**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**MAYSA GOULART GONÇALVES**

# DESPROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE ESTUPRO SIMPLES EM FACE DAS DIVERSAS CONDUTAS TIPIFICADORAS DO DELITO

Tubarão

2018

**MAYSA GOULART GONÇALVES**

# DESPROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE ESTUPRO SIMPLES EM FACE DAS DIVERSAS CONDUTAS TIPIFICADORAS DO DELITO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Orientador: Prof. Lauro José Ballock, Msc.

Tubarão

2018

**MAYSA GOULART GONÇALVES**

# DESPROPORCIONALIDADE DA PENA NO CRIME DE ESTUPRO SIMPLES EM FACE DAS DIVERSAS CONDUTAS TIPIFICADORAS DO DELITO

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 25 de junho de 2018.

Professor e orientador Lauro José Ballock, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Alexsandro da Silva, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Jeã Pierre Lopes Tôledo, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico o presente trabalho monográfico aos meus pais, Marcia de Medeiros Goulart e Maciel Gonçalves, pelo apoio durante toda minha trajetória e pelo amor e confiança que sempre depositaram em mim.

## AGRADECIMENTOS

A finalidade dos agradecimentos é reconhecer a importância que cada pessoa mencionada abaixo tem em minha vida, motivo pelo qual a ordem da disposição não significa maior ou menor prestígio, mas, simplesmente, a imensa gratidão pela contribuição de cada uma para que eu pudesse transpor essa etapa.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Marcia de Medeiros Goulart e Maciel Gonçalves, por todos os ensinamentos, por estarem comigo sempre que preciso e por me mostrarem o valor da família. Espero não ter herdado apenas os traços genéticos, mas a personalidade, o caráter e os valores. Vocês são meu espelho e espero dar o orgulho que merecem e esperam de mim.

À minha avó paterna, Terezinha Maria Kamers, minha tia Mariselma Kamers Gonçalves e meu tio Joel Vicente Goulart, por todo amor a mim dispensados e pela dedicação e carinho com que há muito me tratam. Ainda, à minha avó materna, Eva de Medeiros Goulart, que muito cedo nos deixou. Infelizmente, não poderei tê-la em minha formatura, mas a ela também dedico minhas vitórias.

Ao professor Lauro José Ballock, por ter me ajudado nesta pesquisa. Tê-lo como orientador foi uma enorme honra. Obrigada pela atenção e pelo incentivo.

À Defensoria Pública de Santa Catarina, Núcleo Regional de Tubarão/SC, por me fazer crescer profissionalmente e ampliar, imensamente, meu conhecimento jurídico. Agradeço, outrossim, à Dra. Suzi Maria Comelli Boing, Defensora Pública, por ter acreditado no meu trabalho e por ter me ajudado, diariamente, na elaboração de inúmeras peças processuais, tanto na área cível quanto na área criminal.

Aos meus colegas que estagiaram comigo na Defensoria Pública, no período de 2017 a 2018. Obrigada pelas risadas, conversas nos intervalos e por me ouvirem falar, frequentemente, sobre este trabalho monográfico.

Por fim, a todos os meus amigos e parentes que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta pesquisa.

“A menos que modifiquemos nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo” (Albert Einstein).

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como **objetivo** examinar a desproporcionalidade da pena no delito de estupro simples e analisar a possibilidade de criação de lei intermediária que abranja as condutas existentes entre o crime de estupro descrito no artigo 213, *caput*, do Código Penal e as descritas nos artigos 61 e 65 do Decreto Lei n. 3.688/41. Para tanto, expõem-se os contornos conceituais do crime, as mudanças trazidas pela vigência da Lei n. 12.015/09, os princípios atinentes à aplicação da pena do delito e, por fim, as causas de aumento de pena previstas nos artigos 226 e 234-A do Código Penal. Analisam-se, ainda, as sanções aplicadas aos acusados em jurisprudências selecionadas dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, bem como examina-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das condutas tipificadoras do delito de estupro simples. O **método** utilizado nesta monografia, quanto à abordagem, foi o qualitativo; quanto ao nível de pesquisa, o exploratório e, por fim, quanto ao procedimento, utilizaram-se os métodos bibliográfico e documental. Dessa maneira, a partir desta pesquisa, **concluiu-se** que é latente a desproporcionalidade no delito de estupro simples, levando em conta que, após análises jurisprudenciais e doutrinárias, as penas aplicadas aos acusados mostraram-se, em casos análogos, relativamente altas, enquanto em outros, excessivamente baixas. Posto isso, a pesquisa em tela traz como solução para tal desproporcionalidade a criação de um tipo penal intermediário, que abranja condutas que envolvam o cometimento de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, objetivando tornar a pena aplicada ao acusado proporcional à conduta por ele cometida e visando a extinguir a lacuna legislativa existente na atual redação do artigo 213, *caput*, do Código Penal.



Palavras-chave: Estupro. Desproporcionalidade. Tipo Penal Intermediário.

**ABSTRACT**

The purpose of this monographic work is to examine the disproportionality of the sentence in the simple rape crime and to analyze the possibility of creating an intermediate law that covers the existing conduct between the crime of rape described in article 213, caput, of the Penal Code and those described in Articles 61 and 65 of Decree Law no. 3,688 / 41. For this, the conceptual contours of the crime are exposed, the changes brought about by the validity of Law n. 12.015/09, the principles regarding the application of the punishment of crime and, finally, the causes of increase of sentence provided for in articles 226 and 234-A of the Penal Code. We also analyze the sanctions applied to the accused in selected jurisprudence of the Courts of Justice of Santa Catarina and Rio Grande do Sul, as well as examining the understanding of the Superior Court of Justice regarding the conduct that typifies the crime of simple rape. The method used in this monograph, regarding the approach, was the qualitative one; as for the level of research, the exploratory and, finally, regarding the procedure, the bibliographic and documentary methods were used. Thus, from this research, it was concluded that the disproportionality of the simple rape is latent, taking into account that, after jurisprudential and doctrinal analyzes, the sentences applied to the accused were, in similar cases, relatively high, while in others, excessively low. Given this, on-screen research brings as a solution to such disproportionality the creation of an intermediate criminal type, which encompasses conduct that involves the commission of libidinous acts other than the carnal conjunction, with the purpose of making the sentence applied to the accused proportional to the conduct committed by him and aiming to extinguish the existing legislative gap in the current wording of article 213, caput, of the Penal Code.

Keywords: Rape. Disproportionality. Intermediate Criminal Type.

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO ..... 10**
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA ..... 10
1.2 JUSTIFICATIVA ..... 12
1.3 OBJETIVOS ..... 13
**1.3.1 Objetivo geral ..... 13**
**1.3.2 Objetivos específicos ..... 13**
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS ..... 13
1.5 ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS ..... 14
**2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO ..... 16**
2.1 CONCEITO ATUAL DO DELITO ..... 16
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO ..... 19
**2.2.1 Mudanças trazidas pela vigência da Lei n. 12.015/09 ao Código Penal Brasileiro 22**
2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DELITO ..... 25
**2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana ..... 25**
**2.3.2 Princípio da proporcionalidade ..... 26**
**2.3.3 Princípio da taxatividade ..... 29**
**2.3.4 Princípio da lesividade ..... 31**
2.4 CAUSAS DE AUMENTO DA PENA ..... 32
**2.4.1 Artigo 226 do Código Penal ..... 32**
**2.4.2 Artigo 234-A do Código Penal ..... 33**
**2.4.3 Aplicação de mais de uma causa de aumento de pena ..... 34**
**3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ..... 35**
3.1 ANÁLISE DAS PENAS APLICADAS AOS ACUSADOS EM CASOS DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ..... 35
**3.1.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina ..... 35**
3.1.1.1 Apelação Criminal n. 0017741-42.2013.8.24.0038 ..... 35
3.1.1.2 Apelação Criminal n. 0000229-83.2015.8.24.0003 ..... 36
3.1.1.3 Apelação Criminal n. 0002931-05.2009.8.24.0070 ..... 37
3.1.1.4 Apelação Criminal n. 0002107-18.2013.8.24.0034 ..... 38
3.1.1.5 Apelação Criminal n. 0040672-50.2014.8.24.0023 ..... 39
**3.1.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ..... 40**
3.1.2.1 Apelação Criminal n. 70072901986 ..... 41

3.1.2.2 Apelação Criminal n. 70076045210 ..... 41
3.1.2.3 Apelação Criminal n. 70067238964 ..... 42
3.1.2.4 Apelação Criminal n. 70075598557 ..... 44
3.1.2.5 Apelação Criminal n. 70070199765 ..... 45
3.2 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ..... 46
3.3 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ..... 49
**3.3.1 Beijo lascivo ..... 49**
**3.3.2 Ausência de contato entre o agente e a vítima ..... 50**
**3.3.3 Desclassificação para contravenção penal ..... 51**
**4 DESPROPORCIONALIDADE DA PENA EM ABSTRATO NO DELITO DE ESTUPRO SIMPLES ..... 53**
4.1 LACUNA LEGISLATIVA EXISTENTE NO ARTIGO 213, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL ..... 56
4.2 CRIAÇÃO DE LEI INTERMEDIÁRIA COMO FORMA DE TORNAR A PENA PROPORCIONAL À CONDUTA COMETIDA PELO AGENTE ..... 58
**5 CONCLUSÃO ..... 63**
**REFERÊNCIAS ..... 66**

# 1 INTRODUÇÃO

Este estudo trata da desproporcionalidade na aplicação da pena no crime de estupro simples em face das diversas condutas tipificadoras do delito, além de análise jurisprudencial e da discussão acerca da possibilidade de criação de uma lei intermediária.

## 1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

A repressão à relação sexual forçada tem origens históricas, especialmente quando a vítima pertence ao sexo feminino. No entanto, os contornos do delito de estupro foram delimitados ao longo dos anos, assim como a forma de compreendê-lo e tratá-lo pelo sistema judiciário.

Essa forma teve sua principal mudança propiciada pela vigência da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, que deu nova redação aos crimes contra a dignidade sexual, antes ditos crimes contra os costumes. Além disso, o crime de estupro, anteriormente considerado crime próprio, passou a ser visto como comum, tendo em vista que no polo passivo ou ativo podem estar presentes tanto indivíduos do sexo feminino quanto do masculino. Nesse sentido, afirma Nucci (2009, p. 13-14, grifos do autor):

> Alterou-se a redação do art. 213, conferindo-lhe modernidade e adequação à realidade atual. Há tempos vínhamos defendendo ser viável o estupro considerado como crime comum, vale dizer, tanto pode ser delito cometido pelo homem contra a mulher, como também pela mulher contra o homem. Tal situação foi corrigida pela nova redação do art. 213.
> [...]
> Diante disso, é possível sustentar a viabilidade de haver estupro cometido por agente *homem* contra vítima *mulher*, por agente *homem* contra vítima *homem*, por agente *mulher* contra vítima *homem* e por agente *mulher* contra vítima *mulher*.

A sua pena, que antes contava com reclusão de três a oito anos, foi alterada pelo artigo 6º da Lei n. 8.072/90, passando a ser reclusão de seis a dez anos. Ademais, de acordo com o artigo 1º, inciso V, do mesmo diploma legal, o delito de estupro passou, também, a ser considerado como crime hediondo. Posteriormente, a classificação dada por esta lei foi confirmada pelo artigo 1º da Lei n. 8.930/94 e, em razão disso, o autor do delito não poderia ser beneficiado com a anistia, graça ou indulto, não teria direito à fiança, tampouco à liberdade provisória, devendo cumprir a pena integralmente em regime fechado.

No entanto, ressalta-se que a parte relativa ao cumprimento integral da pena em regime fechado foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e alterada

pela Lei n. 11.464/2007, que modificou o § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990.

Denota-se, também, ainda em análise à nova redação dada pelo artigo, ter havido a unificação das condutas do crime de estupro e do crime de atentado violento ao pudor. Dessa forma, conforme Tanferri e Cachapuz (2015, p. 52), tal delito "passou a ser caracterizado como um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, que é aquele que contém várias modalidades de condutas, qualquer uma delas suficiente por si só para a caracterização da prática do crime".

É nesse contexto que se observa a desproporcionalidade na aplicação da pena no delito de estupro simples, haja vista que, de acordo com Tanferri e Cachapuz (2015, p. 54), a pretendida proteção sobre a incolumidade sexual parece ter ocultado a presença de inúmeros graus de ofensa a tal bem jurídico, que não podem ser apenados de igual modo, com sanções elevadas e permeadas pelas regras concernentes aos crimes hediondos.

No caso concreto, a desproporcionalidade é observada em situações como, por exemplo, a ocorrência de um beijo lascivo ou do toque em regiões íntimas. Seria razoável punir o agente com uma pena que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos? Haveria possibilidade de diminuição da pena-base levando em conta a conduta do autor do delito?

Diante desse panorama, resta claro que a aplicação da pena cominada no Código Penal vigente acabaria por obstar a liberdade do agente, já que, em tese, ocorreria sem a observância do princípio da proporcionalidade. Isso porque, ainda que o magistrado aplique a pena no mínimo legal, em alguns casos, a reprimenda estará sendo demasiadamente severa, afrontando o dito princípio.

Greco (2008, p. 77), em análise ao princípio da proporcionalidade, assim ensina:

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

Não obstante, ainda que se reconheça essa desproporcionalidade e se queira aplicar a pena de forma mais branda àquele que apenas praticou um ato libidinoso diverso da conjunção carnal em detrimento daquele que cometeu o crime com conjunção carnal, o magistrado não poderia aplicar a pena abaixo do mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão. Tal pena, por si só já se mostra desarrazoada num caso em que o agente apenas efetue o toque nas partes

íntimas da vítima, principalmente se comparada à pena de homicídio simples, que, se aplicada no mínimo legal, também seria de 6 (seis) anos.

Por outro lado, ainda que o magistrado quisesse enquadrar esses atos libidinosos diversos da conjunção carnal na conduta descrita nos artigos 61 ou 65 da Lei de Contravenções Penais, os quais preveem, respectivamente, a importunação ofensiva ao pudor e a perturbação da tranquilidade, a reprimenda mostrar-se-ia demasiadamente leve, não sendo suficiente para a ocorrência da efetiva punição à conduta praticada.

Dessa forma, após a análise acima esposada, a questão geral da pesquisa gira em torno da verificação da desproporcionalidade da pena no crime de estupro simples, além da exposição de possibilidades que podem tornar a pena aplicada ao agente proporcional à conduta por ele efetuada.

## 1.2 JUSTIFICATIVA

Temas na área criminal sempre estiveram entre as primeiras escolhas desta autora quando pensava em assuntos para seu trabalho monográfico. Restava, apenas, decidir qual caminho seguir nesta área tão vasta que é o Direito Penal brasileiro.

Após inúmeras pesquisas e análises de diversos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul e Superior Tribunal de Justiça, o tema da presente pesquisa mostrou-se de elevada relevância à sociedade atual. Percebeu-se, principalmente, que, em vários casos, atos análogos cometidos por diferentes agentes tiveram as penas aplicadas de maneira desproporcionalmente diferentes.

A futura pesquisa encontra respaldo em diversos artigos, merecendo destaque o de Tanferri e Cachapuz (2015, p. 47-74), o qual apresenta como assunto principal a necessidade de criação de um tipo penal intermediário para o delito de estupro, além de analisar a desproporcionalidade na aplicação da pena.

Cumpre ressaltar, além disso, que a pesquisa analisará diversos acórdãos que envolvam casos de conjunção carnal e outros que envolvam atos libidinosos de menor gravidade, comparando, dessa forma, a aplicação da pena imposta ao agente nestes casos.

Diante desse contexto, a pesquisa em tela destina-se a encontrar uma forma mais adequada de aplicação da pena no que concerne aos delitos intermediários, ou seja, aqueles que não abrangem a efetiva conjunção carnal, nem as formas mais ofensivas de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como o coito anal ou a felação, mas que também não consistem em mera perturbação ou importunação ofensiva ao pudor.

## 1.3 OBJETIVOS

Esta monografia apresenta os seguintes objetivos.

### 1.3.1 Objetivo geral

Analisar a desproporcionalidade na aplicação da pena no crime de estupro simples levando em conta a conduta praticada pelo agente no caso concreto.

### 1.3.2 Objetivos específicos

Conceituar o delito de estupro, bem como sua classificação doutrinária.

Conhecer aspectos da origem dos crimes sexuais e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro.

Demonstrar os princípios atinentes ao delito e utilizados pelos magistrados na aplicação das sanções e, ainda, expor as causas de aumento de pena do crime.

Verificar a disparidade na aplicação da pena aos acusados em jurisprudências selecionadas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, bem como demonstrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca de casos que envolvam o delito de estupro simples em relação a atos libidinosos diversos menos ofensivos à dignidade sexual da vítima.

Descrever quais motivos levam à desproporcionalidade na aplicação da pena no delito descrito no artigo 213, *caput*, do Código Penal.

