

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

FABIANO DALPONTE SILVA

**A TIPIFICAÇÃO DE ATOS LIBIDINOSOS DE MENOR OFENSIVIDADE: A
APLICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO OU DA CONTRAÇÃO PENAL DE
IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR, SOB O ENFOQUE DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

CRICIÚMA – SC

2018

FABIANO DALPONTE SILVA

**A TIPIFICAÇÃO DE ATOS LIBIDINOSOS DE MENOR OFENSIVIDADE: A
APLICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO OU DA CONTRAÇÃO PENAL DE
IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR, SOB O ENFOQUE DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. João de Mello

CRICIÚMA – SC

2018

FABIANO DALPONTE SILVA

**A TIPIFICAÇÃO DE ATOS LIBIDINOSOS DE MENOR OFENSIVIDADE: A
APLICAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO OU DA CONTRAÇÃO PENAL DE
IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR, SOB O ENFOQUE DO
PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela
Banca Examinadora para obtenção do Grau de
Bacharel, no Curso de Direito da Universidade
do Extremo Sul Catarinense, UNESC

Criciúma, 08 de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João de Mello– UNESC - Orientador

Prof. Júlio César Lopes - UNESC

Prof. Leandro Alfredo da Rosa - UNESC

À Deus, aos meus pais (in memoriam), minha esposa, meus irmãos, familiares, amigos e colegas de classe, por sempre acreditarem nos meus sonhos, sendo os maiores incentivadores da minha trajetória acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por me dar todos os dias, forças, saúde e fé para passar por todos os obstáculos e permitir que eu chegasse até aqui.

Ao meu orientador João Mello, que aceitou de pronto meu convite nessa caminhada e por ser mostrar sempre prestativo, por sua ajuda e suporte, e peço-lhe desculpas pelos contratempos e a correria que foi nos últimos dias de entrega do trabalho.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração, que luta todos os dias para disponibilizar, cada vez mais, um ensino de qualidade a todos os alunos.

Aos meus pais, Lício e Verônica Salete (in memoriam), incentivadores, um sonho de meu pai a quem eu prometi ainda em vida, e que hoje estou cumprindo minha promessa, com certeza, lá do céu, eles estão muito felizes por eu ter chegado até aqui.

A minha esposa Viviane, por me aturar, incentivar e ajudar nos muitos obstáculos que apareceram nesses 5 anos de estudos, a minha afilhada Isabella que me proporciona tantos momentos de alegria e felicidade, aos meus irmãos Lissandro e Jefferson, e aos sogros José e Maria de Lurdes que quando puderam sempre me ajudaram.

Aos meus amigos de classe, a nossa “panela”, Giovana Cittadim, Tayna Rosa, Thiely Toreti, Igor Gomes, Jeferson Machado e Luís Fernando Matias, pelos resumos, pelos debates políticos, pelas brincadeiras e por todo o convívio.

Ao meu “parça” Jeferson Machado, pela parceria que começou no campeonato de futebol, e se arrastou nas provas em dupla, trabalhos, apresentações e nos estágios I, III e IV, por ter me ajudado várias vezes, nos diversos cafés na doce pão, nos cachorros quentes, nas audiências e na busca de livros da biblioteca.

Aos meus professores, por se dedicarem, terem paciência e darem seu máximo em passar os seus conhecimentos, suas experiências, fica aqui o meu muito muito obrigado.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente me ajudaram a chegar até aqui.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender.

A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”

Rudolf von Ihering

RESUMO

A presente monografia buscou pesquisar a insegurança jurídica causada nos tribunais pela unificação dos arts. 213 do crime de estupro e 214 do atentado violento ao pudor que abrange os atos libidinosos do Código Penal Brasileiro, através da Lei 12.015/2009. Com a unificação, os magistrados encontram dificuldades na punição dos atos libidinosos de menor ofensividade frente ao princípio da proporcionalidade amparado na nossa Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Após a unificação, as duas condutas (estupro+atentado violento ao pudor) ficaram num só tipo penal do art. 213, com pena mínima de 6 anos, e o estupro, por ser considerado crime hediondo, começa no regime de reclusão. Os atos libidinosos de menor ofensividade, como a apalpada nas nádegas e nos seios, o beijo lascivo, assim entendidos pela doutrina e pela própria sociedade, são enquadrados como estupro na lei, mas nos tribunais de São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, áreas do objeto da pesquisa dessa monografia, não existe um padrão de julgamento para esse crime, causando a insegurança jurídica. A insegurança se configura no magistrado, que não tem uma lei específica para enquadrar o tipo penal, no agente infrator, que fica na sorte do magistrado que o vai julgar, pois pode ser enquadrado no crime de estupro e receber uma pena de reclusão de 6 anos ou apenas receber uma multa pela contravenção penal e ser liberado/solto no mesmo dia, e para a vítima, que além de ter o seu bem jurídico (corpo) desrespeitado, pode ver o agente infrator ser liberado sem nenhum tipo de punição. Os magistrados se usam de outras leis e artigos para julgar esses crimes de menor ofensividade, levando ao enquadramento de algumas contravenções penais como as do art. 61 da importunação ofensiva e as do art. 65 que é molestar alguém ou improvisar o estupro na forma tentada. Existe uma lacuna, um espaço que deve ser preenchido por um tipo penal específico, com uma sanção mais branda que o crime de estupro e que respeite o princípio da proporcionalidade. Para essa lacuna, foi promulgada a Lei 13.718/2018 em 24 de setembro desse ano, criando o novo tipo penal da “Importunação Sexual”, trazendo uma pena de 1 a 5 anos ao agente infrator e uma maior segurança aos julgados, visando assim uma padronização aos julgamentos.

Palavras-chave: Estupro, atos libidinosos, proporcionalidade, lacuna.

ABSTRACT

This monograph sought to investigate the legal insecurity caused in the courts by the unification of arts. 213 of the crime of rape and 214 of the indecent assault that covers the libidinous acts of the Brazilian Penal Code, through Law 12.015/2009. With the unification, magistrates find it difficult to punish libidinous acts of less offense against the principle of proportionality protected in our Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. After the unification, the two conducts (rape + violent indecent assault) became in a single criminal type of art. 213, with a minimum sentence of 6 years, and the rape, because it is considered a heinous crime, begins in the regime of imprisonment. Libidinous acts of less offensiveness, such as the groping in the buttocks and breasts, the lascivious kiss, thus understood by doctrine and by society itself, are framed as rape in the law, but in the courts of São Paulo, Santa Catarina, and Rio Grande do Sul, areas of the research object of this monograph, there is no standard of judgment for this crime, causing legal uncertainty. Insecurity is defined in the magistrate, who does not have a specific law to frame the criminal type, in the offending agent, who is in the lot of the magistrate who will judge him, since he can be framed in the crime of rape and receive a sentence of imprisonment of 6 years or only to receive a fine for the criminal contravention and to be released / released the same day, and for the victim, who besides having his legal good (body) disrespected, can see the offending agent be released without any kind of punishment. Magistrates use other laws and articles to judge these crimes of less offense, leading to the framing of some criminal offenses such as those of art. 61 of offensive harassment and those of art. 65 that is to harass someone or improvise the rape in the manner attempted. There is a gap, a space which must be filled by a specific criminal type, with a more lenient penalty than the crime of rape and respecting the principle of proportionality. For this lacuna, Law 13.718/2018 was promulgated on September 24 of that year, creating the new type of "Sexual Importation", bringing a sentence of 1 to 5 years to the offending agent and a greater security to the judges, aiming at a standardization of judgments.

Keywords: Rape, libidinous acts, proportionality, lacuna.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A TEORIA DO DELITO, A TIPICIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	12
2.1 OBJETO, FUNÇÕES E POSIÇÃO SISTEMÁTICA DA TEORIA DO DELITO.....	13
2.2 FATO TÍPICO, TIPO E TIPICIDADE, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, TIPO LEGAL.....	18
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	21
3 OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A UNIFICAÇÃO DOS ATOS LIBIDINOSOS AO CRIME DE ESTUPRO E A CONTRAÇÃO PENAL DA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR.....	25
3.1 A PREVISÃO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO.....	25
3.2 UNIFICAÇÃO DOS ATOS LIBIDINOSOS AO CRIME DE ESTUPRO PÓS AS MUDANÇAS DA LEI 12.015/2009	32
3.3 PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS Nº 5.452/16, COM A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO PENAL.....	35
4 EXAME DOS JULGADOS NOS TRIBUNAIS DE SP, SC e RS POR ATOS LIBIDINOSOS E SUAS SENTENÇAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A IDENTIFICAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA...39	39
4.1 ACÓRDÃOS QUE CLASSIFICAM AS CONDUAS POR ATOS LIBIDINOSOS EM ESTUPRO.....	39
4.2 ACÓRDÃOS QUE DESCLASSIFICAM AS CONDUAS POR ATOS LIBIDINOSOS EM ESTUPRO.....	44
4.3 INSEGURANÇA JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UM NOVO TIPO PENAL.....	46
4.4 LEI Nº 13.781/2018 QUE INCLUI A IMPORTUNAÇÃO SEXUAL.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53

1 INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual protegem a liberdade sexual do ser humano, punindo as condutas que atentem contra essa liberdade, causando ofensa ao bem jurídico tutelado da vítima. A pena deve ser aquela suficiente para a repressão e prevenção do delito, graduado de acordo com a gravidade do fato praticado e tendo em vista a importância do bem protegido e a efetiva lesão que a conduta acarreta à vítima. Hoje, de acordo com a Lei 12.015/2009, toda e qualquer conduta contra a liberdade sexual do indivíduo é considerada como crime de estupro. Sendo assim, não interessando se a vontade do agressor é manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

No entanto, embora a sanção penal possua um caráter preventivo e repressivo, com vistas a assegurar o bem-estar da sociedade, não deve ir além nem ficar aquém do indispensável à proteção do valor constitucional que busca resguardar. O fato praticado deve ser colocado a frente do princípio constitucional da proporcionalidade, da lesividade e entre outros, que não foram observados pelo legislador ao fixar uma elevada pena mínima do delito de estupro.

Ocorre no quadro jurídico atual uma insegurança na interpretação do crime de estupro, uma vez que a punição do agente pode variar de acordo com o Poder Judiciário de cada Estado da Federação, ou de cada Magistrado em particular, sendo que a mesma conduta poderá, simultaneamente, ser punida como uma leve contravenção penal, com a tentativa de estupro ou com a gravidade do crime de estupro, de tratamento hediondo.

Através da veiculação de notícias como segue: “Veja a diferença entre decisões que mandaram soltar e prender homem que abusava de mulheres em ônibus”. Detido duas vezes em quatro dias por abusar de mulheres em ônibus de São Paulo, Diego Ferreira de Novais, de 27 anos, ouviu sentenças diferentes quando sentou em frente a um juiz nesta semana. Na primeira vez, foi solto no dia seguinte ao ataque. Já na segunda, teve a prisão preventiva decretada. A pergunta que ficou é: por que decisões distintas para casos semelhantes? (SOARES, 2017).

Percebe-se que existe uma lacuna e uma insegurança jurídica no tratamento desse tipo de crime, dependendo da análise de cada julgador. A desproporção da pena mínima cominada ao crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal brasileiro, quando aplicado a condutas que causam menor lesão ao

bem jurídico da vítima, causa uma insegurança jurídica nos tribunais ocasionando diversos julgados.

Com a unificação trazida pela Lei 12.015/2009 perdeu-se a chance de graduar as espécies de atos libidinosos, levando em consideração o grau de ofensa ao bem jurídico da vítima, de forma a respeitar, sobretudo, o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade penal encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, derivando do devido processo legal previsto no art. 5º, inciso LIV. As punições do direito penal frente às ilicitudes das ações encontradas na sociedade devem estar aptas para o alcance da finalidade pretendida, trazendo a eficácia da lei, sendo adotado e compreendido nos tribunais de maneira uniforme, o que não vem acontecendo em relação aos crimes de estupro depois da unificação da Lei 12.015/2009.

O presente trabalho constitui-se em analisar os julgados dos tribunais de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, após a unificação dos crimes, as conseqüências da mudança, pois se o objetivo era a repressão dos crimes contra a dignidade sexual, não alcançou esse objetivo, pois trouxe insegurança aos magistrados ao produzir julgados diversos ferindo o princípio da proporcionalidade, a não-aplicabilidade da lei e prejuízos à vítima e a sociedade, pois a lei deveria preponderar.

