

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

MYLANE AZEVEDO MOUZINHO

O BEIJO LASCIVO NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise da proporcionalidade da
pena no pós Lei nº 12.015/09

São Luís

2020

MYLANE AZEVEDO MOUZINHO

O BEIJO LASCIVO NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise da proporcionalidade da
pena no pós Lei nº 12.015/09

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco como requisito parcial para
obtenção do grau e Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia.

São Luís
2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário - UNDB / Biblioteca

Mouzinho, Mylane Azevedo

O beijo lascivo no crime de estupro: uma análise da proporcionalidade da pena no pós Lei nº 12.015/09. / Mylane Azevedo Mouzinho. __ São Luís, 2020.

75 f.

Orientador: Rafael Moreira Lima Savaia

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2020.

1. Beijo lascivo. 2. Direito penal - Crime de estupro. 3. Atos libidinosos - Beijo lascivo. I. Título.

CDU 343.541

MYLANE AZEVEDO MOUZINHO

**O BEIJO LASCIVO NO CRIME DE ESTUPRO: uma análise da proporcionalidade da
pena no pós da Lei nº 12.015/09**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco como requisito parcial para
obtenção do grau e Bacharela em Direito.

Aprovada em: 14/12/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Rafael Moreira Lima Sauaia (Orientador)
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Esp. Raniê Brito Saraiva Leão (Membro Externo)
Centro Universitário Estácio São Luís

Prof. Mº. Nonnato Masson Mendes dos Santos (Examinador)
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois ele foi à base que me sustentou em toda essa árdua jornada, propiciando a sua conclusão, me permitindo chegar mais perto da realização de um sonho. Por vezes, a vontade de desistir foi maior, mas quando tudo parecia perdido o Senhor intercedeu por mim e me agraciou com inúmeras bênçãos, possibilitando a chegada a este tão sonhado momento.

À minha mãe, Branca, que foi a minha maior fonte de força, amor e inspiração. Obrigada por sempre me apoiar e por todos os esforços realizados para que eu pudesse chegar até aqui. Sem o seu incentivo, palavras de ajuda, abraços e compreensões nunca teria concluído o curso. Sei que neste momento a concretização deste trabalho não representa apenas o fim da graduação, mas sim a colheita dos frutos plantados com tanto empenho nos últimos 5 anos. Este trabalho é dedicado a você!

Ao meu irmão, Merval Azevedo, por todo apoio dado nessa jornada, por todas as vezes que me incentivou e palavras de apoio quando mais precisei. Todo o seu suporte foi mais que essencial para concluir esta etapa, obrigada por sempre acreditar e cuidar de mim.

Ao meu namorado, Davison Luís, por toda a paciência, incentivo e ajuda dada nos últimos cinco anos. Seu companheirismo, carinho e paciência foram mais substanciais para a realização deste sonho. Obrigada por sempre me ouvir, me ajudar e por sempre estar presente quando eu mais precisava.

Às minhas amigas de graduação, Vitória Furtado por todo o incentivo e palavras de apoios, a Alexya Costa por todas as vezes que estudamos juntas, por toda a ajuda e por todos os momentos compartilhados. A Ludmilla Braid, por estar presente, ser uma grande amiga de graduação e pelo amparo dado em toda essa jornada e , Julyana Lages, que foi mais que importante na reta final dessa jornada, te agradeço imensamente por está comigo nesse momento de desespero, por ouvir minhas reclamações e por ser essa amiga maravilhosa.

Agradeço também a minha sogra Irismar Cantanhede, e minha tia Celeste Guimarães, pela ajuda dada durante todo o curso, pela força, pelo amparo dado a minha mãe e a mim, saibam que nunca serão esquecidos, sei que sem vocês nada disso poderia ter sido concretizado. Sou imensamente e eternamente grata por tudo.

Agradeço também ao meu orientador, Rafael Sauaia, pela ajuda não só neste momento, mas durante o curso, pelas lições, ensinamentos e “puxões de orelha”, que me trouxeram até aqui.

E, por fim, mas não menos importante, à UNDB, por ter sido minha segunda casa durante os últimos cinco anos, local do qual sempre guardarei boas lembranças. Bem como

aos professores que integram a instituição, por compartilharem com tanta maestria seus valiosos conhecimentos.

“A realização de todo feito extraordinário,
consiste em ter um sonho e acreditar nele.”

Augusto Branco

RESUMO

Em 07 de agosto de 2009 entrou em vigor a lei nº 12.015/09 a qual alterou o Código Penal unificando os delitos de estupro, art. 213, e atentado violento ao pudor, art. 214, conferindo nova redação ao art. 213, que passou a tipificar como estupro a prática da conjunção carnal e de atos libidinosos mediante violência ou grave ameaça. Entretanto, a modificação trouxe debates entre os intérpretes da lei, em razão da amplitude do termo ato libidinoso, que acaba por tipificar qualquer ação de cunho sexual como estupro, incluído o beijo lascivo, ainda que este não tenha o condão de lesar gravemente o bem jurídico tutelado, acarretando a desproporcionalidade no momento de aplicação da pena. Por este motivo, através do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, este estudo tem como escopo debater se, sob a ótica do Direito Penal, há obediência ao princípio da proporcionalidade ao punir o agente que pratica um beijo lascivo, analisando a lei em abstrato e as penas aplicadas aos casos em concreto. Para tanto, em primeiro plano aborda-se acepções básicas sobre o dolo e a tipicidade no Direito Penal Brasileiro, para assim, estudar o delito de estupro e o ato libidinoso de beijo lascivo. Por conseguinte, averigua-se os princípios da dignidade humana e sexual, da ofensividade e da proporcionalidade, atinentes à infração penal de estupro. Por derradeiro, este trabalho se debruça na análise de decisões judiciais onde a pena se revelou demasiada em comparação ao mal causado à vítima, a fim de que, através desta, se pudesse chegar a uma conclusão completa no que tange a incidência do beijo lascivo como estupro e a proteção a liberdade sexual.

Palavras-chave: Beijo Lascivo. Estupro. Atos Libidinosos. Proporcionalidade. Ofensividade.

ABSTRACT

Came into force on August 7, 2009, the following Brazilian law No. 12,015/09 amending the criminal code that unified rape crimes and indecent assault, respectively articles 213 and 214. Giving new wording to art. 213, which began to classify rape as the practice of carnal conjunction and libidinous acts through force or severe threat. However, this embodiment brought debates among the interpreters of law due to the magnitude of the term libidinous act resulting in typifying any sexual performance as rape, including the lascivious kiss. However, the harming does not affect the protected legal interest resulting in asymmetry to penalty. For this reason, through the hypothetical-deductive method and bibliographic research, this study aims to debate following the perspective of Criminal Law and observing the proportionality principle meanwhile punish the agent who practices a lustful kiss, analyzing the law and penalties applied in particular cases. Beforehand, to study rape and the libidinous act of lustful kiss crime the basic concepts of willful misconduct and legality in Brazilian Criminal Law are addressed. Consequently, some principles such as human and sexual dignity, offense, and proportionality related to the rape transgression are examined. Ultimately, the aforementioned work focuses on the analysis of judicial decisions where the penalty has shown to be extreme compared to the wrong caused to the victim, through this, a flawless conclusion could be given regarding the incidence of a lascivious kiss as rape and protection of sexual freedom.

Keywords: Libidinous Acts. Lustful Kiss. Proportionality. Offense. Rape.

LISTA DE SIGLAS

CPB	Código Penal Brasileiro
CF	Constituição Federal
DEM-RJ	Partido Democrata do Rio de Janeiro
HC	Habeas Corpus
LCP	Lei de Contravenções Penais
PL	Projeto de Lei
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
TJ	Tribunal de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJMT	Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O SURGIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO E OS SEUS ELEMENTOS CARACTERIZADORES NAS SUCESSÕES NORMATIVAS	13
2.1	Do dolo e tipicidade	17
2.2	Do Delito de Estupro e Atentado Violento ao Pudor	23
2.3	Do Ato Libidinoso e o Beijo Lascivo	27
3	OS PRINCÍPIOS PENAIIS APLICÁVEIS NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	32
3.1	Dignidade da pessoa humana e dignidade sexual	32
3.2	Princípio da ofensividade ou lesividade	37
3.3	Princípio da proporcionalidade	41
4	DA PROPROCIONALIDE NA APLICAÇÃO DA PENA AO BEIJO LASCIVO	49
4.1	Importunação Sexual (art. 215-a CP) e Importunação Ofensiva ao Pudor (revogado art. 61 da lei 3.688/64)	49
4.2	O beijo lascivo e o crime de importunação sexual	54
4.3	A Proporcionalidade da pena no Beijo Lascivo	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	66
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro foi promulgado em 1940, estando em vigor há oitenta anos e, em virtude de sua idade, a norma penal precisa ser alterada à medida que a sociedade muda. À vista disso, na redação original, o art. 213 do CPB tipificava como estupro o ato de constranger mulher à prática de conjunção carnal, mediante o uso de violência ou grave ameaça, punindo o sujeito ativo com pena de reclusão de três a oito anos.

O dispositivo restringia-se a caracterizar como estupro somente a conjunção carnal, cabendo ao art. 214 do CPB, delito de atentado violento ao pudor, a tutela dos atos libidinosos, que são as outras condutas de cunho sexual diversas da penetração vaginal, aplicando-se a pena de reclusão de dois a sete anos.

Com o advento da Lei nº 12.015/2009 o art. 214 do CPB foi revogado e seus elementos caracterizadores migraram para o delito do art. 213 do CPB, o qual passou a tipificar como estupro o ato de constranger alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, por meio de violência ou grave ameaça, estabelecendo como pena, reclusão de seis a dez anos.

Desta feita, todo e qualquer ato libidinoso cometido por meio de *vis corporalis* ou *vis compulsiva*, passou a ser considerado estupro independente do grau de ofensa causado pela ação delituosa, cita-se como exemplo o sexo anal, sexo oral, carícias, apalpadinhas, “amassos”, beijos lascivos e demais atos que atentem contra a dignidade sexual. Todavia, há um em especial que será objeto de estudo da presente pesquisa, qual seja o beijo lascivo.

Este tema ainda é objeto de muitas discussões na doutrina e jurisprudência, haja vista que, pela literalidade da lei, o beijo lascivo está inserido no art. 213 do Código Penal, punindo-o com a mesma severidade daquele que pratica o ato de conjunção carnal, ou atos libidinosos mais graves, como sexo anal ou sexo oral.

Em virtude disso, a questão que ainda levanta muitos debates na seara penal, vez que punir da mesma maneira o indivíduo que mediante violência ou grave ameaça pratica conjunção carnal e o agente que dá um beijo a força em outra pessoa, revela-se totalmente desproporcional, em razão das ações não terem o condão de lesar a vítima com mesma magnitude.

Assim, a depender do caso concreto, a conduta era desclassificada para o art. 61 da Lei de contravenção penal que tratava de importunação ofensiva ao pudor, mas que foi revogado pela lei nº 13.718/18, a qual inseriu novo delito ao Código Penal, a importunação sexual, disposta no art. 215-A, punindo com pena de um a cinco anos o agente que realiza

atos libidinosos sem violência ou grave ameaça.

É louvável a atitude do legislador em criar um tipo penal intermediário que abarcasse certos atos libidinosos e assim aplicar penas proporcionais às ofensas perpetradas. Porém, o novo crime não tipificou aquelas ações praticadas por meio de violência e/ou grave ameaça, como é o caso do beijo lascivo, deixando-o ainda inserido no art. 213 do Código Penal. Em virtude do exposto, a problemática do presente trabalho se perfaz no seguinte questionamento: o beijo lascivo deve ser considerado estupro e ser punido na mesma proporcionalidade da conjunção carnal ou outros atos libidinosos mais graves?

Em razão da unificação dos art. 213 e 214 do CPB, passou-se a considerar todos os atos libidinosos diversos da conjunção carnal como estupro, sem que as ações fossem separadas em mais ou menos gravosas. Em que pese à proteção ao princípio da dignidade sexual, há outros princípios pilares do direito penal que devem ser levados em consideração no momento da aplicação da pena, quais sejam o princípio da ofensividade e da proporcionalidade da pena. Na presente pesquisa, ao tipificar o beijo lascivo como estupro, surgem diversos debates na doutrina e jurisprudência sobre a proporcionalidade da sanção, em relação à lesão causada a vítima. Desta maneira, a hipótese debatida se funda na seguinte afirmação: enquadrar o beijo lascivo como estupro, aplicando a pena mínima de seis anos, revela-se desproporcional, tendo em vista que o ato não lesa o bem jurídico na magnitude exigida pelo art. 213 do CPB. É o que se pretende abordar.

O objetivo geral do presente trabalho consiste em realizar um estudo sobre a prática do beijo lascivo e a proporcionalidade da pena no pós Lei nº 12.015/09, que passou a tipificá-lo como estupro, acarretando debates entre os intérpretes da lei. Para tanto, têm-se como objetivos específicos: o surgimento do delito de estupro e os seus elementos caracterizadores nas sucessões normativas; discorrer sobre os principais princípios penais aplicáveis aos crimes contra a liberdade sexual e por fim, debater acerca da proporcionalidade da pena no beijo lascivo, analisando as punições aplicadas em casos concretos.

Para a presente discussão é relevante entender as controvérsias existentes a respeito da aplicação da pena, facilitando, desta maneira, decisões proferidas pelo judiciário. Dito isso, como relevância social, a discussão mostra a população que as suas condutas devem ser punidas de maneira correta, sem garantir a impunidade, mas que de igual modo, não venha ser desproporcional, de modo a não prevalecer o direito penal do inimigo.

Academicamente, a tônica em epígrafe é essencial para entender os debates jurídicos existentes sobre o tema, de maneira a contribuir para com o judiciário na aplicação de penas proporcionais e adequadas a conduta praticada. Ocorre que o beijo lascivo divide a

opinião dos operadores do direito sobre a sua qualificação como estupro ou importunação sexual, bem como a pena que se revelada adequada ao agente que o pratica.

De forma pessoal, o interesse pelo assunto abordado se dá devido as constantes notícias de mulheres que são beijadas a força em ocasiões festivas ou mesmo realizando atividades cotidianas, levando o caso às delegacias a procura de justiça.

Nesta pesquisa monográfica trabalhou-se com o método hipotético-dedutivo, onde, consoante Marconi e Lakatos (2003), baseia-se em demonstrar uma hipótese prévia acerca de determinada problemática, demonstrando os aspectos que despertaram o interesse no tema abordado, realizando uma discussão que levará ou não ao falseamento de tal hipótese.

Ademais, quanto à pesquisa, utiliza-se da forma exploratória e descritiva, de acordo com a definição trazida por Gil (2008), haja vista a pretensão de construir uma hipótese, para então confirmá-la ou não, sendo esta (in)adequada ao Direito penal, através da análise de casos concretos. Isto posto, trata-se de pesquisa bibliográfica, baseada principalmente em livros e artigos científicos de modo a estudar os elementos caracterizadores do delito de estupro, e documental, ao analisar julgados dos Tribunais estaduais, do STF e STJ, em que se aplicou pena elevada ao beijo lascivo (GIL, 2008).

Sendo assim, primeiro no capítulo pretende-se abordar um pouco a respeito do surgimento do delito de estupro no Brasil e as principais alterações trazidas pela lei nº 12.015/09 nos crimes contra a liberdade sexual, trazendo noções basilares sobre dolo e tipicidade no ordenamento jurídico brasileiro, além de realizar um estudo sobre os elementos caracterizadores do referido delito e a conceituação de atos libidinosos e beijo lascivo.

Por conseguinte, no segundo capítulo, objetiva-se demonstrar os princípios mais relevantes a este trabalho, que são a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Carta Magna e basilar, pois dele decorrem a proteção aos demais direitos, bem como a tutela a dignidade sexual e a liberdade sexual, e os princípios da proporcionalidade e ofensividade, que devem ser verificados em conjunto para a realização da ponderação a respeito da proporcionalidade da pena no beijo lascivo.

Por derradeiro, no terceiro capítulo, pretende-se analisar o nascimento do delito de importunação sexual e a possibilidade de tipificar o beijo lascivo neste crime, além de averiguar julgados, onde as sanções impostas se demonstraram desmedidas e descabidas, em comparação a conduta do agente.

2 O SURGIMENTO DO DELITO DE ESTUPRO E OS SEUS ELEMENTOS CARACTERIZADORES NAS SUCESSÕES NORMATIVAS

Para realizar um estudo acerca do delito de estupro no sistema repressivo brasileiro, faz necessário entender um pouco da história que levou a inserção do referido crime no Código Penal, bem como as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/09 no que tange aos seus elementos caracterizadores.

Antes da descoberta do Brasil, os habitantes deste território puniam aqueles que violavam as regras de convivência existentes com a “perda da paz”, que se refere à expulsão do infrator do grupo, já que em virtude das crenças existentes na época, acreditava-se que se o sujeito não fosse devidamente castigado, sofreria a ira dos deuses (FAYET, 2011).

Com a chegada dos portugueses, leis passaram a ser necessárias para a manutenção da ordem, sendo as Ordenações Filipinas (1603- 1830) a primeira compilação jurídica vigente no Brasil a mencionar a conduta que viria a ser nomeada como estupro, tendo em vista que ainda não havia alusão ao termo “estupro” na redação, apenas descrevia-se o ato de praticar conjunção carnal “per força” (MARTINS, 2012), conforme se verifica no Livro V, Título XVIII, das Ordenações:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, **morra por ello** (FAYET, 2011, posição 247, grifo nosso, redação original).

Acentua-se, que além do dispositivo caracterizar uma conduta criminosa, determinava também a pena a ser aplicada ao agente que a praticava, razão pela qual se pode dizer que este representou o princípio da normal penal no Brasil (FAYET, 2011).

Com o início do período Imperial, o Código Criminal do Império de 1830 foi criado, ostentando grandes inovações, como o esboço da individualização da pena, a adição de atenuantes e agravantes aos delitos, além de ser a primeira legislação a utilizar a denominação estupro (MARTINS, 2012), presente no título II, capítulo II, seção I, o art. 222, o qual preceituava: “Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida” (BRASIL, 1830, redação original).

Ademais, tal qual o Código Penal atual, a seção referente ao estupro no código de 1830, em seu art. 223, punia de um a seis meses de prisão do agente que praticava outro ato libidinoso diverso da cópula carnal, causando mal a mulher (BRASIL, 1830).

Após o fim da monarquia, tem-se o nascimento da República, que em virtude da nova forma de governo, demandava de maneira urgente a elaboração de um novo código criminal. Em razão disso, em outubro 1890, meses antes da promulgação da Constituição de 1891, o Código Criminal da República foi decretado, ostentando inovações, pois aboliu a pena de morte e penas cruéis, inseriu novos tipo de prisão e o banimento, além de trazer os crimes de estupro e atentado violento ao pudor no título atinente à “violência carnal” (FAYET, 2011).

Sob a égide desse postulado que a tipificação do estupro restringiu-se à prática da conjunção da carnal contra a mulher, como pode ser observado nos art. 268 e 269 do códex em questão:

Da violencia carnal.

Art. 266. **Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:** Pena - de prisão cellular por um a seis annos

(...)

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão cellular por seis meses a dois annos.

§ 2.º Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. **Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não.**

Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcóticos (BRASIL, 1890, grifo nosso, redação original).

Analisando o texto, é possível perceber que o estupro era configurado pela ocorrência de um ato sexual não concordado pela vítima, exigindo o emprego da violência física e/ou de meios que privavam a capacidade de defesa da mesma, deixando o cargo da infração de atentado violento ao pudor, a tipificação das demais ações de conotação sexual.