Apresentar a possibilidade de criação de uma lei intermediária, de modo que o agente não seja condenado a uma pena exacerbada e nem que haja diminuta punição ao réu.

## 1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

No presente trabalho monográfico, adotou-se a pesquisa exploratória, a qual tem como objetivo "proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo" (HEERDT; LEONEL, 2007, p. 63). Observa-se, portanto, que a presente pesquisa analisa a desproporcionalidade no delito de estupro e tem como objetivo final a exposição da solução para o problema, qual seja, a criação de uma lei intermediária.

Quanto à forma de abordagem, esta é qualitativa, pois tem como finalidade o

aprofundamento do tema. Segundo Guerra (2014, p. 15),

> na abordagem qualitativa, o cientista objetiva aprofundar-se na compreensão dos fenômenos que estuda – ações dos indivíduos, grupos ou organizações em seu ambiente ou contexto social –, interpretando-os segundo a perspectiva dos próprios sujeitos que participam da situação, sem se preocupar com representatividade numérica, generalizações estatísticas e relações lineares de causa e efeito.

Por fim, quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados, a pesquisa classifica-se como bibliográfica, que é "aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, etc." (HEERDT; LEONEL, 2007, p. 115).

Verifica-se, ainda, que o presente trabalho monográfico caracteriza-se como documental, haja vista terem sido analisadas jurisprudências dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, bem como examinado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das condutas tipificadoras do delito de estupro simples.

Tais jurisprudências têm como objetivo demonstrar a desproporcionalidade na aplicação das penas atinentes ao delito de estupro, especialmente quando as condutas dizem respeito aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

## 1.5 ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho monográfico teve seu desenvolvimento estruturado em mais quatro capítulos. O segundo capítulo faz uma contextualização do crime de estupro, conceituando o delito e classificando-o de acordo com a doutrina majoritária. Ainda, no mesmo capítulo, explora-se a evolução histórica do crime no ordenamento jurídico brasileiro e os princípios que envolvem o tema, bem como são explanadas as causas de aumento da pena no delito em tela.

No terceiro capítulo, far-se-á a análise jurisprudencial das penas aplicadas aos acusados em decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, procurando demonstrar que há desproporcionalidade em diversos casos em que os acusados praticaram condutas, em tese, análogas e as penas aplicadas a estas mostraram-se demasiadamente diferentes. Por fim, examinar-se-á o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das condutas tipificadoras do delito de estupro simples.

No quarto capítulo analisar-se-ão os motivos que levam à desproporcionalidade da pena em abstrato no crime de estupro simples, além da verificação da possibilidade de criação de lei intermediária como forma de solucionar tal desproporcionalidade.

No quinto e último capítulo apresentar-se-á a conclusão.

# 2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO

De acordo com a redação dada pelo artigo 213 do Código Penal, constitui crime de estupro a ação 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. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 1940).

Na primeira parte do artigo supramencionado ("constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal"), a vítima é obrigada a ter conjunção carnal com o agente em uma relação exclusivamente heterossexual.

Na sequência, a segunda parte do artigo diz respeito ao ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar outro ato libidinoso. Aqui, a relação pode ser homossexual ou heterossexual, em que a vítima desempenha um papel ativo, praticando algum ato libidinoso em si mesma ou em terceiro.

Por fim, a terceira parte abrange o fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Nessa hipótese a relação também pode ser homossexual ou heterossexual, mas o papel da vítima é passivo, visto que permite que com ela se pratique algum ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

## 2.1 CONCEITO ATUAL DO DELITO

A conduta típica do delito de estupro simples prevista no artigo 213 do Código Penal consubstancia-se em manter conjunção carnal, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso contra a vontade da vítima. A conjunção carnal configura-se com a cópula vagínica, já os atos libidinosos, abrangem os demais atos que possuem qualquer conotação sexual (TANFERRI; CACHAPUZ; 2015, p. 52).

Jesus (2002, p. 102) conceitua ato libidinoso da seguinte forma:

> Ato libidinoso é o que visa ao prazer sexual. É todo aquele que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Objetivamente considerado, o ato libidinoso deve ser ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual. Além disso, subjetivamente, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia.

De outro lado, para Mirabete (2003, p. 416), a "*conjunção carnal*, no sentido da lei, é a cópula vagínica, completa ou incompleta entre homem e mulher. A expressão se refere ao

coito normal, que é a penetração do membro viril no órgão sexual da mulher, com ou sem o ou sem o intuito de procriação".

De acordo com Capez (2016, p. 21), o artigo 213 do atual Código Penal abrangeu várias situações que não se enquadrariam na acepção originária do crime de estupro, que sempre tutelou a liberdade sexual da mulher, consistente no direito de não ser compelida a manter conjunção carnal com outra pessoa. Ainda, de acordo com o mesmo autor, a liberdade sexual do homem jamais foi protegida pelo tipo penal em tela.

O delito abrange a lesão múltipla a bens jurídicos de crucial relevância, como a liberdade, a honra, a integridade física, a saúde individual e, em último grau, a vida. O agente subjuga a vítima, tolhendo sua liberdade de querer algo, ferindo-a ou ameaçando-a, além de invadir-lhe a intimidade, por meio de relação sexual forçada, maculando sua autoestima e gerando danos à saúde física e mental (NUCCI, 2012a, p. 37).

O sujeito passivo do delito é qualquer pessoa, tanto do sexo feminino quanto do sexo masculino. De acordo com Jesus (2010, p. 128):

> Não se exige qualquer qualidade especial para que seja vítima de estupro, não importando se se trata de pessoa virgem ou não, prostituída ou não, casada, solteira, separada de fato, viúva, divorciada, velha ou moça, liberada ou recatada. Não há necessidade de que a vítima compreenda o caráter libidinoso do ato praticado. Basta que ofenda o pudor médio e tenha conotação sexual para que se constitua o delito.

E, sobre o assunto, leciona também Castro (2014):

> Crime comum (não exige qualidade especial do autor); bicomum (qualquer pessoa pode figurar tanto como sujeito ativo quanto passivo); material (crime que, para a sua consumação, exige resultado naturalístico); doloso (não é punível na modalidade culposa); comissivo (embora possa ser praticado por omissão imprópria); de forma livre (a lei não prevê forma específica de praticá-lo, exceto na conjunção carnal); instantâneo (a consumação não se alonga no tempo); unissubjetivo (pode ser praticado por uma única pessoa); plurissubsistente (é composto por vários atos, viabilizando a tentativa); pluriofensivo (mais de um bem jurídico tutelado: a liberdade sexual e a integridade física).
> O estupro constitui-se um crime complexo em sentido amplo. Nada mais é do que o constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Quanto à classificação doutrinária, consoante assevera Masson (2013, p. 33), o delito é crime pluriofensivo, já que "ofende mais de um bem jurídico" (liberdade sexual e integridade corporal); comum, pois "pode ser praticado por qualquer pessoa"; material ou causal haja vista se consumar "com a prática de conjunção carnal ou de outro ato libidinoso"; de forma livre, uma vez que "admite qualquer meio de execução"; instantâneo, visto que sua "consumação ocorre em tempo determinado", não se prorrogando no tempo; "comissivo;

unissubjetivo, unilateral ou de concurso eventual", já que "pode ser cometido por uma única pessoa", admitindo, no entanto, o concurso; e, por fim, "normalmente plurissubsistente", podendo a conduta ser fracionada em diversos atos.

Constitui-se, destarte, em um crime de ação múltipla e sua consumação pode se dar tanto pela prática de uma única conduta, dentre as previstas como proibidas, quanto a prática de todas elas (FIGUEIREDO, 2011).

Sua estrutura é considerada mista alternativa, pois envolve a conjugação do verbo principal, "constranger", com as condutas associativas complementares, quais sejam, ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (NUCCI, 2012a, p. 38).

Dessa maneira, embora alguns doutrinadores, como Masson (2013, p. 18), entendam que o delito se trata de tipo penal simples, porquanto aduz que o artigo prevê apenas um núcleo, o verbo constranger, o qual se relaciona às condutas de ter conjunção carnal e praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, observa-se que, para a doutrina majoritária e jurisprudência dominante, a estrutura do tipo penal é mista alternativa, como o próprio autor afirma: "Os julgados ora existentes parecem indicar a preferência do Supremo Tribunal Federal pela tese que sustenta tratar-se o art. 213 do Código Penal de tipo misto alternativo" (MASSON, 2013, p. 17).

Infere-se, ademais, que o agente deve constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. O estupro, em verdade, de acordo com Capez (2016, p. 26), "constitui uma espécie de crime de constrangimento ilegal, na medida em que a vítima é coagida, devido ao emprego de violência ou grave ameaça, a fazer algo a que por lei não está obrigada".

É imperativo ao crime de estupro haver o dissenso da vítima, tendo necessidade de que esta não queira realizar a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso, cedendo, apenas, em face da violência empregada ou do mal iminente. A resistência física, porém, não é imprescindível, pois, em diversos casos, o temor causado pode ocasionar paralisação dos movimentos ou, até mesmo, perda dos sentidos da vítima (CAPEZ, 2016, p. 26).

O sujeito ativo pode ser tanto o indivíduo do sexo feminino quanto do masculino. Assim, com o advento da Lei n. 12.015/90, como será explanado posteriormente, a mulher poderá ser tanto autora quanto coautora ou partícipe do delito (CAPEZ, 2016, p. 27).

Nessa perspectiva, ensina Delmanto et al. (2016, p. 702, grifos dos autores):

> A pessoa a quem se constrange pode ser homem ou mulher, não importando seja honesto(a) ou que comercie o próprio corpo. O constrangimento deve ser feito mediante violência (física) ou grave ameaça (de mal sério e idôneo) e deve haver dissenso da vítima. Na primeira figura, o constrangimento visa à *conjunção carnal* (coito vagínico), sendo indiferente que a penetração seja completa ou que haja ejaculação. Na segunda figura, o constrangimento visa praticar ou obrigar a vítima a permitir que com ela se pratique, 'outro ato libidinoso' (diverso da conjunção carnal), compreendendo-se, aqui, o sexo anal, o sexo oral, a masturbação etc.

Posto isso, sabe-se que o estupro é um crime presente em todos os ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, sendo considerado, entre os crimes contra a dignidade sexual, a infração de natureza mais grave. Assim, na criminalidade comum, o crime de estupro coloca-se como uma das condutas penais nas quais se pode entrever a maior periculosidade do autor (MACHADO, 2016).

É cediço, portanto, que o repúdio e a repressão a tal delito possuem origens históricas, como se passará a expor no item subsequente.

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Durante o período colonial, entre os séculos XVI e XIX, o direito penal antigo consubstanciava-se na aplicação efetiva da legislação estrangeira, mais especificamente nos 143 Títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, também chamadas de Código Filipino.

Embora o termo "estupro" não tenha sido utilizado no referido Código, a previsão legal para a conduta de praticar conjunção carnal sem autorização da vítima já existia e era punida com pena de morte, ainda que o autor se casasse com a vítima.

Assim descrevia, portanto, o Título XVIII, do Livro V, do Código Filipino:

> Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (...) 1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. Ortografia original (PORTUGAL, 1595).

É cediço, portanto, que a coibição aos crimes sexuais tem origens históricas profundas, sobretudo quando a vítima pertencia ao sexo feminino. Registra Nelson Hungria: "desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício" (HOFFBAUER; LACERDA, 1959, p. 114).

Assim, nas Ordenações Filipinas, primeira lei penal efetivamente aplicada no Brasil, como se observa do Título XVIII, do Livro V, não era diferente, conforme discorre Martins (2015, p. 102):

> Na punição do crime de conjunção carnal violenta, que posteriormente veio a ser conhecido pela denominação de estupro, existia grande rigor, o qual se refletia na sua pena, que era a capital, subsistindo mesmo no caso de casamento entre autor e vítima. No entanto, tamanha severidade com o crime de estupro não era estranha para a época; na verdade, esse era o tratamento punitivo normal para quase todos os delicta carnis, o qual se estendia, na verdade, a vários outros crimes.

Contudo, as Ordenações Filipinas trouxeram consigo um elenco de sanções corporais extravagantes consubstanciadas na absurda quantidade de tipos penais. Destarte, Dotti (2003, p. 288) entende que:

> As Ordenações Filipinas não passavam de um acervo de leis desconexas, ditadas em tempos remotos, sem conhecimento dos verdadeiros princípios e influenciadas pela superstição e prejuízos, igualando as de Drácon na barbárie, excedendo-se na qualificação obscura dos crimes, irrogando penas a faltas que a razão humana nega a existência e outras que estão fora do poder civil.

Após a Proclamação da Independência, em 1822, aliada aos movimentos filosóficos e culturais trazidos pelo Iluminismo no âmbito penal, além de ideias liberais e novas doutrinas do Direito, sentiu-se a necessidade de criação de uma nova legislação penal. As Ordenações Filipinas, todavia, vigoraram até 1830.

Em maio de 1827, dois projetos para o Código Criminal foram apresentados pelos deputados Bernardo Pereira de Vasconcellos e Clemente Pereira. Foram, então, entregues à Comissão da Câmara que os analisou e fundiu-os em um só. Na sessão do dia 22 de outubro de 1830, o projeto fora aprovado. Sancionado por D. Pedro I, em 16 de dezembro do mesmo ano, o Código Penal do Império entrou em vigor na data de 8 de janeiro de 1831 (SOUZA; JAPIASSÚ, 2012).

No que concerne ao delito de estupro, a conduta já era reprimida, sendo tal Código o primeiro diploma a utilizar a rubrica “estupro” para denominar o crime. O artigo 222 do referido *códex* trazia a seguinte redação: “Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous anos” (BRASIL, 1830).

Na sequência, tem-se o artigo 225, o qual previa que “não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas” (BRASIL, 1830).

Nota-se, dessa forma, que o Código Criminal de 1830, além de ter abrandado a pena aplicada ao delito em relação às Ordenações Filipinas, previu a possibilidade de extinção da punibilidade se o agressor contraísse matrimônio com a vítima.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, e em virtude das transições políticas e institucionais que rondavam o Brasil, entrou em vigência, por meio do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, o Código Criminal da República, o qual trazia os crimes de estupro e atentado violento ao pudor sob o título de "violência carnal". Dessa forma, intitulando o crime de estupro em seus artigos 268 e 269, cujas redações eram as seguintes:

> Da violencia carnal.
> [...]
> Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
> Pena – de prisão cellular por um a seis annos.
> § 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:
> Pena – de prisão cellular por seis meses a dois annos.
> § 2.º Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte (BRASIL, 1890).

> Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcóticos (BRASIL, 1890).

Há que se verificar, portanto, que o diploma legal supramencionado trazia, de forma expressa, a condição que deveria existir para que o defensor fosse punido com a pena máxima: a honestidade da vítima.

Além disso, o Código Republicano declarava expressamente a extinção das penas infamantes e que a prisão não deveria ultrapassar trinta anos, outrossim, abolia definitivamente as penas de morte, como previu, também, a Constituição promulgada quatro meses depois. Adotou, por fim, os princípios de personalidade e personificação da pena (DOTTI, 1998, p. 46).

Posteriormente, instaurando-se um novo regime no Brasil, intitulado de Estado Novo, o então Ministro Francisco Campos incumbiu o Prof. Alcântara Machado de elaborar um anteprojeto do Código Penal, o qual foi apresentado em 15 de maio de 1938. A revisão do projeto foi composta por uma comissão de renomados juristas, dentre eles Nelson Hungria e Roberto Lyra (RIBEIRO JUNIOR, 2009).

Sobre o referido Código, manifestou-se Nucci (2010a, p. 24):

> A disciplina sexual e o mínimo ético exigido por muitos à época do Código Penal, nos idos de 1940, não mais compatibilizam com a liberdade de ser, agir e pensar, garantida pela Constituição Federal de 1988. O legislador brasileiro deve preocupar-se (e ocupar-se) com as condutas efetivamente graves, que possam acarretar resultados

> igualmente desastrosos para a sociedade, no campo da liberdade sexual, deixando de lado as filigranas penais, obviamente inócuas, ligadas a tempos pretéritos e esquecidos.

Em tal Código, o estupro somente poderia ser praticado por sujeitos do sexo masculino contra vítimas do sexo feminino. Em sua redação original, o Código Penal de 1940 trazia, em seu artigo 213, a seguinte exegese: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (BRASIL, 1940). Sendo, a partir dessa linha de pensamento, o homem o sujeito ativo, a

> polêmica girava em torno da conduta da mulher que constrangia um homem a com ela praticar conjunção carnal. De um lado, o professor Luiz Regis Prado defendia que tal conduta se enquadrava no atentado violento ao pudor, não obstante a redação anterior do artigo 214 que, ao prever o referido delito, excluía expressamente a conjunção carnal como finalidade do constrangimento. De outro, Rogério Greco defendia que a mulher incorreria em constrangimento ilegal. (SANTOS, 2013).

Tal controvérsia, entretanto, fora extinguida pelas reformas ocorridas com a vigência da Lei n. 12.015, de 2009, que "trouxe um novo delito de estupro, o qual engloba as condutas anteriormente previstas no atentado violento ao pudor". (SANTOS, 2013).

