



Bitencourt: Governo suprime parte da lei sobre importunação sexual

1. Descontinuidade do processo legislativo da Lei 13.718

O Senado Federal aprovou, em 7 de agosto, sem alterações, o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 5.452-B, que criminaliza, entre outros, os crimes de importunação sexual e o de divulgação de imagens do crime de estupro, amplamente divulgado pela mídia nacional nos seguintes termos:

REDAÇÃO FINAL DO SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS AO PROJETO DE LEI Nº 5.452-C DE 2016 DO SENADO FEDERAL (PLS Nº 618/2015 NA CASA DE ORIGEM)

Senado Federal aprovou, de 7 de dezembro de 2018, Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 5.452-B de 2016 (PLS Nº 618/2015 na Casa de origem), que “acrescenta os arts. 218-C e 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas, nos seguintes termos:

*“Dê-se ao projeto a seguinte redação:
O CONGRESSO NACIONAL decreta:*

Art. 1º Esta Lei tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 215-A:

“Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

*Pena – reclusão, de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave” (grifamos).
(...)*

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em 7 de março de 2018.

Deputada LAURA CARNEIRO

Relatora”



A rigor, esse foi o texto aprovado pelo Congresso Nacional relativamente ao crime de “importunação sexual”, eis que o Senado Federal aprovou o substitutivo da Câmara sem nenhuma alteração e foi exatamente o texto encaminhado ao Poder Executivo para sanção presidencial e publicação da Lei que recebeu o número 13.718. Estranhamente, no entanto, o texto publicado — e sem veto presidencial —, *suprimiu parcela significativa* daquele que foi aprovado pelo Poder Legislativo, alterando gravemente a redação aprovada pela casa das leis. Houve, provavelmente, em um *erro involuntário*, mas inadmissível, eis que em flagrante violação às prerrogativas constitucionais do Parlamento.

Confira-se, nesse sentido, o texto que foi transformado em lei pelo Executivo, mas que não corresponde ao que foi aprovado pelo Congresso Nacional, tendo suprimido, sem autorização constitucional, a locução “na presença de alguém”, substituindo-a por “contra alguém”, mudando, por completo, o sentido daquele texto aprovado. Com a redação aprovada, muitas condutas semelhantes que forem praticadas “na presença de alguém” poderão ser consideradas atípicas sob o argumento de que não o foram “contra alguém”, que é uma locução mais abrangente.

Façamos a confrontação do texto aprovado, o qual, repetindo, foi publicado de forma diferente, pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, que recebeu a seguinte redação:

“(…)

Art. 2º O [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 \(Código Penal\)](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Importunação sexual**

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave”.

(…).

Com efeito, praticar, “na presença de alguém” — que foi o texto aprovado pelo Congresso Nacional —, é, inegavelmente, diferente daquele que foi sancionado e publicado como texto da Lei 13.718, *verbis*, “Praticar ‘contra alguém’”. No entanto, não foi essa a redação aprovada pelo Poder Legislativo, que é o poder constitucionalmente legitimado para elaborar leis.

Por esses aspectos, acreditando-se que referida alteração foi involuntária, mas produto de um equívoco, deve ser, voluntariamente, anulada e republicada com a *reratificação* necessária para corresponder àquele texto aprovado pelo Parlamento nacional. Aliás, essa é, a nosso juízo, a solução legítima para respeitar o processo legislativo constitucionalmente previsto e evitar futuras ações de nulidade e inconstitucionalidade perante o STF.

A seguir, a título de contribuição, faremos nossos comentários, agora no plano doutrinário, com a finalidade de oferecer alguma demonstração do verdadeiro significado daquilo que foi aprovado pelo Parlamento e alterado pelo Poder Executivo, ainda que involuntariamente.

