasília: Senado Federal, 1941.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Adendo Lei 12.015/2009**: Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual. Niterói: Impetus, 2009.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Renata. **O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?** In: BBC Brasil, São Paulo. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MIRABETE, Julio Frabbini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Larissa Sguario. **Breve histórico do estupro e alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009**. In: Jus Brasil. Disponível em: <<https://larissasguario.jusbrasil.com.br/artigos/190271977/breve-historico-do-estupro-e-alteracoes-trazidas-pela-lei-12015-de-2009>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURA, Denis Caramigo. Importunação ofensiva ao pudor. Uma contravenção penal sexual. In: Jus Brasil. Disponível em: <<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor>>. Acesso em: 10 abr. 2018.