Por fim, neste trabalho será abordado o princípio da proporcionalidade, o bem jurídico da dignidade sexual, um estudo nas mudanças da Lei 12.015/2009 e examinar os julgados por atos libidinosos nas jurisprudências dos estados de SC, SP e RS, suas respectivas sentenças frente ao princípio da proporcionalidade e identificar a insegurança existente na interpretação do crime de estupro, uma vez que a mesma conduta pode, simultaneamente, ser punida como leve contravenção penal ou com a gravidade do crime de estupro, de tratamento hediondo.

2 A TEORIA DO DELITO, A TIPICIDADE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os primeiros estudos da Teoria do Delito se iniciaram durante a revolução Francesa e seus ideais iluministas, vários filósofos desenvolveram o estudo de uma punição mais justa e menos cruel aos agentes infratores. Desenvolveram-se nesse período duas escolas: a Clássica e a Positivista, que deram início ao surgimento das teorias do delito.

A teoria do delito (também chamada teoria do crime ou teoria geral do crime ou teoria do injusto penal ou teoria do fato punível) tem por objeto precisamente o estudo (isto é, a exposição sistemática) dos requisitos necessários para a configuração do crime. Esses requisitos constituem, ao mesmo tempo, pressupostos para a aplicação da pena ou de uma medida de segurança. (GOMES; CUNHA, 2009, p. 124)

Tipicidade, portanto, exige para a ocorrência do fato típico (a) a correspondência formal entre o que está escrito no tipo e o que foi praticado pelo agente no caso concreto (tipicidade legal ou formal) + (b) que a conduta seja anormal, ou seja, violadora da norma, entendida esta como o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, o civil, o administrativo, o trabalhista, etc. (CAPEZ, 2013, p. 183).

O princípio da proporcionalidade penal encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, derivando do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, inciso LIV. “A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interessos sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.” (CRISTÓVAM, 2006, p. 211).

É indispensável estudar toda a conceituação para que se consiga entender o mecanismo penal e a importância do princípio da proporcionalidade nos crimes de estupro. Portanto, o objetivo desse capítulo é demonstrar os requisitos que compõem os ilícitos penais, o comportamento e as ações que levam os agentes a cometer esses ilícitos e abordar o princípio da proporcionalidade no direito penal brasileiro.

2.1 Objeto, Funções e Posição Sistemática da Teoria do Delito

A teoria do delito ou teoria do crime é uma das ferramentas mais importantes para o direito penal, pois ele enquadra a ação praticada pelo agente com a norma existente na sociedade que considera ilícito a ação, e a partir disso surge a pena que é a punição à infração. O direito penal então é dividido em 3 pilares: Norma, crime e pena e a partir daí, o magistrado possui os elementos que vão auxiliar, junto com seus conhecimentos e fundamentos penais, julgar de forma justa, razoável e correta. A teoria do delito trabalha com várias teorias, onde o crime pode ser um fato típico, ilícito ou culpável (teoria tripartidária), utilizada no Código Penal Brasileiro, ou apenas fato típico e ilícito (teoria Bipartidária), na qual a consequência do crime é a punição. (FILHO, 2006, p. 81).

O Direito Penal está em constante evolução, assim como outros ramos do direito, junto com a sociedade. Nesse sentido, Rogério Greco (2014, p. 02) afirma:

Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito. Quando dissermos ser político o critério de seleção dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal, é porque a sociedade, dia após dia, evolui. Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereceriam a proteção do Direito Penal, hoje, já não gozam desse status.

Pela teoria tripartidária, o crime pode ser um fato típico, ilícito e culpável, e a partir disso, têm-se vários elementos que compõe cada fato. Precisam-se entender cada um desses elementos para entender a complexa definição. (FILHO, 2006, p. 82).

O primeiro componente é o fato típico que é a ação proibida por uma lei, normalmente feita por legisladores, representantes do povo, que tentam, por meio dessa lei, regular o convívio de uma comunidade, povo ou sociedade, que mesmo sendo realizada, existe uma prévia sanção nessa lei que resultará na pena ou punição do agente. (FILHO, 2006, p. 83).

Como elementos do fato típico têm a conduta, o resultado, o nexos causal e a tipicidade. A conduta é uma ação ou omissão de vontade consciente voltada a uma finalidade e é formada por três elementos: vontade, consciência e fim. Dentre os elementos que excluem a vontade temos o caso fortuito, a força maior, coação física irresistível e atos de reflexos. No caso fortuito são os casos de fatalidades, que

são imprevisíveis, são fatos humanos que interferem na conduta de outros indivíduos, como por exemplo, um pneu do carro furado. A força maior seriam acontecimentos imprevisíveis da natureza que interferem na conduta dos indivíduos, como por exemplo, uma tempestade, chuva de granizo. A coação física irresistível é quando o agente é obrigado a praticar algo contra a sua vontade, como por exemplo, um caixa de banco que é forçado a dar o dinheiro aos assaltantes. Os atos de reflexos são condutas que não são controláveis pelo agente, como por exemplo, o espirro. Dentre os elementos que excluem a consciência temos o sono profundo e o sonambulismo, quando o agente sem o total discernimento e sob o efeito de sono, não consegue distinguir entre a realidade e o sonho e acaba cometendo uma ação ou omissão. (FILHO, 2006, p. 87).

Para os autores o objeto da teoria do delito (também chamada teoria do crime ou teoria geral do crime ou teoria do injusto penal ou teoria do fato punível) tem por objeto precisamente o estudo (isto é, a exposição sistemática) dos requisitos necessários para a configuração do crime. Esses requisitos constituem, ao mesmo tempo, pressupostos necessários para a aplicação da pena ou de uma medida de segurança. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 124).

O resultado, como um dos elementos do fato típico, determina que para se ter um crime, deve ter uma previsão legal, ou seja, descrito em lei. Existem várias formas de resultado: materiais, formais e mera conduta. Na forma material, o resultado da conduta está previsto na lei, como por exemplo, roubar alguém. Na formal existe o resultado, mas não exige a continuação ou a sua consumação para ser considerado crime, como por exemplo, nos crimes de seqüestro mediante a extorsão, onde o autor do crime não precisa receber o dinheiro da extorsão para que seja configurado o crime, ele já se configura desde o seqüestro. E na forma de mera conduta a lei descreve a conduta independente do resultado, onde a consumação se dá no momento em que é cometido, como por exemplo, na invasão de domicílio. (FILHO, 2006, p. 87).

A teoria do delito cumpre várias (e importantes) funções. Dentre elas destacam-se três: a instrumental, a garantista e a crítica. A instrumental é o instrumento de que nos valem para interpretar e sistematizar (sobretudo a Parte Especial, isto é, os delitos específicos); a garantista visa a solucionar os problemas decorrentes da aplicação do Direito penal e dotá-lo de uma certa segurança, que não se coaduna com a improvisação e a irracionalidade; e a crítica, desde

postulados político-criminais, como o Diretor deve ser, pode-se não só reinterpretar teleologicamente todos os requisitos do crime como pretender sua modificação futura para alcançar algumas exigências éticas de justiça, de liberdade, de humanidade e de dignidade da pessoa humana. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 124).

O nexu causal é a ligação entre a conduta e o resultado. Ele advém do princípio da relação de causalidade e está previsto no artigo 13 do Código Penal, e trata da teoria da equivalência dos antecedentes, que diz que tudo que está ligado ao resultado final pode ser qualificado como causa, o problema e crítica dos doutrinadores se apresentam pela causalidade infinita, onde poderiam aparecer diversos elementos de causalidade e para solucionar isso, criaram-se os elementos dolo e culpa. (FILHO, 2006, p. 91).

No dolo, temos a vontade consciente do agente em realizar a conduta e é dividido em três tipos de dolo: Dolo de 1º grau, dolo de 2º grau e o dolo eventual. No dolo de 1º grau, o agente atua e consegue cumprir a sua vontade, no dolo de 2º grau, o agente atua e consegue cumprir a sua vontade, mas a sua ação gera consequências, como por exemplo, agente que visa matar seu inimigo que é motorista de ônibus e corta os freios de seu coletivo, causando um grave acidente. O agente atinge seu objetivo que era matar o seu inimigo (dolo de 1º grau), mas com isso outros passageiros também morrem no acidente (dolo de 2º grau). No dolo eventual, o agente sabe que sua conduta pode gerar graves consequências, mas mesmo assim, ele assume o risco e atua, como por exemplo, dirigir alcoolizado. (FILHO, 2006, p. 140).

Sobre a Teoria do Delito, Rogério Greco (2014, p. 23) dispõe:

É a Parte Geral do Código destinada à edição das normas que vão orientar o intérprete quando da verificação da ocorrência, em tese, de determinada infração penal. Ali encontramos normas destinadas à aplicação da lei penal, preocupando-se o legislador em esclarecer, v.g., quando se considera praticado o delito, ou seja, o tempo do crime; cuida de conceitos fundamentais à existência do delito, como a conduta do agente (dolosa ou culposa), bem como o nexu de causalidade entre esta e o resultado; elenca as causas que excluem o crime, afastando sua ilicitude ou isentando o agente de pena; dita regras que tocam diretamente à execução da pena infligida ao condenado, bem como a aplicação de medida de segurança ao imputável ou semi-imputável; enumera causas de extinção da punibilidade; enfim, ocupa-se de regras que são aplicadas não só aos crimes previstos no próprio Código Penal, como também a toda

legislação extravagante, isto é, àquelas normas que não estão contidas no corpo do Código, mas que dispõe também de matérias penais.

Na culpa, a ação do agente é um agir sem intenção, que pode acontecer das seguintes formas: culpa inconsciente (negligência, imprudência e imperícia) e pela culpa consciente. A culpa inconsciente o agente não prevê o resultado que poderia ser previsível. Ele se divide em três formas, onde se encontra a negligência, que é a omissão e inobservância do dever por parte geralmente de profissionais, como por exemplo, um médico que realiza uma operação e esquece uma ferramenta dentro do paciente; a imprudência que é a falta de cuidado, da precaução, como por exemplo, um motorista de ônibus que dirige em alta velocidade, acima da velocidade máxima permitida; e a imperícia, que é a falta de técnica necessária para realizar uma tarefa, como por exemplo, um advogado sem OAB. Na culpa consciente o agente faz uma atividade perigosa de forma consciente, sabe dos riscos, mas na sua interpretação, não vai acontecer nenhum dano, como por exemplo, o atirador de facas no circo. (FILHO, 2006, p. 144).

A tipicidade é toda ação ou omissão definida na norma como infração ou ilícito penal. Faz a subsunção das ações do agente e dos tipos penais existentes, como matar, roubar, furtar. O estudo desse instituto vai ser mais bem abordado no próximo tópico do capítulo. (FILHO, 2006, p. 100).

O segundo componente é o fato ilícito, que é a contradição entre a conduta e a norma, consiste na prática de uma ação ou omissão ilegal. Existe na lei exceções permitida para que não exista ilicitude na conduta. Os casos que excluem a ilicitude ou antijuricidade são: legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. (FILHO, 2006, p. 109).

A ilicitude, expressão sinônima de antijuricidade, é aquela relação de contrariedade, de antagonismo, que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. A ilicitude ou a juridicidade da conduta praticada é encontrada por exclusão, ou seja, somente será lícita a conduta se o agente houver atuado amparado por uma das causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal. (GRECO, 2014, p. 151).

A legítima defesa consiste em lesionar o agente, para que ele não cometa algum ilícito contra o seu bem jurídico ou de um terceiro, precisando de requisitos para que se configure, tem que estar diante de uma agressão injusta ou sem motivo

e que pode de imediato causar lesões ao seu bem jurídico. Pode ser próprio quando protege o seu bem jurídico ou impróprio quando protege o bem jurídico de um terceiro. (FILHO, 2006, p. 116).

O estado de necessidade é o ataque ao bem jurídico de outro para salvar o seu próprio bem jurídico. É necessário ter uma proporção entre os bens e deve sacrificar um bem jurídico de menor importância (Patrimônio x Vida) ou de importâncias iguais (vida x vida). Precisa de alguns requisitos para ser alegado: estar em uma situação de risco sem provocação e de extrema necessidade, acabando com outras possibilidades, ficando sem alternativas, e possui o estado de necessidade agressivo, onde sacrifica o bem jurídico do outro em favor do seu; e o estado de necessidade defensivo que sacrifica o bem jurídico do agente que causou o perigo. (FILHO, 2006, p. 120).

No estrito cumprimento do dever legal, são ações em que o agente público realiza porque a lei assim determina, havendo sanções em casos de descumprimento de ordens. Como exemplo pode destacar os policiais militares que obedecem a ordens de superiores hierárquicos. (FILHO, 2006, p. 123).

