



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
DE BARBACENA-FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JÉSSICA FERNANDA SILVA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, O CONCEITO DE ATO LIBIDINOSO
NO CRIME DE ESTUPRO E A CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO**

**BARBACENA
2014**

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, O CONCEITO DE ATO LIBIDINOSO NO CRIME DE ESTUPRO E A CRIAÇÃO DE UM TIPO PENAL INTERMEDIÁRIO

Jéssica Fernanda Silva*

Josilene Nascimento Oliveira**

Resumo

O foco principal deste estudo é analisar a necessidade de criação de um tipo penal intermediário para enquadramento de condutas violadoras da dignidade sexual que devem ser reprovadas pelo Direito Penal, mas sem necessidade de encaixe no crime de estupro. Trata-se de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, buscando o posicionamento acerca do conceito do ato libidinoso para fins de configuração do tipo penal de estupro. Isto porque deparamos com situações em que realizar o enquadramento da conduta reprovável como delito de estupro revelar-se-ia um excesso, e, em contrapartida, ajustá-la à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor ou de perturbação da tranquilidade poderia equivaler à impunidade, servindo de estímulo para nova delinquência. Trata-se de uma situação peculiar, na qual encontrar uma solução plausível, utilizando a letra fria da lei, parece impossível. Destarte, imperioso se faz que o princípio da proporcionalidade seja aplicado como forma de se fazer justiça, a fim de dosar, no caso concreto, quais condutas merecem a expressiva repressão estatal dada ao crime tido como hediondo e quais merecem uma sanção menos severa e mais coerente. Para tanto, é mister não apenas a figura do juiz quando da dosimetria da pena, mas, sobretudo, do legislador, em sua função legiferante, incriminando condutas com sanções razoáveis. No caso, devemos atentar para a necessidade de criação de um tipo penal intermediário que englobe condutas reprováveis, todavia, que não merecem a rigorosa repressão estatal dada ao crime em estudo.

Palavras-chave: Estupro. Tipicidade. Ato Libidinoso. Proporcionalidade.

1 Introdução

O delito de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal (CP), reúne duas condutas distintas, a saber: a prática de conjunção carnal (primeira parte) ou de atos libidinosos (segunda parte), mediante constrangimento da vítima, exercido através de violência ou grave ameaça.

*Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena – MG – E-mail: jehh.x3@hotmail.com.br

**Professora Orientadora. Especialista em Ciências Criminais pela UNESA. Professora de Direito Penal do Curso de Direito da UNIPAC/Barbacena. E-mail: josinoliveira@gmail.com

É notório que a primeira parte do dispositivo em comento se trata da prática de relações sexuais forçadas com a vítima, entretanto, quanto aos atos libidinosos, não existe um consenso acerca de quais atos violadores da dignidade sexual seriam suficientes para sua caracterização, fazendo com que, na prática, condutas semelhantes possam acarretar consequências jurídicas distintas aos infratores, a depender do entendimento dos operadores do direito que lidarem com o caso.

Existem atos libidinosos que, manifestamente, configuram o delito em questão, já que a dignidade sexual da vítima foi incontestavelmente violada, hipóteses em que o agente será responsabilizado de maneira severa.

Entretanto, se forem praticados atos que, por sua insignificância, não forem aptos a ensejar a configuração do ato libidinoso ao qual o legislador quis punir com tamanha austeridade, não há figura típica justa, com proporcionalidade entre conduta e punição.

Logo, por não merecer o rigoroso tratamento dado àquele que flagrantemente violar o bem tutelado em questão e, ao mesmo tempo, praticar uma conduta reprovável, tem-se notado na doutrina e na jurisprudência a desclassificação de tais condutas inicialmente capituladas como crime de estupro para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

Apesar de ser a solução existente mais razoável ao caso, não atende aos anseios da sociedade, visto que tal contravenção penal é praticamente despenalizada, punida apenas com multa, não protegendo, de maneira satisfatória, a vítima de tais atos.

Neste quadro, o princípio da proporcionalidade ganha extrema relevância, notadamente pela ausência de uma norma intermediária, que seja suficiente para prevenir e reprovar tal conduta, que não seja muito rígida ou muito benéfica ao agente e, simultaneamente, dê amparo suficiente para o ofendido.

A Constituição da República de 1988 traz, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, também denominado princípio da proibição do excesso, que tem como base a relação entre meio e fim, que se relacionam na situação fática apresentada, sendo um dos basilares do Estado Democrático de Direito.

A pena do delito praticado deve ser justa, não se afigurando razoável que condutas, muito embora reprováveis, mas não tão graves, tenham o mesmo apenamento daquelas que, de fato, mereçam uma repressão estatal mais rigorosa.