Com o passar dos anos, viu-se que o código penal exigia uma nova estrutura, linguagem e técnica, por isso, após muitos projetos de reforma ao código de 1890 e debates acerca do assunto, foi sancionado em dezembro de 1940, o Código Penal Brasileiro vigente até os dias atuais, tendo como precursor o professor Alcântara Machado (MARTINS, 2012).

No texto original, o art. 213 do CPB dispunha o estupro como o ato de: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito annos”. De maneira semelhante à norma anterior, o delito era consumado quando havia a conjunção carnal, cabendo ao art. 214, referente à infração de atentado violento ao pudor, a sanção aos demais atos sexuais, veja-se: “Constranger alguém,

mediante violência ou grave ameaça, **a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal**: Pena- reclusão de dois a sete anos” (grifo nosso).

Todavia, o Código Penal esta em vigência há oitenta anos, e seu texto ainda expõe pensamentos condizentes com a época em que foi escrito, necessitando, por esta razão, de modificações para adequar a norma ao contexto social atual. Assim, em 2009 o legislador inovou ao promulgar a Lei nº 12.015 que uniu os arts. 213 e 214 do CPB, “com o intuito de afastar qualquer ranço arcaico e inapropriado referente à ideia de moral e bons costumes presentes na versão original do Código Penal” (PRADO, 2019).

A referida legislação substituiu ainda a nomenclatura do título na qual infração penal está inserida, pois na redação original o Título VI, Capítulo I, do CPB nomeava como “Crimes contra o costume” aqueles delitos que atentavam contra a liberdade sexual do indivíduo, em razão das regras sociais que prezavam pelo recato e discrição no que se refere ao comportamento sexual, recaindo a proteção sobre os ditos “bons costumes” (GRECO, 2017a).

Diante da realidade do mundo moderno e com evolução social, o legislador percebeu que a nomenclatura “crimes contra o costume” não fazia mais sentido, tendo em vista o bem jurídico que ser protegido deixou de ser a honestidade das mulheres, como era mencionado em alguns delitos do Código Criminal de 1890¹, mas sim a liberdade sexual, ou seja, o direito que cada cidadão tem de escolher com quem se envolver sexualmente e de recusar a prática de qualquer ato contra a vontade (NUCCI, 2017b). Isto posto, o título recebeu nova nomeação e, em decorrência disso, apresentou um novo bem jurídico a ser tutelado, ganhando aplausos da corrente, que há muito defendia a reforma.

Outra grande alteração legal, e objeto de estudo do referido trabalho, foi conversão dos arts. 213 (estupro) e 214 do CPB (atentado violento ao pudor).

Considerava-se estupro a prática de conjunção carnal contra a mulher, e os demais atos libidinosos, sejam eles cometidos contra pessoas do sexo masculino ou feminino, eram protegidos pelo art. 214 do CPB.

Com a unificação dos dispositivos legais, o art. 213 do CPB passou a conter nova composição, considerando-se estupro o ato de: “Constranger alguém, mediante violência ou

¹ Crimes do Código Criminal de 1890 que faziam menção a mulher honesta:

“Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas **honest**a: Pena - de prisão cellula

“Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, **qualquer mulher honest**a, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos geneticos: Pena - de prisão cellula

“Art. 276. Nos casos de defloramento, **como nos de estupro de mulher honest**a, a sentença que condemnar o criminoso o obrigará a dotar a offendida” (BRASIL, 1890, grifo nosso, redação original).

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”. Diante da migração dos elementos caracterizadores do art. 214 ao art. 213, o rol de sujeitos passivo do delito foi ampliado, tendo em vista que atualmente homens e mulheres podem figurar como vítimas deste ato (GRECO, 2017a).

Vale ressaltar, que os delitos foram unificados, ou seja, não houve o fenômeno da *abolitio criminis* no que se refere ao delito de atentado violento ao pudor, situação onde determinada conduta passa a ser descriminalizada, isto é, sendo considerada atípica pelo ordenamento jurídico, mas sim a aplicação do princípio da continuidade normativo típico (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Rogério Greco (2017b, p. 164) explica que a continuidade-normativo típica ocorre quando “determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por nova lei”. Assim, embora uma norma incriminadora seja revogada, a conduta não deixa de ser criminalizada, pois os elementos caracterizadores do delito são deslocados para outro tipo penal. Logo, praticar ato libidinoso diferente da conjunção carnal ainda é crime, porém tipificado no art. 213 do CPB. A respeito do tema, o STJ já pacificou o entendimento de que os art. 213 e 214 do CPB foram reunidos em um só, aplicando-se o princípio da continuidade normativa. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. PLEITO DE NULIDADE PELA REVOGAÇÃO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. [...] 2. **O delito de atentado violento ao pudor, antes tipificado no art. 214 do Código Penal, com a reforma introduzida na legislação penal, foi aglutinado no art. 213 do mesmo Código, não havendo falar em abolitio criminis. Precedentes do STJ e do STF.** 3. **“Em respeito ao princípio da continuidade normativa, não há que se falar em abolitio criminis em relação ao delito do art. 214 do Código Penal, após a edição da Lei n. 12.015/2009. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor foram reunidos em um único dispositivo”** (HC 225.658/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2016). 4. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Após uma breve explanação sobre as principais modificações trazidas pela lei nº 12.015/09, passa-se agora a minudenciar o dolo e a tipicidade, bem assim as condutas consideradas estupro pelo direito penal.

2.1 Do Dolo e Tipicidade

O Código Criminal de 1830, em seu artigo 2º, conceituava crime ou delito como: “Julgar-se-ha crime, ou delicto: 1º **Toda a acção, ou omissão voluntaria contraria ás Leis penaes**” (BRASIL, 1830, grifo nosso, redação original). Posteriormente, o Código Penal Republicano de 1890 dispunha em seu art. 2º que: “**A violação da lei penal consiste em acção ou omissão**; constitue crime ou contravenção” (BRASIL, 1890, grifo nosso, redação original).

Em ambos, é possível encontrar a conceituação de crime no próprio texto legal, diferentemente do atual Código Penal, que não apresenta a definição de crime em sua composição, apenas a descrição das condutas consideradas criminosas pelo legislador. Em razão dessa lacuna legislativa, coube à doutrina conceber o seu significado.

Após longos debates, adotou-se no Brasil o conceito analítico de crime ou, também nomeado, de Teoria Tripartida, segundo a qual considera-se crime uma conduta que seja típica (adequação da conduta ao tipo penal), antijurídica (contrariedade entre a ação do agente a lei) e culpável (reprovação da conduta do agente) (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020). Porém, outra problemática surgiu a partir deste conceito, qual seja a localização de cada um dos elementos que a integram, fazendo-se necessária a busca por uma teoria que esclarecesse de maneira mais satisfatória a referida questão.

Como observado, para uma ação configurar crime, o ato praticado pelo agente deve ser típico, isto é, o fato humano deve se enquadrar com maestria a conduta descrita no tipo penal (MASSON, 2017). No entanto, a simples correspondência da ação ao tipo penal, não é satisfatória para defini-lo como crime, pois se assim fosse, qualquer pessoa que agisse do modo previsto nos artigos do Código Penal, poderia ser taxado como criminoso.

A respeito disso, muitas teorias foram discutidas visando encontrar aquela que analisaria de modo mais aceitável os componentes da definição de crime. Após muitos debates, chegou-se ao entendimento de que a teoria finalista, criada por Hans Welzel é a que melhor atinge a finalidade. A respeito disso, Rogério Sanches (2016, p. 182-183, grifo do autor) explica a teoria finalista como a que:

Concebe a **conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim**. A **finalidade**, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer.

Os adeptos a esta teoria, entendem que para um fato se caracterizado com típico, quatro elementos devem estar presentes: Conduta (ação ou omissão/ dolo ou culpa, humana dirigida a um fim), resultado (consequência decorrente da conduta do agente), nexa causal (ligação entre a conduta e o resultado) e a tipicidade (formal e material) (MASSON, 2017). Destrincharemos neste tópico dois desses elementos, a tipicidade e o dolo, que de acordo com a teoria finalista, integram a conduta.

É certo que existe uma diferença entre tipo e tipicidade, esta é observada quando há adequação entre o fato ocorrido na vida real e o fato previsto no mundo das normas, possuindo dois aspectos, um formal e outro material (NUCCI, 2017a). A tipicidade formal é observada quando ocorre o enquadramento da situação real a norma prevista abstratamente, material é a valoração entre a conduta realizada o resultado advindo dela, analisando se o ato ofendeu ou expôs a ameaça o bem jurídico tutelado e se tem relevância ao direito penal (NUCCI, 2017a).

A tipicidade formal e material, no entanto, devem ser estudadas juntamente com a tipicidade Conglobante, trazida por Raúl Zaffoni, o qual assevera que a conduta não deve ser analisada somente sob o ponto de vista do direito penal, mas sim associada às demais normas do ordenamento jurídico, em outras palavras, uma determinada ação pode ser considerada típica, mas ao ser avaliada com as demais searas do direito, vê-se que o bem jurídico não foi atingido (NUCCI, 2017). A respeito desta temática, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 400, grifo nosso) explicitam:

Tipicidade não é um mero juízo de tipicidade legal, mas que exige um outro passo, que é a comprovação da tipicidade conglobante, consistente na averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, e sim conglobada na ordem normativa. **A tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal, posto que pode excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas**, como acontece no caso exposto do oficial de justiça, que se adequa ao "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (art. 155, caput do CP), mas que não é alcançada pela proibição do "não furtarás". **A função deste segundo passo do juízo de tipicidade penal será, pois, reduzi-la à verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir, precisamente porque as ordena ou as fomenta.**

Assim, não basta que a ação se adeque ao tipo penal, pois deve a mesma colocar em perigo ou mesmo expor ao perigo o bem jurídico protegido, analisando-a ainda como um todo dentro do ordenamento jurídico, que a depender do caso concreto, poderá ser considerada atípica.

De outro modo, tipo penal é a norma legal, é o fruto da imaginação do legislador, podendo ser incriminadora, ou seja, aquela norma que apresenta a definição da conduta criminosa; ou permissiva, situações em que a ação é típica, porém, em razão das circunstâncias em que foi realizada, é considerada lícita, são os casos de exclusão de ilicitude (MASSON, 2017).

O tipo penal incriminador é composto por dois elementos, são eles: objetivos, que tem a finalidade de descrever a infração penal; e subjetivos, que estão “relacionados à vontade e à intenção do agente” (NUCCI, 2017a, p. 420). Entretanto, há infrações que não necessitam de uma finalidade específica, pouco importando a razão que levou a prática da ação, a *verbi gratia*, o homicídio (*vide* art. 121: “matar alguém”). E há outros tipos penais que exigem especificidade para que seja configurado, exemplo de extorsão mediante sequestro (*vide* art. 159 do CPB) (NUCCI, 2017a).

Ademais, uma das classificações dos tipos penais que merece ser destacada são os tipos penais simples e misto. Trata-se de um tipo simples aquele que abriga um único núcleo, são os chamados crimes de ação única, como a infração do art. 121 do CPB (homicídio): “**Matar** Alguém”; e misto quando no tipo penal há dois ou mais núcleos, isto é, duas ou mais ações, que por sua vez, subdivide-se em duas espécies: tipo misto alternativo e tipo misto cumulativo (MASSON, 2017). No tipo misto alternativo, há a descrição de “duas ou mais condutas como hipóteses para a realização do crime”, mas que ao serem praticados no mesmo contexto, há o cometimento de apenas um delito, em outras palavras, não resta configurada o concurso material (MASSON, 2017, p. 296). Estes delitos também são chamados de crimes de ação múltipla

No que diz respeito ao tipo penal misto cumulativo, a lei estabelece várias condutas que podem ser praticadas pelo agente, onde, ainda que realizadas em um único contexto, ensejam o concurso material (MASSON, 2017), é o exemplo da infração configurada no art. 198 do CPB, atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta, onde por mais que as condutas estejam inculpidas no mesmo tipo penal, a prática de mais de uma delas se caracterizará como ações diferentes, ocorrendo o concurso material.

Trazendo essa classificação para o delito de estupro, definido no art. 213 do CPB, temos um tipo penal misto alternativo, pois há duas ou mais ações que se realizadas no mesmo contexto, caracterizarão apenas um delito, veja-se: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, **a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso**” (GRECO, 2017c, grifo nosso). Assim, ainda que o agente

pratique a conjunção carnal (penetração vaginal) e outros atos libidinosos, como o beijo lascivo, será punido apenas pelo crime de estupro, sem concurso material.

Todavia, nem sempre este foi o entendimento dos tribunais, pois, após a promulgação da Lei nº 12.015/09, o Superior Tribunal de Justiça², considerou por certo período que este tipo penal era misto cumulativo, pois cada um possuía “autonomia funcional e respondem a distintas espécies valorativas, com o que o delito se faz plural” (BRASIL, 2011).

Os tipos penais ainda podem ter diferentes classificações a depender do resultado e dos sujeitos ativos e passivos do crime. Em razão disso, é fundamental trazer à baila duas importantes classificações doutrinárias de crime, dissertando a respeito da cisão entre delitos que necessitam ou não da produção de resultado para a sua configuração, que são os chamados crimes materiais, formais e de mera conduta; e aqueles que descrevem em seu tipo a qualidade especial ao agente ou a vítima do crime.

No que tange ao primeiro, identifica-se como crimes materiais aqueles delitos que exigem resultado naturalístico para a sua consumação, a exemplo do discutido art. 213 do CPB (GRECO, 2017b); a contraponto têm-se os crimes formais, onde uma consequência é prevista, porém não necessária para que a infração seja consumada, como é o caso do delito de sequestro (art. 159 do CPB), pois, ainda que o não se obtenha a vantagem, o ato de sequestrar com esse fim já o consuma (GRECO, 2017b); e os crimes de mera conduta, que não possuem nenhuma previsão de resultado no tipo penal, apenas a descrição de uma proibição ou imposição, tem-se a título de exemplo a violação de domicílio disposta no art. 150 do CPB (GRECO, 2017b).

A respeito das infrações que requerem uma condição especial do agente ou da vítima, classificam-se em comuns, próprios e de mão própria. Aquele, diz respeito à qualidade do agente, onde a ação pode ter qualquer pessoa figurada tanto no polo ativo quanto no passivo (GRECO, 2017b). Os delitos próprios, no entanto, requerem uma condição específica do sujeito passivo ou ativo, como é o caso do infanticídio; e os delitos de mão própria que “são infrações penais consideradas personalíssimas, as quais somente determinada pessoa, e mais ninguém, pode praticá-las” (GRECO, 2017b. [p. ?]), a *verbi gratia*, falso testemunho (art. 342 CPB).

Perpassando essa importante classificação doutrinária a respeito da tipicidade, tipos penais simples e mistos e a classificação dos crimes, fala-se agora sobre o dolo. Como

² Decisão proferida pela 5ª turma em sede de HC: 160313 SP 2010/0012274-6.

exposto alhures, adotou-se a teoria finalista de crime, onde um fato típico é caracterizado pela presença de conduta, resultado, nexu causal e tipicidade.

Entretanto, a escolha do sistema finalista acarretou uma grande mudança a respeito da posição do dolo dentro dos elementos caracterizadores do crime, isto porque, *a priori* buscou-se o sistema clássico, através da teoria causal, para explicar a conduta. Para esta, a conduta seria uma ação humana que modificaria o mundo exterior, ou seja, haveria uma vontade que levaria a prática de uma ação que acarretaria uma consequência (MASSON, 2017). O crime ainda continuaria com a estrutura tripartite, porém, o fato típico e antijurídico, compunham o aspecto objetivo, e a culpabilidade, é integrada pelo dolo e a culpa e correspondem ao aspecto subjetivo (MASSON, 2017).

Essa teoria não foi bem recebida pela doutrina e foi alvo de muitas críticas no que se refere à posição do dolo, pois a mesma não foi capaz de explicar os crimes omissivos, bem como os delitos formais e de mera conduta, além de não revelar a finalidade do agente, dificultando a tipificação da infração (SANCHES, 2016).

Desenvolveu-se então a teoria causal-valorativa, ou neokantista, ainda dentro do sistema clássico, que de igual maneira não alterava a estrutura de crime, permanecendo a conduta como um elemento do fato típico, porém com roupagem não mais de ação, mas de comportamento, de modo que passou a abarcar condutas omissivas (SANCHES, 2016). Outra alteração apresentada por esta teoria foi à adição da imputabilidade e da exigibilidade de conduta diversa como elementos da culpabilidade, juntamente com o dolo e a culpa (SANCHES, 2016).

Em que pese essas alterações, a teoria não foi aprovada pela doutrina, que ainda considerava um erro o dolo e a culpa integrarem a culpabilidade e por ser “contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo” (SANCHES, 2016, p. 182).

Após isso, surgiu a teoria finalista, que como apresentado, explica a conduta como um comportamento dirigido a um fim, alocando o dolo como elemento da conduta, deixando de integrar a culpabilidade para passar a ser componente do fato típico.

Isto posto, o conceito de dolo está contemplado no art. 18, I do CP: “Art. 18- Diz-se o crime: I - **doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**” (grifo nosso). Apesar da noção do que constituiria um crime doloso fornecido pelo legislador, várias teorias foram discutidas pelos doutrinadores com o intuito de melhor conceituá-lo.

A respeito disso, Rogério Greco (2017b, p. 319) esclarece que existem três teorias sobre dolo, sendo elas: a) Teoria da vontade, onde o dolo é a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal; b) Teoria do assentimento, o qual diz que dolo é “aquele que,

antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo” e c) Teoria da representação, segundo a qual há dolo toda vez que o agente tiver a previsão de um resultado possível e ainda assim, continuar a praticar o ato;

Através dessas teorias e da definição proporcionada pela lei, percebe-se que Código Penal Brasileiro adotou a teoria da vontade e do assentimento, pois conforme se depreende do art. 18, I, age dolosamente aquele que quis o resultado (teoria da vontade) ou assumiu o risco de produzi-lo (consentimento).

Ademais, podem ser observados dois elementos no dolo, consciência e vontade, onde o primeiro diz respeito ao intelecto, tendo em vista que ao praticar a ação o agente deve estar consciente, deve saber exatamente aquilo que está realizando, para que assim, possa lhe atribuir o resultado lesivo. O segundo desponta no elemento volitivo, qual seja a vontade de cometer a conduta e produzir um resultado (ESTEFAM; GONÇALVES, 2020).

Existem várias espécies de dolo e, devido a gama de divisões, destrincharemos aquelas que merecem mais atenção, iniciando pelo dolo direto e indireto. O primeiro é quando o agente pratica a ação descrita no tipo penal (GRECO, 2017b), que no caso delito do art. 213 do CPB, o dolo direto seria identificado no momento que o indivíduo praticasse conjunção carnal ou outro ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça. O dolo indireto, no entanto, é vislumbrado quando o agente age direcionado a um resultado, mas visando também a ocorrência de um segundo resultado, não querido, porém aceito pelo sujeito (GRECO, 2017b). Este tipo de dolo, por sua vez, pode ser dividido em dois, alternativo e eventual.

