

O CRIME DE ESTUPRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR.

THE STUPULT CRIME: HISTORICAL EVOLUTION AND DISTINCTION IN RELATION TO THE CRIMINAL COUNSELING OF OFFENSIVE IMPORTUNATION TO PUDOR.

Marina C. Rios Silveira de Oliveira¹

RESUMO

Este trabalho foi realizado com o objetivo de apresentar e discutir a estrutura analítica do delito de estupro presente no Código Penal brasileiro, datado de 1940, e sua alteração após o advento da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, partindo-se do registro de considerações preliminares sobre sua evolução histórica no sistema jurídico penal brasileiro e os elementos que o compõem. Bem como a questão de sua atual abrangência, distinguindo-o da contração penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da LCP. Concluindo-se, ao final, são apresentadas possíveis soluções acerca do tema que é de extrema importância para o Direito Penal.

Palavras-chave: Crime de estupro. Crime de estupro - Evolução. Dignidade sexual.

ABSTRACT

This work was carried out with the objective of presenting and discussing the analytical structure of the rape crime present in the Brazilian Penal Code, dated 1940, and its amendment after the advent of Law 12,015 of August 7, 2009, starting from the record of preliminary considerations about its historical evolution in the Brazilian criminal legal system and the elements that compose it. As well as the question of its current scope, distinguishing it from the criminal contravention of offensive indecency, provided for in article 61 of the LCP. In conclusion, at the end, possible solutions are presented on the subject that is extremely important for criminal law.

Keywords: Crime of rape. Evolution. Sexual dignity.

¹ Bacharelada do 4º período do Curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS. Endereço eletrônico: marinasilveir@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

Com o número de abusos sexuais ocorridos nos transportes e locais públicos aumentando em escala astronômica e com o recente caso que gerou enorme polêmica e repercussão na mídia em que um sujeito ejaculou no pescoço de uma mulher dentro de um ônibus, surgiram debates e questionamentos sobre o tema, que gera certa dúvida em relação a quando o ato deve ser enquadrado no delito de estupro, e quando deverá ser considerada a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor prevista no artigo 61 da LCP.

Para isso, primeiramente é feita uma análise da evolução histórica do delito de estupro quando foi criado o Código Penal de 1940 até a reforma trazida pela Lei nº 12.015 de 2009 que trouxe importantes alterações nas condutas incriminadoras referentes aos crimes até então denominados “Dos Crimes Contra os Costumes” chegando à atualidade do delito de estupro, e sua abrangência, onde o mesmo é estudado e dissecado de forma aprofundada, em suas particularidades.

Em seguida, ponto principal dessa explanação, é feita a diferenciação entre o delito de estupro e a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, sob um olhar jurídico, visou-se analisar as peculiaridades de cada um buscando entender qual a dificuldade na caracterização destes.

Por fim, constatada uma sensível lacuna entre as duas infrações, e ao fato de que uma gama de condutas não se encaixará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais, foram apresentadas algumas possíveis soluções que supririam essa lacuna evitando assim o cometimento de injustiças.

2 CÓDIGO DE 1940 E O CRIME DE ESTUPRO

A tutela penal da liberdade sexual vem desde a elaboração do Código Penal de 1940, momento em que se tornou necessária uma proteção mais rigorosa com relação à mulher, tendo em vista que a sociedade passara por um momento importante marcado pela transição da mulher. Esta saiu de uma posição de subordinação e foi para uma situação de igualdade em relação ao homem, tudo isso

devido a sua inserção no mercado de trabalho, o que conseqüentemente trouxe sua independência.

O crime de estupro, na redação original do Código Penal de 1940, era previsto no Título VI, que tratava dos crimes contra os costumes e trazia a seguinte previsão: Art. 213 “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Como preleciona Santos (2013), “nota-se nesse texto, certa limitação quanto às figuras dos sujeitos ativo e passivo, visto que necessariamente sobre a mulher recairia o ato de compelir à prática da conjunção carnal, e obrigatoriamente, este seria praticado pelo homem”.

