

Referência: Pesquisa n. 409/2017

Assunto: Beijo Lascivo. Estupro. Contravenção penal.

Interessada: Dra. Mariana Seifert Bazzo

1. Introdução.

O Centro de Apoio Operacional de Proteção aos Direitos Humanos formulou pesquisa a este Centro de Apoio Criminal, do Júri e de Execuções Penais acerca da tipificação da conduta de indivíduo que “beija lascivamente” outrem, sem o seu consentimento.

2. Fundamentação.

Inicialmente, são pertinentes algumas considerações gerais acerca do crime de estupro, atualmente inscrito no art. 213 do Código Penal:

Art. 213. 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.

Considerando o restrito escopo ao qual se dirige a presente pesquisa, convém tão somente salientar que o ato de constrangimento deve se dar mediante o emprego de violência ou grave ameaça dirigida à prática de um ato libidinoso.

Ocorre que a *violência* aqui, deve ser entendida como um ato físico de coerção (*vis corporalis*), isto é, um ato de força física exercido contra a vítima, ainda que não se exija a configuração de lesão corporal para a configuração do tipo.¹

¹ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Sobre o tema, MARCÃO e GENTIL destacam que:

Fala-se, naturalmente, de força física empregada contra a vítima. Mas não é necessário que essa força seja de tal porte que impeça qualquer resistência, caso em que a vítima não chega a agir, nem a permitir que se faça algo com ela: basta que seja suficiente para provocar temor no ofendido, a ponto de levá-lo a optar por ceder, por medo, ou por perceber a inutilidade da resistência².

Vê-se, portanto, que o emprego de força física, ou de grave ameaça, é elemento essencial do tipo em análise, não sendo qualquer contato físico suficiente para caracterizar a elementar típica, mas somente aquela capaz de impedir que a vítima se oponha à ação do agente.

A jurisprudência segue este mesmo entendimento, conforme se infere do seguinte julgado, do E. Superior Tribunal de Justiça (REsp (1.611.910-MT)), em um caso envolvendo o chamado “beijo lascivo”:

Subsume-se ao crime previsto no art. 213, § 1º, do CP – a conduta de agente que abordou de forma violenta e sorrateira a vítima com a intenção de satisfazer sua lascívia, o que ficou demonstrado por sua declarada intenção de “ficar” com a jovem – adolescente de 15 anos – e pela ação de impingir-lhe, à força, um beijo, após ser **derrubada ao solo e mantida subjugada pelo agressor, que a imobilizou pressionando o joelho sobre seu abdômen.**³

Noutro viés, ao apreciar a conduta do réu que abraçou a vítima em via pública, beijando-a, em seguida, no pescoço, sem proferir grave ameaça, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo expôs que tais fatos não podem ser considerados como estupro, mas sim mera contravenção penal:

ESTUPRO. BEIJO NO PESCOÇO DA VÍTIMA EM VIA PÚBLICA. Ausência de violência ou grave ameaça. Prova frágil a propósito da efetiva intenção do acusado manter relações sexuais. Desclassificação para contravenção de importunação ofensiva ao pudor. Possibilidade. (...).⁴

De se notar e destacar que em ambos os casos não se está diante da figura típica do “estupro de vulnerável”, do artigo 217-A, do Código Penal, em que a

² Ibidem. p. 63.

³ Cf. STJ; REsp 1611910/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016.

⁴ TJSP; APL 3007234-12.2013.8.26.0362; Ac. 9839621; Mogi Guaçu; Décima Primeira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Alexandre Almeida; Julg. 21/09/2016; DJESP 18/10/2016.

violência ou a grave ameaça não são elementares típicas.

Necessária, ainda, que a violência ou grave ameaça seja dirigida à prática de conjunção carnal, ou, ao que aqui se faz mais relevante, de “*outro ato libidinoso*”, que também se caracteriza como elementar imprescindível à caracterização da infração penal. Cuida-se, segundo parte da doutrina, de um **elemento normativo cultural**, conforme classificação referida por GUARAGNI e BACH:

*Já o catálogo classificatório dos elementos do tipo elaborado por MEZGER é multicitado: a) descritivos, em que o legislador faz “descrições objetivas de determinadas situações e acontecimentos (...) perceptíveis com os sentidos (...) que o juiz deve verificar mediante a cognição”. (...) b) normativos, em que a descrição pura e simples do elemento típico não seria bastante, exigindo-se “um juízo ulterior relacionado com a situação de fato”. São elementos cuja constatação depende de cargas axiológicas ou juízos de valor. Quando provêm: b.1) de pautas de comportamento social, tábuas de valores sociais, “normas ou critérios vigentes que não pertencem ao domínio jurídico verdadeiro e próprio”, são **elementos normativos culturais (ato obsceno, art. 233, CP) ou “elementos de valoração cultural”**; b.2) de outras leis, tem-se um elemento normativo jurídico (“funcionário público” no crime de peculato, art. 312, CP, cuja definição é dada pelo art. 327) ou “elementos de valoração jurídica”, discretamente diversos dos “elementos judiciais de percepção sensível”, próprios de crimes de “expressão”, como “injúria”, falso juramento, ameaças, delitos de fraude.*

[...]

[os elementos normativos culturais] são interpretados a partir de pautas sociais de comportamento, indicativas de critérios de valoração para o operador do direito⁵ - grifo nosso.

Trata-se, pois, de um elemento normativo, e, como tal, tem seu sentido definido por meio de uma atribuição axiológica do significante, que, no caso de um elemento normativo cultural, buscará referências na cultura e nos hábitos correntes de uma sociedade.⁶

Ainda sobre o elemento normativo *ato libidinoso*, MARCÃO e

5 GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. **Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 37-38 e 41.

6 MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Op. cit.* p. 93.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

GENTIL fazem os seguintes apontamentos:

Cuida-se o termo libidinoso de elemento normativo do tipo penal, ao qual o intérprete deve atribuir um conteúdo, que é forçosamente determinado pela cultura e pelos hábitos correntes de uma sociedade. É sabido que a satisfação da lascívia depende não só de elementos orgânicos ou biológicos, mas também, em igual medida, de componentes que fazem parte da consciência do sujeito, sendo esta determinada por um quadro de símbolos que a cultura vigente fixou. Assim, a excitação possivelmente causada por certas práticas, pela visão de algumas partes da anatomia humana, ou mesmo pela linguagem, varia entre os diversos grupos sociais, de sorte que uma conduta que pode ser rigorosamente inócua para um, será eventualmente bastante significativa para o outro, podendo adquirir uma conotação lasciva, inimaginável para o primeiro grupo.

[...]

Sem prejuízo da consistência de cada uma dessas escolas, há, segundo cremos, três situações que permitem, cada uma por si, a caracterização do ato como libidinoso para fins de enquadramento no tipo penal do art. 213:

Primeira – *O Ato é objetivamente libidinoso, isto é, dada as características externas, inclui-se entre aqueles que a moral média de uma dada coletividade, num determinado tempo, considera indubitavelmente lascivos. Aqui, pouco importa que a vítima perceba a lascívia do fato, ou que, percebendo-a, do seu ponto de vista o considere lascivo, ou ainda que o sujeito ativo o pratique com dolo específico de satisfazer sua lascívia, bastando que conheça o seu caráter externamente lascivo e aja com vontade de praticá-lo. Por exemplo, entre nós, a relação anal e o chamado sexo oral.*

Segunda – *Sem ser necessariamente libidinoso do ponto de vista objetivo, o ato representa, para determinado agente, por uma razão específica, algo capaz de lhe provocar ou satisfazer alguma espécie de excitação sexual; é libidinoso para o agente; de novo não é preciso que a vítima conheça essa natureza lasciva que o ato possui para o agente, sendo suficiente que simplesmente seja lascivo para ele. Por exemplo, um simples afago com os dedos no cotovelo de alguém, que não costuma ter conotação sexual alguma, para a maioria das pessoas, e que constitui especialíssimo motivo de excitação para o agente.*

Terceira – *Sem ser objetivamente lascivo, nem ser lascivo do ponto de vista do agente, o ato tem um caráter especialmente lascivo para o ofendido e o sujeito ativo conhece essa circunstância; o ato é*

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

libidinoso para a vítima; nesse caso, não é necessário que este pratique o ato objetivando satisfazer sua própria lascívia, bastando que saiba o que aquilo representa para a vítima. Por exemplo, o mesmo supostamente inocente afago no cotovelo, que o agente sabe representar algo lascivo para a vítima, e que ele pratica, mesmo que para si próprio não tenha nenhum significado sexual.