Caracteriza-se o dolo alternativo, se depois de praticada a ação o agente for indiferente à consequência, em outros termos, um ou outro resultado decorrente da realização do ato será satisfatório, cita-se como exemplo, o indivíduo que atira na vítima com o intuito de feri-la ou matá-la (NUCCI, 2017a). Sobre o dolo eventual, este requer um pouco mais de atenção ao caso concreto para que seja visualizado, pois diferentemente do dolo direto, o indivíduo não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. No tocante a isso, Guilherme de Souza Nucci (2017a, p. 453, grifo nosso) assevera que:

Nesse caso, de situação mais complexa, **o agente não quer o segundo resultado diretamente, embora sinta que ele pode se materializar com o seu objetivo**, o que lhe é indiferente. Exemplo: A está desferindo tiros contra um muro, no quintal da sua residência (resultado pretendido: dar disparos contra o muro para treinar), vislumbrando, no entanto, a possibilidade de os tiros vararem o obstáculo, atingindo terceiros que passam por detrás. Ainda assim, desprezando o segundo resultado (ferimento ou morte de alguém), continua a sua conduta. Caso atinja, mortalmente, um passante, responderá por homicídio doloso (dolo eventual).

Outra espécie de dolo de grande relevância a esta pesquisa, é a divisão entre o dolo genérico e o específico. Diz-se que é genérico quando não há nenhum indicativo do elemento subjetivo do agente no tipo penal, sem qualquer menção de finalidade, é caso do delito de furto disposto no art. 155, do CP, tendo com descrição apenas “Subtrair para si ou para outrem” (GRECO, 2017b). Observa-se que o tipo penal não exige finalidade do agente, basta o sujeito ativo praticar a ação que já estará configurada a infração.

O dolo específico, como o próprio nome sugere, necessita que o agente pratique a ação destinada a uma finalidade específica, para que a conduta se encaixe no tipo penal (GRECO, 2017b). Todavia, devido à adoção da teoria finalista, o uso das expressões “dolo genérico” e “dolo específico” estão defasadas, utilizando-se apenas o termo dolo para referir-se ao dolo genérico, e o específico passou a configurar elemento subjetivo do tipo (ESTEFAM; GONÇALVES 2020), como explicado anteriormente.

Trazendo tais classificações ao delito do art. 213 do CPB, existe certa divergência doutrinária a respeito do elemento subjetivo, isto porque, antes do advento da lei 12.015/09 discutia-se a necessidade ou não de finalidade específica. Fernando Capez (2018, p. 112) entende que não há nenhuma finalidade específica, pois o agente “apenas atuaria com a consciência e vontade de realizar a ação típica e com isso satisfazer sua libido (o até então chamado dolo genérico)”.

Rogério Sanches (2017b), de igual maneira, entende que não há necessidade do agente agir com finalidade específica de saciar a lascívia, que o dolo recairia apenas no ato de constranger a vítima a prática da conjunção carnal ou ato libidinoso. De modo contrário, Cesar Bitencourt (2019) e Guilherme de Sousa Nucci (2017b) afirmam que o elemento subjetivo exige especificidade, qual seja a de satisfazer a lascívia por meio da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Aliás, para este último autor é essa especificidade que diferencia estupro de constrangimento ilegal.

Pois bem, após esse breve estudo a respeito de tipo, tipicidade e dolo, bem como a sua visualização na infração penal do estupro, passa-se a discorrer sobre o delito do art. 213 do CP e suas características.

2.2 Do Delito de Estupro e Atentado Violento ao Pudor

O diploma penal está vigente desde 1940 e, em razão da sua idade, algumas reformas em sua composição foram primordiais para adequar a letra da lei as mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos. As alterações sucederam-se de várias maneiras, revogando, criando ou acrescentando novos tipos legais.

Do predito, no ano de 2009, a Lei nº 12.015 inovou ao Código Penal ao remodelar o art. 213 do CPB, atinente ao delito de estupro, unindo-o ao art. 214 do CPB que tipificava a infração de atentado violento ao pudor, conferindo uma nova aparência ao tipo penal.

Na redação original do Código Penal (1940), considerava-se estupro o ato de **“Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena: reclusão de três a oito anos”** (grifo nosso). Com base na interpretação literal, percebe-se que somente as pessoas do sexo feminino podiam ser vítimas desse crime, em razão não somente da utilização do termo mulher, mas também do uso da expressão “conjunção carnal” que possui um conceito restrito no Brasil.

A respeito disso, Guilherme de Sousa Nucci (2013) explica que a conjunção carnal pode ter uma definição ampla ou restritiva. Sob o prisma amplo, qualquer ação com intuito sexual, beijo lascivo, toque, coito anal, a caracterizaria; já no aspecto restritivo, o ato só é configurando se houver a penetração do órgão genital masculino no órgão genital feminino.

Apesar desse enfoque amplo, o aspecto restrito foi aceito por maioria da doutrina, bem como pela jurisprudência, haja vista que os demais contatos de cunho sexual são amparados pelo uso da locução “atos libidinosos”, amoldando-se como conjunção carnal, tão somente, a cópula vagínica (NUCCI, 2013). Contudo, faz importante salientar, que embora sejam apresentadas como gêneros diferentes no tipo penal, conjunção carnal e ato libidinoso, são espécies do gênero libidinagem, assim praticar conjunção carnal também configura ato libidinoso (BINTENCOURT, 2019).

O delito de atentado violento ao pudor estava determinado no art. 214 do CPB e preceituava: **“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena, reclusão de dois a sete anos”** (grifo nosso). Neste dispositivo, tutelavam-se os demais atos sexuais praticados mediante violência ou grave ameaça, que não eram amparados pelo art. 213 do CPB.

Com o advento da Lei nº 12.015/09, o art. 214 foi revogado e uniu-se ao art. 213, o qual dispõe atualmente como estupro a conduta de: **“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”**. Constata-se que mencionada modificação legal não apenas promoveu a ressignificação da infração, mas ampliou o rol de sujeitos ativos e passivos.

Antes da promulgação da legislação em comento, o estupro era classificado como crime *bipróprio*, pois se exigia uma condição especial tanto ao sujeito ativo, que deveria ser necessariamente homem, como ao sujeito passivo, que deveria ser mulher, já que se pressupunha a existência de uma relação heterossexual (SANCHES, 2019). Com a reforma, a doutrina passou a classificá-lo como crime *bicomum*, pois qualquer pessoa seja homem ou mulher podem compor tanto o polo passivo como o ativo (SANCHES, 2019).

Vale ressaltar novamente, que no tocante ao art. 214 do CPB, não houve a ocorrência do fenômeno do *abolitio criminis*, identificado quando determinada conduta deixa de ser considerada típica e passa a ser atípica aos olhos da lei (GRECO, 2017b). Em verdade, realizou-se a aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, segundo o qual os elementos de um tipo penal incriminador expressamente revogado, migram para outro já existente, dando nova roupagem à conduta incriminadora (GRECO, 2017b). Assim sendo, é notório que em que pese tenha havido a revogação do art. 214, seus elementos caracterizadores acoplaram-se ao art. 213 do CPB, ocorrendo à aplicação da continuidade normativo-típica.

O incentivo para tal mudança foi a ratificação pelo Brasil em 2002, do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, por meio do Decreto nº 4.388, que em seus art. 7º, n.1, “g” e art.8º, n.2, “b”, XXII criou “um tipo penal único para a violência sexual, independente de gênero” (FAYET, 2011, p. 410). Para mais, a referida alteração adequa a normal penal ao texto constitucional, tendo em vista que a tutela desses artigos legais recai sobre a proteção à dignidade sexual, liberdade sexual e desenvolvimento sexual, os quais são princípios intrínsecos ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, presente no art.1, III da Constituição Federal (CF), sendo mudança legislativa aclamada pela doutrina (FAYET, 2011).

Isto posto, com a união dos artigos, o art. 213 do CPB passou a ter nova redação, considerando-se, atualmente, como estupro o ato de “**Constranger** alguém, mediante **violência** ou **grave ameaça**, a ter **conjunção carnal** ou a **praticar ou permitir** que com ele **se pratique outro ato libidinoso**” (grifo nosso). Primeiramente, frisa-se nesse dispositivo o *modus operandi* do tipo penal, qual seja a prática da ação delituosa mediante violência ou grave ameaça.

A violência descrita é a *vis corporalis*, isto é, a utilização da força para subjugar a vítima com intento de se realizar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Não há necessidade de se empregar uma força irresistível, basta apenas que tenha capacidade de coagir o sujeito passivo, para que o agente concretize sua intenção (GRECO, 2017c).

A grave ameaça ou *vis compulsiva* representa a violência moral, trata-se de intimidar a vítima ameaçando a feitura de um mal grave e sério (BITENCOURT, 2019), causando temor real à pessoa ofendida, além do mais:

O mal deve ser: a) **determinado**, pois, sendo indefinível e vago, não terá grandes efeitos coativos; b) **verossímil**, ou seja, que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; c) **iminente**, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em passado, nem em futuro longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) **inevitável**, pois, caso contrário, se o ofendido puder evitá-lo, não se intimidará; e) **dependente**, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade (BITENCOURT, 2019, p. [?], grifo nosso).

Ademais, pela leitura do dispositivo percebe-se que o tipo penal possui um único núcleo, qual seja constranger, que significa compelir, forçar, obrigar, havendo, portanto, a discordância da vítima. No delito em questão, o constrangimento está conjugado com três condutas complementares: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso; c) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (NUCCI, 2017b).

O estupro por meio da conjunção carnal, como já explicado anteriormente, é observado quando há a cópula vagínica, isto é, a penetração do órgão genital masculino (pênis) no órgão genital feminino (vagina) (NUCCI, 2013). Contudo, em virtude da adoção desse sentido restrito e do nascimento da Lei nº 12.015/09, a classificação desta infração penal foi alterada, causando certa divergência doutrinária. Para o doutrinador Rogério Greco (2017c, p. [?]) esta conduta é caracterizada como crime de mão própria, no que se refere ao sujeito ativo, “seja ele um homem ou mesmo uma mulher, pois que exige uma atuação pessoal do agente, e próprio com relação ao sujeito passivo, que poderá ser também tanto um homem quanto uma mulher”.

Entretanto, Rogério Sanches (2019) considera como crime *bicomum*, pois pode ser praticado tanto por homem como por mulher. Igualmente, Guilherme Nucci (2019) esclarece que a lei 12.015/09 transformou o delito em crime comum, vez que tanto o sujeito ativo como o passivo podem ser homem ou mulher. De outro modo, Damásio de Jesus (2020, [p. ?]) entende tratar-se de crime de mera conduta, em razão do tipo penal não fazer menção “a nenhum resultado advindo do comportamento do sujeito”.

A conduta de constranger ao obrigar alguém a praticar ou permitir com que se pratique outro ato libidinoso tem duas finalidades distintas. O primeiro é quando o agente compele a vítima a realizar o ato, a pessoa ofendida toma, portanto, uma posição ativa, já que atua sobre próprio corpo, sobre o corpo do agente ou de terceiro (BITENCOURT, 2019).

Exemplo disso é quando o sujeito passivo é obrigado a masturbar-se, se tocar, ou a praticar atos de cunho sexual no agente.

Na segunda finalidade, a vítima tem uma posição passiva, pois permite que o autor ou terceiro, pratique sobre ela qualquer outro ato diverso da conjunção carnal (GRECO, 2017c). Para o doutrinador César Bitencourt (2019) existe uma lacuna neste último ato de permitir, pois o tipo penal tipifica apenas “outro ato libidinoso”, ou seja, se a vítima anuir com a prática da conjunção carnal, estar-se-ia diante de uma conduta atípica.

Vê-se, que, em que pese haja apenas um verbo no núcleo do tipo, existem três formas de ser realizado o crime de estupro, sendo duas delas cometidas por meio de atos libidinosos. Uma conduta libidinosa nada mais é do que um ato lascivo, lúbrico, que tem como finalidade o prazer sexual (BITENCOURT, 2019).

Com relação a esta espécie de libidinagem, Luiz Regis Prado (2019, [p.?.]) elucida que:

Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. 15 É certo que não se enquadram aqui hipóteses de necrofilia, bestialismo ou zoerastia.

A par do exposto, nota-se que muitas condutas são consideradas atos libidinosos e com a união do delito de estupro ao de atentado violento ao pudor, todos aqueles praticados sob violência ou grave ameaça, são configurados como estupro, independentemente do grau de lesividade da ação. Uma dessas condutas é o beijo lascivo, que ainda traz dúvidas aos doutrinadores sobre a sua definição e debates sobre a prática ser tipificada como estupro.

A mercê disso, após o estudo do novo disposto legal alterado pela lei nº 12.015/09 no próximo tópico será abordado o ato libidinoso no código penal e o beijo lascivo, sua conceituação, a discussão a respeito da sua configuração como estupro.

2.3 Do Ato Libidinoso e o Beijo Lascivo

Como abordado no precedente tópico, à expressão “ato libidinoso” é plurissignificativa, abarcando todas as ações com conotação sexual cujo elemento subjetivo específico é a satisfação da libido do agente. Assim dados seus variados significados, a título

de cautela, faz-se necessário para uma melhor visualização do instituto, sua divisão, na medida em que sua configuração poderá refletir na própria tipificação penal.

Em se tratando de ato libidinoso levado a efeito através de violência ou grave ameaça não há maiores digressões, dado que sempre configurará estupro (art. 213 ou 217-A do CPB). Entretanto, tendo em vista à multiplicidade de formas de sua execução, o uso da referida expressão também poderá resultar de condutas outras a não envolver violência ou grave a ameaça. Nesses casos, a ação criminosa poderá se amoldar a outros tipos penais previstos no título VI, capítulos I e II do CPB, veja-se:

O art. 215 do Código Penal prevê a violência sexual mediante fraude, o qual pune o agente que tenha conjunção canal ou outro ato libidinoso com outrem mediante meio ardil. Como se vê, a ação criminosa não decorre da violência ou grave ameaça, tampouco exige o dissenso da vítima, bastando para sua consumação que o agente se valha da fraude para enganar a vítima de modo a fazê-la concordar com a realização dos atos, sem que sua capacidade de resistência seja subtraída (SANCHES, 2019). Trata-se, portanto, de um crime material, necessitando de resultado naturalístico para a configuração (SANCHES, 2019).

De igual modo, a infração de importunação sexual, incluída pela Lei nº 13.718 de 2018, ao nosso sistema repressor, dispensa a violência ou a grave ameaça para sua realização. Dispõe artigo 215-A do CP: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. Da literalidade da norma, constata-se que se trata de um delito formal, não havendo necessidade de resultado naturalístico para a sua consumação, pois ainda que o indivíduo não obtenha a satisfação da lascívia, o delito restará configurado (ESTEFAM, 2020).

Com efeito, analisando as figuras delitivas dos artigos 215 e 215-A do CPB, vê-se que as mesmas se valem de um meio alternativo de ato libidinoso para sua execução, quer materializado na fraude ou, *verbi gratia*, na surpresa, condutas que apesar de abjetas, comportam uma punição menos severa em razão de seus meios de execução, em congruência com o postulado da proporcionalidade.

Em contrapartida, há ainda que se destacar a figura delitiva capitulada no art. 217-A do CPB, cuja consumação, muito em razão do estado de vulnerabilidade do sujeito passivo, bem assim em virtude da aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente, comporta, para a sua consumação tanto a *vis compulsiva/ vis corporalis*, como também a sua ausência, posto que, segundo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça em entendimento sumular 593, estará configurada a figura delitiva independentemente do consentimento ou da eventual vida sexual progressiva da vítima (NUCCI, 2019).

A par do exposto, inserido como ato libidinoso cometido com violência ou grave ameaça tem-se o beijo lascivo, cuja definição ainda é laboriosa para os doutrinadores. A respeito disso, Rogério Greco (2017a, [p.?.]) esclarece que não se sabe exatamente o que é um beijo lascivo, se é “aquele e que choca a moral média que o presencia, ou é aquele que causa “inveja” a quem a ele assiste”.

Guilherme de Sousa Nucci (2017b) explica que o beijo não pode ser aquele furtivo ou breve, tal qual os “selinhos”, pelo contrário, o beijo lascivo caracteriza-se como aquele beijo longo, onde há a introdução da língua. De igual maneira, Damásio de Jesus (2020) afirma que o beijo para se subsumir no art. 213 do CPB não deve ser casto, ou aquele roubado furtivamente, mas sim praticado a força, sem a concordância da vítima, revelando luxúria e desejo incontido.

Luiz Regis Prado (2019) diz que o beijo lascivo é o beijo de língua obtido contra a vontade da vítima, mas que tem menor magnitude penal se comparado a outros atos libidinosos. No mesmo sentido, Fábio Fayet (2011) entende o beijo lascivo como o destinado a produzir ou estimular prazer, mas a situação a qual ele ocorreu deve ser analisada, tal qual a intenção do agente ao praticá-lo. Afirma o autor:

Pois bem, se o indivíduo rouba um beijo lascivo da vítima como forma de demonstrar-lhe seu afeto, ter-se-á uma conduta diferente daquela em que o sujeito rouba um beijo lascivo para humilhar a vítima. Qualquer das hipóteses poderia, em tese, configurar estupro, haja vista o constrangimento a que a vítima é submetida, a violência no ato em si, e o ato libidinoso (tendente a produzir ou estimular o prazer). É necessário, portanto, que se verifique a real ofensa ao bem jurídico “*dignidade sexual*”, no fruir da liberdade da vítima em escolher com quem e quando quer beijar (FAYET, 2011, p. 1027, grifo nosso).

Apesar de não haver um consenso sobre a conceituação de beijo lascivo, grande parte da doutrina entende que se trata de um beijo forçado, sem o consentimento da vítima e que tenha penetração da língua. É reluzente que um simples beijo “roubado” ou selinho não enseje a condenação por estupro, em razão da ausência de lesividade ao bem jurídico nestas situações.

Nada obstante, apesar do beijo lascivo ser considerado estupro, tendo em vista a violência para realizá-lo, ainda é grande o debate acerca da proporcionalidade da pena ao sujeito ativo, posto que para a doutrina a punição a quem o comete, revela-se incongruente com o grau de ofensividade perpetrado pela conduta, pois não possui o mesmo dano causado pela conjunção carnal, ou atos libidinosos mais gravosos, tal qual sexo anal ou sexo oral.

Como já exposto, o artigo 213 do Código Penal estabelece uma pena de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão a quem realiza algum dos atos descritos no diploma repressor, cuja pena mínima iguala aquela prevista no art. 121 do CPB (homicídio). Assim sendo, percebe-se que o legislador estabeleceu penas mínimas similares aos tipos penais incriminadores, embora os bens jurídicos tutelados, quais sejam vida e liberdade sexual, possuam relevâncias diferentes (GRECO, 2017c).

Nesse pulsar, para Rogério Grego (2017a, [p.?.]) é descabido reconhecer que o agente que praticou um beijo lascivo tenha a conduta tipificada como estupro, pois a pena seria superior a lesividade causada pelo ato, “por mais que seja ruim o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida”.

Outrossim, Guilherme Nucci (2013) considera a conduta com baixa gravidade, não ensejando uma condenação com pena mínima de seis anos, defendendo a criação de um tipo penal intermediário capaz englobar essa ação. De fato, como já mencionado, a lei nº 13.718/18 inseriu ao Código penal um tipo intermediário capaz de incluir a prática de atos libidinosos, qual seja importunação sexual estabelecida no art. 215-A.

No entanto, esta infração penal não incide nos casos em que a conduta ocorre com *vis corporalis* ou *vis compulsiva* e, como expostos alhures, o beijo lascivo é praticado mediante o uso da força e obtido contra a vontade da vítima, razão pela qual não pode se enquadrar no delito de importunação sexual.

Nesse sentido, ao apreciar um caso onde o agente utilizou da força para beijar a vítima contra a sua vontade e ainda lhe esfregar o órgão genital, a 5ª turma do STJ, em sede de Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC: 93906 PA 2018/0009120-0), deliberou que o beijo lascivo ingressa no rol de atos libidinosos e se praticado por meio de violência ou grave ameaça, configura estupro, tal qual a situação apresentada à corte, motivo pelo qual não possibilita a desclassificação para importunação sexual (art. 215-A do CPB) (BRASIL, 2019a).