No exercício regular de direito, as ações do cidadão comum são autorizadas pela existência de direito definido em lei e condicionadas ao regular exercício desse direito. (FILHO, 2006, p. 123).

O terceiro elemento é o fato culpável, que é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Como elementos da culpabilidade temos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. (FILHO, 2006, p. 135).

Na imputabilidade, têm a possibilidade de atribuição da autoria ou responsabilidade por fato criminoso a alguém, no caso, os maiores de 18 que tenham capacidade civil. No caso de inimputáveis, aqueles que não podem ser penalizados, como os menores de 18 anos e os indivíduos sem capacidade, doença mental, desenvolvimento incompleto. (FILHO, 2006, p. 136).

Sobre imputabilidade, Rogério Greco (2014, p. 392) dispõe:

Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente. A imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção.

Na potencial consciência da ilicitude, é quando a pessoa teve ou não possibilidade de saber se sua ação foi típica ou não. Como exclusão da ilicitude temos o erro de proibição, onde a pessoa tem noção de certo e errado, mas pratica mesmo assim. (FILHO, 2006, p. 135).

Na exigibilidade de conduta diversa, temos a pessoa que possui apenas uma opção, sem outra escolha (Coação moral irresistível). Como exclusão da exigibilidade, temos a obediência hierárquica não manifestante ilegal, que seria obedecer alguém que você não sabe que é criminoso. (FILHO, 2006, p. 136).

Desse modo, a importância da Teoria do Delito traz a abordagem necessária para a interpretação dos ilícitos penais e os entendimentos que visam a solucionar os problemas decorrentes da aplicação do Direito penal e busca alcançar as exigências éticas de justiça, de liberdade, de humanidade e respeitando os direitos humanos, dentre eles, principalmente o da dignidade da pessoa humana o da proporcionalidade amparado na constituição.

2.2 Fato Típico, Tipo e Tipicidade, Princípio da Legalidade, Tipo Legal.

Fato típico é uma conduta humana, é a descrição de uma ação considerada proibida, prevista na norma penal, frente a uma sanção que penaliza essa conduta e se adapta a essa descrição. Possui como elementos a conduta humana, o resultado, o nexo causal e a tipicidade. (GRECO, 2014, p. 163).

Existe uma diferença entre tipo e tipicidade. O tipo é a ação que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. O tipo penal é o próprio artigo da lei, é nessa lei que os encontramos, sendo na parte especial do Código Penal ou nas leis especiais. O tipo descreve os elementos formadores da ação, esses elementos descritivos são de vital importância para a individualização das condutas humanas que são proibidas penalmente, onde o verbo nuclear tem especial significado, pois é ele que gramaticalmente descreve a ação realizada. Às vezes, os tipos não são absolutamente descritivos, porque podem recorrer a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo de condutas valorativo jurídico ou ético, chamados de elementos normativos do tipo penal. (GRECO, 2014, p. 163).

Tipo, como a própria denominação diz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento, a lei, visa impedir que seja

praticada, ou determina que seja levada a efeito por todos nós. (GRECO, 2014, p. 163).

O tipo penal, entendido como tipo de injusto, é o conjunto de todas as características (ou exigências) determinantes (ou fundamentadoras) de uma específica forma de ofensa ao bem jurídico. Há muitos requisitos que pertencem ao tipo penal e que não estão descritos expressamente no tipo legal. Por exemplo: o bem jurídico, a exigência de imputação objetiva do resultado, o dolo (dimensão subjetiva), o resultado jurídico (lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico), a desaprovação da conduta, etc. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 157).

A tipicidade é toda ação ou omissão definida na norma como infração ou ilícito penal. Faz a subsunção das ações do agente e dos tipos penais existentes, como matar, roubar, furtar. Típica é a conduta que apresenta característica específica de tipicidade (atípica a que não apresenta); tipicidade é a adequação da conduta a um tipo; tipo é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da conduta. A punição decorre da ação efetuada pelo agente infrator frente a uma previsão legal existente no ordenamento jurídico, visto como ilícito penal, que diante da infração impõe uma sanção correspondente. Essa sanção deve respeitar o princípio da proporcionalidade. (GRECO, 2014, p. 164).

Para Damásio de Jesus (2014, p. 264) a “tipicidade, num conceito preliminar, é a correspondência entre o fato praticado pelo agente e a descrição de cada espécie de infração contida na lei penal incriminadora”.

Concordando Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 196), descreve a tipicidade como sendo “a adequação do fato ao tipo penal, ou, em outras palavras, é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concretos (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo).”

Princípio da legalidade: por força do princípio da legalidade (Art. 5º, XXXIX, CFRB/88 e art. 1º do Código Penal) não há crime ou pena sem lei anterior que o defina. Esse princípio advém do princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei. O fato penal realizado, só pode ser considerado típico quando colocado frente à letra da lei, que descreve o conjunto de requisitos formadores desse tipo e sua sanção penal. (GRECO, 2014, p. 97).

Sobre esse tema, Greco (2014, p. 100) leciona que:

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1º) proibir a retroatividade da lei penal; 2º) proibir a criação de crimes e

penas pelos costumes, 3º proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; 4º proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Tipo legal é a descrição de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico amparado em uma lei penal, que segue o rito, onde os legisladores, representantes do povo, criam, modificam, extinguem os tipos penais, esse sistema faz parte de nosso ordenamento jurídico. (GRECO, 2014, p. 165).

O tipo legal é a simples descrição fria feita pela lei penal: “matar alguém”. Mas o mesmo tipo apresenta, para o penalista, várias outras características não expressas que o permitem visualizar no mesmo crime um tipo penal. No exemplo “matar alguém”, o penalista entende que matar alguém pode ser culposamente, pode ser dolosamente, que o bem jurídico tutelado é a vida, etc. (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 158).

As leis podem ser do tipo aberto, fechado ou em branco. No tipo aberto, a lei penal não consegue descrever todas as ações possíveis, e a partir da descrição cabe ao magistrado fazer o exame valorativo da conduta realizada, ou seja, faz a análise do caso concreto. Como exemplo pode-se citar os tipos culposos, a imprudência, negligência e a imperícia, pois não há possibilidade na lei de prever todos os tipos de condutas que envolvem esses três institutos, ficando para o magistrado a análise do caso. (GRECO, 2014, p. 174).

Nos tipos fechados ocorre quando a lei descreve por completo a ação praticada pelo agente infrator, sem a necessidade do magistrado ter que interpretar o caso concreto, simplesmente a descrição da norma já atinge o efetivo sentido. Como exemplo pode-se citar o art. 121 do código penal que tem a descrição de matar alguém. (GRECO, 2014, p. 174).

A lei penal em branco depende de outra lei ou ato normativo para que tenha sentido, porque seu conteúdo é incompleto ou genérico. Pode ser classificada em homogênea, onde o complemento da lei se encontra em outra lei, como por exemplo, o art. 237 do Código Penal que condena o casamento, quando se conhece o impedimento absoluto que está descrito no art. 1.521 do Código Civil, sendo que as duas leis são editadas pelo Congresso Nacional. Pode ser também heterogênea quando o complemento da lei se dá por ato normativo diverso da lei, como resoluções, decretos e portarias. (FILHO, 2006, p. 102).

Relação de tipicidade: é a relação de adequação (ou de subsunção) entre o fato (da vida real) e o tipo legal ou entre o fato e o tipo penal. Há, portanto, duas modalidades de tipicidade no Direito penal: a legal (adequação do fato à letra seca da lei) e a penal (adequação do fato a todas as exigências fundamentadoras de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico). (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 157).

Juízo de tipicidade é o juízo de verificação que se faz para descobrir se um determinado fato é ou não típico (se é ou não adequado ao tipo). Seu resultado pode ser positivo ou negativo. Se o fato concreto (da vida real) preenche todos os requisitos exigidos para a configuração de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico então se diz que ele é típico (há aqui um juízo positivo de tipicidade). Se o fato não realiza (não preenche) tais requisitos é atípico (juízo negativo de tipicidade). (GOMES; MOLINA; BIANCHINI, 2009, p. 157).

Na doutrina, podemos encontrar outros tipos penais, dentre eles destacamos os tipos incriminadores, os permissivos, os devidos e os explicativos. Os tipos incriminadores trazem exemplos de condutas proibidas, os permissivos trazem condutas autorizadas pela norma, são os que apresentam as causas de exclusão de ilicitude e estão elencados no art. 23 do Código Penal. Os tipos devidos trazem condutas de dever, cuidado, obrigação, como por exemplo, o art. 13 do Código Penal que estabelece o dever de agir, a obrigação de dever, cuidado e vigilância e os tipos explicativos que servem para explicar determinados componentes de interesse, como por exemplo, o art. 327 do Código Penal que explica o que é um funcionário público. (GRECO, 2014, p. 178).

Desse modo, constata-se que, se determinada conduta é socialmente aceita e não repreendida moralmente, não há justificativa para manter a sua tipicidade e incriminar o fato. O tipo penal deve conter apenas os elementos necessários para individualizar as condutas nocivas, colocando no plano secundário as outras circunstâncias que, ou servem para aumentar ou diminuir a pena, ou são elementos para a sua dosagem.

2.3 Princípio da Proporcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

O princípio da proporcionalidade se encontra como um importante instrumento na manutenção do ordenamento previsto na Constituição Federal de

1988, assim como na proteção dos direitos fundamentais. Ele se encontra implícito na Constituição, isto quer dizer, que o encontramos dentro de dispositivos previstos na Constituição, no entendimento dos tribunais e na jurisprudência, é possível utilizá-lo. (JESUS, 2014, p.53)

Nesse sentido, Bitencourt (2011, p.54) afirma que:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e sanção a ser aplicada, *in verbis* “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno, sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV).

Atualmente, o modelo político encontrado em estados democráticos determina a sua divisão tripartite para o equilíbrio dos poderes e encontra equilíbrio no princípio da proporcionalidade. A aplicação desse princípio visa limitar os excessos dos poderes, inclusive o do poder Legislativo na sua função de legislar. (JESUS, 2014, p.53)

De acordo com Bitencourt (2011, p. 55):

Toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As conseqüências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

O princípio da proporcionalidade, em matéria penal, afirma que a pena deve ser proporcional à ação do agressor, não ficando aquém da punição e nem além da previsão legal. A pena deve ser aplicada da forma mais harmônica possível buscando o equilíbrio e evitar a insegurança jurídica nos julgados. Chamado também “princípio da proibição de excesso”, determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena. (JESUS, 2014, p.53)

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2011, p.57), em matéria penal, mais especificamente, segundo Hassemer, a exigência de proporcionalidade deve ser determinada mediante “um juízo de ponderação entre a carga ‘coativa’ da pena e o fim perseguido pela cominação penal.” Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade na relação entre crime e pena deve existir um equilíbrio – abstrato (legislador) e concreto (judicial) – entre a gravidade do injusto penal e a pena aplicada. Ainda segundo a doutrina de Hassemer, o princípio da proporcionalidade não é outra coisa senão “uma concordância material entre ação e reação, causa e consequência jurídico-penal, constituindo parte do postulado de Justiça: ninguém pode ser incomodado ou lesionado em seus direitos com medidas jurídicas desproporcionadas.

Concordando nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 89) explica que significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores. Não teria sentido punir um furto simples com elevada pena privativa de liberdade, como também não seria admissível punir um homicídio qualificado com pena de multa.

Diante do grande número de infrações penais existente no nosso ordenamento jurídico, fica cada vez mais difícil aplicar essa proporcionalidade. Ainda mais, com o advento do princípio da dignidade humana, sendo indispensável em uma sociedade que busca, defende e respeita acima de tudo, a igualdade entre seus membros. (GRECO, 2014, p. 79).

Concordando, Rogério Greco (2014, p. 80) leciona que:

“em virtude do grande número de infrações penais existentes em nosso ordenamento jurídico penal, cada vez fica mais complicado o raciocínio da proporcionalidade. A quase proporção, é inegável, encontra-se no talião, isto é, no olho por olho, dente por dente. Contudo, embora aparentemente proporcional, o talião ofende o princípio da humanidade, pilar indispensável em uma sociedade na qual se tem em mira a dignidade da pessoa humana. Por essa razão é que o legislador constituinte preocupou-se em consignar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Social e Democrático de Direito (inciso III do art. 1º da CF).

Com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências – crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele pode prevenir for superior à das

violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além respeitá-los, deve garanti-los. (BITENCOURT, 2011, p. 58).