*Fora isso, duas outras regras devem ser observadas para a consideração do ato como libidinoso: 1) o ato, objetivamente, tanto pode ser lascivo ou não, como a introdução dos dedos do médico na vagina da paciente; o que determinará o seu caráter é a verdadeira intenção do agente, seja de satisfazer ou provocar **uma lascívia sua, seja de causar na vítima uma reação de cunho sexual**; 2) o ato, para ser suficientemente lesivo a ponto de interessar o direito penal, deve apresentar características de intensidade e durabilidade, isto é, precisa ser dotado de certa força física (pressionar o corpo contra a vítima, tirar suas vestes, apertar partes do seu corpo) e também há de se prolongar por um período que o torne minimamente dotado de ofensividade, ultrapassando a fase do simples contato ligeiro; o ato meramente instantâneo não deve ser tido por libidinoso para os graves efeitos da lei penal – grifo nosso.⁷*

Alguns autores se valem também do método da proporcionalidade como instrumento para resolução dos casos difíceis, deixando de caracterizar atos de reduzida intensidade como libidinosos, no sentido do art. 213 do CP.

Neste sentido, BITENCOURT:

7 Importunação ofensiva ao pudor e o princípio da proporcionalidade

A partir da Lei dos Crimes Hediondos – que elevou a pena de estupro e atentado violento ao pudor para seis a dez anos de reclusão –, em que pese alguma divergência, passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima ou mesmo um abraço forçado configuram, a nosso juízo, a contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados em lugar público ou acessível ao público. Atos de pouca importância, ainda que ofensivos ao pudor, não podem ser classificados como estupro (ou tentativa de estupro), adequando à tipificação dessa contravenção.

7.1 Desproporcionalidade dos respectivos desvalores

⁷ Ibidem. p. 93 e 97-98.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Com efeito, a diferença do desvalor da ação que há no sexo anal e oral (e suas variáveis), praticados com violência, e nos demais atos libidinosos, menos graves, é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) pode ser considerada razoável, o mesmo não ocorre com os demais atos, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorrem em lugar público ou acessível ao público, devem ser desclassificados para a contravenção penal do art. 61 (LCP).

8 Beijo lascivo e regiões pudendas

Beijo lascivo (que nunca soubemos exatamente o que é), os tradicionais “amassos”, toques nas regiões pudendas, “apalpadelas” sempre integraram, segundo superada orientação jurisprudencial, os chamados “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. No entanto, a partir da Lei dos Crimes Hediondos, repetindo, que elevou a pena mínima para seis anos de reclusão, falta-lhes a danosidade proporcional, que se encontra no sexo anal ou oral violentos, sendo impossível equipará-los. Em outros termos, diante da gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão), e a desproporcional gravidade dos “demais atos de libidinagem” supramencionados, resta evidente que não lesam o bem jurídico protegido pela normal penal constante no art. 213 ora sub examen. Devem, quando praticados em público, ser desclassificados para a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor (art. 61).⁸

Ainda sobre a questão da proporcionalidade, valem os apontamentos de BUSATO e GRECO:

[A conjunção carnal] agora, é apenas uma das formas de realização do crime. Ao lado dela, aparece outro ato libidinoso, que pode ser qualquer outro ato, de caráter sexual, ou qualquer outro ato que vise a satisfação da lascívia, que possa ser materialmente comparável à conjunção carnal.

*Conquanto seja uma cláusula aberta, **cabe aqui a ressalva da equivalência da ofensa à liberdade sexual**, uma vez que são vastíssimos os precedentes jurisprudenciais dando ampla abrangência às figuras delituosas passíveis de enquadrar-se na cláusula de equiparação, tais como sexo anal, o sexo oral, e também bolinações, apalpeladas em partes pudendas, e até mesmo o que a doutrina considera de difícil configuração: os chamados beijos*

⁸ Ibidem. p. 985-986.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

*lascivos. - grifo nosso.*⁹

*Esses atos devem possuir alguma relevância, pois, caso contrário, estaríamos punindo o agente de forma desproporcional com seu comportamento, uma vez que a pena mínima cominada ao delito de estupro é de 6 anos de reclusão.*¹⁰

Tendo em vista tais considerações, anotamos, ainda, que a jurisprudência se divide quanto ao tema, conforme os grupos que passamos a elencar.