### 2.2.1 Mudanças trazidas pela vigência da Lei n. 12.015/09 ao Código Penal Brasileiro

O estupro, antes do advento da nova legislação, estava disposto no Título VI dos Crimes contra os Costumes e no Capítulo I dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, sendo definido como: "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena: - reclusão de seis a dez anos" (BRASIL, 1940).

Em primeira análise, observa-se que o nome do Título "Dos crimes contra os costumes" trazia à tona a ideia de bons costumes, tutelando a moral sob o ponto de vista sexual sem intervir nas relações normais do indivíduo, reprimindo as condutas consideradas graves perante a moral média da sociedade e deixando a critério da vítima, ou do meio social em que vivia, classificar o que seriam atos contra os costumes (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2011).

Entretanto, a Lei n. 12.015/09, ao disciplinar o delito de estupro no Título "Dos crimes contra a dignidade sexual", trouxe a ideia de dignidade, demonstrando preocupação com a pessoa humana, haja vista que o foco da proteção não era mais a forma com que a vítima deveria se comportar sexualmente perante a sociedade, mas, sim, a proteção de sua dignidade sexual (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2011).

Nesse sentido, sobre o assunto, discorre Greco (2010, p. 108):

> O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas.

Ademais, a redação do delito em comento restou modificada, passando a ser, assim: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 1940).

A equiparação de homens e mulheres no polo passivo do delito mostra-se como outra mudança notória observada com a vigência da Lei n. 12.015/09, na medida em que substituiu a expressão "mulher" – utilizada há muitos anos pela legislação penal pátria – pela determinação gramatical "alguém" – que corresponde a qualquer ser humano vivo (OLIVEIRA; RODRIGUES, 2011).

Outra alteração relevante diz respeito à unificação, na mesma figura penal (artigo 213), dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Nessa perspectiva, leciona Nucci (2009, p. 16, grifos do autor):

> [...] o legislador foi além, unificando os crimes similares *estupro* e *atentado violento ao pudor* sob uma única denominação e com descrição da conduta típica em único artigo. Denomina-se *estupro* toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso. Incluindo, por óbvio, a conjunção carnal.

Dessa forma, percebe-se que Lei n. 12.015/09 beneficiou diversos acusados de crimes sexuais. Antes da reforma, caso o agente submetesse a vítima à conjunção carnal e a ato libidinoso dela diverso, responderia por dois crimes: o de estupro, do artigo 213, e o de atentado violento ao pudor, do artigo 214, em concurso material, ambos do Código Penal. Destarte, duas penas seriam aplicadas, podendo chegar a 20 (vinte) anos de reclusão. Após a reforma, todavia, afastou-se o concurso material e passou a ser possível considerar a conjunção carnal seguida de ato libidinoso dela diverso como crime único, ou seja, um único crime de estupro, com pena máxima de 10 (dez) anos (CASTRO, 2014).

O mesmo entendimento é o de Capez (2016, p. 38), quando ensina que:

> [...] se o agente, por diversas ocasiões, constranger a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, a com ele praticar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso diverso do coito vagínico, há continuidade delitiva (CP[1], art. 71). Se, em um mesmo contexto fático, o agente praticar conjunção carnal e diversos atos libidinosos contra a mesma vítima, haverá crime único.

[1] Código Penal.

E, ainda, eis a posição consagrada na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> A Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC n.º 144.870/DF, da relatoria do eminente Ministro Og Fernandes, firmou compreensão no sentido de que, com a superveniência da Lei n.º 12.015/2009, a conduta do crime de atentado violento ao pudor, anteriormente prevista no artigo 214 do Código Penal, foi inserida àquela do art. 213, constituindo, assim, quando praticadas contra a mesma vítima e num mesmo contexto fático, crime único de estupro (BRASIL, 2010).

Todavia, ainda que o delito constitua crime único, não significa afirmar que a pena deve ser fixada no mínimo legal. Pelo contrário, deve o julgador mensurar com justeza e adequar a sanção ao caso concreto, realizando a individualização da pena. Assim, entende-se que a prática de diversos atos libidinosos contra a vítima deve acarretar a fixação da pena acima do mínimo legal, levando-se em consideração outros fatores referentes às circunstâncias judiciais (NUCCI, 2012a, p. 38).

É cediço, portanto, que quando a Lei n. 12.015/09 sintetizou os dois tipos penais existentes anteriormente em um único tipo (artigo 213 do Código Penal), fez basilar alteração quanto ao concurso de crimes. Por conseguinte, se praticada conjunção carnal e ato libidinoso diverso daquela em um mesmo contexto fático, não mais se pode falar em crime em virtude de ausência de elemento essencial, qual seja, a diversidade de tipos penais (FIGUEIREDO, 2011).

Sobre o tema, discorre Nucci (2017, p. 1.165):

> Constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. [...] A reforma trazida pela Lei n. 12.015/2009 unificou numa só figura típica o estupro e o atentado violento ao pudor, fazendo desaparecer este último, como rubrica autônoma, inserindo-o no contexto de estupro, que passa a comportar condutas alternativas. O objeto do constrangimento é qualquer pessoa, pois o termo usado é alguém. No mais, o referido constrangimento a alguém, mediante violência ou grave ameaça, pode ter as seguintes finalidades: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Impende destacar, ainda, que a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor extinguiu qualquer referência à honestidade ou ao recato sexual da vítima. Assim, mesmo que o criminoso aja neste cenário, podendo o ofendido ser prostituta ou garoto de programa, incorrerá nas sanções do delito previsto no artigo 213 do Código Penal (NUCCI, 2009, p. 18).

Por fim, a ação penal, nos casos de delitos sexuais, passou a ser pública condicionada à representação da vítima, afastando-se, assim, a aplicação da Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal. Em algumas exceções, todavia, a ação será pública incondicionada,

quando envolver menor de 18 anos ou vulnerável, por exemplo, nos termos da nova redação dada ao artigo 225 do Código Penal (NUCCI, 2009, p. 62).

## 2.3 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DELITO

O presente item tem como finalidade abordar os princípios que mais se amoldam e interessam à compreensão e à abordagem do tema em tela, buscando a resolução efetiva do problema levantado na presente pesquisa.

Sobre o conceito de princípio, Bonavides (2008, p. 257), citando Crisafulli, leciona:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Convém destacar, outrossim, a lição de Bandeira de Mello (1994, p. 451):

> Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dessa maneira, levando em conta a importância dos princípios como forma de ampliar e atingir os objetivos propostos neste trabalho monográfico, serão abordados, brevemente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da taxatividade e da lesividade.

### 2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana aparece como um dos fundamentos republicanos, no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob o Título I, intitulado de “Dos Princípios Fundamentais”, *in verbis*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> [...]
> III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

Tal princípio, portanto, é encontrado “na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles”, tanto os individuais quanto os políticos e os sociais. Referido fundamento constitucional “tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica”, com o intuito de se “estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais”, de forma a torná-lo efetivo (BARROSO, 2009, p. 245 apud GOULART, 2014, p. 60).

Dessa forma, denota-se que a dignidade humana importa no reconhecimento do ser humano como pessoa, como fim da atividade estatal. Consubstancia-se tanto em um dever de abstenção quanto em um dever de condutas positivas com a finalidade de proteger e efetivar a pessoa humana, caindo, portanto, a imposição ao Estado-juiz de respeitar, proteger e promover as condições que proporcionem dignidade à vida humana (SARLET, 2004, p. 97-98 apud GOULART, 2014).

Percebe-se, assim, que este princípio é vinculado ao fundamento de que a pena deverá considerar o fato de que todo condenado é humano, não podendo ser estabelecida nenhuma sanção que imponha sofrimento em demasia àquele, visto que o Direito não pode desconhecê-lo como pessoa humana (LIMA, 2012, p. 119).

Nessa perspectiva, leciona Nucci (2012a, p. 27, grifo do autor):

> A dignidade da pessoa humana é princípio regente do Estado Democrático de Direito (art. 1.º III, CF), constituindo-se de dois fundamentais aspectos, objetivo e subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, abrange a segurança do *mínimo existencial* ao indivíduo, que precisa ver atendidas as suas necessidades básicas para a sobrevivência, tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social. No enfoque subjetivo, abarca o sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, destacando-se como indivíduo, desde o nascimento até o final de sua trajetória, durante a qual forma sua personalidade e relaciona-se em comunidade, merecendo particular consideração do Estado.

Posto isso, é evidente que ao cometer qualquer delito contra a dignidade sexual da vítima, o agente não estará ferindo apenas a liberdade e dignidade sexual daquela, mas também sua dignidade humana, cabendo, neste ponto, ao Estado oferecer proteção efetiva ao ofendido ou ofendida.

### 2.3.2 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é o princípio basilar do Direito Penal e, segundo Capez (2009), tem sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo encontrado em diversos

artigos da Constituição Federal, tais como: exigência da individualização da pena (artigo 5°, XLVI), admissão de maior rigor para infrações mais graves (artigo 5°, XLII, XLIII e XLIV), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (artigo 5°, XLVII) e moderação para infrações menos graves (artigo 98, I).

Nucci (2014, p. 28) leciona acerca do tema, quando diz que "a Constituição, ao estabelecer as modalidades de pena que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento".

Bitencourt (2017, p. 70, grifos do autor), em um trecho de sua obra, afirma:

> O campo de abrangência, e por que não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge inclusive o exercício imoderado de poder, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na verdade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do 'poder de fazer leis *ad hocs*', revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o vício de inconstitucionalidade.

Acerca do princípio, discorre Greco (2007, p. 77), citando Franco:

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

No Código Penal Brasileiro, é possível observar inúmeras demonstrações de desproporcionalidade nas cominações dos crimes, sobretudo, quando se compara a pena de um delito à pena de outro (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 55).

De acordo com Favoretto (2012, p. 168),

> quando isso ocorre, o legislador brasileiro costuma pecar pelos extremos, sendo comum observar uma infração penal que recebe a cominação de pena altíssima de forma desnecessária, ao passo que, em outras situações, perde a oportunidade de reprimir com maior rigor algumas condutas merecedoras de penas mais elevadas.

Um exemplo típico e cabível, no caso em tela, é a comparação entre a pena mínima em abstrato do delito de estupro e o crime de homicídio. Ambas as penas possuem a cominação mínima legal de 06 (seis) anos.

É sabido que em diversos casos o cometimento do crime de estupro é tão, ou até mais, reprovável que o delito de homicídio, e, nessas hipóteses, não há possibilidade de discussão acerca da proporcionalidade da pena prevista. Todavia, a celeuma gira em torno das condutas mais brandas, como o toque ou beijo lascivo, exposição do órgão sexual e inúmeras outras, que, apesar de merecedoras de punição, configuram atos libidinosos segundo a legislação vigente, e, dessa forma, deverão ser apenados da mesma maneira mormente porque o dolo do agente era o de satisfazer sua concupiscência e lascívia (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60).

Sobre a comparação entre o delito de homicídio e a realização de condutas mais brandas, discorre Greco (2010, p. 483):

> Por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade de que se pune um homicida.
> Imagine-se a situação de um agente ao entrar na carceragem em virtude de sua condenação pelo delito de estupro, por ter forçado alguém a um beijo lascivo, excessivamente prolongado. Quando for indagado pelos demais presos sobre sua infração penal e responder que está ali para cumprir uma pena de seis anos por ter forçado um beijo em alguém, certamente não faltará naquele local, quem queria beijá-lo todos os dias, mas o Direito Penal não poderá agir desse modo com um sujeito que praticou um comportamento que, a nosso ver, não tem a importância exigida pelo tipo penal do art. 213 do diploma repressivo.

Ramos (2011) afirma haver três subprincípios existentes dentro do princípio da proporcionalidade, o qual nasceu como consequência dos avanços doutrinários na área.

O primeiro subprincípio é o da adequação ou utilidade. Consoante entendimento de Ramos (2011), este subprincípio "traz uma regra de compatibilidade entre o fim pretendido pela Administração Pública e os meios por ela utilizados para atingir seus objetivos", evitando, assim, decisões dispensáveis tomadas pela Administração Pública que jamais chegarão aos objetivos que se destinam (PICON, 2015).

O segundo subprincípio é o da necessidade ou objetividade, que tem como condão determinar que o Poder Público realize condutas que menos interfiram em direitos fundamentais e invioláveis (PICON, 2015). Como exemplo, Pacheco (2009 apud PICON, 2015) cita a desnecessidade de violação da intimidade do réu por meio de interceptação telefônica se há meios de conseguir as provas com a oitiva de testemunhas.

Por fim, o terceiro subprincípio seria o da proporcionalidade em sentido estrito, que determina que haja um real sistema de valoração, segundo o qual, para que exista a garantia de um direito, deve ocorrer a restrição de outros (RAMOS, 2011 apud PICON, 2015). No entendimento de Rabelo (2011), "[...] o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito determina a realização de um exame da relação custo-benefício do ato estatal avaliado, devendo ficar demonstrado que o benefício proporcionado é superior ao ônus imposto".

É necessário, ademais, que o exame do respeito ou violação ao princípio em tela passe pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa. Pela necessidade, deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir do mesmo modo a eficácia na busca dos objetivos pretendidos. Pela adequação, espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir estes objetivos (BITENCOURT, 2017, p. 71).

De qualquer forma, é reservado ao Poder Judiciário analisar a situação no caso concreto e decidir se determinado ato fere ou não o princípio em tela (PICON, 2015). Percebe-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade apenas busca minimizar os excessos, procurando atingir um equilíbrio em todos os poderes e tornando, assim, a pena proporcional à gravidade do delito cometido pelo agente.

### 2.3.3 Princípio da taxatividade

O princípio da taxatividade exige que a lei penal seja, entre outras características, taxativa, isto é, certa. "Isso significa que a lei penal deve trazer descrição pormenorizada de seus elementos essenciais e circunstanciais para que se permita a proibição inquestionável de determinada conduta" (WIDAL, 2013). Tal princípio, portanto, impede que a lei penal apresente ambiguidade ou descrição imprecisa, o que favoreceria, dessa forma, interpretações arbitrárias (WIDAL, 2013).

Este princípio demanda do legislador clareza no momento da elaboração da lei, a fim de evitar a elaboração de tipos abertos que poderiam acarretar insegurança jurídica (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 58). Como aduz Dotti (2002, p. 60), "o princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido."

Referido autor afirma, ainda, que "consideram-se tipos penais abertos aquelas normas incriminadoras que não contêm a indicação da conduta proibida que somente é identificada em função dos elementos exteriores ao tipo" (DOTTI, 2002, p. 60).

Nessa perspectiva, de acordo com Tanferri e Cachapuz (2015, p. 59), é possível classificar o delito de estupro como tipo penal aberto, no que concerne, especialmente, à expressão ato libidinoso.

O amplo conceito deste vocábulo permite a subsunção de um leque de condutas em sua locução. Assim sendo, o subjetivismo do intérprete adquire força demasiada, permitindo ilações valorativas que podem reduzir a eficácia da função garantista do tipo penal (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 59 apud LOPES, 2012).

É também o entendimento de Picon (2015, grifos do autor):

> [...] a elementar 'outro ato libidinoso' é demasiadamente aberta. Qualquer ato pode ser considerado 'ato libidinoso', para configurar estupro, ainda que a lascívia seja satisfeita infimamente, desde que não haja consentimento da vítima. Uma passada de mão na coxa, uma 'encoxada' no transporte público, um beijo lascivo e qualquer outra conduta que sua mente seja capaz de criar. Qualquer ato. E tal ideia viola o Princípio da Reserva Legal, eis que fica a critério do julgador analisar, a seu bel-prazer, se tal conduta caracteriza, a seu critério, ato libidinoso ou não.

Para solucionar o impasse, quando ocorrer omissão na conceituação ou taxatividade do tipo, haveria duas hipóteses, consoante preceituam Zaffaroni e Batista (2011, p. 207):

> Quando os limites legais não se estabelecem dessa forma, quando o legislador prescinde do verbo típico ou quando ele comina uma escala penal de amplitude inusitada, tal como quando remete a conceitos vagos ou valorativos de duvidosa precisão, o direito penal tem duas opções: a) declarar a inconstitucionalidade da lei; b) aplicar o princípio da máxima taxatividade interpretativa.

A opção por quaisquer dessas soluções gira em torno do grau de incerteza trazido pela norma. Em casos mais complexos, ou de maior insegurança jurídica, poder-se-ia aduzir a inconstitucionalidade da norma. No entanto, sempre que o tipo penal aberto puder ser preenchido pela interpretação, a máxima taxatividade interpretativa deve ser aplicada. Tal posicionamento compatibiliza-se com o entendimento de Zaffaroni e Batista (2011, p. 210), para os quais "as dúvidas interpretativas dessa natureza devem ser dirimidas na forma mais limitada da criminalização. Trata-se da mesma razão que dá origem ao princípio processual in dubio pro reo".