Com entendimentos tão diversificados, cria-se uma enorme insegurança jurídica, na medida em que, na interpretação de casos análogos, muitas das vezes são adotadas medidas distintas, deixando o imputado à mercê do entendimento de um ou mais julgadores e não da própria lei.

Diante de tal conflito, surge a necessidade da criação de um tipo penal que acolha tais condutas, para que não caiam na esfera da impunidade, haja vista que a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor é punida apenas com multa, ou seja, praticamente despenalizada, não se mostrando como a solução mais apropriada, mas também realizar o enquadramento como estupro seria um exagero, sendo necessária a adequação das normas à realidade social.

2 Breves considerações acerca do princípio da proporcionalidade e a proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade não tem previsão legal expressa na Constituição Federal de 1988, mas é admitido como princípio implícito, tamanha sua importância, uma vez que equilibra os direitos individuais com as ambições da coletividade.

Trata-se de uma ferramenta de controle de atos do Poder Público, vedando eventuais excessos que possam causar prejuízos à sociedade, sendo consectário lógico do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras do consagrado jurista Meirelles (2011, p. 94):

Sem dúvidas, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.¹

Portanto, pode-se dizer que a proporcionalidade se traduz no “bom senso”, já que a sensatez deve ser predominante, a fim de impedir restrições desnecessárias ou abusivas, maiores do que as estritamente indispensáveis para a proteção do interesse público.

Tal princípio rege todos os ramos do direito, servindo para pautar as relações cotidianas, a fim de que nenhuma delas extrapole o senso comum, mormente o direito penal, que lida diretamente com a liberdade do indivíduo, onde a pena recebida deve ser coerente com a conduta efetivamente praticada.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 110), violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer e é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade de acordo com o escalão do princípio atingido, porquanto representa

¹ MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro (2011), p. 94.

insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais e corrosão de sua estrutura mestra.

Sobre o excesso, aduz ainda o insigne autor (2011, p. 110) que, acaso existente, não milita em benefício de ninguém, representando, portanto, um agravo inútil aos direitos de cada um, finalizando que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei.

Assim, realizando uma análise do crime de estupro, denota-se que a finalidade do legislador ao criar referido tipo penal foi punir, com severidade, aquele que constrange a vítima a praticar com ele atos libidinosos. Entretanto, dentro da ótica da razoabilidade, não é qualquer ato libidinoso de cunho sexual diverso da conjunção carnal que é suficiente para ensejar a configuração de tal delito. É necessário que causem verdadeira repulsa na sociedade para que mereçam tal repressão. Os demais atos, ainda que de cunho sexual, desde que não firam a dignidade sexual da vítima, estariam descartados, a princípio, deste enquadramento.

Cumprе salientar que o princípio da razoabilidade deve ser observado no âmbito do Direito Penal em todos os momentos, desde a criação, pelo Poder Legislativo, do tipo penal incriminador, com a culminação de penas justas de acordo com o bem juridicamente tutelado, bem como pelo Poder Judiciário, quando da dosimetria da pena.

Não se pode perder de vista que, não raras as vezes, a ânsia por justiça acaba culminando em injustiças, como na hipótese abordada no presente trabalho.

3 O tipo penal de estupro e o conceito de ato libidinoso

O crime tipificado no artigo 213 do Código Penal, como é cediço, é considerado hediondo em todas as suas formas e, após a reforma pela Lei n. 12.015/09, passou a englobar duas condutas distintas, *in verbis*:

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) anos².

Trata-se de um tipo penal de conteúdo múltiplo e a discussão sobre o amplo e vago conceito de ato libidinoso é o cerne de nossa pesquisa.

A primeira parte do artigo, que trata da conjunção carnal, espécie do gênero ato libidinoso, não resta dúvidas de sua conceituação, já que significa a relação sexual, o coito

² BRASIL, Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

vaginal. Isto é, aquele que compelir a vítima à prática de relação sexual, incidirá neste tipo penal.

Cumpre salientar que o antigo crime de atentado violento ao pudor (artigo 214 do Código Penal) passou a integrar a mesma figura típica do crime de estupro, na segunda parte, após as modificações promovidas pela Lei n. 12.015/09, o que causou grande polêmica na doutrina e na jurisprudência, a fim de se aferir se se trata de tipo penal misto cumulativo (quem realizar a conjunção carnal e praticar atos libidinosos cometerá duas infrações penais distintas) ou alternativo (quem incidir em ambas as práticas cometerá um único crime).