Também na redação original do Código Penal estava previsto o artigo 214, que se referia ao crime de atentado violento ao pudor e trazia em seu texto o seguinte: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Sendo assim, o crime de estupro era tratado de forma fragmentada e acentuadamente limitada, nos dois supracitados dispositivos que com o passar do tempo foram deixando a sociedade carente de uma eficiente proteção.

3 A REFORMA TRAZIDA PELA LEI Nº 12.015 DE 2009

Com o decorrer do tempo, verificou-se que o Código de 1940 foi se tornando inadequado para os dias atuais já que a sociedade vinha quebrando paradigmas dia após dia. Por esse motivo foi sancionada pela Presidência da República, a Lei nº 12.015/09 que trouxe consigo importantes alterações nas condutas incriminadoras referentes aos crimes localizados no Título VI e até então denominado “Dos Crimes Contra os Costumes”, pertencentes ao Código Penal.

Inicialmente foi alterada a denominação do Título VI, que anteriormente tratava “Dos Crimes Contra os Costumes” e que passou a ser tratado como “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. Posteriormente alguns artigos foram revogados e outros criados, mas o ponto principal dessa reforma pode ser considerado a junção dos artigos 213 e 214 do Código Penal em um único artigo, o 213, que traz em sua redação

atual o seguinte: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Observando tal dispositivo, percebe-se que a conduta “constranger mulher” foi substituída por “constranger alguém”, o que fez cessar a limitação de sujeitos que o antigo texto trazia, ou seja, agora tanto o homem como a mulher podem figurar como sujeito ativo e sujeito passivo na prática desse crime. E como visto a união das condutas dos artigos 213 e 214 fez-se revogar, assim, o artigo 214 ampliando o conceito do estupro, devido ao fato desse crime se configurar, agora, com a conjunção carnal ou também com a prática de um ato libidinoso.

4 O DELITO DE ESTUPRO NA ATUALIDADE

Partindo do pressuposto de que, como preceitua Soares (2015) “todas as pessoas, homem ou mulher, possuem liberdade sexual, sendo esta a possibilidade de dispor livremente de seu próprio corpo à prática sexual”, faz-se necessário proteger e tutelar a dignidade sexual do ser humano, para que assim essa liberdade possa ser exercida. O bem jurídico tutelado no delito de estupro, portanto, é a Dignidade e liberdade sexual do homem e da mulher, visto que a pessoa tem pleno direito à inviolabilidade carnal.

Sobre o conceito de liberdade sexual, Emiliano Borja Jiménez preceitua:

Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (JIMÉNEZ, 2011, p. 125).

Em razão disso, encontramos diversos elementos normativos que tratam de crimes contra a Dignidade Sexual, sendo um deles e talvez o que possua o maior grau de reprovabilidade, o crime de estupro.

Ainda segundo Soares (2015) o “Estupro é a coação feita pelo homem ou pela mulher que, mediante emprego de violência (física ou real) ou grave ameaça,

compele a mulher ou o homem à cópula sexual ou à prática, ativa ou passiva, de ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Dissecando o tipo penal referente ao estupro temos inicialmente o verbo “constranger”, núcleo do tipo penal que marca a conduta do agente e que como assevera Queiroz ([2017?]) “significa coagir, forçar, obrigar, tolher a vontade de; não há, pois, constrangimento, tampouco constrangimento ilegal, se houver consentimento válido do ofendido, antes ou durante o ato”. Assim, ocorrendo o consentimento, estará afastada a tipicidade, pois não terá adequação do fato à norma, e, portanto, não será crime. É importante ressaltar que quando falamos em constrangimento, não estamos usando na lei o termo com a conotação de embaraçar, envergonhar, mas no sentido de coagir física ou moralmente, impelir.

Já quanto aos meios de execução do referido delito têm-se a violência ou a grave ameaça. A violência se refere ao emprego de força física capaz de anular a capacidade de agir da vítima. Já a grave ameaça é a violência moral e atua no psíquico da pessoa ofendida, fazendo com que esta não tenha outra alternativa senão ceder à prática, ativa ou passiva, do ato libidinoso, eliminando sua capacidade para consentir. Capez (2007, p. 3) ensina que “o mal prometido pode ser: direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima)”.