O crime deve ser punido, mas deve ser proporcional à lesão que essa ação trouxe ao bem jurídico da vítima, não pode ficar aquém e nem além da punição que se pretende. A previsão do princípio da proporcionalidade tem amparo legal na constituição e o seu objetivo visa regular a medida correta para que não traga desequilíbrios na pena e traga insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, e que respeite sobretudo aos direitos humanos, principalmente ao princípio da dignidade humana previsto no Art. 1º, III da CRFB/88.

3 OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A UNIFICAÇÃO DOS ATOS LIBIDINOSOS AO CRIME DE ESTUPRO E A CONTRAÇÃO PENAL DA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Código Penal brasileiro em seus artigos 213 a 216-A. A liberdade sexual do indivíduo é o bem jurídico tutelado em sentido amplo, incluindo sua integridade e autonomia sexual, e garante que possa escolher o momento, o parceiro e suas preferências pessoais. (NUCCI, 2013, p. 960).

Com o advento da Lei 12.015/2009, que unificou as condutas antes separadas em seus artigos 213 (estupro) e 214 (Atentado violento ao pudor), trouxe uma insegurança jurídica aos julgamentos, objeto de pesquisa desse trabalho, que será mostrada adiante, sendo que atualmente existem dois projetos de Lei tramitando, uma no Senado de nº 656/11 e outra na Câmara dos Deputados de nº 5.452/16.

3.1 A previsão dos crimes contra a dignidade sexual no Código Penal brasileiro

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Código Penal brasileiro em seus artigos 213 a 216-A e estão qualificados da seguinte maneira: Estupro, Conjunção Carnal mediante fraude e o Assédio Sexual. (NUCCI, 2013, p. 960).

Art 213, Código Penal brasileiro, encontra-se a seguinte redação em seu caput:

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte. Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Brasil, 2018, s/p).

De acordo com a Lei 8.072/90, o estupro é um delito qualificado como hediondo. Dessa maneira, traz como consequência, limitações pela referida lei, como as quais: início do cumprimento da pena em regime fechado; sem

possibilidade de liberdade provisória pela fiança, prazo maior para a obtenção do livramento condicional e da progressão de regime; sem concessão de indulto, graça ou anistia, entre outros. (NUCCI, 2013, p. 961).

Na legislação mosaica, Luiz Régis Prado (2013, p. 813) leciona que:

Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao seu pai.

Numa análise do texto do artigo, constranger significa tirar a liberdade, forçar ou coagir. É um conjunto de atos praticados por homens ou mulheres com violência, que tem como resultado a desonra da vítima. A reforma do ilícito penal trazida pela Lei 12.015/2009 unificou as condutas do estupro e do atentado violento ao pudor num só crime previsto no Art. 213. E o Art. 214 onde se encontrava o atentado violento ao pudor, foi revogado. (NUCCI, 2013, p. 962).

De acordo com Luiz Regis Prado (2013, p.816), 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.

Numa análise do caput do art. 213 do Código Penal, após as modificações da Lei 12.015/2009, encontramos três ações unificadas num único delito, que seguem: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. São três alternativas de realização de estupro, onde o agente pode realizar uma, duas ou as três ações, contra a mesma vítima, no mesmo horário e local e constitui-se um único delito. Dessa forma, hoje o delito de

estupro agrega todos os atos libidinosos no art. 213, respeitando o princípio da dignidade humana, encontrado no art 1º, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo esse de bem muito maior que o princípio da dignidade sexual, que é uma de suas formas. (NUCCI, 2013, p. 962).

O delito de estupro só existe na forma dolosa, não existindo a forma culposa e com as modificações da Lei 12.015/2009, em respeito ao princípio da igualdade, o sujeito ativo e o passivo agora podem ser qualquer pessoa, exemplificando nas seguintes formas: homem x mulher, mulher x homem, homem x homem e mulher x mulher, destacando que a cópula pênis x vagina, caracterizadora da conjunção carnal só se concretiza na forma homem x mulher e mulher x homem. (NUCCI, 2013, p. 966).

O cônjuge também pode ser enquadrado como sujeito ativo, tanto o marido ou a esposa não são objetos sexuais, possuindo direitos iguais na sociedade conjugal conforme previsão do art. 226, §5º e do art. 5º, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988, que prevê a condição do ser humano de possuir direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, destacando esse tipo de difícil comprovação e levantamento de provas, pois é uma situação que ocorre dentro do ambiente familiar, sem testemunhas e usando-se apenas dos depoimentos de uma parte contra a outra. (NUCCI, 2013, p. 967).

No entendimento de Luiz Régis Prado (2013, p. 818) leciona que:

Como destacado, pratica estupro o marido ou companheiro que constrange a própria mulher ou companheira a manter com ele conjunção carnal, praticar ou permitir a realização de ato libidinoso diverso, mediante violência física ou grave ameaça, já que, em tal caso, não há nenhum amparo legal, sendo indiferente a condição pessoal da vítima.

Existem também as formas de participação, de coautoria e o concurso de agentes à distância. Definindo a coautoria como o agente que ajuda o outro agente no ato, como por exemplo, segurando a vítima. E a participação, aquele agente que de alguma forma ajudou o agente na realização do delito, como por exemplo, a pessoa que instiga o agente a estuprar outra pessoa. No concurso de agentes à distância, seriam aqueles que não necessariamente praticam o delito, mas ajudam o agente na realização, como por exemplo, montam guarda no local do delito para que pessoas não desconfiem ou passem próximas. (NUCCI, 2013, p. 968).

No Brasil, o critério de interpretação da conjunção carnal é o restritivo, onde se admite apenas a cópula pênis x vagina como sendo sua característica, as outras variações de cópulas, como a anal e a oral são enquadradas nos atos libidinosos que foram todos unificados no art. 213 após a modificação na lei em 2009, não se exige a introdução completa do pênis e muito menos a ejaculação para que seja configurada. (NUCCI, 2013, p. 969).

No conceito de conjunção carnal, Fernando Capez (2005, p. 2) leciona que:

Conjunção carnal, nos termos do artigo, é somente a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis a cavidade vaginal da mulher. Não se compreendem nesse conceito outras formas de realização do ato sexual, considerados coitos anormais, por exemplo, a cópula oral, anal. Tais atos sexuais poderão constituir o crime de atentado violento ao pudor.

Os atos libidinosos são os atos voluptuosos, sem respeito, lascivo, com a finalidade de satisfação sexual, sem necessariamente, que aconteça a conjunção carnal para satisfação das vontades do agente, como por exemplo, o sexo oral ou anal, masturbação, o beijo lascivo, o toque em partes íntimas, a introdução na vagina com os dedos ou outros objetos, descartando os beijos castos, furtivos ou brevíssimos, tais como os dados nos rostos ou de forma rápida nos lábios. (NUCCI, 2013, p. 969).

Dessa forma, de acordo com Damásio de Jesus (2013, p.128), o 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.

A vítima pode sofrer de violência ou de grave ameaça, sendo a violência a coação física, enquanto a grave ameaça sendo a violência moral, gerando a intimidação grave e séria. Podendo se encaixar nas ameaças, as de morte contra a vítima ou de seus parentes, ou as de forma intimidadoras, como as feitas contra pessoa diversa da vítima, contra pertences de alto valor (carro, moto, celular, bolsa) pelo uso chantagens ou por troca de favores, com o objetivo de obrigar a vítima à

conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Lembrando sempre, que em muitos casos a complexidade do levantamento de provas torna os casos de difícil comprovação. (NUCCI, 2013, p. 971).

Sobre violência moral, Damásio de Jesus (2013, p. 131) afirma que:

A violência moral, por sua vez, caracteriza-se pela ameaça. É a promessa de causar à pessoa dano determinado e grave. Deve ser séria e realizável, capaz de produzir na vítima o temor que a leve a ceder. É necessário, pois, que se analise a ameaça levando em consideração o efeito por ela produzido no ofendido, capaz ou não de levá-lo, pelo medo, a ceder. É preciso que a ameaça seja grave, i. e., que o mal prometido seja idôneo para obter o efeito moral desejado, que o dano prometido seja considerável, de tal forma que a vítima, para evitar o sacrifício do bem ameaçado, ofereça sua própria honra, abdicando do seu direito de dispor do próprio corpo.

O exame de corpo de delito é prescindível na maioria dos casos, mas pode-se comprovar a ocorrência por outras provas, incluindo o depoimento da vítima e de testemunhas idôneas em sintonia com outros elementos colhidos na cena do delito. A ausência de lesões aparentes na vítima não afasta a ocorrência do crime, pois a vítima quando em estado de defesa, não precisa resistir até a situação de vida ou morte para configuração do estupro, a simples negativa da vítima já é o suficiente para isso. Quanto às lesões não aparentes, podem ser de fácil constatação num exame de corpo de delito, por isso sua importância probatória nesses casos, e caso não apresentar lesões, lembramos que o crime pode se configurar pela grave ameaça e outras ações, conforme já explicado. (NUCCI, 2013, p. 975).

Existem ainda duas qualificadoras: no §1º, que a vítima sendo maior que 14 anos e menor que 18 anos, adolescente, portanto, a pena será elevada para 8 a 12 anos, enquanto no §2º, se da conduta resultar morte a pena eleva-se para 12 a 30 anos. (NUCCI, 2013, p. 979).

Art 214, foi revogado pela Lei 12.015/2009.

Art 215, Código Penal brasileiro, encontra-se a seguinte redação em seu caput:

Art. 215, CP - Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos

Parágrafo único - Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Brasil, 2018, s/p).

Para o enquadramento do agente nesse artigo, ele precisa para atingir o resultado pretendido, o uso da fraude ou de outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima. O sujeito ativo e o passivo podem ser qualquer pessoa. A conjunção carnal, no entendimento do direito brasileiro é a cópula vagínica que seria a introdução do pênis na cavidade vaginal e o ato libidinoso como o ato capaz de gerar prazer, com a satisfação da lascívia como, por exemplo, o coito anal, sexo oral e o beijo lascivo. A fraude é a utilização do ardil, do engano, do engodo. O meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, pode se tratar de algo que atrapalhe o discernimento da vítima, como o uso de bebidas alcoólicas, remédios ou de drogas entorpecentes que dificultem a vítima de poder ter a total compreensão no momento das ações que queira realizar, e dessa forma o agente se aproveitar dessa situação da vítima. (NUCCI, 2013, p. 981).

Dessa forma, concorda Luiz Regis Prado (2013, p.826), ainda quando o erro seja de iniciativa da ofendida e o agente se aproveite de tal circunstância, resta configurado o delito. Tome-se como exemplo a mulher que, num baile de máscara, no decorrer da festividade, após separar-se momentaneamente do marido, dirige-se a outra pessoa, pensando tratar-se do cônjuge e, objetivando agradá-lo, convida-o para irem ao motel, sendo que a terceira pessoa, aproveitando-se da situação não só aceita o convite, como sugere que o ato sexual seja realizado também de máscara e na penumbra. (NUCCI, 2013, p. 981).

Para o enquadramento do abuso previsto nesse artigo levam-se em consideração alguns fatores, como as pessoas que já se conhecem, ou que já mantiveram ou mantém atividade sexual habitual entre ambos, momentos que antecedem o ato, como carinhos e beijos e os atos após o acontecimento, como comunicações e atos normais, pois as pessoas mantêm relações sexuais alcoolizadas, com o uso de remédios e drogas entorpecentes, mas com atos de forma consentida. Mas por outro lado, existem as pessoas estranhas ou que acabam de se conhecer e que o agente no estado sóbrio, faz com que a vítima fique nesse estado com dificuldade de discernimento, com a finalidade de satisfazer sua lascívia, praticando a conjunção carnal ou os atos libidinosos. (NUCCI, 2013, p. 981).

No parágrafo único, tem a menção da ação se realizar com a finalidade de obtenção de vantagem econômica, onde o magistrado aplica também a multa. Como exemplo pode-se mencionar o agente feminino que se aproveita da embriaguez de uma vítima milionária, para fazer o ato sexual com a finalidade de engravidar, e com a criança, se dar bem através de uma polpuda pensão e a inclusão da criança numa participação de herança futura. (NUCCI, 2013, p. 982).

Art 216, foi revogado pela Lei 12.015/2009.

Art 216-A, Código Penal brasileiro, encontra-se a seguinte redação em seu caput:

Art. 216-A, CP - Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Brasil, 2018, s/p).