Ademais, vale frisar que se trata de crimes com classificações diferentes, pois a figura descrita no art. 215 do CPB é crime formal, não necessitando de resultado naturalístico para a sua consumação, contrário ao que ocorre no art. 213 do CPB, que por tratar-se de crime material, exige resultado para a sua configuração.

É importante ressaltar ainda, que a desproporcionalidade ganha maior magnitude em virtude da lei de crimes hediondos, lei nº 8.072/90. Conforme disposto no art. 1º, inciso V:

“São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: [...]V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º)”. Assim, não basta apenas que o agente tenha praticado um beijo lascivo e tenha a sua conduta inserida no art. 213 do Código Penal, o ato ainda sim será considerado crime hediondo, vez que, ante a sua inserção no rol taxativo da lei nº 8.072/90.

Em suma, embora o art. 214 do CPB tenha sido revogado, os seus elementos caracterizadores deslocaram-se para o art. 213, ou seja, a prática de atos libidinosos mediante violência ou grave ameaça agora é considerado estupro, desde que o dolo do agente no momento da ação, seja de satisfazer a própria lascívia ou de terceiros. Todavia, a alteração trazida pela lei nº 12.015/09 estabeleceu como estupro todo e qualquer ato libidinoso, sem classificá-los em grau de lesividade, ainda que o sujeito passivo faça uso da *vis corporis* ou *vis compulsiva* para realizá-los.

A par de todo o exposto, no próximo capítulo serão abordados os princípios atinentes aos delitos praticados contra a liberdade sexual do indivíduo, com ênfase ao princípio da proporcionalidade e da lesividade.

3 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

No capítulo anterior viu-se a evolução do crime de estupro no ordenamento jurídico brasileiro até o nascimento da lei nº 12.015/09, que atribuiu nova roupagem ao delito. Buscou-se ainda realizar um estudo sobre o dolo no direito penal e a necessidade de sua presença para a configuração do delito capitulado no art. 213 do Código Penal Brasileiro (CPB), além de uma análise sobre a prática da conjunção carnal e demais atos libidinosos, elementos caracterizadores da referida infração penal, e a conceituação de beijo lascivo.

Uma das alterações trazidas pela legislação ora em comento foi à modificação do nome do título em que se tutelam os crimes que lesam a dignidade sexual, tendo em vista que antes da promulgação da lei, os delitos que compunham o Título VI, Capítulo I do Código Penal, eram denominados como crimes contra os costume. Em razão mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos e com o advento da Carta Política de 1988, que trouxe como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, a substituição da nomenclatura fez-se necessária para esclarecer que a dignidade sexual e a liberdade sexual de cada pessoa é que são protegidos pelo estado.

A mercê do exposto, para a melhor compreensão de crime de estupro, é indispensável trazer a baila o cenário principiológico no qual está inserido, não apenas para a melhor visualização do bem jurídico que está sendo protegido, mas devido a sua importância para a análise da proporcionalidade na aplicação da pena ao agente que pratica o beijo lascivo.

3.1 Dignidade da pessoa humana e dignidade sexual

Primeiramente, é indispensável falarmos do princípio estruturante da nossa Carta Magna, o meta-princípio do qual decorre todos os demais, qual seja a Dignidade da Pessoa Humana. O debate a respeito de dignidade humana não é algo do mundo do moderno, pois algumas sociedades antigas já faziam menção a este postulado, a exemplo da China Imperial, onde os confucionistas declaravam que “cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade” (FERNANDES, 2016, p. 303).

No período da Escolástica, a dignidade humana também era visualizada, porém possuía um caráter sagrado atribuído por São Tomás de Aquino, o qual afirmava que cada ser humano foi criado à semelhança de Deus, motivo que concede autonomia, autodeterminação e vontade própria, além de uma liberdade natural as pessoas (FERNANDES, 2016). No entanto, na era iluminista o filósofo alemão Kant dessacralizou a dignidade humana, afirmando que “o

homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca um mero meio”, influenciando vários teóricos do direito constitucional (FERNANDES, 2016, p. 304).

A primeira aparição deste princípio na sociedade brasileira foi na Constituição de 1934, no art. 115, o qual versava sobre a ordem econômica nacional e asseverava que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, **de modo que possibilite a todos existência digna**. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica” (grifo nosso). O sobredito diploma legal juntamente com a Constituição Alemã de 1919, Constituição Portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda de 1937, foram os poucos regramentos que fizeram referência à dignidade humana antes da segunda guerra mundial (SARLET, 2017).

Com o fim da guerra, deu-se maior importância à dignidade humana, que passou a ser prevista não apenas nas constituições modernas, mas também em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (BRASIL, 1948), que faz menção ao princípio em vários artigos, e a Carta das Nações Unidas de 1945, ratificada pelo Brasil no mesmo ano, onde já em seu artigo primeiro garante a todos os homens igualdade em dignidade e direitos (BRASIL, 1945).

No Brasil, o Texto Maior de 1988 inovou ao prevê-la em seu artigo 1º, III, como componente dos Princípios Estruturantes do Estado Democrático de Direito, e por este motivo, o Estado tem o dever de garantir e de promover a dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos (SARLET, 2017). Ainda que esteja expressamente prevista na carta magna, o constituinte não se preocupou em defini-la, ficando a cargo da doutrina esta função.

Bernardo Gonçalves Fernandes (2016) explica que se atribuiu a este instituto a condição de meta-princípio, pois é a partir dele que se retira o sustentáculo para outros direitos fundamentais. A professora Flávia Bahia (2017) afirma que apesar de ser um princípio de fácil compreensão é também árdua a sua conceituação, tendo em vista que o mesmo abarca a proteção de muitos outros direitos fundamentais:

Podemos compreender que o conteúdo do princípio diz **respeito ao atributo imanente a todo ser humano e que justifica o exercício da sua liberdade e a perfeita realização de seu direito à existência plena e saudável**. Significa a elevação do ser humano ao patamar mais alto das considerações, com a finalidade de impedir a sua degradação e a sua redução a um mero objeto de manipulação. **Compreende a proteção e a promoção das condições fundamentais para uma vida adequada, o respeito à igualdade entre os indivíduos, a garantia da independência e de sua autonomia, a coibição de qualquer obstáculo que impeça o desenvolvimento do potencial de sua personalidade** (BAHIA, 2017, p. 119, grifo nosso).

Para Guilherme Nucci (2015, [p.?.]) trata-se de “um princípio regente cuja missão é a preservação do ser humano, desde o nascimento até a morte, conferindo-lhe autoestima e garantindo-lhe o mínimo existencial”. Igualmente, César Bitencourt (2020) afirma que a dignidade da pessoa humana detém caráter de superioridade, sendo primordial a todo homem, pois goza de força gravitacional atraindo para si demais direitos constitucionais.

O doutrinador elucida ainda que a dignidade humana está atrelada a dois aspectos, um objetivo e outro subjetivo. Aquele concerne à garantia do *mínimo existencial*, isto é, o dever estatal de assegurar as necessidades básicas a todo cidadão, como saúde, alimentação, educação, direitos considerados mínimos a sobrevivência do indivíduo. Enquanto que o elemento subjetivo refere-se a qualidades que são intrínsecos ao ser humano desde o nascimento, como a autoestima (NUCCI, 2015).

Apesar de estar alocado no art. 1º da Constituição Federal (CF), referente aos princípios fundamentais, a dignidade humana assume simultaneamente o *status* de valor, princípio e/ou regra. Conforme explica Ingo Sarlet (2017), a primeira perspectiva é vista como um valor-fonte, em outras palavras, o referido princípio funcionaria como fundamento de validade de todo ordenamento jurídico brasileiro, verdadeiro ponto de partida a ser seguido, precipuamente pelo legislativo quando de sua típica função legiferante.

Quanto ao seu aspecto principiológico e/ou normativo (regra), inexistente consenso doutrinário, prevalecendo, todavia, a corrente doutrinária que se alinha ao pensamento luso-espanhol, enquadrando-o como típico princípio. Tal fato se dá principalmente em razão de sua localização topográfica, vale dizer inserido no Título I dos Princípios Fundamentais na carta política de 1988. Entretanto, apesar de aprioristicamente gozar do supradito status de princípio, a dignidade da pessoa humana assume, ainda que obliquamente, o valor de regra, muito em razão do caráter ambivalente das próprias normas que tratam de direitos fundamentais, as quais, após a atividade interpretativa do intérprete, sufragam o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2017).

Neste pensar, não restam dúvidas de que o mencionado postulado é o ponto de partida na garantia outros direitos, que como asseverado por Ingo Sarlet (2017) é o pilar do ordenamento jurídico, sendo visível principalmente na esfera penalista. *Verb gratia* a proibição do delito de tortura, que embora atente contra uma gama de interesses defendidos pela norma penal, tem como custódia primordial a dignidade humana (NUCCI, 2015).

Outrossim, decorrendo deste instituto o Título VI, Capítulo I, do Código Penal

Brasileiro dedica inteira proteção da dignidade sexual do indivíduo, que segundo Guilherme Nucci (2013, p. 40) “diz respeito à autoestima do ser humano, em sua íntima e privada vida sexual, não cabendo qualquer ingerência estatal nesse contexto, a não ser para coibir atuações violentas contra adultos e agressivas à formação da criança e jovem”. De modo mais específico, o bem jurídico tutelado no supradito capítulo é a liberdade sexual do cidadão, isto é, direito atinente a cada ser humano de escolher os atos sexuais praticados que quer praticar e com quem os deseja realizá-los (NUCCI, 2013).

Contudo, vale sublinhar que nem sempre este foi o interesse salvaguardado pela norma penal, tendo em vista, que conforme explanado em outra parte, houve uma evolução acerca da proteção desta infração penal. A primeira tipificação deste delito ocorreu no Código Criminal do Império em 1830, assentado no capítulo II, intitulado como crimes contra a segurança da honra. Em outras palavras, aprioristicamente aquele que cometia o ato sexual a força não ofendia a dignidade sexual nem a liberdade sexual da vítima, mas sim a honra (FAYET, 2011).

No Código Criminal da República em 1890, a aludida infração penal estava inserida no título VIII, referente aos crimes contra a “segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público do pudor” e capítulo I nomeado “da violência carnal”. Nota-se que o objetivo não era a defesa dos direitos da vítima, mas sim honra da família perante a sociedade.

Na redação original da atual norma penal, o Título VI dizia respeito aos crimes praticados contra o costume e o Capítulo I, qual está inserido o estupro, a tutela da liberdade sexual. Ainda que o Código Penal em texto inicial indicasse que o interesse protegido era a liberdade sexual, não concatenava com a defesa aos costumes, por este motivo com o advento da lei 12.015/09, a nomenclatura do título foi alterada, protegendo-se a dignidade sexual e a liberdade sexual do ser humano.

Neste sentido, Guilherme Nucci (2013, p. 40) explica que a dignidade da pessoa humana é o princípio superior do ordenamento brasileiro, que “implica no sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, constituindo presença marcante na formação da sua personalidade”, estando à dignidade sexual relacionada a esta respeitabilidade a vida privada e a autoestima, já que cada indivíduo pode se satisfazer da maneira que considerar conveniente, sem qualquer ingerência do estado.

Isto posto, atentando a dignidade da pessoa humana trazida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não se revelava correto a manutenção da terminologia “crimes contra o costume”, afastando-se os todos os aspectos moralistas, conservadores e, por vezes

religiosos, que justificavam a defesa de um bem jurídico (NUCCI, 2013). Ademais, a proteção do estado direcionada a dignidade sexual não visa apenas à proteção do adulto, mas também garantia de formação moral e desenvolvimento sexual adequado a crianças e adolescentes.

A respeito da alteração acerca da intitulação, Fábio Fayet (2011, posição 992, grifo nosso) afirma que:

Hoje, a proteção está estendida, portanto, sobre a *dignidade sexual* do ser humano, independentemente de gênero ou opção sexual. Aliás, **como sugere a abalizada doutrina, dignidade lembra respeitabilidade, decência, compostura, honra, e a associação destas figuras a termo sexual expande a proteção penal para o infinito contexto de atos tendentes à satisfação da concupiscência, em detrimento daqueles valores aliados à dignidade**. Portanto, a norma penal protegerá, em outras palavras, a dignidade sexual do *humano*.

Não restam dúvidas, que o princípio da dignidade sexual decorre da dignidade da pessoa humana, sendo observado, portanto, no delito de estupro e na prática do beijo lascivo. Bernardo Gonçalves Fernandes (2016, p. 309, grifo nosso) explica que os elementos essenciais protegidos pelo postulado insculpido no art. 1, III da CF/88, garante autonomia existencial, onde **“cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com suas escolhas desde que elas não sejam práticas ilícitas** (ou não prejudiquem de forma indevida direitos de terceiros)”. Vê-se que a autonomia existencial trazida pelo jurista se refere à liberdade de escolha de cada ser humano, seja para consentir ou negar com uma atitude.

Nesta senda, ressalta-se novamente que a liberdade é o interesse tutelado pelo art. 213 do Código Penal Brasileiro (CPB), mais especificadamente a liberdade sexual, isto é, a autonomia que cada ser humano possui de realizar as fantasias e anseios eróticos no plano sexual, com o parceiro que escolher, sem haver qualquer coação ou violência (BITENCOURT, 2018).

Do igual modo, pode o homem ou mulher se negar a praticar atos lascivos ou voluptuosos aos quais são constrangidos, devendo se opor inclusive a marido (esposa), namorado (a) ou companheiro (a), haja vista que o estupro também pode ser realizado por estes sujeitos, ainda que preexistente a relação entre vítima e agente (BITENCOURT, 2018).

Constata-se, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana é à base de muitos outros direitos fundamentais, e a sua inserção na carta política de 1988, levou o legislador a adequar a norma penal ao texto constitucional, garantido a proteção ao direito a dignidade sexual intrínseca a todo ser humano, afastando-se todo o viés religioso e conversador antes presente no Código Penal Brasileiro (CPB).

3.2 Princípio da ofensividade ou lesividade

É sabido que o Estado é o detentor do poder de punir, ou seja, somente ele é legítimo para exercer *ius puniendi*. Isto se dá em razão do Brasil adotar uma concepção minimalista no que diz respeito ao sistema repressivo, uma vez que o direito penal é a *ultima ratio*, o que significa que só haverá a incidência da norma penal quando os demais ramos do direito não forem capazes de salvaguardar os bens jurídicos atingidos (GRECO, 2017).

Devido a essa intervenção mínima do Estado surge o princípio da ofensividade, também, nomeado pela doutrina como princípio da lesividade, o qual preceitua que o direito penal só incidirá nas situações em que o bem jurídico tutelado for exposto a perigo ou correr o perigo de lesão. A lesividade é o que legitima a intervenção penal, pois uma conduta, ainda que típica, só é considerada crime se afetar um bem jurídico, pois “**não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado** - *nullum crimen sine iniuria*” (GOMES, 2015.p. 69, grifo nosso).

Em que pese à importância deste princípio, o mesmo não possui previsão expressa na Carta Magna, pois decorre do princípio da dignidade da pessoa humana mencionado anteriormente. Há, todavia, no art. 98, I da CF uma referência a ofensividade, ao dispor sobre o processamento das infrações penais de “menor potencial ofensivo”, onde aqueles crimes considerados mais brandos são julgados pelos juizados penais especiais, demonstrando a presença do referido postulado na Constituição Federal (CF).

No que concerne à definição apresentada acima, constata-se que a ofensa provocada pelo agente deve ser destinada a terceiros, pois o Código Penal brasileiro não pune a pessoa que faz mal a si mesmo. Fernando Capez (2020, [p.?.]) explica que a conduta do indivíduo deve ultrapassar o âmbito do autor, aplicando-se o princípio da alteridade ou transcendentalidade, onde: “O fato típico pressupõe um comportamento que **transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro** (altero). Ninguém pode ser punido por ter feito mal só a si mesmo” (grifo nosso).

A verdadeira, conforme explica o professor Nilo Batista (2007), esta é umas das quatro funções principais do princípio da lesividade que legitima a intervenção penal, que são: a) proibição da incriminação de uma atitude interna; b) proibição da incriminação de uma conduta que não exceda âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O primeiro refere-se a não punição do sujeito que apenas tem ideias, desejos a respeito da realização de determinada ação, ou seja, que permanece com a conduta na fase de cogitação, ante a inexistência de lesividade nestas situações. O segundo, não só não incrimina o indivíduo que pratica autolesão (incidência do princípio da alteridade), como também não pune atos preparatórios ou o conluio entre duas ou mais pessoas, quando não iniciada a execução (NILO, 2007).

Desta primeira função trazida pelo professor Nilo Batista, pode-se notar a incidência do princípio da materialização do fato- *nullum crimen sine actio*, no qual ninguém pode ser punido pelo que pensa, ou seja, pela mera cogitação, haja vista, que só responde penalmente quem pratica uma conduta, sendo este extraído do princípio da lesividade, que veda, como já exposto, a punição de atos que não lesem bem jurídicos (GOMES, 2015).

A respeito da proibição à incriminação de simples estados ou condições existenciais, concerne ao fato de que ninguém pode ser punido pelo o que é, não podendo o indivíduo ser incriminado pelo seu modo de vida, a exemplo do sujeito que possui tatuagens por todo o corpo. A última função, qual seja a proibição de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, são ações que não podem ser penalizadas por serem consideradas “imorais” pela maioria da população, mas que não afetam qualquer bem jurídico (NILO, 2007).

Como se vê este princípio visa garantir que a incidência da norma penal só ocorrerá em últimos casos, pois, caso contrário, várias pessoas poderiam ser presas ou julgadas por provocar ações em si mesmas ou pelo simples fato de possuir um estilo de vida diverso daquele imposto pela sociedade.

Em razão disso, é que César Bitencourt (2018, [p.?.]) aduz que o postulado ora em comento possui reflexo em dois planos, sendo o primeiro o de servir de orientação à atividade legiferante, onde, o legislador no momento da produção do tipo penal, exige-se que a “conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes”; e em segundo plano o de servir de critério interpretativo, no qual ao ser aplicada a norma penal, cabe ao julgador apontar a lesividade ao bem jurídico em cada caso concreto (BITENCOURT, 2018). Em virtude dos planos mencionados, este princípio exerce duas funções no direito penal, são elas:

- a) **função político-criminal** — esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) **função interpretativa ou dogmática** — esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada (BITENCOURT, 2018, [p.?.], grifo nosso).

Nota-se que as duas funções são exercidas em fases e por poderes diferentes, vez que o primeiro ocorre na elaboração da lei, sendo exercida pelo poder legislativo. A segunda, no entanto, é observada no momento em que a lei é aplicada pelo intérprete, exercido pelo poder Judiciário. Vale sublinhar, todavia, que apesar das funções serem observadas em oportunidades diferentes, elas são complementares, assim, caso o legislador não exponha no tipo penal o conteúdo lesivo, deve o julgador ou intérprete suprimir essa lacuna, pois, caso contrário, não há a intervenção estatal (BITENCOURT, 2018).

A respeito deste tema, Luiz Flávio Gomes (2015, p. 70) esclarece ainda que “o princípio da ofensividade está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, pode ser: a) primária: delimita o âmbito do proibido; ou b) secundária: cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade”. A norma primária, por sua vez, possui dois outros aspectos, podendo ser valorativa, em que ocorre o amparo de um bem protegido juridicamente e também imperativa, ao passo que impõe a sociedade uma determinada conduta a ser seguida (GOMES, 2015).