Dando continuidade a análise objetiva do tipo, depara-se com expressões como conjunção carnal, que deve ser entendida segundo Hungria (1956, p. 116) como “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.

Já a expressão “praticar ou permitir que com ele se pratique” o verbo praticar em sua forma corresponde a própria vítima ser obrigada a realizar o ato. Na forma permitir a vítima é submetida à violência de forma passiva. E por sua vez, ato libidinoso é termo generalíssimo que corresponde a todo e qualquer ato que objetiva prazer sexual, ou seja, é destinado à satisfação da libido e que seja diverso da cópula.

5 A ATUAL ABRANGÊNCIA DO ESTUPRO E A DIFERENÇA EM RELAÇÃO A IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Vêm causando enorme polêmica e revolta na sociedade, a crescente escalada do número de casos de abuso e assédio sexual cometidos nos meios de transporte público e outros locais de grande aglomeração de pessoas, o que segundo Sannini Neto (2017) “é absolutamente lamentável, pois comportamentos desse tipo, além de submeter a vítima à uma condição de inferioridade, também acarretam significativos abalos psicológicos”.

Como dispõe Oliveira (2014, p. 2) “esse tipo de abuso já é considerado como usual no dia-a-dia e na realidade de muitas pessoas, mas não alcançam maior visibilidade na mídia pelo fato de não serem denunciados, muitas vezes por medo, desinformação ou pela certeza da impunidade”, visto que não existe no ordenamento jurídico pátrio um tipo penal específico, com denominação própria, para esta conduta.

Na maioria dos casos, a dificuldade de caracterização da prática de “violência ou grave ameaça” pelo agressor impossibilita a punição do ato como crime de estupro. Restando, portanto, a tipificação dessas condutas como “importunação ofensiva ao pudor”, prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais, sujeita unicamente à pena de multa.

Preceitua o artigo 61 da Lei das Contravenções Penais: “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”.

Por Ventura (2015), define-se o pudor como “sentimento de vergonha, timidez, mal-estar, causado por qualquer coisa capaz de ferir a decência, a modéstia, a inocência”. Como núcleo do tipo do dispositivo, têm-se o verbo Importunar, que a grosso e objetivo modo, significa causar incômodo.

A contravenção penal aqui exposta é muito confundida com o crime de estupro, principalmente por pessoas leigas e profissionais da mídia que nem sempre possuem conhecimento técnico-jurídico para transmitir uma informação segura e correta, e este é o ponto principal, objeto desta pesquisa.

Apesar de ambos os dispositivos citados dizerem respeito a infrações penais contra

a dignidade sexual o estupro é um crime (ou delito), enquanto a importunação ofensiva ao pudor é uma contravenção penal.

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Decreto Lei nº 3.914/41)

Outra distinção feita por Mello (2017) que se tornou crucial para a solução de casos que pudessem gerar conflito entre os dois dispositivos está na questão do estupro se operar por meio da violência ou grave ameaça, elementos que não estão presentes na contravenção penal do art. 61 da LCP. Os tribunais brasileiros não ignoram tal distinção, como evidencia o seguinte julgado:

APELAÇÃO – PENAL – ESTUPRO – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR – AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA – PROVIMENTO. A desclassificação do crime de estupro (art.213, do Código Penal) para o delito de importunação ofensiva ao pudor é medida de rigor ante a não comprovação da violência ou grave ameaça exigidos para a configuração do crime mais grave. Apelação defensiva a que se dá provimento com base no acervo probatório, para o fim de desclassificar a conduta imputada (TJMS – APL 00095996420118120002 MS, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 05.11.2012). (MINAS GERAIS, 2012).

Como visto, existe hoje certa dificuldade entre os magistrados, de conseguirem encaixar determinado ato ao art. 213 do CP ou ao art. 61 da LCP, sem que injustiças no caso concreto sejam operadas. Descaracterizar qualquer dos fatores condicionantes ao ato viola o princípio da reserva legal, que garante que a interpretação do Judiciário seja feita de maneira restritiva, para que não comporte prejuízo ao réu, de modo também que impeça arbitrariedades.