Acerca do tema, Gomes e Souza (2010, *online*):

Quem pratica coito vaginal e coito anal, ambos descritos no mesmo tipo penal (art. 213 do CP), no mesmo contexto fático, contra a mesma vítima, afetando o mesmo bem jurídico, pratica crime único (não uma pluralidade de crimes). Quem desfere vários golpes contra a mesma vítima, no mesmo contexto fático, comete um único crime de lesão corporal. A repetição dos atos será levada em consideração no momento da pena. Errou a Quinta Turma do STJ, com a devida vênia. Acertaram a Sexta Turma e o STF. A teoria do tipo misto cumulativo é muito mais complexa do que parece. Ela não serve de guarda-chuva para soluções formalistas ou inferências rápidas (e desproporcionais) ³.

Afastada tal discussão, tem-se que a segunda parte do artigo deixa dúvidas acerca do conceito de ato libidinoso e do que seria suficiente para a verificação da prática criminosa.

Capez (2013, p. 26) entende que ato libidinoso é todo coito anormal, os quais constituíam o crime de atentado violento ao pudor (antigo artigo 217 do CP), asseverando que todo ato destinado a satisfazer a lascívia e o apetite sexual, inclusive o beijo lascivo, são considerados atos libidinosos, podendo se manifestar até mesmo sem o contato das genitálias.

Mirabete (2013, p. 408), por seu turno, destaca que se trata de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência, que contraste com a moralidade sexual, incluindo o beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Existem condutas que, manifestamente, são consideradas atos libidinosos, tais como a prática de sexo oral ou anal, masturbação e lesbianismo, contudo, existem comportamentos que beiram a atipicidade por não se enquadrarem no conceito de ato libidinoso, já que incapazes de violar a dignidade sexual da vítima.

O conceito de ato libidinoso, para fins de adequação típica, não é pacificado. Há quem entenda que qualquer ato de cunho sexual é considerado como libidinoso para fins de configuração do crime em apreço, o que é totalmente desarrazoado.

³ http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100630213144106&mode=print

Com efeito, denota-se que é um conceito irrestrito, onde inúmeras situações podem ser apontadas como atos libidinosos, todavia, nem todas são graves o suficiente para tipificarem o delito.

4 A violação do princípio da proporcionalidade no enquadramento do fato à norma incriminadora do tipo penal de estupro

A divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do que é considerado ato libidinoso para fins de caracterização do delito de estupro é grande, sendo este conceito de tamanha importância em relação aos efeitos penais para o infrator.

Entendendo o magistrado pela configuração do delito de estupro onde o ato libidinoso praticado é considerado insignificante, o infrator acabará por sofrer severas sanções, cuja gravidade repercutirá diretamente em sua reputação, porquanto será condenado a uma pena privativa de liberdade, com regime inicial fechado, pelo hediondo crime de estupro.

Por outro lado, caso se depare com um julgador mais garantista, que entenda pela aplicação do princípio da proporcionalidade e desclassifique para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, gozará de todos os benefícios e medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais, previstas na Lei n. 9.099/95, tais como transação penal e suspensão condicional do processo.

A desarmonia das decisões clama pela uniformização da doutrina e jurisprudência, evitando-se, desta forma, a insegurança jurídica.

Desta maneira, surge o seguinte questionamento: Seria razoável que um indivíduo que praticasse uma conduta de cunho libidinoso contra a vítima, de menor gravidade, como por exemplo, acariciar seus seios, seja submetido às mesmas penas em que um cruel estuprador receberia, apenas para se evitar a impunidade? Um indivíduo merece que seu direito a uma pena justa seja sacrificado pela sede de justiça da sociedade?

A resposta para esta pergunta vem permeada de controvérsias. Há quem entenda que está configurado o crime de estupro em casos deste jaez, pois, partindo do pressuposto de qualquer ato de cunho sexual pode ser considerado como ato libidinoso, acariciar os seios da vítima, contra sua vontade, poderia sim caracterizar o delito.

Lado outro, de acordo com o princípio da proporcionalidade, tal conduta não carrega força para ensejar a configuração deste delito. Isto porque o fato de acariciar os seios da vítima é insignificante se comparado a atos de libidinagem realmente capazes de causar

repulsa na sociedade e eventual trauma na vítima, mormente se verificarmos a proporcionalidade entre conduta e punição.

Como visto alhures, alguns doutrinadores entendem que até mesmo o beijo lascivo, os famosos “amassos”, merecem a referida repressão estatal.

O beijo lascivo, por sua feita, é outra questão polêmica, até mesmo porque não houve um consenso acerca de sua conceituação. Rogério Greco (2012, p. 493), lastreado pelo princípio da proporcionalidade, preleciona que:

Apesar da dúvida, o beijo lascivo poderia, ainda hoje, mesmo depois da edição da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, ser entendido como delito de estupro, quando a vítima a ele é obrigada pelo agente mediante o emprego de violência ou grave ameaça? Entendemos que não. Por pior que seja o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por este fato a cumprir uma pena de, no mínimo, seis anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida⁴.