A par disso, o jurista afirma que só haverá crime quando existir o desvalor da ação, ou seja, quando o ato praticado pelo agente seja reconhecido negativamente; e o desvalor do resultado, que é observado quando há efetivo o prejuízo ao bem tutelado (GOMES, 2015).

Ademais, dado o grau de complexidade do referido princípio, há certa dissensão doutrinário acerca da semelhança deste com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Há quem entenda, v.g., César Bittencourt (2020, [p.?]), que os aludidos postulados não se confundem, pois no princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, os bens que podem receber atenção da norma repressora são limitados; já, no que tange o princípio da lesividade “somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano”.

De igual modo, Luiz Flávio Gomes (2009, p. 328 *apud* SILVA, 2020) diferencia os dois princípios, afirmando que a exclusiva proteção dos bens jurídicos descrimina qualquer conduta alicerçada em violações a regras culturais, morais ou religiosas, enquanto no princípio da lesividade a conduta exteriorizada pelo agente deve causar ofensa grave ao interesse tutelado no âmbito penal. Em oposição, Luiz Regis Prado (2019) afirma que a ideia da ofensividade é agasalhada pelo princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, tendo em vista que o delito necessita da lesão ou do perigo de lesão ao interesse tutelado.

Ante o apresentado, constata-se que a verificação da lesividade na conduta provocada pelo agente é o que determinada à incidência ou não do direito penal, é por esta

razão que a norma basilar em comento representa um limite material ao tipo penal, vez que a comprovação da existência de um dano ou do perigo de ofensa ao bem tutelado é uma exigência para a tipificação da conduta praticada (FAYET, 2011).

O princípio da lesividade é deveras importante para o entendimento acerca do grau de ofensa perpetrado pelo agente que pratica o beijo lascivo, bem como a sua subsunção ao art. 213 do CPB. Todavia, para a melhor compressão, é importante trazer à baila duas espécies de crimes que tem como critério a ofensividade, quais sejam os crimes de dano e os crimes de perigo.

Os crimes de dano são aqueles que necessitam do efetivo dano ou lesão ao interesse tutelado penalmente para que sejam consumados, enquanto que nos crimes de perigo a ação do agente não é dirigida a causar dano, mas de expor a perigo, subdividindo-se em dois, crimes perigo abstrato e de perigo concreto (GRECO, 2020). Nos delitos de perigo abstrato a presença do risco é presumida, isto é, não há necessidade de haver resultado lesivo, basta à realização do ato, seja ele omissivo ou comissivo, para a incriminação do agente; nos crimes de perigo concreto, como o próprio nome sugere, a norma penal só incidirá quando o risco puder ser demonstrado no caso em concreto (GRECO, 2020).

Pois bem, trazendo essa classificação doutrinária à conduta tipificada no art. 213 do CPB, constata-se que para que o crime de estupro seja consumado deve haver um resultado lesivo, ou seja, a ação perpetrada pelo sujeito ativo deve de fato lesar o bem jurídico tutelado no Título VI, Capítulo II, qual seja a liberdade sexual, razão pela qual se trata de um crime de dano.

No entanto, ainda que os delitos constantes no referido título tutelem o mesmo bem jurídico, cada conduta e infração possuem graus diferentes de ofensa. Nesse sentido, Luiz Regis Prado (2019, [p.?], grifo nosso) explica que “é de interesse observar que a noção de ofensa ou perigo de ofensa **é passível de graduação a maior ou a menor – v.g., grave, média ou leve –, não se tratando de um conceito absoluto**”.

Assim sendo, observando as condutas previstas no art. 213 do CPB, nota-se que as condutas da conjunção carnal e os atos libidinosos, verba gratia, coito anal e sexo oral, representam ofensa grave ao bem jurídico. Ocorre, que nem todo ato libidinoso possui esta gravidade, pois situações em que o sujeito ativo apenas pratica o beijo lascivo ou mesmo somente o toque nas partes íntimas da vítima, ofende de maneira leve o bem jurídico, distante daquela exigida pelo tipo penal.

O beijo lascivo, como mencionado no capítulo anterior, se dá mediante violência ou grave ameaça, vez que a doutrina não considera como lascivo o beijo “roubado” ou o

selinho, por esta razão sempre acabará sendo tipificado como estupro mesmo não possuindo a ofensa exigida pelo tipo penal, ante a inexistência de um tipo penal intermediário capaz de abarcar a conduta. Sobre a tipificação do referido ato, Fábio Fayet (2011, p. 1010) afirma que:

O intérprete deverá avaliar, na conduta formalmente objetiva, se o agente constrangeu alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se praticasse outro ato libidinoso. E, ao depois, para **certificar-se da tipicidade do crime, verificar se tal conduta (ainda que formalmente adequada ao tipo) lesiona o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, lesiona a liberdade sexual no âmbito da dignidade sexual do humano** (grifo nosso).

A par do mencionado, constata-se que o beijo lascivo configura ato libidinoso praticado sob violência ou grave ameaça, motivo pelo qual é insculpido no art. 213 do CPB, porém, conforme visualizado acima, o ato, ainda que formalmente típico, não detém a lesividade exigida pela norma, havendo um desnível em relação as demais ações protegidas pelo tipo penal.

Cesar Bitencourt (2019) afirma que há um desvalor entre as condutas abarcadas pelo art. 213 do CPB, pois o sexo oral e anal praticados com violência são mais gravosos do que os demais atos libidinosos, sendo pena mínima de seis anos razoável ao grau de lesão proferida ao bem jurídico. No entanto, ao serem comparados, a ofensa de menor severidade produzidas pelos demais atos chega a ser insignificante e totalmente descabida em relação ao mal provocado.

A par do exposto, é reluzente que um beijo lascivo não possui o mesmo valor de ofensa causada pela conjunção carnal, ou pelo sexo anal e oral, não sendo justa a incidência desta ação na infração disposta no art. 213 do CPB. O legislador pecou ao não observar o princípio da ofensividade e ao não diferenciar os atos libidinosos agasalhados pelo tipo penal, ocasionando debates sobre a incidência do referido ato, não apenas por ausência de lesividade exigida pelo tipo penal, mas também pela não contemplação do princípio da proporcionalidade, que será objeto de estudo no próximo tópico.

3.3 Princípio da Proporcionalidade

Como citado anteriormente, o direito penal é a *ultima ratio*, sendo aplicável somente quando as demais áreas jurídicas não forem capazes de tutelar o interesse ofendido. Em virtude dessa natureza, ao aplicar a norma penal o intérprete deve realizar um juízo de ponderação entre a conduta realizada e o resultado lesivo, com o intuito de evitar injustos

penais, seja para mais ou para menos.

A mercê disso, assim como o princípio da ofensividade que representa um limite material imposto ao legislador, o postulado da proporcionalidade também configura um limite não só para o criador da norma, mas também ao intérprete da lei ao analisar o caso concreto.

O mencionado instituto não está expressamente previsto na Carta Magna, todavia Luiz Flávio Gomes (2015) e Guilherme de Sousa Nucci (2015) entendem que há dispositivos na Constituição Federal que sinalizam a proporcionalidade, v.b, o art. 5º, XLVI, concernente à individualização da pena; o art. 5º, XLVII, referente à proibição de determinadas penas; e os incisos XLII, XLIII, XLIV do mesmo artigo legal que fazem menção aos delitos considerados mais graves pelo ordenamento jurídico brasileiro, crimes estes inafiançáveis e imprescritíveis.

Em que pese à ausência de previsão expressa no Texto Constitucional, a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece em seu art. 8º que, *in verbis*: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (grifo nosso). Como se vê, a ideia de proporcionalidade remonta do século XVIII, sendo observada primeiramente no referido documento elaborado durante o período da Revolução Francesa, mas que se consagrou somente no constitucionalismo moderno, ainda que tenha sido reclamado por Cesare Beccaria (1997), na sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas* (BITENCOURT, 2020).

No livro supramencionado, Beccaria (1997, p. 50) afirma que é de interesse comum que os delitos não sejam mais praticados e que com o passar do tempo eles se tornem mais raros, haja vista o mal que causam a sociedade. Todavia, o crescimento populacional, bem como os interesses pessoais, não possibilita tal hipótese, fazendo com que “a tendência aos delitos cresce na razão do interesse que cada um tem nas desordens mesmas: por esse motivo, a necessidade de agravar penas vai cada vez mais aumentando”.

Para mais, o autor considera a existência de punição a certas ações como um obstáculo ao indivíduo que queira cometer uma infração penal e, por esta razão tais barreiras devem ser maiores em prol do bem comum, guardando, todavia, uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 1997).

Convém mencionar ainda, que mesmo antes da publicação de *Dos Delitos e das Penas do Marquês*, de Beccaria (1997), a definição de proporcionalidade pôde ser visualizada, mesmo que de maneira superficial, na lei mais antiga que se tem conhecimento, a Lei de Talião, que trazia uma noção de justiça baseada no “olho por olho” e “dente por dente”, apesar de estar atrelada a ideia de vingança privada (GRECO, 2020).

No tocante à conceituação deste postulado, Luiz Regis Prado (2019, [p.?.])

esclarece que este princípio “impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos”. Ingo Sarlet (2017, [p.?.]) explica que o princípio da proporcionalidade:

Na sua forma inicial e até hoje reconhecida (embora reconstruída ao longo do tempo), guarda íntima vinculação com a ideia de um controle dos atos do Poder Público, **buscando precisamente coibir excessos de intervenção na esfera dos direitos dos cidadãos, evoluindo, todavia, para servir de critério de aferição também da legitimidade constitucional dos atos legislativos e mesmo de decisões judiciais** (grifo nosso).

A análise da proporcionalidade é de tamanha importância ao ordenamento jurídico que a sua incidência não ocorre somente na seara penal, sendo um princípio contemplado ainda constitucionalmente que serve como critério para a verificação de legitimidade das normas e das decisões judiciais, bem como sua utilização nas situações onde há colisão entre direito fundamentais.

Ademais, é comum afirmar que o princípio da razoabilidade é sinônimo de proporcionalidade, no entanto, ainda que ligados em determinados aspectos os dois não se confundem, haja vista a diferença nas suas funções e na origem destes postulados. César Bitencourt (2020) explica que a razoabilidade exercer a função de controlar o emprego da proporcionalidade, pois é ele afasta o caso mais antigo de proporcionalidade que se tem conhecimento, a lei de talião, “olho por olho, dente por dente”, como aludido anteriormente, além de que o seu nascimento ocorreu através de construções jurisprudenciais da Corte norte-americana, sendo, portanto, produto do *common law*.

De outro modo, o uso da proporcionalidade visa proibir excessos e/ou proteções deficientes por parte do legislador e do aplicador da norma, além de ter como berço o direito germânico, assentado no sistema *civil law* assim como o Brasil (SARLET, 2017). A influência direito Alemã foi tamanha na criação deste princípio, que o Brasil adotou a mesma estrutura metódica quanto a sua aplicação, o qual decorre da conjugação de três fatores essenciais, quais sejam: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se por adequação a situação onde a sanção prevista pelo tipo penal, seja adequada para o atingimento da finalidade querida pelo legislador e que a mesma possa ser realizada por meio das normas processuais penais e de execução penal (PRADO, 2019). O fato da necessidade, como o próprio nome sugere, significa que o meio utilizado deve ser necessário, ante a ausência de uma alternativa menos gravosa ou que detenha igual eficácia (PRADO 2019).

Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, faz-se essencial a feitura de

uma análise entre o fato praticado e a cominação legal, não se permitindo excessos, devendo existir um o justo equilíbrio entre a norma em abstrato, que é o fruto da imaginação do legislador, e a situação em concreto, resultante da atividade judicial (BITENCOURT, 2020).

Acerca do exposto, o professor Luís Flávio Gomes (2015) afirma que a intervenção penal só é justificada quando for adequada, necessária e houver proporcionalidade e equilíbrio na pena, porém acrescenta três subprincípios que também estão atrelados a este instituto, sendo dois deles visualizados no fator adequação, que são a individualização da pena e a personalidade da pena e, o princípio da suficiência da pena alternativa.

No que se refere à individualização da pena ela pode ser vista em três momentos, na cominação, na aplicação e na execução. Na primeira o legislador deve determinar penas proporcionais em cada caso; na aplicação, cabe ao juiz à observância da mesma, através os critérios presentes no art. 59 do CPB; e na fase de execução, essa individualização cabe tanto ao magistrado como as pessoas que integram o sistema penitenciário (GOMES, 2015). O princípio da personalidade da pena está previsto no art. 5º, XLV da CF, e preceitua que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, ou seja, somente o agente que praticou o delito é que poderá cumprir a sanção imposta pelo artigo legal.

O próximo subprincípio trazido pelo jurista é o da suficiência da pena alternativa, segundo o qual “havendo alguma medida menos onerosa, ela deve contar como preferência do juiz, se suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (GOMES, 2015, p. 77). Em que pese à consideração do doutrinador de classificá-lo como subprincípio da proporcionalidade, nota-se que o mesmo decorre do postulado da necessidade, tendo em vista, que como apresentado alhures, dispõe que a pena será necessária quando se não houver outras alternativas com igual eficácia.

Convém destacar ainda, que este princípio possui uma dupla face, como bem explica Ingo Sarlet (2006), pois o mesmo não é utilizado apenas para se proibir excessos, mas também para garantir que não haja omissão ou atuação insuficiente por parte do Estado na proteção de um direito ou bem jurídico.

Os excessos na seara penalista podem ser observados no momento em que o Estado, por meio de seus agentes, ao efetivar a proteção de um direito acabe por afetar de modo desproporcional outro direito fundamental, assim, os subprincípios da proporcionalidade servem como:

Controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). **O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais** (SARLET, 2006, p. 334, grifo nosso).

Sob outra perspectiva, tal qual a possibilidade de haver excessos na aplicação das penas, pode o legislador ou o intérprete da lei atuar de maneira insuficiente, isto é, a pena imposta pode ficar aquém do mínimo legal, ou podem existir omissões infraconstitucionais, situações que levaram a doutrina e jurisprudência a batizarem tal faceta da proporcionalidade como proibição de insuficiência (SARLET, 2006). É cristalina, portanto, a importância deste princípio para todo o ordenamento jurídico, principalmente na esfera penal, pois é através dela que se protegem os bens jurídicos de maior relevância, sendo a ofensa dirigida a tais interesses encarada com maior severidade.

Importa ressaltar que o Código Penal Brasileiro reclamou modificações ao longo dos anos, as quais deveriam atentar a proporcionalidade quando da imposição da cominação legal. Todavia, nem todas as mudanças se mostraram em compasso com o aludido postulado, vez que condutas com grau de ofensa baixo receberam sanções um tanto severas em relação ao mal causado.

O professor Guilherme de Sousa Nucci (2015) elenca algumas alterações legislativas que não atentaram ao princípio, citando-se inicialmente a pena aplicada a infração de maus-tratos de animais prevista no art. 32 da lei nº 9.605/98, onde o preceito secundário é de detenção de três meses a um ano acrescido de multa, enquanto que no crime de maus-tratados perpetrados a seres humanos, disposto no art. 136 do CPB, tem como punição a detenção de dois meses a um ano, podendo-se ou não aplicar multa (NUCCI, 2015). A desproporcionalidade neste último caso é patente, pois se pune com maior severidade aquele que maltrata animais, não atribuindo o mesmo tratamento representando aos seres humanos revelando uma proteção deficiente por parte do legislador.

O jurista cita ainda a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), que dobrou a pena mínima de três para seis anos do delito de estupro constante no art. 213 do CPB, pena esta igual à aplicada ao crime de homicídio (*vide* art. 121 do CPB). Para o autor, a modificação é descabida tendo em vista que os bens jurídicos protegidos são diferentes, sendo a vida humana mais relevante, motivo que deveria levar o criador da norma a alterar a pena mínima do homicídio.

No que tange ao delito do art. 213 do CPB, a desproporcionalidade não é observada apenas na pena mínima, mas também nos atos libidinosos abraçados pelo tipo

penal que não causam o mesmo mal que o diploma exige como é o caso do beijo lascivo. César Bitencourt (2018) considera que atos como abraço foçado, beijo lascivo ou passar as mãos na coxa não devam ser considerados estupro, por se tratarem de ações menos gravosas, tornando-se irrazoável a aplicação de pena mínima de seis anos, bem como a sua incidência na lei nº 8.072/90, ante a carência de danosidade proporcional que é visualizada em atos libidinosos como no sexo anal ou sexo oral.

Inclusive, recentemente, o STJ, em sede de Recurso Especial (REsp 1745333 RS 2018/0134332-9), decidiu pela desclassificação do delito de estupro para importunação sexual (art. 215 do CPB) do agente que passou a mão pelas pernas e nádegas da vítima, bem como em torno da vagina, sem que houvesse penetração. Em obediência ao princípio da proporcionalidade e em razão da superveniência da *novatio legis in melius*, a lei retroagiu para beneficiar o réu, já que o enquadramento de suas ações com estupro revelavam-se desproporcional ao grau de ofensa perpetrado (BRASIL, 2019b).

Convém salientar ainda, que além da configuração do beijo lascivo como infração de estupro do art. 213 do CPB, a prática do mesmo em menores de 14 anos também acarretou debates entre os intérpretes da lei, tendo em vista que muitos consideram desproporcional condenar por estupro de vulnerável (art. 217-A do CPB) o indivíduo que o comete, ainda que em menores de 14 anos, requerendo a desclassificação para importunação sexual.

Neste sentido, em 2019 o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o *Habeas Corpus* 134.591, onde manteve a condenação de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, ao sujeito que teria dado um beijo lascivo em uma criança de cinco anos, praticando assim, a infração descrita no art. 217-A do CPB (BRASIL, 2019c).

A defesa do réu interpôs apelação requerendo a desclassificação do delito para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da lei de contravenções penais). A Décima Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) proveu o recurso, entretanto desclassificou a ação para aquela versada no art. 65 da Lei de Contravenções Penais (LCP), por entender que o art. 61, se mostrava inadequado a conduta praticada (BRASIL, 2019c). Inconformado com a decisão, o Ministério Público do estado de São Paulo, protocolou Recurso Especial nº 1.551.696 ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), requerendo o reconhecimento do crime de estupro de vulnerável, o qual foi provido e reestabeleceu a pena proferida pelo juiz de base (BRASIL, 2019c).

O réu, então impetrou *Habeas corpus*, que ao ser analisado pela turma recursal do STF, acarretou divergência no voto dos ministros a respeito da pena imposta. O ministro

Marco Aurélio votou pelo deferimento da ordem, reestabelecendo a decisão do TJSP para desclassificar a conduta para o art. 65 da LCP. Em sua manifestação, alegou:

A conduta do réu restringiu-se à consumação de beijo lascivo. **Tal proceder não se equipara àquele em que há penetração ou contato direto com a genitália da vítima, situação em que o constrangimento surge maior, a submissão à vontade do agressor é total e a violência deixa marcas físicas e psicológicas intensas.** Há mais: o estudo social, realizado na fase de instrução processual, revelou ausentes alterações emocionais e comportamentais incomuns à faixa etária da menor (BRASIL, 2019c. p. 7, grifo nosso).

O ministro Roberto Barroso, optou por realizar uma reflexão acerca do enquadramento da conduta, pois, segundo ele, excesso na aplicação da pena não realiza a vontade constitucional, afirmando ainda que:

Evidentemente, um beijo lascivo numa criança de cinco anos é uma conduta totalmente inapropriada, que merece algum tipo de sanção da ordem jurídica, **mas oito anos por um beijo lascivo num réu primário, de bons antecedentes, também me parece ter alguma desproporcionalidade. Alguma, não, relevante desproporcionalidade** (BRASIL, 2019c. p. 8, grifo nosso).