Temos nesse artigo o famoso assédio sexual. Na análise do tipo penal temos como verbo nuclear novamente a palavra constranger, que significa forçar, cercear, oprimir com a finalidade de obter vantagem ou favorecimento sexual, usando de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, ou seja, através da sua posição na empresa, sendo de chefe direto ou por possuir cargo de importância, usa dessa posição para constranger ou chantagear a vítima para satisfação de seus objetivos. Pode-se exemplificar os favores de aumento de salário, ou um melhor cargo dentro da empresa, ou a ameaça por demissão direta ou por algum de seus familiares que trabalham na mesma empresa. Dificilmente existe a violência física, existindo quase que exclusivamente a pressão emocional para que a vítima dê o consentimento ou autorize o favorecimento sexual pretendido pelo agente. No §2º temos a causa de aumento de pena, se o ato for praticado contra vítima com idade entre 14 e 18 anos aumenta-se em um terço a reprimenda. (NUCCI, 2013, p. 982).

Nesse entendimento, Luiz Regis Prado (2013, p. 834) leciona que:

Assim, as manifestações de assédio podem ser verbais, físicas ou de caráter misto. Não é necessário que sejam diretas, explícitas e inequívocas, bastando as meras insinuações ou mensagens de conotação dúbia. Em outras palavras, não é mister a utilização de

expressões e/ou gestos grosseiros para que se perfaça a tipicidade do delito. O tipo legal não alcança tão somente o assédio sexual ambiental (praticado no ambiente de trabalho), visto que a conduta delitativa pode ser perpetrada fora do espaço físico laboral, desde que o agente se utilize de sua condição de superior hierárquico ou de sua ascendência sobre a vítima para assediá-la.

Dessa forma, demonstrou-se os artigos do Título VI do Código Penal que tutelam a dignidade sexual, e amparam o direito de escolha dos parceiros e a liberdade sexual e atinge aos agentes que através de práticas sexuais ilícitas atingem a dignidade, liberdade e personalidade do ser humano.

3.2 A Unificação dos atos libidinosos ao crime de estupro após as mudanças da Lei 12.012/2009

A Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, trouxe inúmeras modificações ao Código Penal brasileiro, decorrentes de amplas discussões jurídicas debatidas na doutrina e na jurisprudência. Toda modificação, traz consigo, possíveis erros e acertos que com o passar do tempo e de análises do dia a dia jurídico, se verificam os resultados.

Alterou o Título VI do Código Penal, que antigamente possuía como título “Crimes contra os Costumes” e passou a se denominar “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”. Passou a amparar a dignidade sexual, ligada ao princípio da liberdade e ao direito de escolha dos parceiros e parceiras nos atos sexuais visando ao respeito ao princípio da dignidade humana, liberdade e personalidade do ser humano. (NUCCI, 2013, p. 960).

Dessa forma, concorda Luiz Regis Prado (2013, p.815):

A reforma penal instituída pela Lei 12.015/2009 operou profundas transformações em relação aos delitos sexuais (Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual – do Código Penal), com a inclusão de novos dispositivos, revisão e exclusão de outros. O legislador de 2009 soube inovar em alguns aspectos no tratamento desses crimes, com intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente à idéia de moral e bons costumes presente na versão original do Código Penal, por influência da lei italiana, afastando assim conceitos em desuso ou em contradição com o atual momento histórico-social e cultural, como, aliás, têm feito outras legislações.

O bem jurídico tutelado determinado pela Lei 12.015/2009 é a liberdade sexual dos indivíduos, ou seja, a opção de escolherem os parceiros sexuais, podendo até recusar o seu próprio cônjuge, em respeito ao Princípio da Liberdade, basilar dos Direitos Humanos. (NUCCI, 2013, p. 960).

Talvez, a modificação mais abrangente, trata-se da unificação dos arts. 213, que tratava dos crimes de estupro, e do art. 214, que tratava do atentado violento ao pudor, ficando somente o art. 213 com as duas condutas e a revogação do art. 214. (NUCCI, 2013, p. 961).

Antigo Artigo 213, Código Penal: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: Reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.(Brasil, 2018, s/p).

Novo Artigo 213, Código Penal: “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, 2018, s/p).

Após a reforma, os crimes de estupro e do atentado violento ao pudor foram unificados, tratados como crimes hediondo e com pena mínima de 6 (seis) anos, iniciando em regime fechado. Para alguns doutrinadores, a interpretação aberta do art. 213 pode considerar os atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima como um estupro, o que poderia ser desproporcional à lesão e afrontar o princípio da proporcionalidade previsto em nossa constituição, dando ao ilícito cometido a pena mínima inicial de 6 anos, enquanto, como por exemplo a lesão corporal seguida de morte que traz a previsão de 4 anos para esse ilícito. Nesses casos de menor ofensividade do ilícito cometido, entendido como o menor tempo reservado para satisfação da lascívia do agente agressor, como uma apalpada leve nos seios da vítima, ou um beijo popularmente conhecido como “selinho” melhor seria a aplicação da contravenção penal prevista no art. 61 da LCP (Lei das Contravenções Penais) conforme descrição de seu caput: “importunar alguém, em local público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”. (GRECO, 2014, p. 465).

Nesse entendimento, Cezar Roberto Bitencourt, (2012, p. 52) leciona que:

Com efeito, a diferença do desvalor da ação que há no sexo anal e oral (e suas variáveis), praticados com violência, e nos demais atos libidinosos, menos graves, 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 atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram às raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a contravenção penal 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.

Vale destacar a diferenciação entre a conjunção carnal e os atos libidinosos. A conjunção carnal se configura pela cópula vagínica, que é a introdução do pênis na cavidade vaginal. Os atos libidinosos seriam os atos considerados lascivos, voluptuosos, de contato ou não, de erotização, de masturbação visando a satisfação do agente. (GRECO, 2014, p. 466).

Analisando o artigo modificado, temos a seguinte explicação: O verbo nuclear *constranger* tem o significado de forçar, obrigar alguém (qualquer sexo), mediante violência ou grave ameaça, ou seja, contra a sua vontade espontânea, à conjunção carnal (cópula vagínica), ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (atos lascivos, voluptuosos) que visam a satisfação unicamente do agente. (GRECO, 2014, p. 466).

Além disso, vale destacar a mudança da redação do artigo que mudou em relação às vítimas abrangidas na lei, porque antigamente a redação vinha descrita em *constranger a mulher*, agora a descrição é *constranger alguém*, que se torna mais moderno e abrangente, podendo a vítima ser qualquer pessoa. (GRECO, 2014, p. 466).

A partir da Lei dos Crimes Hediondos, elevou-se o crime de estupro a categoria desses tipos de crimes e a pena mínima de 6 (seis) anos com início no regime de reclusão. Nesse sentido, criou-se uma insegurança jurídica em relação a alguns atos libidinosos considerados pela doutrina e pela jurisprudência como de menor gravidade, como por exemplo, uma apalpada num ônibus coletivo, e o que resulta na não aplicação do crime de estupro e sua conversão em importunação ofensiva ao pudor, amparado no art. 61 da LCP (Lei das Contravenções Penais), fazendo com que o agente pague uma multa ou realize serviços comunitários e saia em liberdade, sendo essa prática jurídica objeto de estudo desse projeto. (GRECO, 2014, p. 467).

Outra modificação da lei, de ordem benéfica, e dessa forma deve retroagir no tempo, envolve todos os fatos cometidos antes de sua vigência, fazendo com

isso, que os agentes condenados pela prática de estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima e no mesmo contexto, que tiveram por exemplo uma pena mínima de doze anos, podem pedir a sua revisão, alterando-se para o mínimo de seis, conforme o caso. (GRECO, 2014, p. 467).

Ainda, sobre as modificações trazidas pela Lei 12.015/2009, Mirabete (2010, p.384) destaca que:

[...] buscou-se um tratamento igualitário entre homens e mulheres como sujeitos passivos dos crimes sexuais; buscou-se intensificar, pela disciplina em capítulo específico, a proteção dos menores de 18 anos, em especial os menores de 14 anos, contra os efeitos deletérios que os crimes sexuais provocam sobre a sua personalidade ainda em formação, estendendo-se essa especial proteção a outras pessoas particularmente vulneráveis em decorrência de outras causas como a enfermidade ou deficiência mental; ampliou-se a repressão a outras formas de exploração sexual além da prostituição, etc.

Outras duas modificações consistiram na criação do tipo penal do estupro de vulnerável (art. 217-A, CP). Ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos é crime de estupro contra vulnerável, sujeito à pena de reclusão, de 8 a 15 anos, e a criação do tipo penal visando a punição contra a prostituição juvenil. O art. 218-B prevê a punição para quem submeta, induza ou atraia o menor de 18 anos e maior que 14, (pois o menor de 14 é protegido pelo art. 217-A) à prostituição ou outra forma de exploração sexual, incluindo-se o cliente desse menor e o proprietário, gerente ou responsável pelo estabelecimento onde o ato sexual se concretize.

3.3 Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.452/16, com a proposta de criação de um novo tipo penal.

A unificação dos art. 213 e 214 num único crime de estupro, uniu duas condutas diferentes a uma conduta, trazendo insegurança no ordenamento jurídico brasileiro, conforme alguns doutrinadores. Existem duas vontades nos agentes, aqueles que visam a sua satisfação sexual através da conjunção carnal e aqueles agentes que visam a sua satisfação sexual através de práticas sexuais sem a conjunção carnal, através de atos lascivos que já satisfaz suas vontades. Vendo pelo lado da vítima, com certeza todos os dois atos sem o seu consentimento são

uma afronta e um desrespeito, que pode trazer traumas e abalos morais e psíquicos que podem ficar por uma vida inteira.

O que vem acontecendo em muitos julgados, em relação aos atos libidinosos de menor gravidade, é a não utilização por parte dos magistrados do crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal, que tem a pena iniciando em 6 anos em regime de reclusão, que ao ver de muitos magistrados e para muitos doutrinadores, pesado demais e seria de uma forma desproporcional à ação realizada pelo agente, e o enquadramento para esses ilícitos utilizando o art. 61 da Lei de Contravenções Penais (LCP), aplicando multa e trabalhos comunitários. (NUCCI, 2013, p. 960).

A favor da unificação dos crimes, Fernando Capez (2011, p. 29) afirma que:

[...]de acordo com nosso entendimento, ainda que o delito comporte grande variedade em seu meio executório, podendo variar de um beijo lascivo até o coito anal, configurada a hipótese prevista atualmente no art. 213 do CP, com a redação determinada pela Lei 12.015/2009, não há falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política nacional de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos. Não se manifesta aqui, em nosso entender, a violação ao princípio que se defende ao punir-se com maior severidade tais modalidade de manifestações ou taras.

Em respeito ao Princípio Constitucional da Proporcionalidade, que prega a máxima que ao delito tem que se aplicar uma pena, deve existir a punição, mas ela não pode ficar aquém e nem além da medida correta, frente à outras punições existentes. (BITENCOURT, 2011, p. 58).

Com a reforma trazida pela Lei 12.015/2009, perdeu-se a chance de graduar todas as formas de atos libidinosos, considerando o grau de ofensa às vítimas, levando em conta o respeito ao princípio constitucional da proporcionalidade. (NUCCI, 2013, p. 960).

Nesse entendimento, Luiz Regis Prado (2011, p. 800) leciona 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.

O Projeto de Lei que está em tramitação no Congresso Nacional de nº 5.452/16 de autoria da senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), foi aprovado em março desse ano e prevê preencher a lacuna hoje existente entre os atos considerados de menor gravidade, que na maioria dos casos são considerados como importunação ofensiva ao pudor, usando-se da Lei de Contravenções Penais (LCP) e o enquadramento como estupro, pelo art. 213 do Código Penal.

Esse projeto inclui um novo tipo penal chamado de “importunação sexual”, que é caracterizado pela realização de ato libidinoso na presença de alguém e sem sua anuência. Os casos mais comuns encontrados e mais facilmente exemplificados seriam o assédio sofrido por mulheres em meios de transporte coletivo, como ônibus e metrô. Com previsão para quem praticá-lo com a pena de 1 a 5 anos de prisão. Segue redação do novo tipo penal:

Art. 215-A - Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Brasil, 2018, s/p).

Dessa forma, a inclusão desse tipo penal passa a punir, de forma justa e proporcional, as ações que violam a dignidade sexual, considerados e entendidos pela doutrina e pela própria sociedade como de menor gravidade, fazendo com que o agressor, a partir desse novo tipo penal, não seja mais enquadrado como contravenção penal, punido com multa e trabalhos comunitários, e tenha uma punição mais efetiva. (NUCCI, 2013, p. 961).