Bittencourt (2011, p. 50) acompanha tal entendimento e sustenta que, não obstante os posicionamentos em contrário, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, que elevou a pena do crime de estupro para seis a dez anos, não se afigura razoável que condutas como acariciar as coxas, os seios ou um abraço forçado se enquadrarem no conceito de estupro, mas, sim, na contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

O ilustre autor (2011, p. 493) ainda complementa, de maneira bastante radical, em face da ausência de tipo penal específico para tais condutas, defendendo a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em algumas hipóteses. Vejamos:

Em outros termos, diante da gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão), e a desproporcional gravidade dos ‘demais atos libidinosos’ supramencionados, resta evidente que não lesam o bem jurídico protegido pela norma penal constante do art. 213 ora ‘sub examen’. Devem, quando praticados em público, ser desclassificados para a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor (art. 61). Quando, no entanto, não forem praticados em público (ou em local acessível ao público), deve-se reconhecer a configuração do princípio da insignificância ou, alternativamente, declarar-se sua inconstitucionalidade por violar o princípio da proporcionalidade⁵ grifo nosso.

O mesmo entendimento é defendido por Nucci (2010, p. 948), que preconiza que atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro e sim a contravenção penal supracitada, pautando-se no princípio da proporcionalidade, não se podendo ignorar o desvalor da conduta e do resultado, exigindo

⁴ Greco, Curso de Direito Penal – Parte Especial (2012), p. 493.

⁵ Bittencourt, Tratado de Direito Penal – Parte Especial (2011), p. 51.

punições distintas e menos severas à daqueles que, de fato, violam a dignidade sexual da vítima, constringendo-a, forçando-a, a prática de determinados atos.

Mirabete (2010, p. 415) possui posicionamento diverso, asseverando que devem ser considerados atos libidinosos o tateio das nádegas, o ato de quem, com as mãos, procura alcançar as partes pudicas da vítima, tocando em seus seios e coxas, beijos e abraços. *Data venia*, entendemos que tal posicionamento é bastante conservador para os costumes da sociedade moderna e completamente desproporcional.

Capez (2011, p. 27), por seu turno, assevera que condutas como levantar a saia, apenas para humilhar ou provocar a vítima, apalpar os seios da ofendida para lhe ironizar, ou até mesmo um rápido beijo, caracterizam crime contra a honra ou a contravenção penal ora aventada. No que concerne ao beijo lascivo, não há que se falar em atipicidade da conduta em ofensa ao princípio da proporcionalidade porquanto se trata de discricionariedade do legislador, guiado pela política criminal de reprimir mais intensamente delitos sexuais mais violentos, sendo que o conceito de ato libidinoso, em seu entendimento, vai de um beijo lascivo até um coito anal, por exemplo, desde que praticadas com o fim de satisfazer sua concupiscência.

Entrementes, a defesa da aplicação do princípio da proporcionalidade para capitulação da conduta no crime de estupro vem ganhando força na doutrina. Já na jurisprudência, existem aqueles que estão se inclinando à desclassificação destas condutas inicialmente imputadas como o crime do artigo 213 do CP para as contravenções penais dos artigos 61 ou 65 da Lei das Contravenções Penais (LCP), ou ainda para o crime do artigo 233 do CP, quando estas não são graves o suficiente para ensejar uma condenação pelo crime hediondo, como medida de política criminal.

Deve ser considerado que, em nosso cenário atual, é a decisão mais acertada, contudo, não é a mais justa, eis que a vítima verá seu algoz sair praticamente impune.

Isto porque a pena cominada para a contravenção penal prevista no artigo 61 da LCP é somente multa, sendo que para a contravenção penal do artigo 65 da LCP é prisão simples de 15 (quinze) dias a 02 (dois) meses ou multa e para o crime do artigo 233 do CP é 03 (três) meses a 01 (um) ano de detenção ou multa.

Assim, por se tratarem de infrações de menor potencial ofensivo, serão de competência dos Juizados Especiais Criminais, onde poderão ser efetuadas propostas de cumprimento de pena antecipada não privativa de liberdade (transação penal), nos termos do artigo 76 da Lei n. 9099/95 ou de suspensão condicional do processo, conforme artigo 89 da mesma lei.