O ministro Alexandre de Moraes diz que a conduta teve conotação sexual, e que independentemente da elevada pena-base do crime previsto no art. 217-A do CPB a conduta existe e a desclassificação para a molestação, art. 65 da LCP, não representa esta conotação, pois, “não houve conjunção carnal, mas houve, a meu ver, um abuso de confiança para um ato sexual. Consequentemente, não há ilegalidade na interpretação do STJ” (BRASIL, 2019c, p. 9), votando pela denegação da ordem. Ao final da votação, o *Habeas Corpus* (HC) foi denegado, revogando-se a decisão do TJSP que desclassificou a conduta para o art. 65 da LCP (BRASIL, 2019c).

A par do mencionado, nota-se que o debate acerca da proporcionalidade da pena recai não apenas ao delito de estupro insculpido no art. 213 do CPB, mas também ao estupro de vulnerável, art. 217-A do CPB, embora a violência neste último seja presumida. A proporcionalidade deve ser observada quando houver a aplicação da norma no caso concreto, sob pena de se causar uma violência maior ao indivíduo que a cumpre. Nessa senda, Cesare Beccaria (1997, p. 139), preceitua que “para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis”.

Diante dos fundamentos apresentados, entende-se que os três princípios estudados são os mais relevantes para a pesquisa, pois a Dignidade da Pessoa Humana é o princípio

basilar da Carta Magna, decorrendo dele a dignidade sexual, que o direito protegido pelo Título VI do CPB. Ainda, a liberdade sexual, bem jurídico tutelado pelo art. 213 do CPB, decorre da proteção à dignidade sexual, que é primordial para entender o delito de estupro, que atinge a liberdade de cada indivíduo de escolher com que se quer ter relações sexuais, ou outros atos de cunho sexual, como o beijo.

Os princípios da ofensividade/ lesividade e proporcionalidade são imprescindíveis para a discussão, haja vista que a partir do estudo dos mesmos é que poderá ser feita uma análise devida sobre a proporcionalidade da pena no beijo lascivo, devendo ser ponderado em conjunto com a ofensividade no momento em que se averiguar a lesão causada à vítima, e assim chegar a conclusão de que a pena imposta, se mostra razoável e adequada ao caso concreto.

Após todo o estudo acerca dos princípios atinentes ao delito de estupro e beijo lascivo, o próximo capítulo abordará os casos em que a proporcionalidade não foi observada, revelando-se descabida diante do grau de ofensividade perpetrada contra o sujeito passivo.

4 A PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA AO BEIJO LASCIVO

Os princípios são elementos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro, pois são vigas que sustentam as normas legais, inclusive as penais. Como exposto no capítulo anterior, pelo princípio da Legalidade Penal, não há crime sem prévia lei que o defina, devendo toda conduta ilícita ser punida de maneira proporcional ao ato perpetrado. No entanto, em certas situações o legislador, ao criar a norma em abstrato pecou ao não atentar ao princípio da proporcionalidade, seja punido por excesso, seja promovendo proteção deficiente do bem tutelado.

No beijo lascivo este excesso pode ser visualizado primeiramente no enquadramento da ação ao ser caracterizado como estupro, crime este considerado hediondo, e em segundo plano a desproporcionalidade é visível na sanção aplicada, que se iguala a pena do indivíduo que pratica homicídio, delito este que tutela o bem jurídico mais importante do direito penal, qual seja a vida (BITENCOURT, 2019).

Em que pese tenha-se criado um novo tipo penal, que seria capaz de abarcar esta conduta, o criador da norma não atentou ao fato de há atos libidinosos, que ainda que praticados por meio de violência ou grave ameaça, não lesam a liberdade sexual da maneira que o art. 213 do Código Penal Brasileiro (CPB) exige, caso em que o beijo lascivo se insere, fazendo-se patente a desproporcionalidade da pena.

4.1 Importunação Sexual (art. 215-a CP) e Importunação Ofensiva ao Pudor (revogado art. 61 da lei 3.688/64)

Antes da promulgação da Lei nº 12.015/09 o art. 213 do Código Penal Brasileiro (CPB) tipificava como estupro somente a conduta de praticar conjunção carnal com a vítima, que necessariamente deveria ser do sexo feminino. Aqueles, no entanto, que somente cometiam atos libidinosos diversos da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça, subsumiam-se ao art. 214 do CPB, o qual versava sobre atentado violento ao pudor, punindo o autor do fato a pena de dois a sete anos de reclusão (GRECO, 2017).

Com a unificação dos artigos 213 e 214 do CPB, tanto a conjunção carnal, como o ato libidinoso ocorrido mediante de violência ou grave ameaça, passaram a configurar estupro, independente do grau de ofensa da ação perpetrada. Em virtude da amplitude do termo, os magistrados não tinham alternativas senão condenar o agente por estupro, ainda entendessem que a pena aplicada figurava desarrazoada ao caso concreto, é o que expõe

Guilherme de Sousa Nucci (2013, p. 59-60) ao debater sobre esta alteração trazida pela lei nº 12.015/09:

A unificação do atentado violento ao pudor e do estupro continuará propiciando o confronto com a contravenção penal do art. 61 (importunação ofensiva ao pudor). [...]. **Portanto, atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não devem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), comportando tipificação no cenário da contravenção. (...) Não são poucos os casos em que magistrados são levados a condenar alguém, com base no art. 213 do Código Penal, embora acreditem ter sido aplicada pena elevada para o ato em si, enquanto outros, desclassificando a imputação para a figura da contravenção também creem ter havido pouca penalização (grifo nosso).**

Todavia, alguns atos libidinosos eram realizados por meio de toques, apalpadinhas nas pernas ou partes íntimas sem que o agente se valesse de violência ou ameaça para praticá-los, afastando da incidência do art. 214 do CPB. Devido à ausência dos meios executórios exigidos pelo tipo penal, estas ações de cunho sexual, eram desclassificadas para contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, disposta no art. 61 da Lei nº 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais), o qual dispunha: “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”.

Para a doutrina, importunar significa perturbar, incomodar, ocorrendo por meio de palavras, gestos e atitudes, desde que perpetrados em local público, já que esta era uma condição prevista expressamente no dispositivo legal (JESUS, 2010).

A referida contravenção penal era classificada como *bicomum*, ou seja, poderia ter como sujeito ativo e passivo qualquer pessoa (JESUS, 2010). No que se refere às condutas que ensejariam a incidência do art. 61 da LCP, Damásio de Jesus (2010) elenca algumas ações, como passar as mãos na coxa da vítima, convite para a prática do homossexualismo, encostar-se de modo lascivo em uma mulher, desde que não praticadas por meio de *vis corporalis* ou *vis compulsiva*.

Em que pese à possibilidade de desclassificação da ação para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, à desproporcionalidade entre as penas causou debates entre os operadores do direito, tendo em vista o delito de estupro punido com reclusão de seis a dez anos o autor do delito e, em contrapartida, aplica a contravenção de importunação ofensiva ao pudor apenas pena de multa (TAMBOSI; RAIZER, 2020).

Assim sendo, ainda que digam respeito atitudes que afetam a liberdade sexual, o intérprete da norma encontrava dificuldades no momento de punir os infratores, além de demonstrar a sociedade que o legislador criou normas ineficientes e lacunosas, tendo em vista

a existência de brechas legais que poderiam causar ainda mais impunidades (TAMBOSI; RAIZER, 2020).

Diante disso, discutiu-se a feitura de um novo tipo penal que abrangesse os atos libidinosos praticados sem violência. Por este motivo, em 2016, a deputada Laura Carneiro (DEM-RJ) protocolou um projeto de lei (PL 5452/16) com a intenção de alterar e aumentar a eficácia das leis atinentes a proteção da liberdade sexual, tendo em vista que o texto da lei de contravenções penais, bem com sua sanção, ainda representava um pensamento arcaico e há muito ultrapassado (DE SOUSA, 2020).

A ideia para a alteração legislativa adveio das companhas nas redes sociais ocorridas em no ano de 2015, promovidas por mulheres que passaram por algum tipo de assédio sexual, seja em ambiente privado ou público, que devido ao sentimento de impunidade passaram a utilizar as *hashtags*³ #meuprimeiroassédio ou #primeiroassédio para induzir o Estado a tomar iniciativas, haja vista a ineficiência das normas já previstas no Código Penal (DE SOUSA, 2020).

A partir de então se deliberou sobre a criação de uma nova norma incriminadora, qual seja, a importunação sexual, que na fase inicial do projeto, seria adicionado ao Código Penal com o seguinte texto redacional: “Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro, com pena de 02 a 04 anos de reclusão” (DE SOUSA, 2020, p. 58).

Como mencionado, o PL foi protocolado em 2016, mas somente nos anos de 2017 e 2018 ganhou atenção dos juristas em razão do expressivo número de casos de importunações sexuais ocorridos em transportes públicos, acarretando a insatisfação da população sobre a punição dos infratores (DE SOUSA, 2020).

A primeira situação ocorreu na data de 27 de agosto de 2017, onde um homem foi preso em flagrante após se masturbar e ejacular em mulher dentro ônibus, e ao ser encaminhado a delegacia constatou-se que o agente já possuía outras passagens pela polícia, todos por crimes sexuais (ROSA; ROMAZ; REIS, 2017). Em virtude do ato realizado no coletivo não ter sido executado com a utilização de violência ou grave ameaça, não poderia haver a incidência do crime disposto no art. 213 do CPB, mas sim de importunação ofensiva ao pudor, contravenção pelo qual foi autuado pelo delegado de polícia (GHIROTTI, 2017).

³ Trata-se de um “recurso de agrupamento que identifica grupos ou conteúdos específicos, através do símbolo “#” antes de uma palavra ou expressão, com o objetivo de facilitar a pesquisa pelo assunto com o qual esse símbolo se relaciona” (HASHTAG, 2020).

Nada obstante, o autor do fato, Diego Ferreira de Novais, realizou a conduta novamente na mesma semana, sendo autuado, contudo, por estupro, pois o mesmo teria esfregado o seu órgão genital masculino no ombro da vítima, utilizando-se da força para impedir a sua fuga (ROSA; ROMAZ; REIS, 2017). Infelizmente, outros acontecimentos semelhantes ocorreram pelo território nacional, cenário que trouxe à tona um sentimento de repulsa e clamor, principalmente por parte da população feminina, pois a legislação se revelou ineficiente em promover à proteção a liberdade sexual (TAMBOSI; RAIZER, 2020).

Os operadores do direito, ante o evidente vácuo legislativo no tocante a adequação típica dessa conduta, passaram a debater acerca da desproporcionalidade da pena, pois tais condutas não poderiam se enquadrar como estupro dado a ausência dos elementos caracterizadores do delito, qual seja violência e grave ameaça, e de mesma forma, a tipificação em importunação ofensiva ao pudor não seria adequada para a punição, que atribuía apenas pena de multa a quem o praticava (TAMBOSI; RAIZER, 2020).

Ao discorrer sobre a proporcionalidade da pena, Guilherme de Sousa Nucci (2020, [p.?.]) esclarece que quanto a pena multa:

O legislador brasileiro, por falta de adoção de uma política criminal definida, comete vários deslizes no cenário da proporcionalidade, ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos. Ilustrando, ao estabelecer a pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária (art. 45, § 2.º, CP), permite que se fixe uma quantia de pena em salários mínimos, destinada à vítima, a ser descontada em futura indenização civil. **Ora, se essa for à única punição, em verdade, o que se faz é antecipar a reparação civil do dano, sem qualquer medida punitiva efetivamente penal. Esse é o lado brando demais, demonstrativo da desproporcionalidade** (grifo nosso).

Desta feita, havia um grande limbo entre as penas estabelecidas, a qual demandava uma atuação rápida do Poder Legislativo, seja elaborando uma nova norma penal capaz de agasalhar tais ações e demais outros atos libidinosos como “apalpar”, “encoxar”, efetuadas sem o uso da violência ou ameaça, seja alterando as normas já existentes, suprimindo o vácuo deixado pelo criador da norma em abstrato (TAMBOSI; RAIZER, 2020).

Assim, o projeto de lei apresentada pela deputada do estado do Rio de Janeiro voltou a ser debatido, passando por algumas alterações, levando à promulgação da lei nº 13.718/18 a qual inseriu ao Código Penal o delito de importunação sexual, alocando-o no art. 215-A, o qual assevera: “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”, revogando, assim, o art. 61 da Lei de Contravenções Penais (Lei nº 3.688/41) (DE SOUSA, 2020).

A aludida infração penal abarca ações que atentam contra a liberdade sexual, mas que não possuem o mesmo grau de ofensa requerido pelo art. 213 do CP, aplicando sanção de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão a quem o comete, desde que o sujeito ativo não faça uso dos meios executórios previsto no crime de estupro (PRADO, 2019).

Tipifica-se como importunação sexual a ação de “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. O verbo, diferente do delito de estupro, não é constranger e sim praticar, isto é, realizar a ação de qualquer modo, não sendo necessário tocar na vítima, já que, como se depreende do artigo, a conduta é perpetrada contra alguém, não “com alguém”, assim, ainda que o indivíduo apenas visualize a vítima de longe e realize o ato, o crime estará consumado (JESUS, 2020).

No que se refere ao sujeito passivo, diferentemente do ato obsceno (art. 233 do CPB), para a configuração da importunação sexual, a vítima deve ser determinada, e por se tratar de crime comum, pode ter como sujeito passivo e ativo qualquer pessoa independentemente do sexo, devendo a ação “ofender, lesar, incomodar, importunar, molestar, inquietar a pessoa visada no âmbito de sua liberdade e autonomia sexual” (PRADO, 2019, [p.?).

A pessoa que sofre a ofensa, não deve anuir com a ação, seja de forma expressa ou tácita, pois até mesmo em circunstâncias onde a vítima, percebendo ação do agente permanece inerte por medo ou por não saber o que fazer diante da cena presenciada, também configura discordância, ainda que não tenha sido expressamente verbalizada (ESTEFAM, 2019). Frisa-se que a discordância da vítima é de extrema importância, pois se a mesma consente com o ato libidinoso não há crime, seja de importunação sexual, seja de estupro.

Ademais não importa se a ação é praticada em ambiente privado ou público, se o sujeito passivo é visado, ainda que não perceba a conduta do agente, o delito restará consumado (ESTEFAM, 2019). O elemento subjetivo também é o dolo, exigindo que o agente, no momento da ação, tenha consciência e vontade de cometer a conduta criminosa, porém, tal qual a infração do art. 213 do CP, tem como elemento específico o intuito de satisfazer a lasciva própria ou de outrem (JESUS, 2020).

Por força do disposto no preceito secundário do tipo penal, que esclarece que a pena será de um a cinco anos se não constituir crime mais grave, atribui-se ao referido delito caráter subsidiário, isto é, dependendo da maneira em que a conduta é perpetrada pelo sujeito ativo, a mesma pode não ser tipificada como importunação sexual, mas sim como estupro, ainda que o grau de lesividade ao bem jurídico tutelado, seja inferior (JESUS, 2020).

Do predito, conclui-se que a o texto do art. 215-A não faz nenhuma menção à violência ou grave ameaça, assim, a infração praticada com o emprego desses meios executórios não poderá se tipificada como importunação sexual, mas sim como estupro.

4.2 O beijo lascivo e o crime de importunação sexual

Ato libidinoso é uma expressão que abarca várias condutas de cunho sexual, que podem ou não ser caracterizadas como estupro, dependendo do modo em que são realizadas. No entanto, como já mencionado, o art. 213 do CPB não faz diferenciação entre os atos libidinosos, fazendo com que toda e qualquer ação se enquadre nesse tipo penal, desde que cometido por meio de *vis corporis* e *vis compulsiva*.

Em razão disso, criou-se a infração penal de importunação sexual, que pune o agente que pratica atos libidinosos diversos da conjunção carnal, contando que sejam cometidos sem o uso da violência ou grave ameaça e que haja o dissenso da vítima, pois caso contrário o crime não poderá ser configurado (PRADO, 2019).

Guilherme de Sousa Nucci (2019) esclarece que o ato libidinoso, nos termos do art. 215-A, deve ser realizado com o intuito de satisfazer lascívia própria ou de terceiro, e compreende inúmeras condutas, como encostar lascivamente nas nádegas da vítima ou em seus seios, masturbar-se na frente de alguém, ejacular em pessoas próximas, como as situações ocorridas nos transportes públicos anteriormente mencionados, tirar a roupa na frente de alguém, isto é, atos que de alguma maneira atinjam a liberdade sexual da vítima.

No que se refere ao beijo, o autor esclarece que este também pode fazer parte do rol de atos libidinosos que se enquadram no novel tipo penal, todavia, o beijo, neste caso, não pode ser cometido com violência (NUCCI, 2019), assim, pode-se dizer que o beijo “roubado”, se enquadra no delito do art. 215-A, já que o mesmo é rápido, surpreende o sujeito passivo, e não possui elevado grau de lesividade.

Contudo, vale recordar o conceito de beijo lascivo trazido pela doutrina, Luiz Regis Prado (2019) assevera que o beijo lascivo é aquele obtido sem a anuência da vítima, por meio de violência, possuindo baixa ofensa ao bem jurídico liberdade sexual se comparado a outros atos libidinosos, v.g, sexo anal ou oral.

Damásio de Jesus (2020) afirma este ato libidinoso só configurará como estupro se praticado por meio de violência, contudo, expõe também que não se pode considerar libidinoso o beijo casto ou “roubado” de modo furtivo, mas sim aquele beijo lascivo retirado à força, que revela luxúria. De igual maneira Guilherme Nucci (2019) esclarece que beijo

lascivo é aquele ocorrido de modo violento, onde a introdução da língua e que demonstra libido. Cleber Masson (2018, [p.?.]) afirma que os beijos lançados na face ou os chamados “selinhos” não podem ser considerados lascivos, pois para caracterizar ato libidinoso os mesmos devem ser “prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima”.

Oras, a partir destes conceitos conclui-se que o beijo para que se caracterize como lascivo, só pode ocorrer por meio de violência, sendo os “selinhos”, também nomeado de beijo roubado, não são considerados libidinosos, portanto, não podem incidir no art. 215-A. Tal entendimento foi firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 93906/PA, em março de 2019, tendo como relator o ministro Ribeiro Dantas, veja-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO. TRANCAMENTO DA REPRESENTAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. TIPICIDADE DA CONDUTA. BEIJO LASCIVO E OUTROS ATOS LIBIDINOSOS. VIOLÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE FORÇA FÍSICA. VÍTIMA SUBJUGADA. JUSTA CAUSA. OCORRÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. O estupro é tipo misto alternativo e crime pluriofensivo, pois o crime do art. 213 do Código Penal tutela dois bens jurídicos: a liberdade sexual e, alternativamente, a integridade corporal e a liberdade individual. O núcleo do tipo é “constranger”, o que acarreta no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação, no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Outrossim, o dissenso da vítima quanto à conjunção carnal ou outro ato libidinoso é fundamental à caracterização do delito: trata-se de elementar implícita do tipo penal. [...] 4. **O beijo lascivo ingressa no rol dos atos libidinosos e, se obtido mediante violência ou grave ameaça, importa na configuração do crime de estupro. Evidentemente, não são lascivos os beijos rápidos lançados na face ou mesmo nos lábios, sendo preciso haver beijos prolongados e invasivos, com resistência da pessoa beijada, ou então dos beijos eróticos lançados em partes impudicas do corpo da vítima. Por conseguinte, verificar-se-á estupro mediante violência caso a conduta do beijo invasivo busque a satisfação da lascívia, desde que haja intuito de subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente, consciente de sua superioridade física.** 5. No caso, resta evidente a utilização de força física, conquanto ausentes vestígios de lesão, para beijar a vítima contra sua vontade, e ainda lhe esfregar o órgão genital ereto, tendo o recorrente parado apenas por ter sido impedido por testemunha. Em tese, tal conduta amolda-se à hipótese típica do crime de estupro, para realização de atos libidinosos, cometido por meio de violência, consistente no emprego de força física contra a vítima, subjugando-a pela superioridade física do agente, até porque aquela possui limitações físicas decorrentes da ataxia cerebelar. 6. Ressalte-se que não há falar em aplicação retroativa, em tese, do crime de importunação sexual (CP, art. 215-A), porquanto a prova semiplena angariada até o momento levam à conclusão de utilização de violência para a prática do ato libidinoso, o que afasta a incidência da *novatio legis in mellius*, trazida pela Lei n. 13.718/2018, porquanto funciona como elemento especializante do crime de estupro. [...] 9. Recurso desprovido (BRASIL, 2019a) (Grifo nosso).