Nesse sentido, a definição de ato libidinoso poderia ser interpretada à luz do princípio da taxatividade, segundo o qual as dúvidas seriam solvidas da forma mais restritiva

possível, a fim de que não se acarrete prejuízo indevido ao réu (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 59).

### 2.3.4 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, determina que somente pode ser considerada merecedora da tutela penal a conduta que seja apta a expor a risco ou causar dano a um bem jurídico penalmente relevante (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015). Com relação ao tema, assim discorrem Pacelli e Callegari (2016, p. 91, grifos dos autores):

> O princípio da lesividade impõe que todo tipo penal deve descrever ou abrigar um comportamento suficiente a produzir danos concretos ou perigo efetivo de danos à pessoa, assim considerados aqueles que atinjam o conjunto dos tributos reconhecidos ao Homem, como necessários ao desenvolvimento de suas potencialidades.
> [...]
> A lesividade ou a ofensividade do ato, portanto, deverão estar presentes em todo tipo penal, estendendo-se para outros setores do Direito Penal, como se vê, por exemplo, na não punição (ausência de consequências penais) da ação culposa sem resultado. Advirta-se, contudo, que a *ofensividade* não significa a necessidade de *danos efetivos* no comportamento. Fosse assim, não seria punível a tentativa.

De acordo com Souza e Japiassú (2015), uma norma penal deve proteger um interesse jurídico fundamental contra lesões ou riscos de lesões. É vedado, portanto, "o estabelecimento de delitos que sejam meras infrações de obrigações ou de deveres, o que significaria uma excessiva intervenção estatal, que não pode ser aceita".

Com a aplicação deste princípio, nenhum direito poderá "legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo" (DOTTI, 2002, p. 226).

Ainda, o princípio em tela não deve ser observado apenas pelo legislador, mas também pelo aplicador da norma incriminadora, o qual deverá atentar, ante a ocorrência de algum fato criminoso, se houve real lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 58).

Nessa perspectiva, é a lição de Fayet (2011, p. 43), citado por Tanferri e Cachapuz (2015, p. 58):

> Assim, o princípio da ofensividade pretende atuar em duas frentes: servir de orientação à atividade legislativa (para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes) e servir de

> critério interpretativo (constrangendo o intérprete a encontrar no caso concreto a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado).

Todavia, a doutrina diverge acerca da existência autônoma de tal princípio. Nucci (2014, p. 30), por exemplo, afirma que "a ofensividade é um nítido apêndice da intervenção mínima do Direito Penal Democrático. Não necessita ser considerado à parte como princípio autônomo, pois lhe falece força e intensidade para desvincular-se do principal". Asseverou, portanto, que "a ofensividade é uma consequência do respeito à intervenção mínima".

Entretanto, percebe-se que a aplicação do princípio da lesividade ao crime de estupro mostra-se imperiosa, visto que o julgador deverá analisar se o agente, de fato, constrangeu alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se praticasse algum ato libidinoso. Após, deverá verificar, outrossim, se tal conduta lesiona o bem jurídico protegido pela norma penal, ou seja, se lesiona a liberdade sexual da vítima (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 58).

## 2.4 CAUSAS DE AUMENTO DA PENA

As causas de aumento de pena aplicável ao delito de estupro são aquelas contidas nos artigos 226 e 234-A do Código Penal, sendo elas: aumento de quarta parte, se o crime é cometido em concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; aumento de metade se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tenha autoridade sobre ela; aumento de metade se do delito resultar gravidez; aumento de um sexto até a metade se o agente transmite doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (BRASIL, 1940).

### 2.4.1 Artigo 226 do Código Penal

As causas previstas no artigo 226 do Código Penal são aplicáveis apenas aos crimes previstos nos artigos 213 ao 218 e foram trazidas pela vigência da Lei n. 11.106/05.

A primeira causa de aumento de pena, prevista no inciso I, do artigo 226 do Código Penal, diz respeito ao cometimento do crime por duas ou mais pessoas, sendo, neste caso, a pena aumentada da quarta parte.

De acordo com Gonçalves (2017, p. 583), apesar da discordância de Nélson Hungria e Rogério Greco, prevalece o entendimento de que a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso I, do Código Penal aplica-se tanto a casos de coautoria quanto aos casos

de participação, haja vista o fato de que o legislador se referiu genericamente ao concurso de pessoas, sem restrições. Ainda, consoante o autor, o aumento de pena existe "quando duas pessoas estão no local agarrando a vítima a fim de viabilizar o estupro, como também na hipótese em que uma delas age apenas para induzir, instigar ou prestar auxílio material secundário à execução do delito". Tal entendimento, inclusive, é o de Fragoso (1981, p. 46), quando afirma que não há necessidade da presença de todos os agentes em todos os atos de execução do delito, bastando que os partícipes tenham concorrido para o crime.

Por sua vez, com relação ao artigo 226, inciso II, do Código Penal, que prevê o aumento da pena de metade quando o crime é cometido por "ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela" (BRASIL, 1940), observa-se que o legislador procurou priorizar a ideia de que, se o agente do crime exerce algum tipo de autoridade sobre a vítima, possui um dever jurídico ainda maior de respeitar sua dignidade sexual. Dessa forma, o episódio criminoso, praticado na esteira da relação de dependência em que se encontra o ofendido, apresenta-se mais censurável (LEAL, J.; LEAL, R., 2012).

É cediço, ademais, que, se aplicada a causa de aumento de pena do referido artigo (artigo 224, inciso II, do Código Penal), não há possibilidade de aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso II, do mesmo Código, que se refere a crime cometido contra descendente, cônjuge ou irmão, sob pena de incorrer em *bis in idem.* Todavia, se o delito for cometido pelo filho contra a genitora, por exemplo, será aplicável a agravante genérica mencionada, visto que esta hipótese não consta no artigo 224, inciso II (GONÇALVES, 2017, p. 584-585).

Por fim, impende destacar que o inciso III do mencionado artigo previa uma terceira majorante: a de ser o agente casado. Contudo, tal inciso fora revogado pela vigência da Lei n. 11.106/05.

### 2.4.2 Artigo 234-A do Código Penal

As causas previstas no artigo 234-A aplicam-se a todos os crimes contra a dignidade sexual, sendo elas, *in verbis:*

> Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:
> I – (VETADO);
> II – (VETADO);
> III - de metade, se do crime resultar gravidez; e
> IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vitima [*sic*] doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (BRASIL, 1940).

As majorantes previstas no artigo 234-A do Código Penal foram inseridas pela Lei n. 12.015/09. No caso do artigo 234-A, inciso III, percebe-se que a pena será aumentada de metade se da conduta resultar gravidez. Denota-se, assim, que o legislador entende que, se a ação estupradora causar gravidez, as consequências do crime tornam-se mais graves, atingindo, profundamente, destarte, a dignidade sexual da ofendida, justificando, assim, a aplicação da majorante (LEAL, J.; LEAL, R., 2012).

Na segunda hipótese, referente ao inciso IV do artigo 234-A do Código Penal, a pena será aumentada de um sexto até a metade se o agente transmitir doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Aqui, fica a critério do legislador o *quantum* da pena a ser aumentada. Ainda, é imperioso ressaltar que o aumento de pena previsto neste inciso só terá incidência se o agente, no momento em que praticou o ato, tinha conhecimento (ou deveria saber) que era portador de doença sexualmente transmissível. Dessa forma, em caso de desconhecimento, a presença do dolo fica comprometida e o agente poderá alegar, em seu favor, ter agido em erro de tipo.

### 2.4.3 Aplicação de mais de uma causa de aumento de pena

Ainda, é possível que no mesmo caso concreto haja a incidência de mais de uma causa de aumento de pena, nesse caso, o juiz poderá limitar-se à aplicação de uma só causa de aumento de pena, desde que opte pela maior, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal (MAGGIO, 2013).

No mesmo sentido, é o entendimento de Masson (2013, p. 91):

> [...] nada impede a incidência simultânea dos arts. 226 e 234-A do Código Penal, como na hipótese de estupro cometido por descendente, daí resultando a transmissão de doença sexualmente transmissível da qual sabia ser portador. Em casos deste jaez, deverá ser observado o comando normativo contigo no parágrafo único do art. 68 do Código Penal.

Dessa forma, no caso de concurso de majorantes, com duas ou mais causas de aumento de pena, podendo ser estas tanto do artigo 226 quanto do artigo 234-A, ambas do Código Penal, incidindo sobre um mesmo fato delituoso de estupro, o Magistrado deverá seguir o disposto no artigo 68, parágrafo único, do Código Penal.

# 3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No presente capítulo, examinar-se-ão decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, no tocante aos fatos descritos nas exordiais acusatórias, assim como a pena aplicada aos acusados.

Ainda, será demonstrado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito às condutas tipificadoras do delito de estupro simples, as quais englobam atos libidinosos como, dentre outros, o beijo lascivo, toques e contatos em regiões íntimas, quando da aplicação da pena.

Neste trabalho, deixa-se de analisar, contudo, as jurisprudências oriundas do Supremo Tribunal Federal, porquanto, nesta Corte, via de regra, raras são as discussões acerca do crime de estupro simples, prevalecendo decisões que versam sobre o estupro de vulnerável, delito este previsto no artigo 217-A do Código Penal e não abarcado nesta pesquisa.

## 3.1 ANÁLISE DAS PENAS APLICADAS AOS ACUSADOS EM CASOS DE TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Neste item, analisar-se-ão decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, examinando, desse modo, eventual desproporcionalidade na aplicação da pena.

### 3.1.1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, foram encontrados inúmeros julgados envolvendo o delito objeto do presente trabalho monográfico, tanto em sua forma simples (artigo 213, *caput*, do Código Penal), qualificada (artigo 213, § 1º e § 2º, do Código Penal) e tentada (artigo 213 c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal), quanto julgados envolvendo o estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal), delito este não contemplado nesta pesquisa, como se passa a demonstrar.

#### 3.1.1.1 Apelação Criminal n. 0017741-42.2013.8.24.0038

Analisa-se, de início, a Apelação Criminal n. 0017741-42.2013.8.24.0038, em que o acusado praticou a efetiva conjunção carnal, além do cometimento de atos libidinosos, com a ofendida:

> APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO (CP, ART. 213, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR ERRO DE TIPO OU ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - IMPOSSIBILIDADE - PROVAS QUE DEMONSTRAM A PLENA CONSCIÊNCIA DO ACUSADO ACERCA DO ATO ILÍCITO PRATICADO - CONJUNÇÃO CARNAL NÃO CONSENTIDA - DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS PRESENCIAIS FIRMES E COERENTES - EXAME DE INSANIDADE MENTAL QUE COMPROVA A INEXISTÊNCIA DE PERTURBAÇÃO PSICOLÓGICA DO ACUSADO - RECURSO DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2016a).

O Ministério Público imputou ao acusado as sanções do artigo 217-A, § 1º, c/c artigo 226, inciso I, ambos do Código Penal (SANTA CATARINA, 2016a).

Narra a exordial acusatória que no dia 1º de junho de 2013, a vítima V. A. de M. aguardava um táxi às 04h:20min, quando foi surpreendida por três indivíduos, sendo um deles o acusado M. P. G. Os outros agentes não foram encontrados até a data da denúncia. Declarou que o primeiro indivíduo segurou a ofendida pelo braço, o segundo pela cabeça e o terceiro pelas costas. Na sequência, dois indivíduos apalparam seus seios enquanto o outro abaixou sua calça e constrangeram-na a praticar conjunção carnal e sexo anal com ambos, um após o outro, mediante gritos da vítima. Dois agentes, então, evadiram-se do local, permanecendo apenas o acusado M. P. G. Quando percebeu que estava sendo observado, já que é surdo-mudo, o réu evadiu-se do local, deixando a vítima deitada no chão, com a blusa levantada e as calças abaixadas na altura do joelho, com sangue no rosto e lesões corporais leves (SANTA CATARINA, 2016a).

O Magistrado de primeira instância proferiu sentença julgando parcialmente procedente a denúncia e condenando o acusado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no artigo 213, *caput*, do Código Penal (SANTA CATARINA, 2016a).

O Tribunal de Justiça catarinense negou provimento ao recurso, mantendo a pena aplicada pelo Magistrado *a quo*.

#### 3.1.1.2 Apelação Criminal n. 0000229-83.2015.8.24.0003

Passa-se ao exame da Apelação Criminal n. 0000229-83.2015.8.24.0003, que versa sobre a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO (ART. 213, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DEMONSTRADAS. NARRATIVA DA VÍTIMA CONFIRMADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS NOS AUTOS. PRÁTICA DE

> ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (SANTA CATARINA, 2016b).

O Ministério Público ofereceu denúncia contra M. R. da S., dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, do Código Penal (SANTA CATARINA, 2016b).

Narra a exordial acusatória que, no dia 05 de abril de 2015, o acusado constrangeu a vítima M. L. M., mediante violência, arrastando-a até um quarto e jogando-a sobre a cama, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal, tirando a calcinha da ofendida e introduzindo o dedo em sua vagina. Ainda, tentou beijá-la e praticar, à força, conjunção carnal. (SANTA CATARINA, 2016b).

O Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o acusado ao cumprimento de 06 (seis) anos, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no artigo 213, *caput*, do Código Penal (SANTA CATARINA, 2016b).

O Tribunal de Justiça catarinense negou provimento ao recurso.

### 3.1.1.3 Apelação Criminal n. 0002931-05.2009.8.24.0070

Examinar-se-á, nesse momento, a Apelação Criminal n. 0002931-05.2009.8.24.0070, caso em que o réu praticou, contra a vítima, atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO TENTADO. MATERIALIDADE E AUTORIA ESTAMPADAS NAS PALAVRAS COERENTES E SEGURAS DA VÍTIMA, CONFORTADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CONDENAÇÃO PRESERVADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. GRAVIDADE DOS ATOS LIBIDINOSOS. NÃO CABIMENTO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. INTERRUPÇÃO DA EMPREITADA CRIMINOSA POR MOTIVOS ALHEIOS À VONTADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. QUANTUM DE REDUÇÃO DA TENTATIVA. ATENÇÃO AO ITER CRIMINIS PERCORRIDO E À PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. FRAÇÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1 'No crime de estupro, geralmente praticado na clandestinidade, a palavra da vítima, quando isenta de ódio ou com o intuito de prejudicar o réu, assume relevante valor probatório, pois é ela quem melhor pode indicar o fato, em seus mínimos detalhes, e identificar o agente repressor' (TJSC[2], Apelação Criminal n. 2014.042630-0, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 9/10/2014). 2 A perturbação da tranquilidade, assim como a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, caracteriza-se pela prática de atos fugazes, não englobando a conduta do agente que, mediante violência, segura a ofendida e coloca a mão por dentro de suas vestes, tocando-lhe o órgão genital, além de causar-lhe lesões corporais. 3 Não havendo dúvidas de que o réu, nos moldes do art. 14, II, do Código Penal, deixou de consumar o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, consistentes na resistência da vítima e chegada de terceiro, não pode ser reconhecida a desistência voluntária. 4 'A redução da pena devido à tentativa (art. 14,

[2] Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

> II, do CP) deve ser proporcional ao caminho percorrido pelo agente na prática delituosa; logo, a redução da pena pode ser fixada em 1/2 (metade) quando a prova colhida demonstra que o agente percorreu considerável parte do iter criminis' (SANTA CATARINA, 2017a).

No julgado supramencionado, o Ministério Público imputou ao acusado a prática do delito capitulado no artigo 213 c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (SANTA CATARINA, 2017a).

Segundo a denúncia, na data de 21 de abril de 2017, com o propósito de satisfazer sua lascívia, o réu constrangeu a vítima, mediante violência, a praticar "atos libidinosos diversos da conjunção carnal, desferindo-lhe à força um beijo lascivo e passando a mão em sua genitália, tentando, ainda, arrancar suas roupas íntimas (calcinha)" (SANTA CATARINA, 2017a).

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado pelo órgão ministerial, condenando o acusado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, por infração descrita no artigo 213 c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (SANTA CATARINA, 2017a).

O Tribunal de Justiça catarinense negou provimento ao recurso, mantendo a pena aplicada pelo Magistrado na primeira instância.

### 3.1.1.4 Apelação Criminal n. 0002107-18.2013.8.24.0034

Neste item, examinar-se-á a Apelação Criminal n. 0002107-18.2013.8.24.0034, oriunda do Tribunal de Justiça catarinense:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO TENTADO (ART. 213 C/C ART. 14, II, CP). SENTENÇA DE CONDENAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, RECONHECIMENTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA, DESCLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO DO ART. 61 DA LCP[3] OU LESÃO CORPORAL, REDUÇÃO DA PENA NO MÁXIMO PELA TENTATIVA E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima constitui relevante elemento probatório, mormente quando confortada com o restante das provas produzidas, ao passo que a negativa do acusado se mostra isolada nos autos. In casu, o conjunto probatório dos autos, que permitiu a formação do juízo de certeza necessário para embasar o decreto de condenação, não se restringiu aos depoimentos da vítima, pois contou também com outros relevantes elementos, tais como o laudo pericial, filmagem e reconhecimento. Insubsistente, nesse contexto, a invocação do princípio da presunção de inocência e o pleito de absolvição por insuficiência de provas. - DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. Para que se reconheça a desistência voluntária e o arrependimento eficaz é necessário ato voluntário do agente. In casu, foi a forte reação da vítima que impediu a

[3] Lei de Contravenções Penais.