Demais, ainda que não caibam referidas medidas despenalizadoras, mesmo que haja condenação e, eventualmente, sendo imposta pena privativa de liberdade, ainda poderia haver a substituição por penas restritivas de direito, se presentes os requisitos do artigo 44 do Código

Para Nucci (2010, p. 223), atos obscenos insignificantes devem ser punidos apenas administrativamente e tal contravenção penal, por seu turno, deveria ser expurgada de nosso ordenamento, defendendo, ainda, a criação de uma espécie de “estupro privilegiado”, resguardando a dignidade sexual da vítima ao punir os atos ofensivos ao pudor mais graves. Tal posicionamento é extremamente pertinente e merece destaque, uma vez que guarda semelhança com a proposta deste trabalho:

A meta deve ser punir atos considerados obscenos com penalidades administrativas, aplicando-se multas, tal como ocorre quando há uma infração de trânsito ou um barulho excessivo, provocando tumulto e prejudicando o interesse de terceiros. Por isso, é inapropriado manter-se a contravenção penal focando esses bens jurídicos enfraquecidos pelo tempo (moralidade sexual ou bons costumes). Por outro lado, há variados atos ofensivos ao pudor, que, mais graves, merecem continuar tipificados como infração penal. No entanto, nesses casos, devemos voltar os olhos à proteção da dignidade e da liberdade sexual. Para tanto, o ideal seria transformar a contravenção do art. 61, com redação mais clara, respeitando-se a taxatividade, em modalidade privilegiada do estupro (art. 213, CP). Logo, havendo violência ou grave ameaça e justificando-se pela gravidade da ofensa à dignidade sexual da pessoa humana, configura-se o delito previsto no art. 213 do Código Penal, porém, sem violência ou grave ameaça, mas constituindo ato atentatório à dignidade sexual e liberdade da pessoa humana, aplicar-se-ia o crime na forma privilegiada, com pena menor⁶ grifo nosso.

Lado outro, o crime de ato obsceno exige publicidade da conduta, isto é, deve ser praticada em local público ou acessível ao público, contudo, havendo o contato entre autor e vítima ou em sendo cometido em local ermo, resta descaracterizado.

A contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, por sua vez, também é um comportamento que contrasta com a moral e os bons costumes, exigindo publicidade do ato e, caso seja praticado às escondidas, é forçoso o reconhecimento de sua atipicidade. Eis a diferença entre tais figuras típicas: o contato físico.

A jurisprudência, corretamente, tem decidido que a publicidade é elementar do tipo. Senão vejamos:

Exige a lei para a configuração de importunação ofensiva ao pudor, que o fato seja praticado em lugar público ou acessível ao público. Isso quer dizer que, se a importunação ocorrer entre quatro paredes, o agente não é alcançado pela cominação legal.⁷

⁶ Nucci, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas (2010) , p.223.

⁷ TACrimSP – Rel. Itagiba Porto – RT 292/410

O Tribunal do Rio Grande do Sul (TJRS) vem se inclinando ao reconhecimento do princípio da proporcionalidade e desclassificação do delito do artigo 213 do CP, segunda parte (ou antigo 214 do CP), para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou, até mesmo, à contravenção penal de perturbação de tranquilidade, contrariando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do assunto, estampado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 105673 colacionado adiante. Destacamos:

Habeas corpus. Atentado violento ao pudor. Condenação. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Descrição suficiente ao exercício do direito de defesa. Atipicidade da conduta. Atos libidinosos demonstrados. Beijo lascivo. Configuração do crime. Exame aprofundado das provas. Impossibilidade. Ordem denegada. 1. Não há falar em inépcia formal se a denúncia descreveu a conduta delituosa de forma suficiente ao exercício do direito de defesa, com narrativa de todas as circunstâncias relevantes, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que o órgão acusatório apontou objetivamente o ato criminoso imputado ao paciente, consistente na prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante violência presumida. Foi descrito que o paciente teria atraído a menor para sua residência, após o que "agarrou" e "beijou" a vítima, com 12 anos de idade, sem o seu consentimento. Narrou-se, ainda, que em consequência dos atos do paciente a vítima estaria com o zíper de suas vestes aberto. 3. É pacífica a compreensão desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o beijo lascivo pode constituir ato libidinoso diverso da conjunção carnal, hábil a caracterizar o delito descrito na anterior redação do art. 214 do Código Penal, em sua forma consumada. 4. No caso, as instâncias ordinárias, analisando detidamente as provas produzidas nos autos, concluíram que o paciente praticou atos libidinosos contra a vítima, jogando-a na cama, beijando-a de forma lasciva e abrindo o zíper de sua roupa. Tais atos, como visto, são suficientes para caracterizar o delito pelo qual foi condenado. 5. Não se mostra possível, na via eleita, alterar a conclusão a que chegaram o Juiz e o Tribunal de origem acerca dos fatos, pois inviável, nesta sede, analisar profundamente as provas produzidas. 6. Ordem denegada⁸ (grifo nosso).