Auxilia ainda, o trabalho dos magistrados, pois o novo tipo penal vai trazer uma maior segurança na análise criteriosa que ele necessita fazer atualmente, ampliando o grau de discricionariedade, se utilizando do bom-senso. O magistrado pode aplicar a pena mínima de 1 ano até a pena máxima de 5 anos dependendo da gravidade da ação praticada pelo agente com atos libidinosos, desconectando as punições antes mais severas do art. 213 que previa punição de 6 anos em regime de reclusão. (NUCCI, 2013, p. 961).

Nesse entendimento, Eudes Quintino Junior (2018) explica que:

Talvez a reforma provocada no artigo 213 do Código Penal pela Lei 12.015/09 tenha conferido uma expansão desmedida ao crime de estupro, a ele incorporando o de atentado violento ao pudor, abrindo assim um vácuo interpretativo e possibilitando entendimentos divergentes a respeito de sua prática. Pode acontecer que determinada conduta contra a dignidade sexual seja desproporcional ao crime de estupro, como, por exemplo, se o agente, de modo sorrateiro, ou até mesmo em tom de brincadeira, coram populo, sem a malícia necessária, toca as nádegas ou o seio da vítima, ainda que, repita-se, por mais repugnante que a ação se revele, ausente o dolo recomendado para a conduta, não é motivo suficiente para caracterizar a lascívia do agressor. Pode acontecer, outras vezes, como o caso em discussão, de gravidade incontestável, com rejeição popular e até mesmo de doutrinadores que bradam em sentido contrário, ausente um dos requisitos para a caracterização do estupro, a tipificação venha a se alojar em outro delito ou até mesmo em prática contravençional de pequeno potencial ofensivo.

Assim sendo, é um amparo a mais ao magistrado, que vai assegurar que o agente receba uma punição mais adequada, quando antes não era enquadrado no delito de estupro e se livrava da punição, como vinha comumente acontecendo, tornando os julgamentos mais coerentes com o princípio constitucional da proporcionalidade. (NUCCI, 2013, p. 961).

Outra mudança proposta nesse projeto de lei foi a inclusão dos crimes sexuais nas ações públicas incondicionadas fazendo com que todos os casos sejam investigados e processados pelo Estado, mesmo que a vítima não queira, fazendo em tese, que diante de todos os crimes, o Estado traga uma resposta para a sociedade. Acabando dessa forma, com a retratação por parte da vítima que retirava a denúncia e acabava assim com as investigações em relação a esse tipo de crime.

4 EXAME DOS JULGADOS NOS TRIBUNAIS DE SP, SC e RS POR ATOS LIBIDINOSOS E SUAS SENTENÇAS FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A IDENTIFICAÇÃO DA INSEGURANÇA JURÍDICA.

Nesse capítulo, mostrarei alguns julgados nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e em Santa Catarina, que qualificam os atos libidinosos como estupro e também alguns julgados que desclassificam essas condutas, demonstrando assim a insegurança jurídica existente para os magistrados e a necessidade de criação de um novo tipo penal que possa preencher a lacuna existente.

4.1 Acórdãos que classificam as condutas por atos libidinosos em estupro.

Foram analisados os julgados dos Tribunais de Justiça de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, nos seus respectivos sites. Através do portal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, as palavras chaves utilizadas nas buscas foram atos libidinosos com a expressão estupro e sem a expressão vulnerável.

A Apelação Criminal do Processo nº 0004203-51.2013.8.24.0019 (Acórdão), de Concórdia/SC, do relator Luiz Antônio Zanini Fornerolli, julgada pela Quarta Câmara Criminal do TJSC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina), demonstra a configuração dos atos libidinosos em estupro.

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO (ART. 213, CAPUT, DO CP) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES - ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DE CONJUNÇÃO CARNAL CARACTERIZADOS - DECLARAÇÕES CONVICTAS DA VÍTIMA SOBRE OS PORMENORES DOS FATOS - CONDENAÇÃO MANTIDA. I - Não há falar em absolvição por insuficiência de provas (CPP, art. 386, VII) quando os elementos trazidos aos autos - depoimentos da vítima e testemunhas, juntamente com laudo pericial - formam um conjunto sólido indicando a prática do delito de estupro por parte do acusado. II - Tratando-se de crime praticado na clandestinidade, como o estupro, sem qualquer testemunha ocular dos fatos, a palavra da vítima assume especial relevância, ainda mais quando as declarações são coerentes e estão amparadas em outros elementos de prova colhidos, sendo suficiente para embasar o decreto condenatório. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA E/OU DA FORMA TENTADA - INVIABILIDADE - CRIME CONSUMADO. A prática de atos libidinosos voltados à satisfação da lascívia do réu, comprovadas por meio de carícias, chupões e beijos à força, mediante emprego de violência e graves ameaças, mostram-se suficientes a caracterizar o crime de estupro consumado, não havendo que se falar em

tentativa ou desistência voluntária por não ter havido a conjunção carnal. (Tribunal de Justiça de SC, 2018, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 0002096-02.2016.8.24.0028 (Acórdão) de Içara/SC, do relator Roberto Lucas Pacheco, julgada pela Quarta Câmara Criminal do TJSC, demonstra a configuração.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO PRATICADO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 18 E MAIOR DE 14 ANOS DE IDADE. CÓDIGO PENAL, ART. 213, § 1.º. CONDENAÇÃO. RECURSOS MINISTERIAL E DEFENSIVO. RECURSO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DE DANOS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 387, IV. IMPOSSIBILIDADE. VERBA INDENIZATÓRIA QUE DEVE SER AFERIDA NO JUÍZO CÍVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE. "REQUERIDO AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA A TÍTULO DE DANO MORAL. PROCEDÊNCIA. ART 387, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE NÃO CONTEMPLA HIPÓTESE DE INDENIZAÇÃO PELO ABALO EMOCIONAL HAVIDO. PREJUÍZO QUE DEVE SER BUSCADO NA ESFERA CÍVEL." [...] (Apelação Criminal n. 2015.048597-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 19.11.2015). RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. INVIABILIDADE. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, CORROBORADAS PELOS DEPOIMENTOS DE SEUS GENITORES E DE UMA PSICÓLOGA DO CREAS, QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. A falta de laudo pericial, para atestar vestígios de ato libidinoso ou de violência contra a vítima, por si só, não tem o condão de afastar a materialidade do delito, pois como é cediço, esse tipo de crime, na maioria das vezes, não deixa vestígios, restando comprovado, então, pela prova testemunhal, principalmente na palavra da vítima, quando firme e coerente. As palavras da vítima nos crimes sexuais, porque, geralmente, são praticados de forma clandestina, possuem relevante valor probante, ainda mais quando em consonância com os demais elementos probatórios colacionados aos autos. Se a prova demonstra que o réu, buscando satisfazer sua lascívia, pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal com vítima menor de 18 e maior de 14 anos de idade, fica caracterizado o crime descrito no art. 213, § 1.º, do Código Penal. PLEITO SUCESSIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. Correto o estabelecimento da pena-base além do mínimo legal quando se verifica nos autos maior reprovabilidade social pela postura do réu frente ao bem jurídico tutelado. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. MANUTENÇÃO. Devem ser mantidas como negativas as circunstâncias do crime quando ficar demonstrado que o réu, utilizando-se do fato de a vítima estar caminhando de forma despreocupada na rua, aborda-a com emprego de arma, pega em seu braço, manda entrar no veículo que dirigia e, depois, a leva para

local isolado (residência na praia), vindo a vendar seus olhos no caminho e ficar por mais de uma hora abusando-a sexualmente. DOSIMETRIA. PENA-BASE, CONSEQUÊNCIAS CONSIDERADAS GRAVES. PERTURBAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA E FAMÍLIA POR PERÍODO PROLONGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. A demonstração de que a vítima e seus genitores sofreram, por longo período de tempo, abalo psicológico em razão dos abusos sexuais, evidencia que as consequências dos delitos extrapolaram a normalidade, autorizando, assim, o aumento da pena-base. RECURSOS NÃO PROVIDOS. (Tribunal de Justiça de SC, 2018, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 0012571-18.2015.8.24.0039 (Acórdão) de Lages/SC, do relator José Everaldo Silva, julgada pela Quarta Câmara Criminal do TJSC, enquadra a prática dos atos libidinosos na tentativa de estupro do art. 213 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO (ART. 213, CAPUT DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DO CRIME. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VERSÃO DA VÍTIMA CORROBORADA POR LAUDOS PERICIAIS PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVAS. ATOS PRATICADOS NO INTUITO DE SATISFAZER A LASCÍVIA DO ACUSADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. ARTIGO 15 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA. AGENTE QUE INTERROMPEU O ATO LIBIDINOSO SOMENTE APÓS SATISFAZER SUA LASCÍVIA. ELENCO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS). ATOS PRATICADOS NO INTUITO DE SATISFAZER A LASCÍVIA DO ACUSADO. MODUS OPERANDI INCOMPATÍVEL COM O TIPO OBJETIVADO. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO NEGADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ESTUPRO NA MODALIDADE TENTADA. ATOS LIBIDINOSOS QUE BUSCARAM A SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. CRIME CONSUMADO. INVIABILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA. RÉU QUE ADMITE A AUTORIA DELITIVA MAS INVOCA EXCULPANTE. CONFIGURAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CÓDIGO PENAL. REVISÃO DE POSICIONAMENTO. EXEGESE DA SÚMULA 545 DO STJ. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA PENA NA PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTANCIA QUE NÃO EXTRAPOLA A GRAVIDADE DO TIPO PENAL. RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. DEFESA QUE BUSCA O AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO REQUER A CONFIGURAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES.

CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO QUE PODEM SER UTILIZADAS TANTO COMO ANTECEDENTES OU COMO REINCIDÊNCIA. RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO. (Tribunal de Justiça de SC, 2018, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 70076852169 (Acórdão) de Santa Cruz do Sul/RS, da relatora Isabel de Borba Lucas, julgada pela Oitava Câmara Criminal do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), enquadra a prática dos atos libidinosos ao crime de estupro do art. 213 do Código Penal.

APELAÇÕES CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. ARTIGO 213, CAPUT, DO CP. TENTATIVA APLICADA NA ORIGEM AFASTADA. DELITO CONSUMADO. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO DESACOLHIDO. TENTATIVA AFASTADA. DELITO CONSUMADO. A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos, notadamente considerando o depoimento da vítima, corroborado pela idêntica versão de uma testemunha. Ficou evidenciado que o réu, às 23h do dia 26/08/2015, foi ao encontro de sua vizinha, que desembarcava de um ônibus coletivo, vindo da faculdade, ocasião em que investiu sobre o corpo da jovem, tocando seus seios e costas, com as mãos, por sobre a roupa, derrubando-a no chão, sujando-a e a ferindo sem gravidade. A jovem, desesperada, foi tentando conversar com ele chegou a afirmar que ficaria com ele -, até chegar próximo à residência de sua tia, com quem morava, quando se despediu do vizinho e narrou os fatos à sua tia, que a auxiliou a tomar as providências cabíveis. O réu já havia assediado a jovem anteriormente, mas nunca investira sobre seu corpo. O contexto fático deixa certa a intenção do réu em satisfazer sua lascívia tocando o corpo da moça, exatamente como o fez, de sorte que não há falar em tentativa, agora bem mais restrita pela redação do artigo 213 do CP. Ademais, não é caso de desclassificação da conduta descrita na denúncia, porquanto o modus operandi não deixa dúvidas de que a intenção do réu era a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÍNIMO, AFASTADA A TENTATIVA. REGIME INICIAL. SEMIABERTO, NA FORMA DO ARTIGO 33, §2º, B, DO CP. APELO DA ACUSAÇÃO PROVIDO. APELO DA DEFESA DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça do RS, 2018, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 70073787293 (Acórdão) de Uruguaiana/RS, da relatora Aymoré Roque Pottes de Mello, julgada pela Sexta Câmara Criminal do TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), enquadrou primeiramente em primeira instância a prática dos atos libidinosos ao crime de estupro, mas na averiguação da apelação o Tribunal decidiu reformar a decisão para tentativa da violação sexual mediante fraude.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO QUALIFICADO MAJORADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE TENTADO. ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM REFORMATIO IN MELLIUS. No caso, o réu foi denunciado e processado pelo crime de estupro qualificado majorado. Contudo, ao cabo dos atos instrutórios, restou evidente a ausência da violência imputada ao réu na denúncia para a perpetração dos atos libidinosos por ele praticados contra a ofendida, sua sobrinha, que a nega categoricamente em Juízo, confirmando, todavia, o molestamento sexual mediante fraude. No caso, ausentes a violência e a grave ameaça, restaram caracterizadas as elementares da ação típica prevista no art. 215 do CPB. Neste contexto, todavia, o agente ministerial não ofereceu o aditamento à denúncia, ocorrendo, assim a preclusão, pois cabia ao órgão acusador, na primeira oportunidade, oferecer o aditamento à denúncia, a teor do art. 384 do CPP. Inocorrente este proceder pelo dominus litis e identificada nova definição jurídica pelo magistrado sentenciante, fundamentada em circunstância de fato e de direito não descrita na denúncia, em atenção ao princípio da correlação, sem o parquet observar as regras da mutatio libelli, a única solução cabível é o veredicto absolutório. Neste sentido caminha o entendimento doutrinário pátrio contemporâneo. Precedentes desta Corte, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça. Absolvição do réu em reformatio in mellius, por atipicidade da conduta APELO MINISTERIAL IMPROVIDO. ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM REFORMATIO IN MELLIUS. APELO IMPROVIDO. M/AC 7.261 - S 30.08.2017 - P 266 (Tribunal de Justiça do RS, 2018, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº APL 0000962-39.2008.8.26.0197 SP 0000962-39.2008.8.26.0197 de Francisco Morato/SP, do relator Airton Vieira, julgada pela Primeira Câmara Criminal Extraordinária do TJSP (Tribunal de Justiça de São Paulo), enquadrou os atos libidinosos ao crime de estupro.