Inicialmente, o E. Superior Tribunal de Justiça mesmo antes da reforma do capítulo dos delitos contra a dignidade sexual – operado pela Lei 12.015/2009 – sustenta o entendimento de que o crime de atentado violento ao pudor (art. 214, revogado) e, atualmente, o de estupro, *inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima.*

Neste sentido os seguintes arestos:

*HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ALEGAÇÃO QUE DEMANDA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO CONSUMADO. 1. A desclassificação do delito de atentado ao pudor para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto-lei nº 9.760/1946) constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus. 2. O delito de atentado violento ao pudor (à época previsto no art. 214 do Código Penal) se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. 3. Na hipótese, verifica-se, pela fundamentação declinada pelo Magistrado singular, que consumou-se o delito de atentado violento ao pudor, uma vez que restou evidenciada a prática de atos libidinosos com efetivo e reiterado contato físico entre o agressor e a vítima menor. 4. **De se ver que em “nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos.”** (Resp*

⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial 1. 2. ed. São paulo: Atlas, 2016. p. 831.

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial, volume III. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015. p. 468.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

n.º1.007.121/ES, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/09/2009.) 5. Ordem denegada.¹¹

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 83 DESTA CORTE. 1. **Este Tribunal já se manifestou no sentido de que os atos libidinosos comportam diferentes níveis de configuração, que podem englobar toques, contatos íntimos ou mesmo beijos lascivos.** 2. A pretensão recursal de desclassificação não pode ser acolhida, uma vez que esta Corte tem entendimento consolidado sobre a tese em análise, atraindo a incidência do verbete sumular n.º 83 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido.¹²*

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO MONOCRATICAMENTE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. CONDENAÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FATO TÍPICO. PRECEDENTES DO STJ.

*1. **Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima.***

2. Acórdão recorrido que, a fim de evitar que atos como os praticados pelo ora agravado sejam punidos com o mesmo rigor de outros muito mais graves, também fundamentou a sua absolvição no princípio da proporcionalidade.

3. As circunstâncias do caso recomendam o encaminhamento dos autos ao Supremo Tribunal Federal para que, se for este o entendimento daquela Suprema Corte, seja apreciada a matéria constitucional antes mesmo da manifestação do Tribunal de origem quanto as demais teses defensivas.

4. Agravo regimental parcialmente provido.¹³

11 STJ - HC: 170189 MS 2010/0073779-1, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 01/09/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2011.

12 STJ - AgRg no Ag: 1176949 SC 2009/0133208-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 11/05/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2010.

13 STJ, AgRg no AgRg no REsp 1508027/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (STJ, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 28/03/2016.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

Tal entendimento já foi corroborado pela Corte paranaense:

*REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO. PROVA BASTANTE. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. ILICITUDE DA CONDUTA. AVENTADA AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ELIDE A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO E INEQUÍVOCO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA-BASE. PERSONALIDADE EXASPERADA COM BASE EM PROCEDIMENTOS CRIMINAIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444 DO STJ. APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA 2 PROPORCIONALIDADE. MODIFICAÇÕES DE OFÍCIO. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE. (. .)
Encontra-se consolidado, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o delito de estupro, na atual redação dada pela Lei 12.015/2009, inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, incluindo os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima. Precedentes: STJ, REsp 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012; REsp 1.313.369/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 05/06/2013; STJ, HC 154.433/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe de 20/09/2010. (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).¹⁴*

Por outro lado, também é possível encontrar julgados em sentido diverso, isto é, promovendo a desclassificação do crime para a contravenção penal do art. 65 do DL n.º. 3.688/1941:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EM PRELIMINAR. 1. [...] No mérito. No caso, é indubitável que o réu, em uma única ocasião, sem o uso de qualquer espécie de constrangimento, roubou um beijo da ofendida. No entanto, as factuais probatórias específicas do caso ora examinado evidenciam, extreme de dúvida, que o animus de ímpeto que moveu o réu não continha, sob hipótese alguma, o dolo de estuprar a menina. No caso, portanto, à luz do acervo fático-probatório, não é