Selecionamos alguns julgados do TJRS e registramos:

Atentado violento ao pudor. Desclassificação. Acusado de constranger menina de 09 anos de idade, consistindo em abraçar e beijar o rosto da vítima, e passar a mão pelo corpo e órgão genital da ofendida, mediante violência presumida. Tendo a prova demonstrado que a conduta do acusado não passou de manifestações eróticas, diversas do ato libidinoso propriamente dito, pela severidade da pena prevista ao delito de atentado violento ao pudor, deve ocorrer a desclassificação para o artigo 65 da lei das contravenções penais, sob pena de ferir-se o princípio da proporcionalidade penal. Improvido o recurso do ministério público⁹ (grifo nosso).

Penal. Atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: O toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios e na região genital da ofendida, ainda que uma menina de apenas nove anos de idade, pelo agente, sem comprovada intenção de manutenção de relações sexuais, não caracteriza atentado violento ao

⁸ STJ, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/09/2011, T6 - SEXTA TURMA

⁹ Recurso em sentido estrito nº 70004091088, 8ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Des. Março Antônio Ribeiro de Oliveira, j. em 05.06.02

pudor, do art. 214 do CP, mas importunação ofensiva ao pudor, do art. 61 da Lei de Contravenções Penais¹⁰ (grifo nosso).

Atentado violento ao pudor. Inocorrência. Desclassificação para contravenção penal de perturbação de tranquilidade. Mero fato de acariciar as nádegas, sem a ocorrência de outros fatos libidinosos. Recurso defensivo parcialmente provido¹¹ (grifo nosso).

Apelação-crime. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade: não é qualquer ato que constitui o antigo atentado violento ao pudor. Desclassificação. Ato obsceno. Art. 233 do CP. Deram parcial provimento aos apelos ministerial e defensivo (unânime)¹² (grifo nosso).

Apalpadela dos seios de menor. Atentado violento ao pudor. Proporcionalidade. Desclassificação. Ato obsceno. O ato de apalpar os seios da vítima, criança de 12 anos de idade, merece reprimenda, mas na proporcionalidade com a gravidade do fato que, diferentemente de outros, não atinge as características de violência e repúdio do atentado violento ao pudor. A resposta jurisdicional pretendida daria ao fato a mesma sanção de um homicídio simples, o que evidencia a desproporção entre a ação e sanção alvitada no recurso da acusação. A presunção de violência não pode atingir o injusto. Reprimenda necessária que se faz com a desclassificação do delito, tal como promovida na sentença. O crime é de ato obsceno tipificado no artigo 233, CP. Recurso ministerial desprovido¹³ (grifo nosso).

Conforme muito bem destacado no primeiro julgado supratranscrito, onde o apelante teria apenas passado a mão na genitália e nas nádegas da vítima, tal conduta não alcançou a amplitude necessária para a configuração de atentado violento ao pudor, sendo assentado, ainda, que não restou comprovado o grave constrangimento, elementar a este crime, todavia, é reprovável e, considerando o princípio da proporcionalidade, houve a desclassificação do crime do artigo 214 do CP (antiga redação) para a contravenção penal do artigo 61 da LCP.

A aplicação da pena mínima do crime de estupro em tais casos não parece ser a solução mais plausível, já que aquele indivíduo que acariciou os seios da vítima ostentará a mesma condenação que um estuprador bárbaro, o que dificultará sua reinserção social, tornando-o propenso à prática de crimes, uma vez que dificilmente será aceito pela coletividade.

Além do estigma de estuprador, sem o ser propriamente dito, aquele condenado à pena mínima (o que já seria elevada em razão da conduta praticada), ainda enfrentará todo um rigor na execução penal já que, por se tratar de crime hediondo, terá maiores dificuldades em obter os benefícios a que faria jus.

¹⁰ Apelação crime 70002105344, Câmara Especial Criminal, TJRS, Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi, j. em 28.08.01

¹¹ TJRS, Apelação Crime n.º 699437786, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des. Março Antônio Ribeiro de Oliveira, jul. em 29/09/1999

¹² Apelação Crime N° 70042286237, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 25/05/2011

¹³ Apelação Crime N° 70000765230, Quinta Câmara Criminal, TJRS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 22/03/2000

Diante de tal dilema, não havendo um tipo penal específico para as condutas de cunho sexual menos graves, a melhor saída é não pecar pelo excesso e desclassificar as condutas inicialmente imputadas como artigo 213 do CP (prática de atos libidinosos diversos) para a infração de importunação ofensiva ao pudor, perturbação da tranqüilidade ou ato obsceno, a fim de se evitar transgressão do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que, pela reprovabilidade do comportamento, não podem ficar impunes.