APELAÇÃO CRIMINAL. ATOS LIBIDINOSOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA CRIMINOSA DO RÉU EM RAZÃO DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA PREVISTA NA LEI N. 12.015/09. NÃO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE NA R. SENTENÇA DE 1º GRAU. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM CRIMES SEXUAIS. RECURSO DA DEFESA PROVIDO PARCIALMENTE.(Tribunal de Justiça de SC, 2014, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 0000403-71.2015.8.26.0477 da cidade de Praia Grande/SP, do relator Vico Mañas, julgada pela Décima Segunda Câmara Criminal do TJSP, enquadrou os atos libidinosos ao crime de estupro.

1. Estupro Desclassificação para tentativa de roubo Impossibilidade Atos libidinosos confirmados pela vítima 2. Pena Má antecedência Não configuração Condenações já antigas Precedente do STF Alexandre Silva Araújo foi condenado pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande a 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 213, “caput”, do Código Penal. Parcialmente inconformado, busca desclassificação para tentativa de roubo e fixação do equipamento semiaberto. Oferecidas as contrarrazões (fls. 195/208), a D. Procuradoria da Justiça opina pelo não provimento do recurso. É o relatório.(Tribunal de Justiça de SP, 2017, s/p).

Dessa forma, apresentam-se os acórdãos que enquadram os atos libidinosos ao crime de estupro, conforme o entendimento da unificação trazida pela Lei 12.015/2009 e utilizada nos tribunais de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e de São Paulo.

4.2 Acórdãos que desclassificam as condutas por atos libidinosos em estupro.

Através do portal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, São Paulo e Rio Grande do Sul, foram usadas as seguintes palavras chaves nas buscas: Art. 61 LCP viabilidade, com a expressão atos libidinosos e sem a expressão vulnerável.

A Apelação Criminal do Processo nº 2010.075666-5, de Joinville/SC, do relator Desembargador Newton Varella Júnior, julgada pela Primeira Câmara Criminal do TJSC (Tribunal de Justiça de Santa Catarina), desqualifica o estupro para a configuração da importunação ofensiva ao pudor.

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS COERENTES E HARMÔNICAS ATESTANDO A PRÁTICA DELITUOSA. VIABILIDADE DA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A CONDUTA DESCRITA NO ART. 61 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Tribunal de Justiça de SC, 2011, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 0024269-02.2014.8.26.0071, de Bauru/SP, do relator Luis Augusto de Sampaio Arruda, julgado pela Primeira Câmara Criminal Extraordinária do TJSP, desqualifica o estupro para a configuração da importunação ofensiva ao pudor.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DO RÉU QUE FOI FRONTALMENTE CONTRARIADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVAS TRAZIDOS AOS AUTOS. FIRMES E COERENTES DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DA TESTEMUNHA, QUE NÃO TINHAM MOTIVOS PARA INCRIMINAR FALSAMENTE PESSOA QUE SABEM SER INOCENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ILÍCITO PREVISTO NO ARTIGO 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. VIABILIDADE – LIMITANDO-SE O RÉU À INTERAÇÃO EFÊMERA COM A VÍTIMA, PASSANDO A MÃO EM SUAS NÁDEGAS, SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA ÀQUELA, NÃO SE PODE RECONHECER O ATO LIBIDINOSO CAPAZ DE ENSEJAR A PENA PREVISTA NO CP, IMPONDO-SE A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL TIPIFICADA NO ART. 65 DA LCP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO DA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE.(Tribunal de Justiça de SP, 2016, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 0077403-12.2011.8.26.0050, de São Paulo/SP, do relator Desembargador Geraldo Wohlers, julgado pela Terceira Câmara Criminal do TJSP, desqualifica o estupro para a configuração da importunação ofensiva ao pudor.

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO ABSOLVIÇÃO. AO RELATÓRIO INSERIDO NA REFERIDA SENTENÇA DE FLS. 74/5, DA LAVRA DA EXMA. JUÍZA DR.^a MARCIA CECILIA LEONE E QUE SE ADOTA, ACRESCENTA-SE QUE ANTONIO CONCEIÇÃO DOS SANTOS, POR INCURSO NO ARTIGO 233 DO CÓDIGO PENAL, FOI CONDENADO À PENA DETENTIVA DE 3 (TRÊS) MESES (EMBORA CONSTE DA PARTE DISPOSITIVA, POR EVIDENTE EQUÍVOCO MATERIAL, “ANOS”) – NO REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - E FINANCEIRA DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA, DÓSADA NO MÍNIMO A UNIDADE DE CÁLCULO.(Tribunal de Justiça de SP, 2015, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº70039792825, de Porto Alegre/RS, do relator Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, julgado pela Quinta Câmara Criminal do TJRS, desqualifica o estupro para a configuração da importunação ofensiva ao pudor.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. A AUTORIA RESTOU DEMONSTRADA PELA PALAVRA FIRME DA VÍTIMA, QUE NARROU COM BASTANTE CLAREZA AS INVESTIDAS DO ACUSADO. ADEMAIS, UMA DAS TESTEMUNHAS PRESENCIOU O

FATO. OS ATOS PERPETRADOS PELO DENUNCIADO, CONTUDO, NÃO SE ENQUADRAM COMO ATENTADO AO PUDOR, POIS A SUA CONDUTA SE LIMITOU A PASSAR AS MÃOS NAS PARTES ÍNTIMAS DA VÍTIMA POR CIMA DA ROUPA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONTRAVENÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 65 DA LEI DE CONTRAVENÇÃO PENAL. PENA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS, CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Tribunal de Justiça do RS, 2012, s/p).

A Apelação Criminal do Processo nº 54537920098260286 SP 79.2009.8.26.0286, de São Paulo/SP, do relator Desembargador Souza Nucci, julgado pela Décima Sexta Câmara Criminal do TJSP, desqualifica o estupro para a configuração da importunação ofensiva ao pudor e a extinção da punibilidade.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. FALTA DE PROVAS. NÃO OCORRÊNCIA. SEGUROS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS SOMADOS À AVALIAÇÃO PSICOSSOCIAL DA VÍTIMA. TÍPICIDADE MATERIAL. NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. BREVE APALPAMENTO. AUSÊNCIA DE LESÃO À LIBERDADE SEXUAL. DETRAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Tribunal de Justiça de SP, 2012, s/p).

Dessa forma, apresenta-se os julgados que desclassificam as condutas por atos libidinosos ao estupro e classificando à importunação ofensiva e outras contravenções penais e por consequência a extinção da punibilidade, conforme o entendimento dos tribunais de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e de São Paulo.

4.3 Insegurança jurídica no ordenamento brasileiro e a necessidade da criação de um novo tipo penal

A insegurança jurídica criada no ordenamento jurídico brasileiro após a unificação dos arts. 213 e 214 do Código Penal com a Lei 12.015/2009, pois o legislador previu uma reprimenda maior quanto à tipificação dos atos libidinosos, igualando sua pena com a do estupro, partindo de 6 anos no regime fechado.

Essa pena mínima, para alguns doutrinadores se torna um tanto pesada, pois se partirmos da análise do crime de homicídio, temos o mesmo tempo na pena mínima, e a unificação igualou condutas de menor ofensividade, como o beijo lascivo com o coito anal, causando desproporcionalidade das condutas. Sabe-se que as condutas devem ser punidas, mas tem que ser respeitadas sua conformidade

com o princípio da proporcionalidade amparado em nossa Constituição. (NUCCI, 2013, p. 961).

Nesse sentido, antes mesmo da unificação da Lei 12.015/2009, Bittencourt (2008, p.12) apresentava seu entendimento sobre os crimes sexuais:

A partir da Lei dos Crimes Hediondos, em que pese a divergência, passar as mãos nas coxas, nádegas e seios da vítima, ou mesmo um abraço, configuram, a nosso juízo, a contravenção do art. 61 da lei especial. Essa interpretação é recomendada e autorizada pelo princípio da proporcionalidade, não se podendo ignorar o desnível que tais condutas apresentam em relação não só ao desvalor da ação como também em relação ao desvalor do resultado, comparadas com sexo anal ou oral, exigindo, por isso, menor severidade na sua repressão (proporcional).

O que se percebe analisando a jurisprudência em vários tribunais no ordenamento jurídico brasileiro é a tendência que cada tribunal segue frente aos casos de menor ofensividade de atos libidinosos. Podemos exemplificar o Tribunal de Justiça de São Paulo, que frente aos casos de atos libidinosos de menor ofensividade, faz a desclassificação do crime de estupro e o enquadramento nos artigos 61 (Importunação ofensiva) e 65 (Perturbação da Tranquilidade) da LCP (Lei das Contravenções Penais), conforme segue:

Art. 61, LCP - Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.(Brasil, 2018, s/p).

Art. 65, LCP - Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.(Brasil, 2018, s/p).

O problema é que esses crimes são apenados com o pagamento de multa, e no caso do art. 65 com a pena que pode chegar no máximo a dois meses, considerada muito baixa pelos doutrinadores. Nesses casos, o agente faz, paga a multa e no outro, ou no mesmo dia, pode vir a praticar o ilícito novamente. No caso do art. 61, ainda há no caput a exigência que a importunação ocorra em lugar público ou acessível ao público, o que nem sempre ocorre. (GRECO, 2014, p. 467).

Nos Tribunais do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, o entendimento é a qualificação das condutas de atos libidinosos de menor ofensividade para a

contravenção penal da perturbação da tranqüilidade do art. 65, da LCP. Há também, nos Tribunais do Rio Grande do Sul, a aplicação do entendimento dos atos libidinosos de menor ofensividade como forma de tentativa de estupro, o que diminuiria a pena em 1/3 do crime de estupro.

Esse entendimento dos tribunais de SC, SP e RS, vem em confronto com o entendimento do STJ, que manifestou-se no sentido de que os atos libidinosos possuem diversos níveis de configuração, que podem ser contatos íntimos, beijos lascivos ou conjunção oral e anal, e que a desclassificação dos atos libidinosos para a contravenção penal não podem ser acolhidos. (NUCCI, 2013, p. 961).

Sobre a unificação dos crimes, Guilherme de Souza Nucci (2009, p.7) comenta que:

Toda reforma, invariavelmente, possui acertos e erros. Algumas delas, infelizmente, carregam muitos equívocos e terminam por prejudicar os trabalhos forenses. Outras, no entanto, têm o mérito de apresentar um número razoável de acertos, com resultados satisfatórios, ao menos em teoria. É o caso da Lei 12.015/2009.