2. Significado dogmático do texto aprovado pelo Parlamento nacional

O tipo descrito no artigo 215-A prevê uma única modalidade de conduta delituosa, qual seja, *praticar — na presença de alguém —, isto é, na presença da vítima, qualquer ato de libidinagem, como é o caso do exemplo clássico, ejacular na presença, ou na própria vítima, como ocorreu no interior de coletivos urbanos deste país*



. Assemelha-se a essa conduta — e, por isso mesmo, está abrangida por este tipo penal — quando alguém, sem que a vítima perceba ou contra o seu assentimento, *apalpe as suas regiões pudendas (nádegas, seios, pernas, genitália etc.)*, cuja forma de execução traz consigo a presença inequívoca da *vontade consciente* de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Nesses casos, o agente aproveita-se da *desatenção da vítima*, do local em que se encontra, das circunstâncias de tempo e lugar ou da sua eventual dificuldade de perceber a intenção lasciva daquele. Em outros termos, o agente desrespeita a presença de alguém e pratica, sem sua anuência, *ato libidinoso* buscando satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro. Na verdade, o agente aproveita-se da presença de alguém (a vítima) e, de inopino, o surpreende, e *sem sua anuência pratica ato libidinoso*, realizando verdadeiro *ultraje ao pudor*, ofendendo-lhe a liberdade e a dignidade sexuais.

Enfim, a prática de *atos de libidinagem*, na presença da ofendida (ou ofendido), *constrange-a a assistir* atos de luxúria, de lascívia ou de libidinagem de outrem, sem o seu assentimento, trazendo em seu bojo uma *violência intrínseca* suficientemente idônea para atingir a liberdade, a honra e a dignidade sexuais da vítima que não pode ser obrigada a sofrer constrangimento imoral e degradante dessa natureza. A forma executiva desse crime é *praticar, realizar ou executar ato libidinoso*, na presença de alguém, *a fim de satisfazer a própria lascívia ou de terceiro*. Necessário realçar, por fim, que não há a mínima participação da vítima, cujo ato libidinoso é praticado, repetindo, sem a sua anuência, limitando-se a sofrê-lo por ser “constrangida” (surpreendida) a *presenciá-lo*, sem a sua anuência ou consentimento, sem possibilidade de resistir pelo fator surpresa com que se depara.

A *ausência de consentimento ou de anuência* da vítima (alguém) na prática de *ato de libidinagem*, na sua presença, é uma verdadeira *elementar constitutiva negativa deste tipo penal* que, se não existir, afastará a própria adequação típica do *ato* executado. Dito de outra forma, *se houver consentimento ou anuência* da vítima na prática do ato libidinoso, não haverá crime, pois o que o caracteriza é a sua prática sem a anuência daquela. Com efeito, havendo o seu assentimento, não estará contrariando ou ofendendo a sua liberdade e dignidade sexuais. A existência de consentimento na prática de ato libidinoso, na sua presença, afasta a violação à sua liberdade e à sua dignidade sexuais, não se adequando, portanto, à descrição típica.

Ato libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, erótico, concupiscente, que pode ser, inclusive, a conhecida *conjunção carnal* (cópula vagínica) ou qualquer outro ato libidinoso diverso dela, por exemplo, a *ejaculação*, praticada na presença da vítima e até mesmo nela, “mas não com ela”, e *sem a sua anuência*. Dentre os *atos de libidinagem* pode-se destacar como os mais graves, quando praticados mediante violência física ou moral, o *sexo anal* e *sexo oral*, por representarem, nessas circunstâncias, para os mais conservadores, pelo menos, um *desvirtuamento de sua finalidade funcional* e, por isso, *violenta* de forma mais grave a *liberdade sexual individual do ser humano* e a sua dignidade sexual e, por extensão, a própria dignidade humana. No entanto, as condutas tipificadoras do crime de estupro — *conjunção carnal* e *ato libidinoso diverso* (sexo oral e anal) —, logicamente, estão excluídos desta infração penal — *importunação sexual* —, quer por constituírem aquelas infrações penais, quer por sua gravidade que seria desproporcional à pena aqui cominada.

A maior dificuldade, para alguns, é interpretar e admitir que o ato de *ejacular* sobre uma mulher, sem seu consentimento, possa configurar *ato libidinoso*. Contudo, para nós, *libidinoso* é todo ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero *atos de libidinagem* que



envolve, inclusive, a *conjunção carnal* (que, por sua natureza e gravidade, não integra este tipo penal).

Nessas circunstâncias, não se pode negar que aquelas ejaculações constrangedoras praticadas — e divulgadas pela mídia —, neste ano de 2018, nos coletivos paulistas, inclusive no corpo de mulheres, sem que as tenham anuído, tipificam, inegavelmente, este crime, por que preenchem todas as elementares constitutivas desta figura penal. A lamentar somente a impossibilidade de retroagir para alcançá-los, pois o Direito Penal só aplicável a fatos futuros e nunca a passados, posto que antes de sua tipificação não constituíam crimes, devendo-se respeitar o dogma da irretroatividade de norma penal incriminadora.