5 A necessidade de criação de um tipo penal intermediário para enquadramento de condutas de cunho sexual violadoras da honra

Na esfera penal, onde o que está em voga é a liberdade de cada indivíduo, revela-se indispensável que a proporcionalidade entre conduta e punição impere, evitando-se, assim, o cometimento de injustiças. O brocardo *“in dubio pro reo”*, não muito respeitado na prática, faz mais sentido ainda quando lidamos com situações desta natureza. Na dúvida, é preferível punir um inocente ou absolver um culpado? Certamente o primeiro é o mais emblemático, onde temos que uma figura inocente será condenada para trazer paz de espírito para uma vítima que, muitas das vezes, seguirá sua vida normalmente, enquanto o agente, que acariciou as partes íntimas da mesma, sobre as roupas, ostentará uma condenação pelo crime de estupro e, conseqüentemente, será rotulado pela sociedade como se estuprador, da pior espécie, fosse.

Por tal razão, deve haver uma distinção, onde esses indivíduos tenham uma pena razoável, em consonância com a conduta praticada.

Beccaria (1764), em sua pequena grande obra “Dos Delitos e das Penas” referia-se a limitação do poder punitivo do Estado e a necessidade de humanizar as penas. Beccaria já no século XVIII sustentava a necessidade de haver uma proporção entre os delitos e as penas. Deste modo, o castigo (a pena) deveria, sempre, guardar uma proporcionalidade com o mal (dano) causado pelo delito.

Não é demais lembrar, que o verbo “constranger” é o núcleo do tipo penal de estupro, sendo que o referido constrangimento poderá se desencadear pela violência ou até mesmo pela grave ameaça, seja ela física ou psicológica. Assim, para a configuração do delito, pressupõe-se constrangimento à vítima, mediante violência ou grave ameaça, isto é, não basta o íntimo contato não tolerado, a vítima tem que ser submetida a um constrangimento que dificulte ou impossibilite sua resistência, o que, nem sempre ocorre.

Acerca do assunto, Bitencourt (2011, p. 49) preconiza que o constrangimento ilegal e o dissenso da vítima são elementares do tipo e devem ser amplamente comprovadas, devendo

se ter em mente a necessidade de o ofendido não poder oferecer resistência ou não o fizer por receio da violência ou grave ameaça a ser perpetrada pelo agente.

Assim, o agente que acaricia as partes pudendas da vítima, desde que sem violência ou grave ameaça, independente da motivação do ato, não causa outro constrangimento, além do moral. Ainda que seja suficiente para satisfazer sua lascívia, tal conduta é extremamente desproporcional com a punição a ser recebida, já que receberá o mesmo tratamento daquele indivíduo que constranger, mediante violência ou grave ameaça, a vítima à prática de atos sexuais.

Destarte, o que deve ser analisado é o constrangimento imposto à vítima, se mediante violência ou grave ameaça, uma vez que, em sendo um toque sutil, que não dificulte ou impossibilite a resistência da vítima, ou seja, não estando ela sendo obrigada, mas apenas molestada, haverá uma atipicidade relativa do fato.

Esta atipicidade não significa que não é reprovável e, por tal razão, merece punição. Mas qual seria a mais adequada, já que não existe previsão legal neste sentido, notadamente em razão de que não estamos diante de uma violação à dignidade sexual da vítima e, sim, de sua honra, afigurando-se razoável a criação de um tipo penal específico. E qual seria este tipo penal?

Entendemos que deveria ser criado um delito que fosse de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, no capítulo de crimes contra a honra, que girasse em torno de um contato lascivo não tolerado (“Constranger alguém por meio de contato íntimo não permitido, se do fato não resultar crime mais grave”), com uma pena razoável de um a quatro anos (o que possibilita oferecimento de suspensão condicional do processo), com causa de aumento, caso o fato ocorra em local público ou a vítima seja menor de 12 anos, por exemplo.

Desta forma, estaria excluída a elementar do tipo “constrangimento mediante violência ou grave ameaça” e a exigência de publicidade, preenchendo a lacuna deixada pelo legislador, sendo de caráter subsidiário, ou seja, um verdadeiro soldado de reserva a ser utilizado apenas quando não houver espaço para o enquadramento mais grave, afastando sua irrestrita desclassificação, pois qualquer contato de cunho sexual seria suficiente para configurar o delito, ainda que de maior gravidade.

Poderia existir, igualmente, como causa excludente de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), se o fato ocorresse em locais com aglomeração de pessoas, ou seja, na modalidade culposa (não há como evitar).

6 Considerações Finais

É incontestável que o princípio da proporcionalidade está implícito na Constituição Federal, e é uma ferramenta indispensável na legitimação e limitação do poder de punir do Estado.