O julgado deixa reluzente que o beijo não configura estupro se não obtido por meio de violência ou ameaça, mas para ser lascivo, ele precisa ser prolongado, invasivo, e com resistência da pessoa ofendida. Desta maneira, a desclassificação do delito para importunação sexual se revela inviável, pois o mesmo é praticado mediante uso da força, permanecendo, assim, a questão da desproporcionalidade da pena aplicada a esta conduta.

Sabe-se que a importunação sexual possui caráter subsidiário, isto é, se a ação não configurar delito mais grave, poderá se enquadrar no art. 215-A do CPB, assim, se o ato praticado não foi realizado por meio de *vis corporis*, nada mais justo que a sua desclassificação para importunação sexual. No entanto, não foi esta a decisão tomada pelo ministro Rogério Schietti Cruz, que em sede de Recurso Especial nº 1.736.385- CE desclassificou a conduta de estupro para importunação sexual ao agente que se utilizou da força para subjugar a vítima e nela praticar um beijo lascivo.

O caso ocorreu no ano de 2008, no estado do Ceará, onde, ao se dirigir a um provador de um estabelecimento comercial com o intuito de comprar blusas, a Sra. Celidia Pereira Matos foi surpreendida por Cícero Rodrigues da Silva, que tomou as roupas de sua mão e em seguida tentou agarrá-la, empurrando-a em direção ao sofá que havia no local (BRASIL, 2019d). Conforme relatou a vítima em seus depoimentos, o agente tentou **“beijá-la na boca e, não conseguindo seu intento, deu-lhe um beijo lascivo no pescoço, succionando sua pele, e, ainda, tocou nas suas nádegas”** (BRASIL, 2019d, p. 3, grifo do autor).

O ato perpetrado pelo réu deixou marca no pescoço da vítima conhecida como “chupão”, além de causar temor à mesma, que não saiu de sua residência por uma semana, e logo após o fato voltou a morar na casa dos pais e deixou o emprego (BRASIL, 2019d). O Ministério Público apresentou denúncia contra o acusado pela prática do delito de atentado violento ao pudor (revogado, art. 214 do CPB), sendo condenado pela Vara Única da Comarca de Groaíras a 6 (seis) anos de reclusão em regime semiaberto (BRASIL, 2019d). O réu recorreu da decisão, interpondo apelação em 2017 ao Tribunal de Justiça do Ceará, requerendo a desclassificação da conduta para o delito de importunação ofensiva ao pudor, art. 61 da LCP, mas, por votação unânime, o apelo foi desprovido, negando-se provimento ao recurso (CEARÁ, 2017).

Com o advento da lei 13.718/18, a qual inseriu ao Código Penal o delito de importunação sexual, o réu interpôs Recurso Especial (REsp), com o intuito de aplicar a lei mais benéfica, desclassificando o ato perpetrado para o art. 215-A. No julgamento do recurso,

o ministro Rogério Schietti Cruz entendeu que o crime teria sido praticado sem violência ou grave ameaça, razão que leva a aplicação retroativa da lei (BRASIL, 2019d).

O ministro concedeu a ordem para readequar a conduta para importunação sexual e determinou o retorno dos autos ao Tribunal para a feitura da dosimetria da pena (BRASIL, 2019d). Em virtude dessa decisão, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) cumpriu a determinação e redimensionou a pena privativa de liberdade a um ano de reclusão e, conseqüentemente, declarou de ofício a extinção da punibilidade do réu, devido à prescrição (CEARÁ, 2019).

Vê-se que houve um equívoco do intérprete da lei ao decidir pela desclassificação do delito, pois conforme relatado pela ofendida, o réu a puxou para um anexo da loja e tentou beijá-la, não conseguido, aplicou um beijo lascivo no seu pescoço, que o marcou. O ato de puxar o sujeito passivo para tentar aplicar um beijo, revela que o mesmo se valeu da força para tanto, isto é, se valeu da violência para atingir seu objetivo.

O professor César Bitencourt (2018) esclarece que a *vis corporis* nestes casos visa vencer a resistência da vítima em relação à conduta a ser praticada, segundo o autor:

Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia elétrica (choque), gases etc. A violência poderá ser imediata, quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e mediata, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada. **Não é necessário que a força empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento** (BITENCOURT, 2018, [p.?), grifo nosso).

Diante disso, é cristalino que a conduta cometida por Cícero Rodrigues configurou, a época do fato, atentado violento ao pudor, que agora é considerado estupro, sendo a sua desclassificação para importunação sexual um equívoco, ante o evidente uso da violência para forçar a vítima a beijá-lo. Nota-se que o juiz de base entendeu pela configuração do disposto no art. 214 do CPB, condenando o réu a 6 (seis) anos de reclusão, assim como o TJCE, que em recurso de apelação, entendeu pela impossibilidade de desclassificação do ato para o art.61 da LCP, uma vez que a conduta foi praticada com violência, se amoldando ao previsto na infração de atentado violento ao pudor (CEARÁ, 2017).

Posto isso, nota-se que o crime de importunação sexual ampliou a proteção a liberdade sexual, afastando, na medida do possível, o sentimento de impunidade que reinava na população, sobretudo nas mulheres, que se sentiam desprotegidas pela lei em relação às situações de assédios e constrangimentos as quais eram submetidas, porém, no que tange ao

beijo lascivo, o art. 215-A não é capaz de abarcar esta conduta, devido o uso da violência, além de tratar-se de um delito subsidiário, aplicado somente se o ato não constituir crime mais grave.

Desta feita, a desproporcionalidade da pena aplicada ao beijo lascivo ainda permanece, tendo em vista a sua incidência no art. 213 do CPB, é o que se observará no tópico seguinte.

4.3 Proporcionalidade da pena no Beijo Lascivo

No capítulo anterior, discutiu-se sobre a conceituação do princípio da proporcionalidade e a sua incidência na seara penal. Todavia, antes de iniciar a análise sobre este postulado no que se refere a sua observância no momento da aplicação da sentença, vale trazer a tona outras definições acerca do mesmo.

Apesar de a proporcionalidade ser um princípio, deve ser observado também como um dever, uma regra da função legislativa ao analisar as situações em concreto, tanto é que Humberto Ávila (1999, p. 175) qualifica a proporcionalidade como postulado normativo aplicativo, o qual decorre “da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados”.

Dessa forma, ressalta-se ainda que, apesar do legislativo, por meio do Congresso Nacional, ser legítimo para criar delitos através de lei complementar e assim alterar o Código Penal, não detém liberdade absoluta para tanto, tendo em vista que não deve ultrapassar os limites dos direitos e garantias fundamentais ao cominar penas, que pode ser desrespeitado através da inobservância da proporcionalidade ao elaborar o preceito secundário, é o que José Canotilho (1993, p. 642-643) denomina de princípio material da proibição do excesso:

A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdades e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. Em primeiro lugar, entre o fim da autorização constitucional para uma emanação de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material de meios e fins. Em segundo lugar, no exercício do seu poder ou liberdade de conformação dos pressupostos das restrições de direitos, liberdades e garantias, o legislador está vinculado ao princípio material da proibição do excesso.

Isto posto, o legislador tem o dever de agir, por isso, quando realiza a função legiferante, intervém na tutela de direitos fundamentais, por vezes, extrapolando seus limites, cabendo então, ao intérprete da lei, a incumbência de adequar a norma ao caso que lhe é apresentado, utilizando o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2017, p. 967) anunciam que:

Em outros termos, se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle da constitucionalidade das leis.

Assim, na presente pesquisa questiona-se a observância deste princípio ao sancionar o agente que pratica o beijo lascivo, pois puni-lo com penas elevadas, sem que seja feita a ponderação entre a ofensa o preceito secundário do tipo penal, é violar o direito fundamental de liberdade, inerente a dos os cidadãos.

A intenção do legislador ao criar um novo tipo penal incriminador foi louvável, haja vista a atribuição de tutela maior a dignidade sexual, todavia, nem sempre os atos libidinosos com baixo grau de ofensividade são praticados sem o uso de tais meios executórios, circunstância que afasta a aplicação do art. 215-A do CPB, e mantém a incidência do art. 213 do CPB, como é o caso do beijo lascivo.

Assim, faz-se necessário apresentar julgados em que as sentenças aplicadas aos agentes que realizaram o beijo lascivo se revelaram elevadas em comparação à lesão que o ato causou a vítima. No ano de 2016, um homem foi acusado de estupro após ter dado um beijo a força em um jovem de 15 anos no período carnavalesco. A vítima relatou em sede de inquérito policial que o autor da agressão:

Investiu contra si, pela retaguarda e envolveu seu pescoço com um dos braços, e com a outra mão tapou a sua boca, e na sequencia derrubou-lhe no chão. Diz que o citado rapaz colocou um joelho sobre seu abdômen e fazendo uso de força física tirou a blusa de lã que trajava. [...] Que novamente fazendo uso de força física Ademir Aparecido tomou o aparelho de telefone da sua mão e jogou-o no solo, em seguida agarrou-lhe pelos braços. Que diz ter implorado para que este não lhe fizesse mal grave e injusto que Ademir Aparecido lhe disse que não iria lhe fazer mal e que somente queria “ficar” consigo. Que no calor dos fatos e mesmo agora, diz entender “ficar” como sinônimo de manter relação sexual com cópula vagínica. Que em seguida Ademir o acusado deu-lhe um beijo e conseguiu inserir a língua dele dentro da sua boca (BRASIL, 2016, grifo do autor)

O indivíduo imobilizou a adolescente para alcançar seu intento de “ficar” com a mesma, isto é, satisfazer a própria lascívia, aplicando-lhe um beijo de forma voluptuosa, valendo-se da força para tanto.

Na decisão de base, o juiz do estado do Mato Grosso estabeleceu sentença de 8 (oito) anos ao sujeito que cometeu o fato ilícito, cumpridos inicialmente em regime fechado (BRASIL, 2016). O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT), no entanto, reformou a decisão e entendeu que o ato perpetrado pelo agente não passou de um mero “beijo roubado”, em virtude da suposta fugacidade, pois a conduta considerada não é “suficiente a propiciar ao agente ‘a sensibilidade da conjunção carnal’” (BRASIL, 2016), absolvendo o réu e mandando-o de volta para o seu lar.

Em discordância com a referida decisão, o Ministério Público do Estado do Mato Grosso interpôs Recurso Especial nº 1.611.910- MT (2013/0249235-6), sendo o relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, que reformou a decisão reestabelecendo a pena imposta pelo juiz *a quo*. O relator divergiu da acordão proferido pelo TJMT, afirmando que o beijo se deu em um contexto de violência sexual, sendo possível retirar essa conclusão dos fatos e provas obtidos no decorrer do processo e do próprio relato da vítima, que deixa cristalina a ação do agente de envolver uma mão no seu pescoço, lhe tapar a boca e pressioná-la com o chão, forçando “ficar” com o mesmo (BRASIL, 2016).

No julgamento do recurso, o ministro afirmou que o caso de maneira indiscutível se caracterizou como estupro, pois ainda que o agente não tenha cometido conjunção carnal, sabe-se que o disposto no art. 213 abarca outras situações. Relata: “Estupro é um ato de violência (e não de sexo). Busca-se, sim, **a satisfação da lascívia por meio de conjunção carnal ou atos diversos, como na espécie, mas com intuito de subjugar, humilhar, submeter à vítima à força do agente**, consciente de sua superioridade física” (BRASIL, 2016, p. 16, grifo nosso).

Ademais, ao proferir a absolvição do réu, o TJMT o mandou “em paz para o lar”, situação que para o ministro Rogério Schietti o isentou de qualquer responsabilidade, além de demonstrar que o Tribunal de Justiça não se importou com a situação de constrangimento e de sofrimento da vítima, que implorou para o réu cessar com as investidas violentas (BRASIL, 2016).

Assim, a sentença foi reestabelecida, sendo condenado o agente pelo crime de estupro qualificado em razão de a vítima ser menor de 18 anos e maior de 14 anos (art. 213, §1º), sentenciando-o a 8 (oito) anos de reclusão pela prática do beijo lascivo.

Em 2016 uma situação semelhante ocorreu no estado de Santa Catarina, onde uma menina de 16 anos foi abordada por um homem que lhe ofereceu dinheiro para manter relações sexuais com a mesma. Diante da negativa da adolescente, o homem a agarrou a força e beijou a sua boca e mordeu seu rosto, acariciando ainda suas partes íntimas, seios, nádegas e órgão genital (SANTA CATARINA, 2018).

A defesa do réu requereu que o delito fosse desclassificado para a contravenção penal de importunação sexual ao pudor (ainda vigente a época do julgado), mas o pedido não foi acolhido pelo tribunal, sendo o mesmo condenado à pena de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, cumprida inicialmente em regime fechado por estupro qualificado (art. 213, §1º do CP) (SANTA CATARINA, 2018). Entretanto, a pena do réu foi revisada, sendo diminuída para 9 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, devendo ser inicialmente cumprida em regime fechado (SANTA CATARINA, 2018).

Ainda com relação a este caso, após a entrada em vigor da lei 13.718/18, a qual adicionou o crime de importunação sexual ao Código Penal, o sentenciado pleiteou Revisão Criminal (nº 4030148-19.2019.8.24.0000), para que lhe fosse aplicada a lei mais benéfica, pois a vítima teria mentido em juízo sobre a maneira em que sucederam os eventos (SANTA CATARINA, 2019). A alegação não foi aceita, concluindo que havia harmonia e coerência nos depoimentos, que ainda que tenham divergido em alguns aspectos, a essência é apenas uma: “o agente a abordou na rua, ofereceu dinheiro para manterem relação sexual e, diante da negativa dela, aquele a agarrou com força, beijou-a e passou a mão em seu corpo” (SANTA CATARINA, 2019, p. 7), coadunando com o expresso no art. 213 do CPB.

Outro fato que merece ser mencionado é a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, onde Geovane Cesário Duarte foi condenado há 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão por praticar um beijo lascivo, sendo o mesmo condenado por estupro qualificado (art. 213, §1 do CPB) (RONDÔNIA, 2017). Na data do fato, o réu praticou três delitos, o crime de estupro de vulnerável contra menor de 14 (catorze) anos, o delito de ameaça (art. 147 do CPB) contra a mesma vítima e o crime de estupro, contra adolescente de 14 (catorze) anos, que se deu por meio de um beijo forçado (RONDÔNIA, 2017).

Em juízo, a jovem ratificou que o sujeito ativo a surpreendeu no momento em que se dirigiu à cozinha e a segurou a força, beijando a sua boca logo em seguida (RONDÔNIA, 2017). A defesa requereu a desclassificação da conduta para a contravenção prevista no art. 65 da LCP, mas foi negada pelo magistrado, que entendeu ter havido a incidência do delito previsto no art. 213 do Código Penal Brasileiro (CPB). Segundo o juiz:

No caso, não tem como compreender um beijo desprezioso diante do histórico de investidas sexuais do apelante. **Ou seja, já havia praticado o crime de estupro de vulnerável mediante violência e conjunção carnal, sugeria nova reação sexual e ameaçava a vítima a ficar em silêncio e não relatar os atos. Destarte, diante desse panorama fático, o beijo forçado descrito no terceiro fato foi, sim, com nítido caráter sexual, razão pela qual reformo a sentença e condeno o recorrido pela prática do crime de estupro** (art. 213, § 1º do CP), embora na denúncia conste a capitulação apenas do art. 213, caput, o fato é que vítima tinha mais de 14 e menos de 18 anos de idade. Deve pesar a agravante do art. 61, II, f₇, do CP (com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica), pois a vítima era cunhada do recorrente e o fato ocorreu na casa dela (RONDÔNIA, 2017, [p.?).

Diante desse contexto, a pena estabelecida ao agente foi de 11 anos e oito meses de reclusão, pena igual à atribuída pelo crime de estupro de vulnerável praticado na mesma data, contabilizando o total de 23 (vinte e três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Vale mencionar ainda, decisão proferida pela 1º Vara Criminal da Comarca de Praia Grande no estado de São Paulo, onde em 2013, Edis César Vedovatti foi condenado há 12 (doze) anos de reclusão e multa, pelo delito do art. 213, §1º do CPB, por praticar um beijo lascivo. A vítima relatou que no seu local de trabalho foi assediada pelo réu, que a segurou fortemente pela nuca e forçou um beijo e que durante o ato abriu sua blusa e passou a mão nos seus seios (BRASIL, 2019). Não satisfeito com a decisão proferida pelo juízo *a quo* o réu recorreu em 2019, requerendo a desclassificação do delito para importunação sexual (art. 215-A do CPB).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), ao analisar o recurso de Apelação nº 0005403-23.2013.8.26.0477, entendeu que não havia motivos para a desclassificação da conduta, tendo em vista que a redação do art. 215-A:

A redação bem demonstra tão só a prática de ato para satisfação da **lascívia. Não há que se falar em alguém que beija a vítima contra sua vontade, abre sua blusa e apalpa seus seios, como sendo, tão só, satisfação da lascívia. Deve ser destacado que consta dos autos que quando o apelante beijou a vítima, a segurou fortemente pela nuca, ou seja, exerceu a força física contra ela, assim se caracterizando a violência domínio da vontade da vítima** em razão de a ter segurado, forçando o contato labial para o beijo (SÃO PAULO, 2019, p. 6, grifo nosso).

Ao recurso foi negado o provimento por votação unânime, porém houve um voto vencido do Desembargador Álvaro Castello, que acolheu parcialmente a tese de desclassificação da conduta para o art. 215-A do CPB. Em seu parecer, expôs que: “o que se vê é que a conduta do acusado, **apesar de extremamente reprovável, não chega a ter o mesmo nível de gravidade do ato daquele que força uma pessoa**, mediante violência ou

grave ameaça, a submeter-se a prática de conjunção carnal, oral ou mesmo anal” (SÃO PAULO, 2019, p. 9, grifo nosso).

Sendo assim, no caso em comento o delito de importunação sexual estaria mais adequado, por coadunar com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, por este motivo votou pelo estabelecimento de pena de um ano de reclusão, em regime inicial aberto, concedendo o *sursis* pelo prazo de dois anos. Por se tratar de voto vencido, o Tribunal manteve a condenação proferida pela 1º Vara Criminal, qual seja pena de 12 (doze) anos de reclusão e multa pelo cometimento do delito insculpido no art. 213, §1º do CPB (SÃO PAULO, 2019).

Ainda inconformado com o acórdão do TJSP, Edis César Vedovatti opôs embargos infringentes sustentando o prevalecimento da tese levantada pelo Desembargador Álvaro Castello, requerendo novamente a desclassificação do delito. O Desembargador relator, Luiz Antônio Cardoso, rejeitou o recurso, haja vista a comprovação de que o réu valeu-se da força ao segurar a nuca da vítima para beijá-la, e quando segurou seus braços para abrir sua blusa e passar mão em seus seios, afastando a incidência do art. 215-A (SÃO PAULO, 2020), mantendo-se a sentença do réu.