14 TJ-PR - RC: 11844318 PR 1184431-8 (Acórdão), Relator: Jefferson Alberto Johnsson, Data de Julgamento: 05/06/2014, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral, Data de Publicação: DJ: 1368 10/07/2014.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

possível confundir o ocorrido beijo lascivo de ímpeto culposo com um não ocorrido beijo libidinoso com dolo de estuprar. Nesta moldura, a conduta imprudente e eticamente inadequada do réu amolda-se ao preceito primário da contravenção penal sediada no art. 65 (perturbação da tranquilidade) do DL n.º 3.688/1941, sede desclassificatória da sua imputação denunciada nos lindes do apelo defensivo. Desconstituído o veredicto condenatório proferido contra o réu no juízo a quo, por efeito da desclassificação da imputação denunciada para a contravenção penal sediada no art. 65 do DL n.º 3.688/1941 - cuja pena mínima é menor do que um ano de reclusão -, tratando-se de réu primário e sem antecedentes, ele faz jus ao sursis processual, razão pela qual impende determinar a remessa dos autos ao juízo a quo, para que o ministério público de 1º grau manifeste-se sobre a proposta de suspensão do processo prescrita no art. 89, caput, da Lei n.º 9.099/95, aplicando-se à espécie a Súmula n.º 337 do STJ, combinada com a regra mandatária inscrita no art. 393, §§ 1º e 2º, do CPP. Preliminares rejeitadas. Apelo parcialmente provido, com disposição de ofício.¹⁵

ESTUPRO. BELJO NO PESCOÇO DA VÍTIMA EM VIA PÚBLICA. Ausência de violência ou grave ameaça. Prova frágil a propósito da efetiva intenção do acusado manter relações sexuais. Desclassificação para contravenção de importunação ofensiva ao pudor. Possibilidade; Furto. Prisão em flagrante na posse da Res. Violência exercida contra a coisa. Acusado que puxa a bolsa da ofendida e foge. Reconhecimento do roubo. Impossibilidade. Recurso da Acusação improvido, com o parcial acolhimento daquele apresentado pela Defesa.¹⁶

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, POR DUAS VEZES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. MANTIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 61 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941, POR DUAS VEZES. REMESSA DOS AUTOS A UM DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS DE SOBRADINHO/DF. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. A prova dos autos autoriza a condenação do réu por atos praticados contra duas meninas,

15 TJRS; ACr 0394719-32.2016.8.21.7000; Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Aymoré Roque Pottes de Mello; Julg. 25/05/2017; DJERS 30/05/2017.

16 TJSP; APL 3007234-12.2013.8.26.0362; Ac. 9839621; Mogi Guaçu; Décima Primeira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Alexandre Almeida; Julg. 21/09/2016; DJESP 18/10/2016.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS

enquanto passeava a cavalo com elas. Todavia, as condutas imputadas ao réu. Dar um beijo na boca, ver as partes íntimas e mostrar o seu órgão genital para uma das vítimas, além de pegar na parte íntima de outra vítima, por cima da roupa, de forma rápida e superficial. Não configuram o crime de estupro de vulnerável, mas a contravenção penal prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, por duas vezes. 2. Recursos conhecidos e não providos para manter na íntegra a sentença que desclassificou o crime previsto no artigo 217 – A, caput, do Código Penal, por duas vezes, para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais, determinando a remessa dos autos a um dos Juizados Especiais Criminais de Sobradinho/DF, nos termos do artigo 383, § 2º, do Código de Processo Penal.¹⁷

Portanto, os autores esclarecem que a consideração do “beijo lascivo” como um ato libidinoso somente será possível quando, à luz das demais circunstâncias do caso concreto, o ato preencheu os requisitos de intensidade física e durabilidade, além de ser acompanhado de outros atos que convidem à *progressão* da **satisfação do apetite sexual**.

A satisfação do apetite sexual é tida, na verdade, como elemento subjetivo do tipo diverso do dolo voltado à prática da conjunção carnal. Nas palavras de BITENCOURT:

O elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de constranger a vítima, contra a sua vontade, à prática de conjunção carnal, e o elemento subjetivo especial é representado pelo especial fim de constranger à conjunção carnal.¹⁸

Talvez seja essa concepção do elemento subjetivo do tipo edificada sobre bases puramente psicológicas, próprias do finalismo, assumindo-o como uma verdade da natureza, uma realidade psíquica, uma das causas da insegurança que ronda o tema desta pesquisa.