2.1. A elementar normativa do tipo, na presença de alguém

O texto aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado ao Poder Executivo, como já destacado acima, utiliza os vocábulos “na presença de alguém” e “sem a sua anuência”, ou seja, com a locução “na presença de alguém” fica claro que o ofendido, de qualquer gênero, deve se encontrar, fisicamente, no local onde se realiza o *ato libidinoso*. Referido vocábulo têm significado muito específico, iniludível de que o ofendido deve estar, pessoalmente, *in loco*, ou, dito de outra forma, deve estar “de corpo presente” onde se desenrola o ato libidinoso. Em outros termos, na *presença de alguém* (que é completamente diferente de “contra alguém”) significa ante alguém que está presente, alguém que vê ou assiste *in loco* e na hora em que é praticado, e não, indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico.

Para os dicionaristas, na *presença* de alguém é o “fato de uma pessoa ou uma coisa encontrar-se em um lugar determinado”, e presenciar significa “assistir a, estar presente a” e, numa segunda versão, pode ser “verificar, observar”^[1] algo. Em sentido contrário, comentando vocábulo semelhante constante do artigo 218-A, o professor Guilherme Nucci sustentou, *verbis*: “Assim não nos parece, pois a evolução tecnológica já propicia a presença — estar em determinado lugar ao mesmo tempo em que algo ocorre — por meio de aparelhos apropriados. Portanto, o menor pode a tudo assistir ou presenciar por meio de câmaras e aparelhos de TV ou monitores. A situação é válida para a configuração do tipo penal, uma vez que não se exige qualquer toque físico em relação à vítima”^[2].

Logicamente, discordamos radicalmente desse entendimento, pelos fundamentos que expusemos acima. Essa elasticidade interpretativa não é recepcionada pelo Direito Penal da culpabilidade de um Estado Democrático de Direito e tampouco pelo *princípio da tipicidade estrita*, pois abarcaria condutas não abrangidas pela descrição contida no tipo penal incriminador e, sabido é, que nenhuma norma penal incriminadora admite interpretação extensiva.

Pois é visando coibir e punir severamente condutas como as ocorridas nos coletivos paulistas — *ejacular na presença de alguém* —, as quais não são, tecnicamente, praticadas “contra alguém”, mas em alguém, sobre alguém ou na presença de alguém — como previa o texto aprovado —, e que, muitas vezes, nem percebe a conduta do agente. Por isso, a alteração indevida do texto publicado, além de ser inconstitucional, corre o risco de acabar não tipificando infrações penais como essas, por violar o *princípio da tipicidade estrita*.

Com efeito, o texto da Lei 13.718/18, tal como foi publicado, pode impedir a tipificação dessas condutas por que, a rigor, não são praticadas *contra alguém*, mas sobre alguém, na presença de alguém ou em alguém, desavisadamente. Na realidade, a redação alterada para “contra alguém” terá o inconveniente de



muitas condutas semelhantes que forem praticadas “na presença de alguém” poderem ser consideradas atípicas sob o argumento de que não o foram praticadas “contra alguém”, que é uma locução mais abrangente, como demonstramos no texto publicado em nosso Tratado de Direito Penal[3].

São, portanto, pelo menos, razões sérias e graves a recomendar que o Poder Executivo resolva, espontaneamente, esse equívoco institucional, anulando a Lei 13.718, corrigindo o seu texto e republicando com a redação aprovada pelo Poder Legislativo, republicanamente.

[1] Grande dicionário *Larousse Cultural da Língua Portuguesa*, São Paulo, Nova Cultural, 1999, p. 738.

[2] Nucci, Guilherme de Souza, *Crimes contra a dignidade sexual – Comentários da Lei 12.015*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 50. Igualmente equivocados, no particular, Yordan Moreira Delgado ao concluir que: “A vítima pode presenciar o ato libidinoso estando próximo ao local, ou mesmo por outro meio, como no computador com câmera etc.”, in Yordan Moreira Delgado, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629&p=1>>.

[3] Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 13ª ed. (no prelo), São Paulo, Saraiva, 2019, vol. 4.

Date Created

16/10/2018