Nessa briga, os magistrados se vêem numa situação complicada, pois a aplicação de atos libidinosos de menor ofensividade como o beijo lascivo, pode ter a mesma pena de um estupro consumado e o agente infrator ter uma pena de 6 anos no regime de reclusão, por ser considerado hediondo, ou simplesmente enquadrar esse mesmo ilícito numa contravenção penal e ver o agente infrator pagar multa e no outro dia vir a executar novamente o ilícito. Para o infrator, também é complicado, pois sua conduta nem sempre visa o estupro consumado, a cópula vagínica, muitas vezes, seu desejo se satisfaz apenas com o beijo, uma apalpada e, dependendo do tribunal onde vai ser julgado seu processo, ele pode receber 6 anos de reclusão ou apenas uma multa, não existe um padrão específico. Para a vítima, pior ainda, pois o seu bem jurídico tutelado, que é o seu corpo, sua opção sexual, vir a ser desrespeitado e além de todos os transtornos que podem ser de ordem moral e física, ver o agente pagar a multa e ir embora sem nenhuma pena. Diante de todos esses fatos, análises da jurisprudência e do entendimento da doutrina ocorrem uma insegurança jurídica em nossos tribunais. (GRECO, 2014, p. 468).

A solução, segundo alguns doutrinadores, poderia ter vindo com a própria Lei 12.015/2009, dividindo os atos libidinosos em classes e com penas graduadas de acordo com a ofensividade ao bem jurídico da vítima respeitando o princípio

constitucional da proporcionalidade. Atualmente, as condutas todas enquadradas em um único tipo penal, sem a correta medição de seus danos, não considera a realidade social e torna pública a insegurança jurídica dos julgados, pois em cada tribunal existe um entendimento, entrando em total desrespeito ao princípio constitucional da proporcionalidade. (GRECO, 2014, p. 467).

Dessa forma, Damásio de Jesus (2013, p.122), leciona que o Direito penal, nesta ordem de ideais, elege como penalmente relevantes, em matéria de sexualidade, somente atitudes que se refiram à relação sexual não consentida (seja por força de coerção ou fraude), à explorada por terceiros e à cometida contra vítimas que a lei considera vulnerável. Fora daí, há de prevalecer o direito à liberdade, à intimidade e à tolerância.

A criação de um tipo penal específico para preencher essa lacuna existente se faz presente, e já existiram propostas de lei tramitando no congresso visando esse objetivo. O projeto de Lei do Senado nº 656, de 2011, de autoria da Senadora Marta Suplicy, que visava separar as condutas de estupro e do atentado violento ao pudor, com penas de 6 a 10 anos para o crime de estupro e de 2 a 6 anos para o crime do atentado violento ao pudor, não evoluiu. Em 2016, outro projeto foi apresentado e está em tramitação no Congresso Nacional, de nº 5.452/16 de autoria da senadora Vanessa Grazziotin que tem o objetivo de incluir um novo tipo penal, o da Importunação Sexual que tem como pena de 1 a 5 anos, visando acabar com a insegurança jurídica existente no ordenamento jurídico brasileiro.

4.4 Lei nº 13781/2018 que inclui a Importunação Sexual

No dia 24 de setembro de 2018, a PL 5.452/16 se transformou na Lei 13.781/2018, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin, entrou em vigor após a sanção do Presidente da República.

Incluiu o art. 215-A no Código Penal, com a inclusão do novo tipo penal, “Importunação Sexual” que é caracterizado pela realização de ato libidinoso na presença de alguém e sem a sua anuência, sendo a prática mais comum, o assédio sofrido por mulheres em meios de transporte coletivo, como ônibus, trem e metrô, e prevê pena de 1 a 5 anos. Segue a redação do novo tipo penal:

Art. 215-A - Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. (Brasil, 2018, s/p).

Incluiu também o art. 218-C que prevê sanção a quem vender ou divulgar cena de estupro por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outro tipo de registro audiovisual. Segue a redação do artigo:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Brasil, 2018, s/p).

A pena do art. 218-C pode ser aumentada caso o agressor tenha relação afetiva com a vítima, previsão no § 1º:

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Brasil, 2018, s/p).

Além disso, a presente Lei fez a revogação do Art. 61 da Lei de Contravenções Penais e a inclusão de um novo tipo penal específico para preencher a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, é um avanço e um auxílio a mais aos magistrados no tratamento dos casos de atos libidinosos de menor ofensividade que visa a padronização dos julgados e a eliminação da insegurança jurídica que existia após a unificação da Lei 12.015/2009.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a pesquisa da presente monografia, utilizou-se de acesso a internet, utilizando site dos tribunais e outros sites de busca de jurisprudências, livros e artigos, visando a busca pela lacuna, pela falta do tipo penal que preencheria o entendimento dos tribunais para uma padronização nos julgamentos.

Após a unificação da Lei 12.015/2009, ficou evidente que o legislador buscou unir os crimes de atentado violento ao pudor ao estupro, visando coibir e diminuir a violência ao bem tutelado da vítima, que é o seu corpo, sua opção sexual, que deve ser sempre respeitado, pela pena do tipo estupro ser maior, de 6 anos e no regime de reclusão.

Analisando as jurisprudências, fica evidente que o legislador na unificação da lei em 2009, deixou passar algumas idéias despercebidas, como uma graduação dos níveis de danos causados pelos atos libidinosos como leve, médio e grave e punições razoáveis para cada grau, respeitando ao princípio da proporcionalidade.

Como resultado, trouxe uma insegurança aos magistrados, pois, quando lidam com crimes de atos libidinosos de menor ofensividade, como vimos na pesquisa, nos tribunais de São Paulo, o entendimento é pela qualificação pelas contravenções penais, enquanto em Santa Catarina e no Rio Grande do Sul, eles optam por criar algo que nem está no Código Penal para o crime de estupro que é a tentativa, tudo isso indo a desacordo com o entendimento do STJ (Superior Tribunal de Justiça), que determina a aplicação do crime de estupro.

Essa insegurança se configura pelo magistrado comparar o ato libidinoso de menor ofensividade, como uma apalpada, um beijo roubado, ou uma popular esfregada no coletivo, com o estupro consumado pela cópula vagínica, oral ou anal, que afronta o princípio da proporcionalidade previsto na Constituição Federal de 1988. Se a lesão corporal grave seguida de morte, traz 4 anos de pena ao agente infrator, como um beijo roubado vai dar 6 anos de pena? É algo realmente pra se pensar.

Na verdade, o problema aparece para o magistrado, pois ele não encontra segurança com a atual lei em respeito ao princípio da proporcionalidade, o agente infrator se encontra numa roleta russa, pois dependendo do juiz ou do tribunal que o julgar pode receber punições diferenciadas, podendo ser preso ou simplesmente pagando uma multa e no outro já apto a realizar novamente o ilícito, e

para a vítima, o desrespeito do seu corpo, da sua opção sexual, vendo o agressor podendo ser preso, ou simplesmente pagando uma multa e indo embora.

O que acontece na maioria das vezes nesse tipo de crime envolvendo maiores é isso mesmo, na delegacia, delegado registra o boletim de ocorrência (BO), faz um termo circunstanciado e o agressor e a vítima acabam indo embora assim como a punição. Dificilmente, o caso segue adiante e entra na vida judicial.

Com a sanção da Lei 13.718/2018, e a inclusão dos art. 215-A da “Importunação Sexual”, que prevê a pena de 1 a 5 anos e a punição a quem oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, vídeo ou foto que contenha cenas de estupro ou estupro de vulnerável e aqueles que divulgarem cenas de sexo ou nudez sem o consentimento da vítima, trouxe mais opções ao magistrado para um julgamento que respeite o interesse de todos envolvidos e a padronização nos julgados. De acordo com estatísticas do governo de SP, a média de casos do crime de importunação sexual são de 10 casos por dia, desde a promulgação da lei.

Conclui-se que, a presente pesquisa foi de grade valia e muito positiva, pois o seu objeto acabou tornando-se realidade com a promulgação da lei de inclusão do novo tipo penal, e que veio a permitir entender que o poder judiciário realmente é um dos poderes que alicerçam o Estado e que o direito penal e seus magistrados não são máquinas, porque analisam o caso concreto com a pena especificada pelo legislador e, a partir daí, existem os entendimentos e os debates dos doutrinadores.

No caso em estudo, verificou-se que a unificação da lei ficou desproporcional para os atos libidinosos de menor ofensividade, porque a idéia do legislador de diminuir a prática dos delitos pelo medo da sanção do agressor não se configurou e, ficou uma lacuna, que era preenchida de formas diversas, pelas contravenções penais, mas que agora, existe o tipo penal específico para esse tipo de crime.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 outubro de 2018a.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 1940. Promulgada em 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 12 outubro de 2018b.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. 1941. Promulgada em 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm> Acesso em: 12 outubro de 2018c.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 656, de 2011**. Dá nova redação ao artigo 213 e acrescenta o artigo 213-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=103014. Acesso em: 25 jun. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, v.3, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2013.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

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

FILHO, Hugo Gonçalves Gomes. **Curso Programado. Direito Penal (Parte Geral)**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal – Parte Especial**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Especial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 3, 2014.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal. Parte Especial**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, v.3, 2013.

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, Burity, v.8, n.1, 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D1-02.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo : Atlas, v.2, 1997.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 27 ed. São Paulo : Atlas, v.2, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2013.

SILVA, Maurício Pereira da. **O novo tipo penal de estupro: art. 213 do CP e a problemática do concurso de crimes**. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6016>

SOARES, Will. Veja a diferença entre decisões que mandaram soltar e prender homem que abusava de mulheres em ônibus. **G1 SP**. São Paulo, 03 set. 2017. Na

TV. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/veja-a-diferenca-entre-decisoes-que-mandaram-soltar-e-prender-homem-que-abusava-de-mulheres-em-onibus.ghtml>. Acesso em: 13 mai 2018.

SOUBHIA, Fernando Antunes. **A proporcionalidade penal e o atentado violento ao pudor**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10565&revista_caderno=3. Acesso em: 25 jun. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70076852169 (Acórdão), de Santa Cruz do Sul/RS, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, Oitava Câmara Criminal**, j. 29-08-2018. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076852169&num_processo=70076852169&codEmenta=7898825&templntTeor=true Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70073787293 (Acórdão), de Uruguaiana/RS, rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, Sexta Câmara Criminal**, j. 30-08-2017. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70073787293&num_processo=70073787293&codEmenta=7430183&templntTeor=true Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal nº 70039792825 (Acórdão), de Porto Alegre/RS, rel. Des. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Quinta Câmara Criminal**, j. 19-01-2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21180296/apelacao-crime-acr-70039792825-rs-tjrs/inteiro-teor-21180297?ref=juris-tabs> Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0004203-51.2013.8.24.0019 (Acórdão), de Concórdia/SC, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal**, j. 19-07-2018. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0002096-02.2016.8.24.0028 (Acórdão), de Içara/SC, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal**, j. 05-10-2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 0012571-18.2015.8.24.0039 (Acórdão), de Lages/SC, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal**, j. 29-06-2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Santa Catarina. **Apelação Criminal nº 2010.075666-5, de Joinville/SC, rel. Des. Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal**, j. 31-05-2011. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> Acesso em: 04 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. São Paulo. **Apelação Criminal nº APL 0000962-39.2008.8.26.0197 SP 0000962-39.2008.8.26.0197, de Francisco Morato/SP, rel. Des. Airton Vieira, Primeira Câmara Extraordinária**, j. 16-06-2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/125056893/apelacao-apl-9623920088260197-sp-0000962-3920088260197>> Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. São Paulo. **Apelação Criminal nº 0000403-71.2015.8.26.0477, de Praia Grande/SP, rel. Des. Vico Mañas, Décima Segunda Câmara Criminal**, j. 02-08-2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516422761/4037120158260477-sp-0000403-7120158260477>> Acesso em: 03 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. São Paulo. **Apelação Criminal nº 0024269-02.2014.8.26.0071, de Bauru/SP, rel. Des. Luis Augusto de Sampaio Arruda, Primeira Câmara Criminal Extraordinária**, j. 04-05-2016. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340815553/apelacao-apl-242690220148260071-sp-0024269-0220148260071/inteiro-teor-340815571?ref=amp>> Acesso em: 04 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. São Paulo. **Apelação Criminal nº 0077403-12.2011.8.26.0050, de São Paulo/SP, rel. Des. Geraldo Wohlers, Terceira Câmara Criminal**, j. 22-09-2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8828426&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_828e0a10350f4fa09dd766545100866b&vICaptcha=spdrz&novoVICaptcha=>> Acesso em: 04 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. São Paulo. **Apelação Criminal nº 54537920098260286 SP 79.2009.8.26.0286, de São Paulo/SP, rel. Des. Souza Nucci, Décima Sexta Câmara Criminal**, j. 17-02-2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21672960/apelacao-apl-54537920098260286-sp-0005453-7920098260286-tjsp/inteiro-teor-110429687>> Acesso em: 04 nov. 2018.

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

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