A partir destas limitações é que se desenvolveram as denominadas teorias normativas do dolo, com destaque para a *teoria dos indicadores externos*, de

17 TJDF; APR 2014.06.1.015572-0; Ac. 971.985; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; Julg. 29/09/2016; DJDFTE 18/10/2016.

18 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**. Volume 4. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5.

HASSEMER, que nega a possibilidade de caracterizar o dolo com base em meras descrições, sendo imprescindível que a imputação a título de dolo se dê através de elementos externos de caracterização:

*El dolo es decisión a favor del injusto. Esta determinación es válida para todas las formas de dolo. El dolo es, como también la imprudencia, una disposición (de carácter subjetivo) un hecho interno no observable. Por consiguiente, solo se puede investigar con ayuda de elementos externos de caracterización. Estos son los indicadores, que se deducen de la ratio de la penalidad del dolo y se encuentran em tres niveles, los cuales derivan uno del otro: **la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión a favor de la acción peligrosa.**¹⁹*

Da proposta de HASSEMER, embora aparentemente não se tenha destinado a tal propósito, deriva a ideia de transmissão de um significado através de manifestações externas pelas quais é possível

(...) averiguar a bagagem de conhecimento do autor (as técnicas que ele dominava, o que ele podia e o que não podia prever ou calcular) e entender, assim, ao menos parcialmente, suas intenções expressadas na ação.²⁰

Além deste elemento intelectual do autor é pertencente ao dolo um elemento volitivo, que não se constitui subjetivamente, mas através de convenções sociais, pelas quais se dá o processo de comunicação e a transmissão do sentido da conduta do agente:

(...) a transmissão de uma mensagem não se estabelece somente falando, mas com todas as formas de atuação. A ação de falar pode transmitir uma mensagem tal como um gesto ou um movimento. Mas, o sentido de qualquer mensagem dependerá sempre da presença

19 HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.155.

20 BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2013. p.416.

*da identificação da tripla dimensão referida por Habermas, ou seja, a referência ao mundo subjetivo, ao mundo objetivo e ao mundo social, ou seja, ao mundo de inter-relação, de regras compartilhadas.*²¹

Essa identificação do dolo a partir das circunstâncias nas quais se realiza a ação representa a união indissociável do dolo com a sua prova, já que a apreensão daquele depende de uma *compreensão cênica* derivada do caráter pragmático do Processo Penal.²²

É dizer, no âmbito da presente pesquisa urge afastar com veemência compreensões herméticas de caráter absoluto acerca da intenção do agente. Eventuais premissas que se proponha venham a regular o tema a partir de conceitos previamente definidos correm o risco de não corresponder ao sentido da ação, contextualizada num processo de comunicação que se dá em um ambiente de regras compartilhadas.²³

O beijo lascivo roubado, portanto, dependerá da presença das elementares típicas da violência (com emprego de força física)/grave ameaça e do ato libidinoso diverso da conjunção carnal (segundo valoração cultural), acrescidas do dolo representado pelo sentido da conduta expressada como intenção do agente, estabelecimento de uma relação interpessoal entre o agente e a vítima e de seu significado no mundo dentro daquele contexto específico no qual se deu a ação.

3. Conclusão.

Portanto, havendo emprego de violência ou grave ameaça dirigidos à prática de um ato que se possa considerar como libidinoso, nos termos acima expostos, restará configurado o crime de estupro. Ausentes, porém, tais requisitos, possível ainda que a conduta encontre enquadramento legal nos arts. 61 – caso o ato tenha sido praticado em lugar público ou acessível ao público – ou 65, ambos da Lei de Contravenções Penais.

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 Ibidem, p.417.

*CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DAS PROMOTORIAS
CRIMINAIS, DO JÚRI E DE EXECUÇÕES PENAIS*

Note-se, então, que para aqueles que não consideram a configuração do crime de estupro, é possível a desclassificação da imputação para a contravenção penal descrita no art. 61 da LCP²⁴, ou, se ausentes os seus requisitos, em especial o da publicidade da infração, para a contravenção do art. 65 da LCP²⁵.

24 Art. 61. 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.

25 Art. 65. 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.