> consumação do crime. - CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA. O art. 61 da Lei das Contravenções Penais procura punir aquele que incomoda, importuna alguém de modo ofensivo ao pudor. O ato de agarrar a vítima e tentar, com ela, mediante violência ou grave ameaça, ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, obviamente, vai muito além de uma simples ofensa, qualificada como mera contravenção. Inviável também a desclassificação para o crime de lesão corporal, ante a robusta prova confirmando que a violência empregada tendia à consecução do delito sexual. - PENA. DOSIMETRIA. Correta a redução de pena realizada na sentença, na proporção de metade, pela incidência do art. 14, II, do CP, levando-se em consideração as declarações da vítima e demais provas produzidas quanto ao percurso criminoso empreendido (do momento em que houve a abordagem até a interrupção do ato). Os atos executórios empreendidos pelo acusado ficaram muito próximos da consumação, daí a diminuição em metade. Mantido o regime fechado (SANTA CATARINA, 2017b).

O Ministério Público ofereceu denúncia contra G. da S.S., dando-o como incurso nas sanções do artigo 213 c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (SANTA CATARINA, 2017b).

Narra a exordial acusatória que, no dia 02 de outubro de 2013, por volta das 3h25min, o acusado perseguiu a vítima, que se dirigia até o trabalho, agarrou-a pelo pescoço, arrastando-a até um ponto ermo da via pública, com intenção de submetê-la a conjunção carnal. Tal intento não se consumou, pois a vítima conseguiu correr, distanciando-se do réu. Ainda, narra a denúncia que o acusado causou, na vítima, lesões corporais (SANTA CATARINA, 2017b).

O Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o acusado, nos termos pugnados pelo Órgão Ministerial, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado (SANTA CATARINA, 2017b).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou provimento ao recurso, mantendo a decisão de primeiro grau.

### 3.1.1.5 Apelação Criminal n. 0040672-50.2014.8.24.0023

Em caso análogo, o mesmo Tribunal julgou a Apelação Criminal n. 0040672-50.2014.8.24.0023:

> APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DA PRÁTICA DE ESTUPRO (CP, ART. 213, CAPUT, C/C O ART. 14, II), POR DUAS VEZES. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUANTO AO PRIMEIRO FATO E **DESCLASSIFICATÓRIA PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (LEI N. 3.688/1941, ART. 61) QUANTO AO SEGUNDO**. RECURSO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. PRETENDIDA CONDENAÇÃO ÀS SANÇÕES PENAIS CABÍVEIS PELO DELITO DE ESTUPRO, POR DUAS VEZES. PRIMEIRO FATO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA. NARRATIVA DA VÍTIMA CONTRADITÓRIA SOBRE A OCORRÊNCIA DE VIOLÊNCIA NA ABORDAGEM DO RÉU. AFIRMAÇÃO DE

> QUE COMPREENDEU QUE O RÉU PRETENDIA MANTER RELACIONAMENTO CASUAL NA FESTA. PROLAÇÃO DE ÉDITO CONDENATÓRIO QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. SEGUNDO FATO. MATERIALIDADE DELITIVA NÃO COMPROVADA. ABORDAGEM DO APELADO, DE MODO A SEGURAR A SEGUNDA VÍTIMA PELO PESCOÇO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO ATO EXECUTÓRIO DO CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA QUE DECLAROU POSSUIR PLENA CONDIÇÃO DE SE DESVENCILHAR DA ABORDAGEM. AFIRMAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE CONSTRANGIMENTO PARA A PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO. **DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR QUE É MEDIDA ESCORREITA**. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2018, grifos nossos).

O Ministério Público ofereceu denúncia imputando ao acusado os mesmos delitos da denúncia anterior, qual seja, o artigo 213 c/c artigo 14, inciso II, do Código Penal, todavia, no caso em tela, requereu a aplicação do artigo 71 do mesmo diploma legal (SANTA CATARINA, 2018).

Segundo a exordial acusatória, no primeiro fato, o acusado teria se aproximado da vítima A. C, segurado-a pelo braço, de modo a imobilizá-la e, ao mesmo tempo, colocou a mão dentro de seu *short*, com a intenção de manipular seu órgão genital. No entanto, não conseguiu consumar sua vontade final, visto que a vítima mordeu seu braço e conseguiu empreender fuga. No segundo fato, o acusado atacou a vítima M. V. M, segurando-a violentamente pela cabeça e jogando-a no chão. Em seguida, deitou-se sobre ela na intenção de constrangê-la à conjunção carnal, não conseguindo, outrossim, consumar o delito, porquanto a ofendida começou a gritar, fazendo com o que o réu saísse em fuga (SANTA CATARINA, 2018).

A magistrada *a quo* absolveu o acusado no tocante ao primeiro fato. Contudo, com relação ao segundo, desclassificou a conduta para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, condenando-o ao pagamento de 10 (dez) dias-multa (SANTA CATARINA, 2018).

O Tribunal de Justiça catarinense também negou provimento ao recurso, mantendo a pena aplicada pela Magistrada na primeira instância.

### 3.1.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

No presente item, passa-se a analisar, da mesma forma, julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

### 3.1.2.1 Apelação Criminal n. 70072901986

Inicialmente, examina-se a pena aplicada ao réu na Apelação Criminal n. 70072901986, caso que envolve a efetiva conjunção carnal entre o acusado e a vítima:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. ARTIGO 213, CAPUT, DO CP. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A materialidade e a autoria restaram suficientemente demonstradas pela prova produzida nos autos, notadamente considerando o depoimento da vítima e demais elementos contidos no feito. Ficou evidenciado que o réu, após oferecer carona à ofendida, forçou-a à conjunção carnal. Condenação que deve ser mantida. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMIABERTO. APELO DA DEFESA PARCIALMENTE PROVIDO (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

O Ministério Público imputou ao acusado as sanções descritas no artigo 213, *caput*, do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Narrou a denúncia que no dia 15 de setembro de 2012, o acusado J. R. F. ofereceu carona para a vítima E. O., no final de uma festa, o que foi aceito pela ofendida. No caminho, o réu desviou o trajeto, oportunidade em que falou para E. O.: "Agora tu vai ficar comigo". Após, a vítima pediu, por diversas vezes, para que o denunciado retornasse ao caminho e a levasse para casa, mas não foi atendida. Ato contínuo, o denunciado parou o carro, puxou a vítima pelos braços para fora do veículo, retirou a parte de baixo de sua roupa e com ela manteve conjunção carnal. Na sequência, deixou a ofendida próximo de sua residência, afirmando que esta não deveria contar a ninguém sobre o ocorrido naquela noite (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

Sobreveio sentença, prolatada pela Magistrada *a quo*, julgando procedente a denúncia e condenando o acusado à pena de 06 (seis) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito disposto no artigo 213, *caput*, do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu parcial provimento ao apelo da defesa, apenas modificando o regime inicial de cumprimento da pena para semiaberto, mantendo, no mais, a decisão de primeiro grau (RIO GRANDE DO SUL, 2017a).

### 3.1.2.2 Apelação Criminal n. 70076045210

Aqui, analisa-se a aplicação da pena ao acusado na Apelação Criminal n. 70076045210, a qual envolve o cometimento de atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

> APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO PELO DELITO CONSUMADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. DESCONSTITUIÇÃO. O princípio da correlação entre denúncia e sentença, ao determinar que haja precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal reconhecida no decisum, representa importante garantia ao acusado, descrevendo balizas para a prolação do édito condenatório. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Na incoativa, o Ministério Público consignou que o denunciado deu início aos atos tendentes a constranger a vítima à conjunção carnal, não logrando êxito em seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. Já na sentença, foi reconhecido que o estupro atingiu a forma consumada. Portanto, como a narrativa fática contida na inicial não foi preservada na decisão condenatória, constata-se violação ao postulado da correlação. Dessa forma, impõe-se a anulação da sentença, devendo os autos retornar ao Primeiro Grau para que nova decisão seja proferida nos limites da imputação. PRELIMINAR MINISTERIAL ACOLHIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PREJUDICADO O MÉRITO DO RECURSO (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o acusado P. M. R. R., dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Narra a exordial acusatória que o réu era conhecido da família da vítima, e, no dia 02 de outubro de 2014, ofereceu carona para a ofendida, oportunidade em que começou a tocar o corpo da vítima, colocando a mão por de baixo de suas vestes e tentando beijá-la. Ato contínuo, a vítima começou a gritar por socorro, instante em que o acusado parou o carro e a vítima aproveitou para descer e empreender fuga (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Dessa forma, sobreveio sentença condenando o acusado à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no artigo 213, § 1º (primeira parte), do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou a sentença *extra petita*, "pois não guardou estreita afinidade com a imputação narrada pelo Órgão Ministerial" (RIO GRANDE DO SUL, 2018). Assim, declarou-se a nulidade absoluta da sentença proferida pelo Magistrado *a quo*, desconstituindo-a e retornando à primeira instância para nova decisão.

#### 3.1.2.3 Apelação Criminal n. 70067238964

Aqui, a decisão a ser analisada é a Apelação Criminal n. 70067238964, que versa, outrossim, sobre o cometimento, pelo réu, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal:

> APELAÇÃO-CRIME. ESTUPRO. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. 1. ÉDITO ABSOLUTÓRIO. REFORMA. Prova amplamente incriminatória. Relatos da vítima, prestados nas duas fases de ausculta, coerentes e convincentes, descrevendo o modo como, após sair de um bar acompanhada do réu e algumas amigas, teria sido levada por ele até um local mais

> afastado, na orla do Guaíba, nesta Capital, onde a empurrou, jogando-a na areia, segurando-a pelos braços, tentou beijá-la à força, arriou suas calças e esfregou o pênis em sua vagina, sem penetração, quando então conseguiu fugir e pediu ajuda a alguns guardas municipais, que prenderam o réu em flagrante. Relevância da palavra da ofendida em delitos de natureza como a do presente, que sabidamente são praticados sem testemunhas, na clandestinidade. Inexistência de motivos para graciosa inculpação. Narrativa vitimária corroborada pelos dizeres uníssonos dos dois guardas municipais que atenderam à ocorrência, confirmando que foram abordados pela ofendida, a qual relatou ter sido molestada sexualmente pelo réu. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes em passar o pênis na vagina da ofendida, que não necessariamente deixam vestígios, não derruindo a prova acusatória o fato de ter sido negativo o auto de exame de corpo de delito. Acusado que, apenas na inquisitorial, porque exerceu o direito constitucional de permanecer em silêncio no contraditório, admitiu ter mantido relações sexuais consentidas com a vítima, negando o emprego de violência ou grave ameaça, o que contrariado pelo robusto acervo probatório. Prova segura à condenação. Sentença absolutória reformada. Réu condenado como incurso nas sanções do art. 213, caput do CP. 2. PENA. DOSIMETRIA. Favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Pena-base fixada em 6 anos de reclusão, assim definitivada, ausentes causas modificadoras outras, no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b' do CP. APELO PROVIDO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. ACUSADO L.F.G. CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 213, CAPUT DO CP, À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

O Ministério Público apresentou denúncia contra o acusado L.F.G, dando-o como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

Narra a denúncia que, no dia 07 de maio de 2014, o acusado atraiu a vítima C. C. para o local, com o pretexto de levá-la para conhecer seu tio que estaria pescando. Na oportunidade, a vítima afirmou que não teria interesse em ir com o acusado, momento em que este a jogou contra o chão, prendeu seus braços, tirou suas calças e tentou beijá-la, forçando penetração vaginal, sem lograr êxito na consumação, "limitando-se a atos libidinosos preliminares" (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

O Magistrado *a quo* proferiu sentença absolutória, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Irresignado com a decisão, o Ministério Público apresentou apelação, aduzindo a suficiência de provas para a condenação do acusado (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

Destarte, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento para o apelo do Órgão Ministerial, reformando a sentença absolutória, julgando procedente a denúncia e condenando o acusado à pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 213, *caput*, do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2016a).

### 3.1.2.4 Apelação Criminal n. 70075598557

Neste tópico, será apreciada a aplicação da pena ao acusado na Apelação Criminal n. 70075598557:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. 1. DESCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS. Condutas descritas na denúncia, confortadas pela prova encartada no caderno processual, que não tipificam crime de estupro, mas, sim, ação contravencional, sob a modalidade 'importunação ofensiva ao pudor', e, quanto ao segundo fato, também o crime de lesão leve. 2. APENAMENTO. Por força da desclassificação, readequado o apenamento, restando definitivo em três (3) meses de detenção, em regime inicial aberto, e vinte e dois (22) dias-multa, à razão unitária mínima. 3. SEGREGAÇÃO CAUTELAR REVOGADA. Determinada a expedição de alvará de soltura a ser expedido na origem, se por outro motivo não estiver preso. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. CONDUTAS DESCLASSIFICADAS. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

O Ministério Público imputou ao acusado os delitos descritos nos artigos 217-A, § 1º e artigo 213, § 1º, ambos do Código Penal (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Narra a exordial acusatória, com relação ao primeiro fato, que o réu, no decorrer do ano de 2015, abordou a vítima B. R. A., a qual possuía 14 (quatorze) anos de idade, que caminhava em uma via pública, e passou a mão em sua vagina. Já no dia 10 de novembro de 2016 o réu constrangeu, mediante violência, a mesma vítima, B. R. A., agora com 15 (quinze) anos de idade, a permitir que com ela fosse praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Afirmou a denúncia que B. R. A. estava caminhando na via pública quando reconheceu o acusado e, a fim de evitar que o réu novamente passasse a mão em sua vagina, tentou afastá-lo fazendo uso de um guarda-chuva. Ato contínuo, o acusado desferiu um soco na face da ofendida e passou a mão em sua vagina (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

O Magistrado *a quo* prolatou sentença condenando o acusado à pena de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime fechado, por infração ao disposto nos artigos 217-A, *caput*, na forma do artigo 71, ambos do Código Penal, bem como do artigo 213, § 1º, do Código Penal, na forma do artigo 69 do Código Penal e da Lei n. 8.072/90 (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul votou no sentido de dar parcial provimento ao apelo da defesa, desclassificando o delito para a conduta descrita no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, duas vezes, na forma do artigo 71, *caput*, do Código Penal, c/c artigo 129, *caput*, do Código Penal e c/c artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, na forma do artigo 69, *caput*, do Código Penal, reduzindo o apenamento do acusado para 03 (três) meses de

detenção, em regime inicial aberto e 22 (vinte e dois) dias-multa (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

### 3.1.2.5 Apelação Criminal n. 70070199765

A seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul versa, também, sobre a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41):

> APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 213, CAPUT (DUAS VEZES), DO CÓDIGO PENAL; E ART. 213, CAPUT, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL (ART. 61 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41). POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. O fato do réu ter sido ouvido na fase policial sem a presença de defensor, não caracteriza nulidade. Mera irregularidade que, ausente prejuízo, não macula o feito. Ademais, não é nula a oitiva de testemunhas em que o Juiz realiza questionamentos, uma vez que o art. 212 do CPP[4] não veda a formulação de perguntas pelo Julgador. Soma-se a isso que, respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório e, ainda, ausente prova do prejuízo, não há nulidade a ser declarada. 2. No caso concreto, diante das peculiaridades evidenciadas, considerando-se os princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e adequação - os quais servem para sintonizar o fato à pena corporal do indivíduo -, a desclassificação dos fatos para a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, mostra-se impositiva. Sentença ratificada. 3. Ainda que não tenha sido observado estritamente o disposto no art. 226 do Código de Processo Penal, tal circunstância não tem o condão de configurar qualquer vício nos atos de reconhecimento, ou a invalidade destes. O disposto no referido dispositivo legal constitui, na realidade, mera orientação acerca do reconhecimento de pessoas, não configurando, em caso de inobservância, a nulidade do ato. 4. Demais pedidos defensivos não analisados, porquanto mantida a desclassificação para contravenção penal. PRELIMINARES REJEITADAS. APELOS DESPROVIDOS (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

No julgado acima, narrou o Ministério Público, na exordial acusatória, que a primeira vítima trafegava com sua bicicleta, quando o acusado, também de bicicleta, cortou sua frente e passou a agarrá-la, apalpando-lhe o corpo, esfregando seu órgão genital na vítima e tentando tirar sua roupa. Na sequência, a vítima gritou por socorro, tendo o réu empreendido fuga. Com relação ao segundo fato, a vítima andava a pé, tendo o acusado proferido palavras obscenas. Em certo momento, o réu desceu de sua bicicleta e passou a mão nas nádegas e órgão genital da segunda vítima, por cima das roupas, momento no qual a vítima reagiu e bateu sua bolsa contra o acusado, que fugiu. Por fim, no terceiro fato, o réu proferiu, outrossim, palavras obscenas e agarrou a terceira vítima por trás, tentando atirá-la sobre o canteiro central da via, com o intuito de cometer ato libidinoso, não conseguindo concluir seu intento, pois, no exato

[4] Código de Processo Penal.

momento, passou um carro, fazendo com que o acusado corresse (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

A sentença proferida pelo magistrado *a quo* desclassificou os três crimes de estupro, sendo dois consumados e um tentado, para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, declinando a competência para o Juizado Especial Criminal (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul rejeitou as preliminares da defesa e acusação e negou provimento a ambos os apelos, mantendo a desclassificação das condutas efetuadas pelo acusado (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

## 3.2 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

No primeiro caso analisado do Tribunal de Justiça catarinense (item 3.1.1.1), percebe-se que o acusado, juntamente com mais dois agentes, submeteu a vítima à conjunção carnal e a ato libidinoso diverso da conjunção carnal (prática de sexo anal), e recebeu a pena de 06 (seis) anos de reclusão, decisão esta não modificada pela Corte Superior. Aqui, importante é comparar com a conduta praticada pelo acusado na decisão analisada no item 3.1.1.2, em que o réu atirou a vítima na cama e praticou ato libidinosos diverso da conjunção carnal, introduzindo um dedo na vagina da ofendida, recebendo a pena análoga ao réu da primeira decisão. Embora ambas as condutas sejam amplamente reprováveis, denota-se que o fato praticado pelo primeiro réu foi, indubitavelmente, mais gravoso que o praticado pelo segundo, recebendo, todavia, ambos os acusados, as mesmas penas, qual seja, 06 (seis) anos de reclusão.