A contravenção de importunação ofensiva ao pudor pode, pois configurar-se com bolinagem, apalpadinhas, com gracejos e propostas desonestas, que, conforme as circunstâncias e gravidade, poderão também constituir o crime de ato obsceno ou mesmo de atentado violento ao pudor (revogado, incluso no crime de estupro), o que deve ser examinado em cada caso concreto, com o bom senso necessário que se espera dos julgadores (NOGUEIRA, 1996, p. 264).

É evidente o grande abismo existente entre as punições das infrações em tela, visto que, enquanto a importunação ofensiva ao pudor sequer prevê a privação de

liberdade como sanção, sendo ela tão somente multa, o delito de estupro, na sua forma mais simples, estabelece uma pena mínima de seis anos de reclusão. Em razão disso, estabelece Mello (2017) que “por vezes, há a nítida sensação de que determinada conduta é grave demais para ser considerada uma mera importunação ofensiva, mas, por outro lado, não gera uma ofensividade suficiente que justifique o rigor da punição aplicável ao estupro”.

Em suma, de fato, apenas o caso concreto, com todos os seus pormenores e circunstâncias, é que trará subsídios para afirmar que determinada ação se amolda ao tipo penal referente ao estupro ou à importunação ofensiva ao pudor.

Perante a essa sensível lacuna entre as duas infrações, e o fato de que uma gama de condutas não se encaixará perfeitamente em nenhum dos dois ilícitos penais, surge a necessidade de se buscar soluções que supram essa lacuna e evitem o cometimento de injustiças. Uma possível solução já discutida seria a criação de uma infração intermediária que tipifique o crime de violência sexual em meio de transporte público impondo sanções mais rigorosas e privativas do que as presentes no artigo 61.

No ano passado, Buenos Aires aprovou uma lei que passou a penalizar esse tipo de violência determinando multa e serviços comunitários aos agentes agressores. Países como Bélgica, Índia, Peru, Portugal e Reino Unido já criminalizam esse tipo de assédio com penas que podem chegar até sete anos.

No entanto, na opinião da advogada Marina Ruzzi, entrevistada por Oliveira (2017) “é importante que qualquer mudança legislativa venha acompanhada de um debate com a população para que não se corra o risco de criar-se uma lei que não ajudará significativamente as mulheres”. Bem como ela preceitua: “Se o desejo é de uma punição penal mais severa aos abusos sexuais praticados nos ambientes públicos, há que se pensar em um projeto de lei que crie uma figura típica que se adeque perfeitamente à conduta que se pretende criminalizar”.

De acordo com o Projeto de Lei para um novo Código Penal, há a continuação da defesa da integridade sexual das vítimas e há, ainda, a previsão de novos tipos,

quais sejam, a “Manipulação e Introdução de Objetos” e o “Molestamento Sexual”

Segundo o Professor Chaia (2017), o anteprojeto do Novo Código Penal já encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça há alguns anos, e traz essa figura delitiva que solucionaria facilmente a questão discutida.

Em seu artigo 182, o crime de Molestamento Sexual, preceitua:

Art. 182. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou se aproveitando de situação que dificulte a defesa da vítima, à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal e oral: Pena – prisão, de dois a seis anos. Parágrafo único. Se o molestamento ocorrer sem violência ou grave ameaça, a pena será de um a dois anos.

Pode-se notar que a pena prevista para tal é de prisão, de dois a seis anos, e para os casos em que não ocorra a violência ou grave ameaça a pena será de um a dois anos. Esse crime abrangeria qualquer agressão sexual diversa do estupro, e evidentemente apresentaria uma pena reduzida.

Ainda segundo o dispositivo, preceitua Raphael Chaia:

A previsão de “aproveitar-se de situação que dificulte a defesa da vítima” como condição alternativa à prática de violência ou grave ameaça procura abranger abusos sexuais ocorridos, com extrema frequência, nos transportes públicos como metrô, trem ou ônibus, dentro dos quais a proximidade dos corpos facilita a conduta (CHAIA, 2017).