A par do mencionado, vê-se no primeiro caso, ocorrido no de 2016, o agente foi condenado há 18 (dezoito) anos por dar um beijo forçado na vítima. Na segunda situação, a pena imposta não fora tão alta quanto como a primeira, porém revelou-se demasiada se levar em consideração o ato perpetrado, frisando-se ainda, a tentativa da defesa do sentenciado de desclassificar o delito para importunação sexual em sede de Revisão Criminal, que foi negada, pois não havia dúvidas de que a conduta se caracterizou estupro.

Na terceira situação, a pena imposta é extremamente elevada, e descabida ao passo que no momento de aplicação da sanção, o magistrado não atendeu ao requisito da proporcionalidade, punindo o agente com pena igual aquela ao do crime disposto no art. 217-A do CPB. A defesa do réu requereu também a desclassificação da conduta para a contravenção penal descrita no art. 65 da LCP⁴, perturbação da tranquilidade, sem lograr êxito.

No último julgado, nota-se que a decisão por manter a condenação por crime de estupro no foi unânime, já que um dos desembargadores votou pela desclassificação do crime, tendo em vista a ausência de lesividade provocada pela conduta e devido à observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (SÃO PAULO, 2019). Todavia, como

⁴ “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”.

expresso na decisão dos embargos infringentes, a ação foi cometida por meio *vis corporis*, meio executório que não permite a incidência do art. 215-A.

Ante todo o apresentado, é patente a desproporcionalidade nos presentes casos, sendo descabida e surreal a condenação tão elevada pela realização de um beijo lascivo, que ainda que integre o rol de atos libidinosos conforme entendimento do STJ, não tem condão de lesar em grande magnitude a liberdade sexual, mesmo que tenha sido praticado com outros atos de cunho sexual.

Ademais, vale sublinhar novamente que o a infração prevista no art. 213 do CP integra o rol de crimes hediondos, conforme disposto no art. 1º, V da Lei nº 8.072/90, sendo assim, outras desproporcionalidades no enquadramento do beijo lascivo como estupro são observadas, em razão, principalmente, das alterações trazidas pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/19).

No que tange à progressão de regime o pacote anticrime alterar o tempo de cumprimento de pena para a concessão do benefício, pois no que se refere à infração do art. 213, praticado com violência ou grave ameaça, o apenado terá que cumprir 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o mesmo for primário e o crime tiver sido praticado com o uso da *vis corporis* ou *vis compulsiva*, ou 30% (trinta por cento) se reincidente e tiver cometido o delito com violência ou grave ameaça, para ter direito ao benefício (ROQUE; TÁVORA; ALENCAR, 2020).

Assim sendo, o indivíduo que comete o beijo lascivo tem a sua conduta subsumida no art. 213 do CPB, caracterizado como crime hediondo, que exige para a progressão de regime o cumprimento de 25% (vinte e cinco por cento) a 30% (trinta por cento) da pena, dependendo se é réu primário ou não. Ou seja, a sanção é excessiva e desproporcional em relação à lesão causada pelo ato.

Diante de todo o abordado, percebe-se que a legislação penal brasileira ainda necessita de modificações, muito em virtude da idade do Código Penal, que data 1940. Por este motivo que alterações se fazem essenciais a lei, a fim de adequar o texto ao cenário social atual. Em que pese à união dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, e a criação novo tipo de penal de importunação sexual, ainda há muito a ser debatido acerca destes tipos penais.

O direito penal é a *ultima ratio*, devendo ser aplicada somente quando as outras searas do direito não forem capazes de solucionar a questão, por isto a observância aos princípios penais são de extrema importância, principalmente a proporcionalidade, pois este

impede excessos por parte do Estado, bem como garante a proteção adequada a direitos fundamentais.

O enquadramento do beijo lascivo como estupro representa a desproporcionalidade na norma penal⁵, pois ainda que os atos libidinosos também estejam previstos no art. 215-A do CPB, o beijo lascivo não pode ser agasalhado pelo mesmo, revelando uma lacuna legislativa, ante a ausência de norma penal capaz de abraçar satisfatoriamente o referido ato libidinoso, sem que haja violação aos princípios penais.

Ante todo o apresentado, deveria o legislador agir elaborando um novo tipo penal no qual o beijo lascivo possa ser alocado, atribuindo pena justa e adequada a lesão causada pelo infrator, ou alterando as normas existentes a fim de evitar excessos penais.

⁵ A amplitude do termo ato libidinoso no art. 213 do CPB representa uma desproporcionalidade na aplicação da pena no caso do beijo lascivo. Esta não é a primeira norma penal que apresenta desproporção entre os elementos caracterizadores e a pena, v.g. a inconstitucionalidade do art. 273º, §1-B do CPB, o qual pune de 10 a 15 anos o agente que pratica ações como vender, expor a venda ou ter em depósito produto, no entanto, a norma penal não especifica ou delimita quais produtos, tendo em vista, que pela literalidade redacional, o tipo incriminador se estenderia não somente há produtos submetidos a controle de fiscalização da vigilância sanitária, mas também há cosméticos, perfumes, produtos higiênicos, ou seja, abrangeria uma gama de mercadorias (BITENCOURT, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo, que em virtude da idade da legislação penal, a mesma necessita de reformas, a fim de adequar a norma ao contexto social. A Lei 12.015/09, realizou essa adequação, no que tange aos delitos contra a dignidade sexual, ao inovar em dois aspectos principais, quais sejam a alteração da nomenclatura do Capítulo I, do Título VI, para demonstrar que o bem jurídico que interessa ao direito penal é o direito a liberdade sexual, e a unificação artigos 213 e 214, que passou a considerar como estupro tanto a conjunção carnal como a prática dos demais atos libidinosos realizados por meio de violência ou grave ameaça.

Embora essa conversão tenha sido aplaudida, pois estendeu o rol de sujeitos ativos e passivo, abarcando ações que anteriormente não eram figuradas como estupro, mesmo que o gozassem de igual grau de lesividade da conjunção carnal, a mudança também trouxe a questão da proporcionalidade da pena a ser resolvida pelos intérpretes da lei.

Diante disso, fixada à problemática, os objetivos gerais e específicos e a hipótese, o trabalho se desenvolveu da seguinte maneira: no primeiro capítulo foi possível apresentar um pouco acerca do histórico do delito de estupro no Brasil, conceituar o dolo e a tipicidade no ordenamento jurídico, e discorrer sobre os elementos caracterizadores do estupro, bem como sobre ato libidinoso e beijo lascivo. Concluiu-se que ao alocar os atos libidinosos no mesmo tipo penal, toda e qualquer ação de cunho sexual passou a ser caracterizada como estupro, bastando ser realizada com o uso da violência ou grave ameaça. Infelizmente, ao elaborar a norma em abstrato, o legislador não separou tais atos em mais ou menos gravosos, acarretando em aplicação de punição severa aqueles que praticam quaisquer ações de cunho sexual, ainda que a lesão proferida ao bem tutelado seja mínima.

No segundo capítulo, foi debatido sobre os princípios mais importantes para o entendimento do referido delito, sendo eles a dignidade da pessoa humana, princípio que dá origem aos demais direitos, do qual decorre a dignidade sexual, protegida pelo Capítulo I, do Título VI do CPB, e os postulados da ofensividade e proporcionalidade, os quais foram essenciais para entender acerca de lesão ao bem jurídico, referente a tipicidade material, e da proporcionalidade da pena, a qual deve ser equivalente a ofensa perpetrada.

Por fim, no terceiro capítulo foi realizado um estudo sobre o delito de importunação sexual e a possibilidade de incidência do beijo lascivo nesse tipo penal, pois, antes do novel tipo penal os juristas desclassificavam, por vezes, a conduta para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor, art. 61 da LCP, ou molestações, art. 65 da

LCP, com o intuito de afastar o delito mais gravoso. No entanto, tal situação ainda gerava um sentimento de impunidade e descaso do poder estatal ao promover a tutela da liberdade sexual, já que havia um grande limbo entre as penas previstas no Código Penal e na Lei de Contravenções Penais.

Por esta razão, e em virtude das ocorrências de assédios constantes nos transportes públicos, ocorridas nos anos de 2017 e 2018, o criador da norma viu-se na obrigação de elaborar um novo tipo penal que abarcasse atos libidinosos menos graves, concebendo o delito de importunação sexual, disposto no art. 215-A do CPB e revogando, assim, o art. 61 da LCP.

A atuação do legislador foi festejada pela doutrina, que a muito ansiava por uma norma intermediária ao delito de estupro, porém a mesma somente pune o agente que comete atos libidinosos sem violência ou grave ameaça, e, conforme conceitos apresentados ao longo do trabalho, vê-se que todos afirmam que para que o beijo seja considerado lascivo, deve ser praticado sem a anuência da vítima e a força. Os chamados “selinhos”, ou beijos roubados, não se inserem nessa definição e, por isso, não poderiam ser classificados como estupro, mas sim como importunação sexual.

Ademais, ao crime de importunação sexual, é atribuído caráter subsidiário, tendo em vista que o mesmo incidirá apenas se a conduta não caracterizar infração mais grave. Em virtude disso, o enquadramento do beijo lascivo como importunação se mostra equivocada, posto que o artigo não menciona as condutas cometidas por meio de violência, não restando alternativa senão figurar como estupro, aplicando pena mínima de seis.

Ainda no terceiro capítulo, analisou-se julgados com o intuito de verificar a presença da proporcionalidade no momento de imposição da pena, a fim de dirimir dúvidas acerca do questionamento proposto na introdução.

Diante disso tudo, concluiu-se que a hipótese se confirmou totalmente, pois, como observado nos julgados trazidos, mesmo que o beijo lascivo seja praticado com outras condutas, como toques nas partes íntimas, a pena aplicada ao agente se demonstrou elevada. Exemplifica-se o caso em que o sujeito ativo foi condenado há 8 (oito) anos por beijar a força uma adolescente, mesma que a tenha prendido no chão, utilizando a força para alcançar seu intento de “ficar” com a vítima, a sanção representa verdadeira ofensa ao princípio da proporcionalidade.

É cristalina a ofensa ao bem jurídico, mas não a ponto de condenar o agente a 8 (oito) anos de prisão, pena essa que revelou maior do aquela aplicada, por vezes, ao indivíduo que comete assassinato. Inclusive, está foi uma das críticas da doutrina após a

promulgação da lei, que aplicou a mesma pena mínima aos delitos do art. 213 do CPB e do art. 121 do CPB (homicídio), tendo em vista tratar-se de bens jurídicos distintos, onde a vida tem mais valor que a liberdade sexual, devendo, por este motivo, ser punido mais severamente do aquele que comete o delito de estupro.

Até mesmo nos casos em que o beijo não tenha se dado em conjunto com outras ações de cunho sexual a sanção imposta revela-se excessiva, como em um dos casos apresentados, onde se condenou a 11 anos de prisão o agente que beijou uma adolescente de 14 anos a força, sendo a sua conduta punida com a mesma pena do estupro de vulnerável realizado na mesma data. Nesta situação, o autor respondeu por estupro qualificado, onde a pena mínima é de oito anos, mas por esta praticado outras condutas delituosas no mesmo dia, foi condenado a 11 anos e 8 meses pelo beijo.

Diante disso, a pesquisa revelou que a pena atribuída a quem pratica este ato libidinoso é desproporcional em relação à ofensa causada, e tal desproporcionalidade é visível não apenas no delito do art. 213 do CPB, mas também do art. 217-A, onde, como demonstrado, trouxe debates entre os ministros do STF ao julgar HC em que se requeria a desclassificação de estupro de vulnerável para molestaçãõ (art.65 da LCP). Na ocasião, no momento de apresentação do voto, o ministro Roberto Barroso deixou cristalino, que a conduta deve sim ser punida, mas aplicar pena de oito anos por um beijo representa patente desproporçãõ entre a conduta e a sanção.

Deste modo, restou comprovada a hipótese trazida, pois diante de toda pesquisa realizada averiguou-se que o estabelecimento de pena mínima de seis anos, ou oito, em se tratando de estupro qualificado, ao beijo lascivo é elevada, tendo em vista que a ofensa causada à vítima não tem o mesmo condãõ de afetá-la, tal qual o cometimento de outros atos libidinosos, como sexo anal ou sexo oral.

Desta feita, exige-se uma atuação legislativa criando-se uma norma que de fato seja capaz de agasalhar esta conduta, atribuindo pena adequada ao ato perpetrado, sem ferir o princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Begmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan/mar, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>. Acesso em: 4 dez 2020.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife, PE: Armador, 2017. (Coleção Descomplicando).

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lúcia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1 v (Coleção Tratado de direito penal).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Carta das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Publicação Original**. Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HABEAS CORPUS: HC 238917 SP 2012/0073230-8 - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450538864/habeas-corporus-hc-238917-sp-2012-0073230-8>. Acesso em: 11 set 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS: HC 160313 SP 2010/0012274-6**. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19126630/habeas-corporus-hc-160313-sp-2010-0012274-6-stj?ref=serp>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1611910 MT 2013/0249235-6 - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862824391/recurso-especial-resp-1611910-mt-2013-0249235-6/inteiro-teor-862824401?ref=serp>. Acesso em: 5 nov 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1736385 CE 2018/0092061-3 - Decisão Monocrática**. 2019d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/879165444/recurso-especial-resp-1736385-ce-2018-0092061-3/decisao-monocratica-879165454?ref=juris-tabs>. Acesso em: 5 nov 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL: REsp 1745333 RS 2018/0134332-9 - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 2019b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686355890/recurso-especial-resp-1745333-rs-2018-0134332-9?ref=serp>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **RHC 93.906/PA - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, 2019a. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859516829/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-93906-pa-2018-0009120-0/inteiro-teor-859516836?ref=serp>. Acesso em: 14 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 4000832-17.2016.1.00.0000 SP - SÃO PAULO 4000832-17.2016.1.00.0000 - Inteiro Teor**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 2019c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862017472/habeas-corporus-hc-134591-sp-sao-paulo-4000832-1720161000000/inteiro-teor-862017477?ref=feed>. Acesso em: 10 out. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359-H-16**. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 3 v

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1 v (Coleção Curso de direito penal).

CEARÁ. **Página 164 da Judiciário do Diário de Justiça do Estado do Ceará (DJCE) de 21 de Agosto de 2019**. Coordenadoria de Apelação criminal, EMENTA E CONCLUSAO DE ACORDÃO 0030798-37.2010.8.06.0167. Apelação, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/257584708/djce-judiciario-21-08-2019-pg-164>. Acesso em: 5 nov 2020.

CEARÁ. **Página 77 do Judiciário do Diário de Justiça do Estado do Ceará (DJCE) de 10 de Abril de 2017.** 0030798-37.2010.8.06.0167. Apelação, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/142895037/djce-judiciario-10-04-2017-pg-77>. Acesso em: 5 nov 2020.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. L. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789.** Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 11 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral (arts. 1 o ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DE SOUSA, Ester Rocha. Assédio sexual em espaços públicos e o crime de importunação sexual: a lei nº 13.718/2018. *In:* GUILHERME, Willian Douglas (org). **A interlocução de saberes na antropologia 2.** Ponta Grossa, PR: Atena, 2020. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/post-artigo/39254>. Acesso em: 3 nov 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte especial (arts. 121 a 234-B). 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 2 v

ESTEFAM, André. **Direito penal:** parte geral (arts. 1º a 120). 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado:** parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção esquematizado).

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2016.

GHIROTTTO, Edoardo. **Soltura de homem que ejaculou em mulher no ônibus divide juristas.** 2017. Disponível: <https://veja.abril.com.br/brasil/soltura-de-homem-que-ejaculou-em-mulher-no-onibus-divide-juristas/>. Acesso em: 3 nov 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio Gomes; BIANCHINI, Alice. **Curso de Direito Penal:** parte geral (arts. 1º a 120). Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017c.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** parte especial. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017. 3 v

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017a. 3 v

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017b. 1 v

HASHTAG. *In*: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/hashtag/>. Acesso em: 4 dez. 2020.

JESUS, Damásio de. **Lei das Contravenções Penais anotada: Decreto-lei n. 3.688, de 3-10-1941**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP– Direito penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 3 v

LEMONS, Edicélia. **STJ: beijo lascivo integra o rol de atos libidinosos**, 2019. Disponível em: <https://edicelianeunes.jusbrasil.com.br/noticias/871846812/stj-beijo-lascivo-integra-o-rol-de-atos-libidinoso>. Acesso em: 5 nov 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, José Renato. O delito de estupro após o advento da Lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst**, v. 10, p. 13-44, 2012. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>. Acesso em: 14 out. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 11. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017. 1 v

MASSON, Cléber. **Direito Penal: parte especial arts. 213 a 359-h**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial – arts.121 a 249 do CP**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 2 v

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação: APL 0000098-98.2016.822.0013 RO 0000098-98.2016.822.0013. 2017**. Disponível: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/502256965/apelacao-apl-989820168220013-ro-0000098-9820168220013>. Acesso em: 2 nov 2020.

ROQUE, Fábio; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Legislação Criminal para concursos**. 5. ed. rev. atual e ampl. Editora JusPODIVM, 2020.

ROSA, André; TOMAZ, Kleber; REIS, Vivian. **Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira**. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obsceno-contramulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 25 nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal: APR 0002397-94.2016.8.24.0012 Caçador 0002397-94.2016.8.24.0012 - Inteiro Teor**. Relator: Desembargador Sérgio Rezelo, 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551023668/apelacao-criminal-apr-23979420168240012-cacador-0002397-9420168240012/inteiro-teor-551023784>. Acesso em: 2 nov 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Revisão Criminal: RVCR 4030148-19.2019.8.24.0000 Caçador 4030148-19.2019.8.24.0000 - Inteiro Teor**. Relator: Desembargador Davi Artur Schiavini Júnior, 2019d. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786852488/revisao-criminal-rvcr-40301481920198240000-cacador-4030148-1920198240000/inteiro-teor-786852540>. Acesso em: 2 nov 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal: APR 0005403-23.2013.8.26.0477 SP 0005403-23.2013.8.26.0477 - Inteiro Teor**. 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/898617229/apelacao-criminal-apr-54032320138260477-sp-0005403-2320138260477/inteiro-teor-898617279>. Acesso em: 2 nov 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Embargos Infringentes e de Nulidade: EI 0005403-23.2013.8.26.0477 SP 0005403-23.2013.8.26.0477 - Inteiro Teor**. Relator: Desembargador Luiz Antonio Cardoso, 2020. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943763518/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-54032320138260477-sp-0005403-2320138260477/inteiro-teor-943763538>. Acesso em: 3 nov 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134>. Acesso em: Acesso em: 15 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Igor Luís Pereira. **Princípios penais**. 2. ed. rev., ampl., atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TAMBOSI, Bruno Larroyd; RAIZER, Luciano Eduardo. Crimes contra a dignidade sexual praticados em transporte coletivo: a solução legislativa frente ao atendimento da legalidade e proporcionalidade da sanção penal. **Revista Eletrônica da OAB Joinville**, v. 1, n. 6, p. 83-104, 2020. Disponível em: <https://revista.oabjoinville.org.br/edicoes/edicao-6--vol--1---set-fev--2020.pdf#page=82>. Acesso em: 25 nov. 2020.

VADE Mecum JusPodvim. **Código Penal**. 7.ed.rev., e ampl. Salvador: JusPodvim, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. 1 v