Na sequência, observa-se, comparando os julgados expostos nos itens 3.1.1.3 e 3.1.1.5, que embora os atos cometidos pelos acusados tenham sido praticamente idênticos, ou seja, atos pré-executórios da prática do crime de estupro, as penas mostraram-se demasiadamente diferentes. Na Apelação Criminal n. 0002931-05.2009.8.24.0070, o acusado fora condenado à pena de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicial fechado, pelo delito do art. 213 c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, enquanto o outro réu, na Apelação Criminal n. 0040672-50.2014.8.24.0023, fora condenado ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pelo artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, demonstrando, dessa forma, a desproporcionalidade entre as penas aplicadas aos réus.

Caso análogo, outrossim, é o examinado no item 3.1.1.4, em que o acusado agarrou a vítima pelo pescoço, arrastou-a até um ponto ermo da via e tentou submetê-la à conjunção carnal, não se consumando tal intento porquanto a ofendida conseguiu empreender fuga,

distanciando-se do réu. Aqui, todavia, denota-se que o acusado, apesar de ter praticado ato, em tese, análogo ao descrito no item 3.1.1.5 (acusado segurou a vítima violentamente pela cabeça, jogando-a no chão, deitando-se sobre ela e tentando constrangê-la à conjunção carnal), recebeu a pena de 3 (três) anos de reclusão, enquanto naquele houve a desclassificação da conduta para contravenção penal prevista no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, recebendo o réu a condenação ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Por sua vez, as decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstram a mesma desproporcionalidade. Denota-se, no caso analisado no item 3.1.2.1 (Apelação Criminal n. 70072901986), que o acusado consumou a efetiva conjunção carnal com a ofendida e teve a pena aplicada no total de 06 (seis) anos e 02 (dois) meses, enquanto o acusado da decisão analisada no item 3.1.2.3 (Apelação Criminal n. 70067238964) não conseguiu consumar a conjunção carnal, restringindo-se à prática de atos libidinosos e teve a pena aplicada, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 06 (seis) anos, por infração ao exposto no artigo 213, *caput*, do Código Penal.

Ainda, examinando o item 3.1.2.2, observa-se que, segundo versa a exordial acusatória, o réu colocou as mãos por baixo das vestes da ofendida e tentou beijá-la, cessando a ação e parando o veículo quando esta gritou por socorro. O Magistrado *a quo* aplicou a pena de 08 (oito) anos de reclusão, por infração ao disposto no artigo 213, § 1º, do Código Penal. Desse modo, ainda que tal decisão tenha sido anulada pela Corte Superior, por ser considerada *extra petita*, já que julgou além do pugnado pelo Órgão Ministerial, a sentença aplicada pelo Magistrado na primeira instância mostra-se, demasiadamente, desproporcional.

Por fim, as decisões expostas nos itens 3.1.2.4 e 3.1.2.5 referem-se às condutas desclassificadas para contravenção penal. No tópico 3.1.2.4 constata-se a maior disparidade entre as decisões proferidas na primeira e segunda instância. Apesar de ter, o Órgão Ministerial, imputado ao acusado as sanções descritas nos artigos 217-A, § 1º e 213, § 1º, ambos do Código Penal, e este trabalho monográfico tratar apenas do delito de estupro simples (artigo 213, *caput*, do Código Penal), tal julgado mostrou-se demasiadamente expressivo para esta pesquisa, isso porque, apesar de possuir a vítima 14 (quatorze) e 15 (quinze) anos na data do primeiro e segundo fato, respectivamente, a aplicação da pena de 17 (dezessete) anos e 04 (quatro) meses pela Magistrada *a quo* mostrou-se excessivamente elevada, levando em conta a conduta praticada pelo réu.

A desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao alterar a sentença proferida em primeiro grau, justificou a desclassificação da conduta para contravenção penal nos seguintes termos:

> De outra banda, tendo em vista que a conduta do réu limitou-se a passar a mão em sua genitália, por cima da roupa, por breves instantes e em via pública, embora bastante reprovável, não enseja, por baixa ofensividade ao bem jurídico protegido, a capitulação levada a efeito na denúncia, mais se amoldando à hipótese prevista no art. 61 do Decreto-lei 3.688/41, que trata da contravenção penal sob a modalidade 'importunação ofensiva ao pudor'.
> [...]
> Neste sentir, em observância ao princípio da proporcionalidade, embora reconheça que a conduta é merecedora da reprimenda estatal, tenho que não pode ser tratada da mesma forma que os crimes de que resulta grave ofensa ao bem jurídico protegido, tal como ocorre quando há exploração da genitália da vítima, beijos lascivos, sexo oral e mesmo coito anal ou vagínico. (RIO GRANDE DO SUL, 2017b).

Por fim, na Apelação Criminal n. 70070199765, exposta no item 3.1.2.5, o acusado praticou 03 (três) atos contra 03 (três) vítimas diferentes, que foram divididos, na denúncia, em 03 (três) fatos. No primeiro, o réu cortou a frente da vítima, que andava de bicicleta, e passou a agarrá-la, apalpando-lhe o corpo, esfregando seu órgão genital na ofendida e tentando tirar sua roupa, tendo, na sequência, a vítima gritado por socorro e o réu empreendido fuga. No segundo, o acusado proferiu palavras obscenas e passou a mão nas nádegas e órgão genital da vítima. No terceiro, o réu agarrou a vítima por trás, tentando atirá-la sobre o canteiro central da via pública com o intuito de cometer atos libidinosos, mas não conseguiu consumar seu intento. A decisão proferida pela juíza de primeira instância, condenando o acusado pelas sanções do artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41 fora mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que assim fundamentou:

> [...] verifico que os atos perpetrados pelo acusado não podem ultrapassar os limites da contravenção, sob pena de violar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, os quais servem para sintonizar o fato à pena corporal dos que cometem crimes.
> Assim, apesar dos argumentos da acusação, no caso concreto, mantenho a sentença objurgada, pois, conforme bem mencionado pela Magistrada, 'não há prova de que o acusado tivesse o dolo dirigido à prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso da conjunção carnal' (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Conclui-se, portanto, analisando as penas aplicadas aos acusados nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em diversos casos que possuíam fatos análogos, como o cometimento de atos pré-executórios do delito de estupro, como beijo lascivo e toques em partes íntimas, as penas aplicadas aos réus mostraram-se próximas, ou até mesmo idênticas, àqueles casos em que houve a efetiva conjunção carnal.

No próximo tópico, procede-se à análise da compreensão do Superior Tribunal de Justiça sobre o delito de estupro simples e, logo após, examinar-se-á, de fato, o que leva à desproporcionalidade na aplicação da pena no delito previsto no artigo 213, *caput*, do

Código Penal e a solução efetiva para tal.

## 3.3 ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste item, passa-se a analisar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto às diversas condutas tipificadoras do delito de estupro.

### 3.3.1 Beijo lascivo

Em análise às decisões do Superior Tribunal de Justiça, observou-se, primeiramente, que o contato físico forçado entre o ofensor e a vítima como o beijo lascivo, toques e contatos voluptuosos são considerados atos libidinosos capazes de ensejar a caracterização do delito de estupro, como se denota do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1705120:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
> CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO. ART. 213, § 1º, DO CP.
> POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, 'inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima' (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).
> 2. Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, §1º, do CP.
> 3. Agravo regimental não provido (BRASIL, 2018).

No julgado supracitado, o acusado teria abordado a vítima e a convidado para ir a um motel; após a negativa da ofendida, o réu "a agarrou com força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e na vagina dela". Com entendimento contrário delineado pela Corte de origem, a qual considerou o fato como contravenção penal descrita no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca entendeu que a conduta cometida pelo acusado caracteriza o delito previsto no artigo 213, § 1º do Código Penal, afirmando que o contato físico entre o réu e a ofendida teve como fim a satisfação da lascívia daquele.

Ainda, observa-se que, de acordo com o voto da Relatora Ministra Assusete Magalhães, "o delito de estupro inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima". (BRASIL, 2018).

Sobre o beijo lascivo, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que tal ato pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, sendo suficiente, portanto, para caracterizar o delito descrito na redação do antigo artigo 214 do Código Penal, o qual discorria sobre a pena aplicada a quem praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em sua forma consumada:

> HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATOS LIBIDINOSOS DEMONSTRADOS. BEIJO LASCIVO. CONFIGURAÇÃO DO CRIME. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
> [...]
> 3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada. 4. No caso, as instâncias ordinárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que o paciente praticou atos libidinosos contra a vítima, jogando-a na cama, beijando-a de forma lasciva e abrindo o zíper de sua roupa. Tais atos, como visto, são suficientes para caracterizar o delito pelo qual foi condenado. 5. Não se mostra possível, na via eleita, alterar a conclusão a que chegaram o Juiz e o Tribunal de origem acerca dos fatos, pois inviável, nesta sede, analisar profundamente as provas produzidas. 6. Ordem denegada (BRASIL, 2011).

No entanto, há necessidade de se verificar as particularidades do caso, de modo a se analisar a real intenção do autor do delito: se deixou claro seu propósito lascivo ou se apenas tentou beijar a vítima, sem empregar meios violentos para tal finalidade.

Percebe-se, assim, que apenas o fato de "roubar" um beijo não constitui, em princípio e segundo o Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, a menos que o beijo tenha sido praticado em contexto de violência física, satisfazendo, dessa forma, as elementares do delito abarcado nesta pesquisa (LINS, 2018).

### 3.3.2 Ausência de contato entre o agente e a vítima

No entendimento da Relatora Ministra Assussete Magalhães, conforme Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1359608, julgado em 19/11/2013, o delito de estupro consuma-se com o contato físico entre o agressor e a vítima.

Contudo, há julgado com decisão que se contrapõe a este entendimento, desta própria Corte, julgada pelo Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, no sentido de que o

estupro pode ser caracterizado até mesmo quando não há contato físico entre a vítima e o agressor.

Ao julgar o processo sobre rede de exploração de menores que envolve políticos e empresários de Mato Grosso do Sul, o Superior Tribunal de Justiça considerou legítima a denúncia por estupro de vulnerável, mesmo sem contato físico entre as partes:

> A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante [*sic*], para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido (BRASIL, 2016a).

No caso retro, uma menina de 10 (dez) anos foi levada a um motel pelos agentes e forçada a tirar a roupa na frente de um homem, o qual pagou R$ 400,00 (quatrocentos reais) pelo encontro, além de comissão à irmã da vítima. De acordo com a exordial acusatória, o evento aconteceu repetidas vezes.

A defesa do acusado alegou a inépcia da denúncia, levando em conta a ausência de caracterização do crime de estupro sem o contato físico entre o ofensor e a ofendida.

Todavia, para o Ministro Joel Ilan Paciornik, a dignidade sexual da vítima é passível de ser ofendida, ainda que não haja qualquer contato físico.

### 3.3.3 Desclassificação para contravenção penal

No item em tela, procuraram-se decisões em que o Superior Tribunal de Justiça houvesse desclassificado a sentença proferida pelo Magistrado *a quo* para os delitos dispostos nos artigos 61 ou 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, todavia, inúmeros foram os acórdãos que deixaram de analisar o pedido recursal, levando em conta que, para isso, deveriam examinar todo o conjunto fático probatório dos autos, o que iria contra o disposto na Súmula n. 7 desta Corte, como se pode observar:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART.
> 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO.
> INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
> - A análise da pretensão recursal exigiria, necessariamente, incursão na matéria fática-probatória da lide, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
> Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2013).

E, ainda:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO PARA CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE NA MODALIDADE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. MODIFICAÇÃO. REEXAME DAS PROVAS. SÚMULA 7 DESTA CORTE SUPERIOR. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A pretendida modificação do entendimento do Tribunal de origem que desclassificou o delito de estupro para a contravenção de perturbação da tranquilidade na modalidade importunação ofensiva ao pudor, demanda o inevitável revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.
> Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2017).

Importante destacar a redação da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (BRASIL, 1990).

É o voto, outrossim, do Ministro Joel Ilan Paciornik, no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1494820:

> Assim, registra-se que para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de afastar a desclassificação do delito de estupro para importunação ofensiva ao pudor, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial (BRASIL, 2017).

Dessa forma, não podendo esta Corte decidir sobre a desclassificação do delito de estupro para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do Decreto-Lei n. 3688/41) ou perturbação da tranquilidade (artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41), inexistentes são as decisões que versam sobre tal tema.

# 4 DESPROPORCIONALIDADE DA PENA EM ABSTRATO NO DELITO DE ESTUPRO SIMPLES

A ciência penal passou por inúmeras modificações, evoluindo com o passar do tempo e fazendo com que as penas degradantes, como tortura, por exemplo, fossem substituídas pela pena de prisão. O ordenamento jurídico pátrio adota as penas de prisão em suas três modalidades: prisão simples, reclusão e detenção. Todavia, denota-se que a estipulação da sanção imposta ao acusado não é livre, encontrando seus limites estabelecidos no Código Penal brasileiro vigente ou na Lei de Contravenções Penais vigente e, ainda, pelas garantias dispostas no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, é notável que nenhuma condenação pode atingir o indivíduo em sua essência humana, sendo sua dignidade núcleo intangível, razão pela qual a Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 5º, inciso XLVII, a vedação às penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (BRASIL, 1988).

Com relação ao delito de estupro simples, como já visto, a pena em abstrato do crime é prevista no artigo 213, *caput*, do Código Penal e pode variar de 06 (seis) a 10 (dez) anos em sua modalidade simples. Já em sua modalidade qualificada, encontra-se prevista nos § 1º e § 2º do mesmo artigo, com a pena variando de 08 (oito) a 12 (doze) anos se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave ou se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 14 (quatorze) anos, e, por fim, de 12 (doze) a 30 (trinta) se da conduta resultar morte. Percebe-se, portanto, que, no caso concreto, o julgador fica adstrito às penas impostas pelo legislador.

Entretanto, a discussão acerca da desproporcionalidade na aplicação da pena do delito objeto de estudo da presente pesquisa gira em torno das condutas que envolvem atos libidinosos como beijo lascivo, toques e contatos em regiões íntimas, que, como amplamente demonstrado no capítulo 3, acabam recebendo, com certa frequência, a pena mínima do delito de estupro, mostrando-se esta, muitas vezes, demasiadamente alta, ou, em outros casos, acaba sendo desclassificada para os artigos 61 ou 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, sanções estas consideradas excessivamente baixas.

Sobre o tema, leciona Nucci (2010b, p. 223):

> A meta deve ser punir atos considerados obscenos com penalidades administrativas, aplicando-se multas, tal como ocorre quando há uma infração de trânsito ou um barulho excessivo, provocando tumulto e prejudicando o interesse de terceiros. Por isso, é inapropriado manter-se a contravenção penal focando [*sic*] esses bens jurídicos enfraquecidos pelo tempo (moralidade sexual ou bons costumes). Por outro lado, há variados atos ofensivos ao pudor, que, mais graves, merecem continuar tipificados como infração penal. No entanto, nesses casos, devemos voltar os olhos à proteção da

> dignidade e da liberdade sexual. Para tanto, o ideal seria transformar a contravenção do art. 61, com redação mais clara, respeitando-se a taxatividade, em modalidade privilegiada do estupro (art. 213, CP). Logo, havendo violência ou grave ameaça e justificando-se pela gravidade da ofensa à dignidade sexual da pessoa humana, configura-se o delito previsto no art. 213 do Código Penal, porém, sem violência ou grave ameaça, mas constituindo ato atentatório à dignidade sexual e liberdade da pessoa humana, aplicar-se-ia o crime na forma privilegiada, com pena menor.