Como dito anteriormente, tal dispositivo se apresentaria em nosso ordenamento jurídico como uma suposta solução para o tema retratado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a lenta evolução e renovação de pensamentos e paradigmas, são notáveis os enormes progressos e avanços, mas como preleciona Maia (2014, p.15) “também é necessário que estes não se percam ou se estagnem, pois faz parte do Direito essa constante modificação que faça com que a necessidade do todo seja atendida”.

Desta forma, resta à sociedade e aos juristas a solução de todos estes impasses. De acordo com Maia (2014, p. 15) “ainda que objetivo utópico, o escopo da construção do Direito deve ser a justiça; nestes casos, a existência de efetiva punição aos verdadeiros criminosos e o amparo às vítimas de forma a, ao menos, tentar reduzir os impactos físicos e psicológicos por elas sofridos”.

Observando o delito de estupro em sua forma geral nota-se claramente que houve uma evolução tamanha, entretanto, apesar disso, ainda estamos longe de alcançar a verdadeira justiça e a necessidade do todo supracitada, quanto a este crime, visto que remanescem diversas questões em que legislação, doutrina e jurisprudência não foram ainda capazes de solucionar de maneira propícia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **APL 00095996420118120002.** Campo Grande, 2012. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128119957/apelacao-apl-95996420118120002-ms-0009599-6420118120002/inteiro-teor-128119966?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 set. 2017.

CAPEZ, **Fernando.** **Curso de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

CHAIA, Raphael. **Do crime de estupro X importunação ofensiva ao pudor.** [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://www.rafaelchaia.com.br/2017/08/do-crime-de-estupro-x-importunacao.html>> Acesso em: 12 out. 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. 8.

JIMENEZ, Emiliano Borja. **Curso de Política Criminal.** 2. ed. Valência, 2011. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/250867101/Curso-de-Politica-Criminal-EMILIANO-BORJA-JIMENEZ-2011-pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

MAIA, Adrieli Gonçalves. O crime de estupro e sua correlação com a evolução da dignidade da pessoa humana e os direitos das mulheres. **Revista Unar**, Araras, v. 9, n. 2, p. 1-17, 2014. Disponível em:

< http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol9_n2_2014/o_crime_estupro.pdf>
Acesso em: 12 out. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

MELLO, Bernardo de. **Você sabe diferenciar um estupro de uma importunação ofensiva ao pudor?** [S.l.], 2017. Disponível em:
<<http://espacohomem.inf.br/page/2/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SANNINI NETO, Francisco. **Estupro ou importunação ofensiva ao pudor?**, [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-importunacao-ofensiva-pudor/>> Acesso em: 12 out. 2017.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Contravenções Penais Controvertidas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

OLIVEIRA, Caroline. **O vácuo jurídico entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mobiliza/o-vacu-juridico-entre-o-estupro-e-a-importunacao-ofensiva-ao-pudor>> Acesso em: 12 out. 2017.

OLIVEIRA, Henrique. **Projeto de lei Nº, de 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1258594> Acesso em: 12 out. 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Do estupro**. [S.l., 2017?]. Disponível em:
<<http://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

SANTOS, Italo Barros. O crime de estupro e a sua evolução no sistema jurídico-penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/thumb.php?n_link=revista_artigos_litura&artigo_id=12675>. Acesso em: 20 out. 2017.

SOARES, Daniela Bastos. Análise jurídica do crime de Estupro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília mar. 2015. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52686&seo=1>>. Acesso em: 21 out. 2017.

SOUZA, Larissa Sguario. **Breve histórico do estupro e alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009**. [S.l.], 2015. Disponível em:
<<https://larissasguario.jusbrasil.com.br/artigos/190271977/breve-historico-do-estupro-e-alteracoes-trazidas-pela-lei-12015-de-2009>>. Acesso em: 12 out. 2017.

VENTURA, Denis Caramigo. **Importunação ofensiva ao pudor**. [S.l.], 2015. Disponível em:
<<https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor>> Acesso em: 12 out. 2017.