Referido princípio não se destina apenas ao magistrado, responsável pela dosimetria da pena e aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada, devendo igualmente o legislador, quando da incriminação de condutas, pautar-se pelas diretrizes do aludido princípio. Em outras palavras, legislar com sensatez e criar condutas criminosas compatíveis com as respectivas punições, sob pena de violar o sistema de direitos e garantias engendrado na Constituição Federal/88.

A necessidade de criação de um tipo penal intermediário para se encaixar condutas com conotação sexual, mas que não poderiam ser enquadradas no crime de estupro, haja vista que, a princípio, seriam atípicas diante da aplicação do princípio da proporcionalidade, mostra-se iminente, já que, como visto, na prática, nem sempre casos semelhantes recebem o mesmo tratamento, gerando insegurança jurídica.

Por fim, aquelas condutas que não ferirem a dignidade sexual da vítima, mas, sim, sua honra, necessitam da criação de um tipo penal específico, já que reprováveis, para que não restem impunes ou pior, punidas com excessivo e injusto rigor.

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY, LEWD ACTS CONCEPT IN RAPE CRIME AND THE CREATION OF A CRIMINAL TYPE INTERMEDIATE

Abstract

The main focus of this study is to analyze the need to establish a criminal offense intermediary for framing infringing conduct of sexual dignity that should be disapproved by the Criminal Law, but without fitting the crime of rape. This is a literature review and case law, seeking the position of the concept of lewd acts for the criminal offense of rape configuration purposes. So, faced with situations in which performing the framework of misconduct as rape offense would reveal too much, but, on the other hand, fit the criminal misdemeanor harassment offensive to modesty or disturbance of the peace could equate to impunity, serving as a stimulus for new delinquency. This is a peculiar situation in which to find a plausible solution, using the cold letter of the law, it seems impossible. Thus, it is imperative that the principle of proportionality is applied as a way to do justice in order to dose, in this case, what behaviors deserve significant state repression given crime considered heinous and which deserve a less severe sanction and more coherent. Therefore, it is necessary not only the figure of the judge when the dosimetry pen, but, above all, the legislature, in its legislating function, incriminating conduct reasonably sanctions. In the case, we should pay attention to the need to create an intermediate criminal offense covering reprehensible conduct, however, they do not deserve the strict state repression given to the crime under investigation.

Keywords: Rape. Typicality. Lewd acts. Proportionality.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**. 45ª Edição. Rio de Janeiro. Março de 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45.pdf>. Acesso em 25 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Disponível em <<http://www.abrasd.com.br/biblioteca/direito/Dos%20Delitos%20e%20das%20Penas%20-%20Cesare%20Beccaria.pdf>>. Acesso em 30 out. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____, **Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____, **Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____, **Lei das Contravenções Penais, Decreto-Lei 3.688**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 15 abr.. 2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 105.673-CE, 6ª Turma. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 01 de janeiro de 2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079083/habeas-corpus-hc-105673-ce-2008-0095693-8-stj/relatorio-e-voto-21079085>>. Acesso em 15 abr. 2014.

_____, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. RT 292/410. Relator: Itagiba Porto. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_2/DIALOGO-JURIDICO-02-MAIO-2001-ROMULO-MOREIRA.pdf>. Acesso em 15 abr. 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso em Sentido Estrito nº 70004091088, 8ª Câmara Criminal. Relator: Março Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 05 de junho de 2002. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21953724/apelacao-crime-acr-70048697379-rs-tjrs/inteiro-teor-21953725>>. Acesso em 28 out. 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação nº 70002105344, Câmara Especial Criminal. Relator: Vladimir Giacomuzzi. Porto Alegre, 28 de agosto de 2001. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19781610/apelacao-crime-acr-70042286237-rs/inteiro-teor-19781611>>. Acesso em 28 out. 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação nº 699437786, 8ª Câmara Criminal. Relator: Março Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 29 de setembro de 1999. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19781610/apelacao-crime-acr-70042286237-rs/inteiro-teor-19781611>>. Acesso em 28 out. 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação nº 70042286237, 5ª Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 25 de maio de 2011. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19781610/apelacao-crime-acr-70042286237-rs/inteiro-teor-19781611>>. Acesso em 28 out. 2014.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação nº 70000765230, 5ª Câmara Criminal. Relator: Aramis Nassif. Porto Alegre, 22 de março de 2000. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19781610/apelacao-crime-acr-70042286237-rs/inteiro-teor-19781611>>. Acesso em 28 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

FILHO, Magalhães, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 3ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes? Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 25 nov. 2014.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 31ª Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Lei Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RABELO, Grazielle Martha. O princípio da proporcionalidade no Direito Penal. *Âmbito Jurídico*. Dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em 29 out. 2014.

RAMOS, Diego da Silva. O princípio da proporcionalidade. *Direitonet*. Março de 2011. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em 29 out. 2014.