Sendo assim, observa-se que o artigo 213, *caput*, possui três núcleos: a prática da efetiva conjunção carnal, permissão da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal ou praticá-lo com a vítima no caso concreto. Dessa maneira, infere-se que o primeiro núcleo, qual seja, a prática da conjunção carnal, não deixa margens a interpretações, tornando-se, portanto, inequívoco. Assim, tendo o agente cometido a real conjunção carnal, engloba-se a conduta, sem maiores dúvidas, no delito exposto no artigo 213, *caput*, do Código Penal.

Até mesmo antes das mudanças trazidas pela vigência da Lei n. 12.015/09, a doutrina criticava a igualdade da pena prevista para comportamentos que atingem de forma demasiadamente diversa o bem jurídico tutelado (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 53). Sobre o assunto, leciona Bitencourt (2008, p. 9), analisando o revogado delito previsto no antigo artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), que, no entanto, aplica-se, atualmente, ao delito de estupro:

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

Acerca da desproporcionalidade na aplicação da pena, de acordo com Nucci (2014, p. 821), inúmeros magistrados aduzem a dificuldade de adequar determinadas condutas no delito de estupro, quando poderiam configurar mera importunação ofensiva ao pudor. Todavia, "por outro lado, há situações visivelmente intermediárias, superiores, em gravidade, à contravenção penal (art. 61, LCP), mas inferiores ao crime de estupro (213, CP)".

Isso porque os entendimentos acerca da adequação das condutas tipificadoras do delito divergem tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por um lado, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão do Recurso Especial n. 1.494.344, afirma que:

> O crime de estupro na sua atual conotação dada pela Lei n° 12.015/09 cumulou no mesmo tipo penal as figuras delitivas do estupro e do atentado violento ao pudor. Assim, para que se possa falar no crime de estupro, não se mostra mais imprescindível

> a demonstração da conjunção carnal, sendo considerado para fins penais a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.
> [...]
> Segundo a jurisprudência e doutrina majoritária entende-se como ato libidinoso desde o beijo lascivo até a figura mais grave que seria o coito anal (BRASIL, 2015).

Na mesma perspectiva, Bitencourt (2012, p. 46) assim leciona:

> […] 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. (grifos do autor).

O mesmo entendimento é o de Prado (2011, p. 800), ensinando que:

> De conformidade com a evolução doutrinária e legal, o tipo de injusto de estupro vem sendo definido de modo mais abarcante e completo, com o objetivo de propiciar também uma melhor diferenciação em relação a outros atos libidinosos de menor gravidade em obediência ao princípio da proporcionalidade. É certo que o beijo lascivo ou lingual obtido contra a vontade da vítima, mediante violência, tem inferior magnitude penal se comparado, por exemplo, com o coito anal. Mas não deixa de ser considerado estupro, conforme a disciplina da lei brasileira vigente, sendo que tal distinção deve ser aferida por ocasião da aplicação da pena.

Por outro lado, Lima (2016) aduz que a conduta como um beijo lascivo praticado em público deve ser desclassificada para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41:

> A expressão 'outro ato libidinoso' constante do art. 213 do CP é extremamente ampla, abrangendo desde a prática do coito anal e do sexo oral até o beijo lascivo, toque nas nádegas ou nos seios da vítima. Por isso, considerando que a pena cominada ao crime de estupro é de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, entende a doutrina que atos de pouca importância, mesmo que ofensivos ao pudor, não devem ser tipificados como estupro (ou tentativa de estupro), sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade. Logo, um simples beijo lascivo praticado em público deve ser desclassificado para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais. (LIMA, 2016, p. 47).

Nessa mesma linha de pensamento, Capez (2013, p. 28) assevera:

> Um beijo lascivo é crime hediondo? Quem interpreta a lei penal de forma literal diz (absurdamente) sim e admite então para esse fato a pena de seis anos de reclusão, que é igual à do homicídio; quem busca a solução justa para cada caso concreto jamais dirá sim (esse beijo poderia no máximo constituir uma contravenção penal – art. 61, LCP: importunação ofensiva ao pudor).

Já segundo Greco (2010, p. 451), “na expressão outro ato libidinoso estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”.

Posto isso, denota-se que a desproporcionalidade gira em torno das condutas mais brandas e que compõe o núcleo de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, visto que, como já mencionado, caso o agente tenha praticado a efetiva conjunção carnal, terá incorrido, sem necessidade de maiores digressões, nas sanções do artigo 213, *caput*, do Código Penal. Destarte, resta clara a lacuna legislativa existente no artigo supramencionado, conforme passa-se a expor.

## 4.1 LACUNA LEGISLATIVA EXISTENTE NO ARTIGO 213, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL

De acordo com Soubhia (2013 apud TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60), “o espectro punitivo da locução ato libidinoso sempre foi, e continua sendo, excessivamente amplo, possibilitando a subsunção de condutas que vão desde o beijo lascivo ao coito anal, apenando da mesma maneira ações cujos desvalores nem se comparam”.

Assim, é inviável a aplicação da pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos, cominada no artigo 213, *caput*, do Código Penal, para condutas que versam sobre atos libidinosos e, na mesma linha, aplicar a pena análoga a casos que envolvam a conjunção carnal em sua forma consumada, comparando-se, dessa maneira, duas condutas que atingem de modo totalmente diferente o bem jurídico tutelado: a dignidade sexual.

Percebe-se, portanto, a presença de uma lacuna legislativa no delito em tela, ou seja, a ausência de uma lei intermediária para que haja a possibilidade de punição de forma apropriada aos comportamentos como beijo lascivo e toque em regiões íntimas que, *a priori*, não se enquadram em nenhum tipo penal existente (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 60).

Os julgadores têm procurado diminuir a desproporcionalidade da pena desclassificando a conduta cometida pelo agente para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41) ou perturbação da tranquilidade (artigo 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41). Ainda, como esposado no capítulo 3, os magistrados também buscam aplicar a tentativa de estupro, de modo a diminuir a pena de um a dois terços, conforme previsto no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal.

Entretanto, nesse ponto, é importante destacar, acerca do exame de todo o conjunto fático-probatório dos autos, que deve haver a possibilidade de diminuição da pena em virtude

da tentativa. É necessário estabelecer um critério subjetivo quando da análise dos autos, questionando se a intenção final do agente era a prática da conjunção carnal ou se seu objetivo limitava-se ao cometimento de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Na hipótese de conjunção carnal, o delito consuma-se no instante da penetração, seja ela completa ou incompleta, do pênis na vagina, com ou sem ejaculação. Já na hipótese de outro ato libidinoso, consuma-se o delito no momento em que a vítima pratica em si, no agente ou em terceira pessoa, qualquer ato libidinoso ou no momento em que alguém atua libidinosamente sobre seu corpo. (MAGGIO, 2013).

Ainda, de acordo com o mesmo autor, há possibilidade de tentativa por tratar-se o delito de crime plurissubsistente, o que permite o fracionamento do *iter criminis*. Todavia, no caso concreto, é preciso que o julgador efetue a distinção pelo exame do dolo do autor. Há tentativa de estupro quando o agente visa à conjunção carnal, mas não consuma o resultado por circunstâncias alheias à sua vontade ou quando o agente objetiva apenas outro ato libidinoso, mas não o alcança, outrossim, por circunstâncias alheias à sua vontade (MAGGIO, 2013).

No entanto, deve-se observar outra solução à tentativa do delito. Se o agente realiza qualquer ato libidinoso visando à prática final da conjunção carnal, mas não alcança seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade, responde por tentativa de estupro (artigo 213, *caput*, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal). Por outro lado, se realiza qualquer ato libidinoso, como sexo oral, anal ou toque em regiões íntimas, sem visar a conjunção carnal, responde por estupro consumado.

Aqui, é relevante ressaltar que tal julgamento vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, já que, quando o autor visa apenas ao cometimento de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, receberia, em tese, a pena mais elevada do que àquele que pretende efetiva conjunção carnal, mas apenas não a consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, visto que teria sua pena diminuída de um a dois terços, como preconiza o parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, enquanto o que teria a intenção de cometer apenas atos libidinosos receberia a pena pelo delito consumado, qual seja, de 06 (seis) a 10 (dez) anos.

Desse modo, possuindo o artigo 213, *caput*, do Código Penal uma lacuna legislativa em relação à criminalização de atos lascivos que não configuram estupro, sendo esses, muitas vezes, desclassificados para contravenção penal e recebendo pena excessivamente baixa, deve-se estabelecer um crime intermediário, que possa ser punido com mais severidade que a contravenção, mas que não imponha tamanha gravidade quanto a condenação por estupro.

## 4.2 CRIAÇÃO DE LEI INTERMEDIÁRIA COMO FORMA DE TORNAR A PENA PROPORCIONAL À CONDUTA COMETIDA PELO AGENTE

Como visto nos capítulos anteriores, o artigo 213, *caput*, do Código Penal conta com três núcleos, que, quando comparados, demonstram excessiva disparidade, isto é, se analisado de forma literal, o delito de estupro abrange atos libidinosos, que são atos voluptuosos 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" (NUCCI, 2012b, p. 946), até a prática da conjunção carnal, a qual se restringe a uma relação exclusivamente heterossexual. É a cópula vagínica, ou seja, quando há a introdução, total ou parcial, do pênis na cavidade vaginal (MASSON, 2013, p. 10). Nesse sentido, consoante Nucci (2012b, p. 945):

> Conjunção carnal: é um termo específico, depende 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 da 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*' (cf. João Mestieri, *Do delito de estupro*, p. 59). 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. (grifos do autor).

Entretanto, a questão central da desproporcionalidade na aplicação da pena gira em torno das condutas constantes na segunda parte do artigo 213, *caput*, do Código Penal, qual seja, praticar ou permitir que se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Percebe-se que inúmeros magistrados expressam a dificuldade na aplicação da pena, já que, não poucas vezes, são levados a condenar alguém pela sanção do artigo 213 do Código Penal, acreditando ter sido aplicada pena muito elevada ou desclassificar a conduta para a figura da contravenção, acreditando ter havido pouca penalização (NUCCI, 2012a, p. 54).

Sobre a contravenção penal, Masson (2013, p. 38) leciona que:

> Nessa contravenção penal, a conduta ilícita limita-se à utilização de palavras ofensivas ao pudor (exemplo: sussurrar no ouvido de mulher desconhecida no interior de ônibus coletivo, convidando-a a ir a um motel), ou então aos atos libidinosos desprovidos de violência ou grave ameaça (exemplo: passar as mãos nas nádegas de mulher que calmamente observava a vitrine de uma loja). Com efeito, se o ato libidinoso resultar do constrangimento efetuado mediante violência ou grave ameaça, estará configurado o crime de estupro.

Constata-se, portanto, que a conduta praticada pelo acusado apenas deve ser desclassificada para contravenção penal quando não for efetuada mediante violência ou grave

ameaça, o que não é, na prática, o que acontece, visto que em inúmeros casos, consoante exposto no capítulo 3, a conduta fora praticada pelo acusado mediante violência contra a vítima e, mesmo assim, ocorrera a desclassificação para contravenção penal.

Como forma de solucionar tal desproporcionalidade, o então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci, na Apelação Criminal n. 990.10.102276-1, mesmo desclassificando a conduta para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, afirmou que a legislação brasileira carece de um tipo penal intermediário. Eis suas palavras:

> [...] Dessa forma, verifico bem demonstrada a existência do fato e a autoria da conduta. Contudo, entendo mereçam os fatos definição jurídica diversa. Como é sabido, os tipos penais são hoje analisados sob dois prismas: o formal e o material. Nada obstante a conduta ora em análise possa enquadrar-se, formalmente, ao art. 214 c. c. art. 224, a, ambos do Código Penal (atual art. 217-A), a conduta do apelante não alcançou o *grau de lesividade e reprovabilidade* necessários para o reconhecimento do delito de estupro de vulnerável. A elementar *ato libidinoso* deve ser interpretada de acordo com o princípio da ofensividade, sendo entendida como a conduta que fere, de forma intensa e profunda, a dignidade sexual da vítima. Não basta se sinta a vítima incomodada ou desrespeitada; é preciso se sinta agredida em sua intimidade e liberdade. No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalpamento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima. Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual. Por outro lado, carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo [...] (SÃO PAULO, 2012, p. 3, grifos no original).

O mesmo desembargador, em sua obra intitulada Manual de Direito Penal, ensina:

> É preciso criar figura intermediária, particularmente voltada a atos libidinosos de menor gravidade, merecedores de punição, mas sem a contundência das penas previstas para o estupro.
> [...]
> É preciso, em nosso entendimento, a formação de figura típica incriminadora, configurando um *estupro privilegiado*, para condutas mais brancas, merecedoras de penas igualmente mais amenas (NUCCI, 2014, p. 821, grifo do autor).

Este tipo penal intermediário já é, inclusive, objeto de inúmeros projetos de lei, merecendo destaque, primeiramente, o de n. 8.471/2017, criado pelo deputado Áureo Lídio Moreira Ribeiro, que tem como finalidade a criação do artigo 214-A, o qual versa sobre o constrangimento sexual e suas qualificadoras nos § 1º e § 2º, *in verbis:*

> Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com acréscimo do artigo 214-A com a seguinte redação: Constrangimento sexual.

> Art. 214-A Constranger alguém mediante a prática de ato libidinoso, sem consentimento, de forma a satisfazer a própria lascívia ou a de outrem.
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.
> §1° Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos, e do fato não resultar crime mais grave:
> Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.
> §2º Se o crime é cometido em lugar público ou de acesso público, aumenta-se a pena em 1/5 (um quinto).
> Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (RIO DE JANEIRO, 2017).

Importante destacar, ainda, parte da justificativa constante no projeto de lei para defender a aprovação da mudança:

> O presente projeto de lei visa criar um crime intermediário entre o estupro e a contravenção penal de 'importunação ofensiva ao pudor'. O objetivo é preencher uma lacuna legislativa em relação à criminalização de atos lascivos que não configuram estupro, por falta de violência ou grave ameaça, e acabam sendo enquadrados como 'importunação ofensiva ao pudor', que é uma contravenção penal punida apenas com multa. É necessário estabelecer um crime intermediário que possa ser punido com mais severidade que a contravenção, mas não imponha a gravidade da condenação por estupro (RIO DE JANEIRO, 2017).

Por outro lado, examina-se, ademais, o Projeto de Lei n. 8.464/2017, proposto pelo Deputado Cabo Sabino, consubstanciado em definir como crime a conduta de "importunação ofensiva ao pudor". Segue a redação:

> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º Esta lei altera o Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 - Código Penal e o Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 – Lei de Contravenções Penais, para definir como crime a conduta de "Importunação ofensiva ao pudor".
> Art. 2º o Decreto Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com o seguinte art. 213-A:
> "Art. 213-A. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
> ....." (NR)
> Art. 3º Revoga-se o art. 61 do Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941 – Lei de Contravenções.
> Art. 4º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (CEARÁ, 2017).

Como justificativa, o deputado trouxe à baila o episódio do homem que ejaculou em uma passageira dentro de um ônibus em São Paulo, na Avenida Paulista. Afirmou que "na decisão, o magistrado disse que não viu possibilidade de enquadrá-lo por estupro por não ter havido "constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça" no caso, conforme determina o Código Penal" (CEARÁ, 2017).

Outro projeto de lei, de n. 8.699/2017, proposto pelo Deputado Major Olimpio, altera o Código Penal para tipificar a importunação ofensiva ao pudor e à dignidade sexual, sendo esta sua redação:

> Art. 1º Esta lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, tipificando a importunação ao pudor e à dignidade sexual.
> Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte artigo:
> 'Importunação ao pudor e à dignidade sexual
> Art. 214-A. Importunar alguém de modo ofensivo ao pudor ou ofendendo-lhe a dignidade sexual.
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.
> Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro se o crime é cometido em local público ou de acesso público'. (NR)
> Art. 3º Fica revogado o art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 - Lei das Contravenções Penais.
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (SÃO PAULO, 2017).

Todavia, os projetos de lei supramencionados foram declarados prejudicados, no dia 07 de março de 2018, em virtude da aprovação em Plenário da Subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei n. 5.452/16, apresentada pela Relatora da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Esta Subemenda Substitutiva Global ao Projeto de Lei n. 5.452/16 versa sobre a tipificação do crime de divulgação de cena de estupro e prevê causa de aumento de pena para o delito de estupro cometido por duas ou mais pessoas (estupro coletivo), cuja redação é:

> O Congresso Nacional decreta:
> Art. 1º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 218-C:
> 'Divulgação de cena de estupro
> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de estupro:
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.'
> Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 225-A:
> 'Estupro coletivo
> Art. 225-A. Nos casos dos arts. 213 e 217-A deste Código, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas.'
> Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação. (BRASIL, 2016b).

No dia 12 de março de 2018 o projeto de lei foi remetido ao Senado Federal por meio do Ofício n. 174/18/SGM-P.

Infere-se, desse modo, que a criação de lei intermediária entre o delito de estupro descrito no artigo 213, *caput*, do Código Penal e as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor e perturbação da tranquilidade, previstas nos artigos 61 e 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41, objetiva tornar a pena aplicada ao acusado proporcional à conduta por ele cometida, punindo, de forma justa, as condutas que violam, em todos os graus, a dignidade sexual da vítima.

Ademais, o novo tipo penal auxiliaria os magistrados quando da aplicação da pena, desonerando-os da análise criteriosa que necessitam fazer nos processos atuais, para decidirem se o agente deve ser submetido às sanções elevadas dispostas no artigo 213 do Código Penal ou se deve ser isento de punição, que é, na prática, o que ocorre quando tem sua conduta desclassificada para contravenção penal (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 69).

De outro norte, é cediço que a criação da lei intermediária ampliaria o grau de discricionariedade do magistrado, haja vista que, utilizando-se do bom senso e avaliação de todo conjunto fático-probatório dos autos, poderia classificar a conduta do sujeito de forma proporcional à lesão causada à vítima, podendo chegar até a pena máxima de 10 (dez) anos, sendo esta aplicada aos fatos que realmente clamam por maior repressão (TANFERRI; CACHAPUZ, 2015, p. 70).

Por fim, extrai-se de toda análise realizada na presente pesquisa, que, enquanto a criação de um novo tipo penal intermediário não resta aprovada, os juízes devem utilizar, na aplicação da pena ao acusado, os princípios atinentes ao crime, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, taxatividade e lesividade, procurando adequar a conduta cometida pelo réu às possibilidades vigentes na legislação brasileira, quais sejam, desclassificação para as contravenções penais previstas nos artigos 61 e 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 ou, até mesmo, a diminuição da pena por tentativa de estupro (artigo 213, *caput*, c/c art. 214, inciso II, ambos do Código Penal), a fim de que não haja punição exacerbada, tampouco pouca penalização.

# 5 CONCLUSÃO

A finalidade da presente pesquisa consistiu em examinar a desproporcionalidade na aplicação da pena no delito de estupro simples e apresentar a proposta para solução da controvérsia. Para tanto, analisaram-se jurisprudências dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, procurando demonstrar, ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça com relação às condutas tipificadoras do delito. Ademais, conceituou-se o crime e sua classificação doutrinária, bem como a origem e evolução histórica do delito, os princípios atinentes quando da aplicação das sanções ao réu e as causas de aumento de pena descritas nos artigos 226 e 234-A do Código Penal.

Inicialmente, apresentou-se a origem do delito de estupro, trazendo à baila que o direito penal antigo, mais especificamente entre os séculos XVI e XIX, consubstanciava-se na aplicação da lei estrangeira, merecendo ênfase o Código Filipino. Tal Código trazia, dentre as sanções aplicáveis aos acusados que cometessem conjunção carnal com a ofendida, a pena de morte. As Ordenações Filipinas vigoraram até 22 de outubro de 1830, quando restou aprovado o Código Penal do Império, entrando este em vigência na data de 08 de janeiro de 1830. Foi o primeiro Código a trazer a rubrica "estupro" e prever a extinção da punibilidade caso o autor contraísse matrimônio com a vítima. Na sequência, entrou em vigência, na data de 11 de outubro de 1890, o Código Criminal da República, cuja redação previa o delito de estupro sob o título de "violência carnal" e tinha a honestidade da vítima como ponto principal para a aplicação da pena máxima. Aboliu, ainda, a pena de morte. Finalmente, em 1940, o Código Penal vigente trouxe a seguinte redação "Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça" (BRASIL, 1940). Percebe-se, dessa forma, que o sujeito ativo poderia ser apenas o homem e o passivo apenas a mulher, fato que gerou grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Tal controvérsia restou extinta apenas com a vigência da Lei n. 12.015/09, a qual trouxe diversas mudanças, ao equiparar homens e mulheres no polo passivo do delito, unificar os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em um único artigo, tornando, dessa forma, o delito de estupro crime único e, ainda, modificar a ação penal do estupro simples, de forma à torná-la pública condicionada à representação da vítima, afastando-se, dessa forma, a aplicação da Súmula n. 608 do Supremo Tribunal Federal, a qual previa que, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada" (BRASIL, 1984).

Atualmente, o delito de estupro simples encontra-se no artigo 213, *caput*, do Código Penal, com a seguinte redação: "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). Percebe-se, portanto, a presença de três núcleos no referido artigo: ter conjunção carnal, praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Constitui-se, logo, como um crime de ação múltipla, visto que sua consumação é efetuada pela prática de uma ou de todas as condutas previstas no referido artigo (FIGUEIREDO, 2011). É considerado, ainda, pela doutrina majoritária e jurisprudência dominante, como crime de tipo misto alternativo, pois envolve a conjugação do verbo principal, "constranger", com as condutas complementares: ter conjunção carnal, praticar outro ato libidinoso ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (NUCCI, 2012a, p. 38).

Devem os magistrados, portanto, quando da aplicação da pena ao acusado, levar em consideração os princípios atinentes ao delito, quais sejam dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, taxatividade e lesividade, de modo a tornar a sanção aplicada ao réu proporcional à conduta por ele cometida.

Analisaram-se, ainda, as causas de aumento previstas nos artigos 226 e 234-A do Código Penal, sendo elas o cometimento do delito em concurso de duas ou mais pessoas, ser o agente ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou que por qualquer outro título tenha autoridade sobre ela, se da conduta resultar gravidez e, por fim, se o agente transmite doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (BRASIL, 1940).

Quanto à análise jurisprudencial, percebeu-se grande disparidade na aplicação da pena entre condutas que atingiam o mesmo bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual da vítima. Nos casos analisados dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, observou-se que condutas que tinham como objeto apenas o toque em regiões íntimas, por exemplo, receberam penas iguais ou até mesmo maiores que aquelas em que o acusado praticou a efetiva conjunção carnal. Já com relação ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, depreendeu-se que o beijo lascivo, toques e contatos voluptuosos podem ensejar o reconhecimento do delito de estupro caso o agente tenha empregado meios violentos em sua conduta. Ademais, aferiu-se que há possibilidade de caracterização do delito de estupro até mesmo com ausência de contato entre a(o) ofendida(o) e o ofensor. Ainda, no que tange à desclassificação para contravenção penal, percebeu-se que aquela Corte, em inúmeros acórdãos analisados, deixou de examinar o pedido recursal, haja vista que, para haver a pugnada desclassificação, haveria necessidade de análise de todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que iria contra o disposto na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

No último capítulo, por fim, verificaram-se os motivos que levam à desproporcionalidade na aplicação da pena no crime de estupro simples no que tange às condutas tipificadoras do delito, com ênfase aos atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como beijo lascivo e toques em regiões íntimas, por exemplo. Concluiu-se que a redação do artigo 213, *caput*, do Código Penal apresenta uma lacuna legislativa, ou seja, a ausência de uma lei intermediária como forma de punir apropriada e proporcionalmente os comportamentos que envolvam atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Este tipo penal intermediário tem como objetivo auxiliar os julgadores na aplicação da pena ao réu, ampliando seu grau de discricionariedade e classificando de forma proporcional a conduta cometida pelo agente.

## REFERÊNCIAS


BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Tratado de direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

_____. **Tratado de direito penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 maio 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. **Promulga o Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 167.517. Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª Turma. São Paulo, 17 de agosto de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000575588&dt_publicacao=06/09/2010>. Acesso em: 31 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1705120. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma. Santa Catarina, 05 de fevereiro de 2018. DJE 19/02/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702672727&dt_publicacao=19/02/2018)>. Acesso em: 14 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 105673 (2008/0095693-8). Rel. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma. 01 de setembro de 2011. DJE 19 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800956938&dt_publicacao=19/09/2011>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 07**. DJ 03 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/874/Sumulas_e_Enunciados>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1494820. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma. Distrito Federal, 13 de junho de 2017. DJE 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402957227&dt_publicacao=28/06/2017>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.494.344. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma. Goiás, 24 de fevereiro de 2015. DJE 06 de março de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402792703>. Acesso em: 27 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 70.976. Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma. Mato Grosso do Sul, 02 de agosto de 2016. DJE 10/08/2016a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601218385&dt_publicacao=10/08/2016> Acesso em: 14 maio 2018.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5.452/2016b**. Aguardando Apreciação pelo Senado Federal. Acrescenta os arts. 218-C e 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acesso em: 25 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 276.053. Rel. Min. Marilza Maynard, 5ª Turma. Sergipe, 20 de junho de 2013. DJE 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300043302&dt_publicacao=25/06/2013>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 608**. DJ 31 de outubro de 1984. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2694>. Acesso em: 31 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-II). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 3.

_____. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.

_____. **Curso de direito penal**: parte especial: arts. 213 a 359-H. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

CASTRO, Leonardo. **Legislação comentada** – artigo 213 do CP – estupro. Jusbrasil, 2014.

Disponível em: <https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cp-estupro>. Acesso em: 23 abr. 2018.

CEARÁ. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei n. 8.464/2017**. Esta Lei altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal e o Decreto-Lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941 - Lei de Contravenções Penais, para definir como crime a conduta de "Importunação ofensiva ao pudor". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594454&filename=PL+8464/2017>. Acesso em: 29 maio 2018.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Casos criminais célebres**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Bases alternativas para o sistema de penas**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1998.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEIREDO, Marcela Lins Moura de. A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009 e seus reflexos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 05 dez. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35217&seo=1>. Acesso em: 12 maio 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOULART, Marcia de Medeiros. Possibilidade de extensão dos efeitos da decisão concessiva de habeas corpus, de ofício, ao corréu. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3979, 24 maio 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28786>. Acesso em: 14 maio 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. v. I.

_____. **Curso de direito penal**. Volume I: parte geral (arts. 1º a 120 do CP). 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **Código penal comentado**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GUERRA, Elaine Linhares de Assis. **Manual de pesquisa qualitativa.** Belo Horizonte: Anima Educação, 2014.

HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia Científica e da Pesquisa**: livro didático. 5. ed. rev., atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

HOFFBAUER, Nélson Hungria; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. VIII.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

_____. **Direito penal**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal de estupro unificado: considerações sobre as causas de aumento de pena e a ação penal. **Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/novo-tipo-penal-de-estupro-unificado-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-causas-de-aumento-de-pena-e-a%C3%A7%C3%A3o-p>. Acesso em: 05 maio 2018.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016. v.

LINS, Mackysuel Mendes. **Beijo roubado configura estupro?** Saiba como ficou o entendimento do STJ. 2018. Disponível em: <ttp://www.amodireito.com.br/2017/12/direito-oab-concursos-beijo-roubado-estupro.html?m=1>. Acesso em: 14 maio 2018.

LOPES, Luciano dos Santos. A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Buritis, v. 8, n. 1, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/ wp-content/uploads/2012/08/PDF-D1-02.pdf>. Acesso em: 06 maio 2018.

MACHADO, Naiara. Uma breve história sobre o crime de estupro. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://naicosta90.jusbrasil.com.br/artigos/347910767/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro>. Acesso em: 12 fev. 2018.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. O estupro e suas particularidades na legislação atual. **Jusbrasil**, 2013. Disponível em: <https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual>. Acesso em: 08 maio 2018.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro no código penal brasileiro: questões controvertidas em face dos princípios constitucionais e a proposta desse delito no novo código penal. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, 2015. Disponível em: <http://docplayer.com.br/22947155-Revista-eletronica-da-faculdade-de-direito-de-franca-93.html>. Acesso em: 02 fev. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial, arts. 213 a 359-H, rev.

atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. v. 3.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários à Lei. 12.015, de 7 de agosto de 2009. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de direito penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Crimes contra dignidade sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

_____. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

_____. **Código penal comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

OLIVEIRA, Gleick Meira; RODRIGUES, Thaís Maia. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em: 22 abr. 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

PICON, Rodrigo. **Inconstitucionalidade do preceito primário do art. 213 do Código Penal (estupro).** 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54404/inconstitucionalidade-do-preceito-primario-do-art-213-do-codigo-penal-estupro>. Acesso em: 02 maio 2018.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, de 05 de junho de 1595. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm>. Acesso em: 03 fev. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

RABELO, Nayara Viana. **O princípio constitucional da proporcionalidade como sustentáculo da prisão provisória**. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20216/o-principio-constitucional-da-proporcionalidadecomo-sustentaculo-da-prisao-provisoria>. Acesso em: 02 maio 2018.

RAMOS, Diego da Silva. **O princípio da proporcionalidade.** 2011. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>. Acesso em: 01 maio 2018.

RAUEN, Fábio José. **Roteiros de iniciação científica**: os primeiros passos da pesquisa

científica desde a concepção até a produção e a apresentação. Palhoça: Ed. Unisul, 2015.

RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino. A história e evolução do direito penal brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, 2009. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-historia-e-a-evolucao-do-direito-penal-brasileiro,25441.html>. Acesso em: 12 mar. 2018.

RIO DE JANEIRO. Câmara dos Deputados. Inclui o artigo 214-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), para criar o crime de constrangimento sexual. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=510131A7415808BB96627462EC26E457.proposicoesWebExterno1?codteor=1594496&filename=PL+8471/2017>. Acesso em: 29 maio 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70072901986. Rel. Des. Isabel de Borba Lucas. Bom Jesus, 13 de dezembro de 2017a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70072901986%26num_processo%3D70072901986%26codEmenta%3D7594065+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70072901986&comarca=Comarca%20de%20Bom%20Jesus&dtJulg=13/12/2017&relator=Isabel%20de%20Borba%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70075598557. Rel. Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2017b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075598557%26num_processo%3D70075598557%26codEmenta%3D7583850+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075598557&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=12/12/2017&relator=Bernadete%20Coutinho%20Friedrich&aba=juris>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70076045210. Rel. Des. Naele Ochoa Piazzeta. Uruguaiana, 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70076045210&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70067238964. Rel. Desª. Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 31 de agosto de 2016a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70067238964%26num_processo%3D70067238964%26codEmenta%3D6942676+estupro+213+caput++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-

8&numProcesso=70067238964&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=31/08/2016&relator=Fabianne%20Breton%20Baisch&aba=juris> Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 70070199765. Rel. Desª. Lizete Andreis Sebben. Canoas, 09 de novembro de 2016b. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70070199765%26num_processo%3D70070199765%26codEmenta%3D7045720+estupro+desclassifica%C3%A7%C3%A3o+contraven%C3%A7%C3%A3o+penal++++&ie=UTF-8&proxystylesheet=tjrs_index&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70070199765&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=09/11/2016&relator=Lizete%20Andreis%20Sebben&aba=juris>. Acesso em: 10 maio 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0017741-42.2013.8.24.0038. Rel. Des. Salete Silva Sommariva. Joinville, 19 de abril de 2016a. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAACN2oAAO&categoria=acordao_5>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça de. Apelação Criminal n. 0000229-83.2015.8.24.0003. Rel. Des. Rodrigo Collaço. Anita Garibaldi, 19 de maio de 2016b. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAC3CSAAE&categoria=acordao_5>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0002931-05.2009.8.24.0070. Rel. Des. Carlos Alberto Civinski. Taió, 16 de março de 2017a. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAPBvkAAH&categoria=acordao_5>. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0002107-18.2013.8.24.0034. Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo. Itapiringa, 04 de maio de 2017b. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAP5VSAAS&categoria=acordao_5>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0040672-50.2014.8.24.0023. Rel. Des. José Everaldo Silva. Florianópolis, 15 de março de 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAIJAGAAQ&categoria=acordao_5> Acesso em: 10 maio 2018.

SANTOS, Italo Barros. O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/INTRODUCAO-CRITICA-A-CRIMINOLOGIA-BRASILEIRA-458?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12675&revista_caderno=3>. Acesso em: 29 abr. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação criminal nº 990.10.102276-1. Relator: Guilherme de Souza Nucci. São Paulo, 17 de abril de 2012. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=5850693&cdForo=

0&uuidCaptcha=sajcaptcha_4fc055ff95dd4affb1dad2b24b569c35&vlCaptcha=xneve&novoVlCaptcha=>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Câmara dos deputados. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar a importunação ao pudor e à dignidade sexual, e dá outras providências. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602029&filename=PL+8699/2017>. Acesso em: 29 maio 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena**. Londrina: Revista do Direito Público, 2015.

WIDAL, Márcio. **Breve ensaio:** princípios da legalidade, reserva legal, anterioridade e taxatividade. 2013. Disponível em: <https://marciowidal.wordpress.com/2013/03/02/descomplicando-principios-da-legalidade-reserva-legal-anterioridade-e-taxatividade/>. Acesso em: 04 maio 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. I.