

O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?



A Lei 13.718/18 (inovadora?), publicada e com vigência

desde terça-feira (25/9), que trata *de mais uma alteração* quanto aos crimes contra a dignidade sexual, causou furor entre os operadores do Direito por criminalizar a conduta de “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão de 1 a 5 anos, se o ato não constitui crime mais grave”[\[1\]](#).

Passada a “comemoração” da criminalização da conduta, antes tida como apenas contravenção penal (crime-anão, segundo Nelson Hungria)[\[2\]](#), é hora de analisar qual o *reflexo* do novel crime na jurisprudência atual quanto aos crimes sexuais.

Antes de se manifestar quanto à jurisprudência consolidada do STJ acerca do estupro sem contato físico e demais “anomalias”, vale aclarar que o crime que leva rubrica de *importunação sexual* foi inserido no Título VI – Dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual, artigo 215-A, deixando evidente que o Poder Legislativo consagrou que o “pudor” não se relaciona mais com “dignidade sexual”, como em 1940, na confecção do Código Penal atual[\[3\]](#). Mas a proteção desse “pudor público” ainda não foi afastada completamente, visto que se mantiveram os crimes de ato obsceno e objeto obsceno[\[4\]](#), mesmo após três grandes reformas nesse título do Código Penal[\[5\]](#).



O novel crime de importunação sexual tem como bem jurídico protegido, conforme o capítulo que foi inserido, a *liberdade sexual da vítima*, ou seja, seu direito de escolher quando, como e com quem praticar atos de cunho sexual. É crime comum, ou seja, pode ser praticado por *qualquer pessoa*, seja do mesmo sexo/gênero ou não. A vítima pode ser *qualquer pessoa*, ressalvada a condição de vulnerável, (que não impede sua subsunção do fato à norma, quando a vítima for vulnerável, desde que não haja contato físico). O elemento subjetivo sempre será o *dolo direto e especial*, tal seja vontade dirigida à satisfação da própria lascívia ou de terceiros, não bastando o simples toque ou “esbarrão” no metrô, por exemplo. Deve ser ato doloso capaz de satisfazer a lascívia do agente e ofender a liberdade sexual da vítima ao mesmo tempo. O momento consumativo será com efetiva prática do ato libidinoso, admitindo tentativa, mas de difícil configuração (como tentar “passar a mão” nos seios de alguém no ônibus e ser impedido por populares).

O crime em comento é infração penal de *médio potencial ofensivo*, isto é, a sua pena de reclusão é de 1 a 5 anos, o que impede o arbitramento de fiança em sede policial^[6], mas admite a suspensão condicional do processo^[7] após oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

No tocante à titularidade da ação penal, destaca-se que todos os crimes sexuais do Capítulo I e II agora são de ação penal pública incondicionada, inutilizando a Súmula 608 do STF^[8], ou seja, o Estado “toma para si” a proteção total das vítimas quanto à violação da liberdade sexual (seguido o entendimento primordial sumulado), mas o estendendo, tal seja, a ponto de não mais interessar se houve desforço físico contra o corpo de vítima (violência “real” — *vis absoluta*) ou se foi praticado mediante grave ameaça (*vis compulsiva*)^[9]. Ocorre aqui, de vez, a declaração pública do corpo da vítima, de modo discutível.

Portanto, agora, a ação penal será pública incondicionada para todos os casos (antes a regra geral era que fosse condicionada à representação da vítima e incondicionada nos casos de vulnerabilidade). Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e privacidade, além da liberdade sexual.

Não são raros os casos em que a vítima (maior e capaz) sofreu um processo de revitimização seríssimo ao ter que comparecer a um processo penal que ela não queria e não desejava, tudo por conta do antigo modelo de ação penal pública incondicionada agora ressuscitado. Um fato ocorrido muitos anos antes, que agora era presentificado sem que ela quisesse, a expondo a constrangimentos familiares (em muitos casos já estava casada e com filhos, sem que tivesse revelado o fato a eles), no local de trabalho (pois precisa faltar para comparecer em juízo) e a levando a um sofrimento que não desejava. Enfim, nesse ponto, o legislador desconsiderou completamente a liberdade da vítima (maior e capaz, sublinhe-se), que agora não mais poderá decidir se deseja levar adiante a persecução estatal ou não, pois ela poderia preferir não se submeter a exposição (muitas vezes vexatória e humilhante) do processo penal.

A competência para processar e julgar será da Vara Criminal comum, ressalvados os casos de violência



doméstica e familiar contra mulher, prevista na Lei da Violência Doméstica, que veda, inclusive, a aplicação da Lei 9.099/95 (posicionamento sumulado).

Depois desses aspectos de análise típica, como todo trabalho dogmático nos conduz a fazer, vamos ao que interessa: *a importunação sexual acabou com o estupro sob a ótica do STJ?* “Eita, como assim? Vai beneficiar ‘estuprador’?” *Claro que não!* O estuprador é aquele que pratica ato libidinoso, em sua potencialidade ofensiva máxima (coito anal, vaginal, felação etc.), e continuará respondendo pelo crime previsto no artigo 213, estupro (hediondo), mas agora, pelo princípio da proporcionalidade, os atos libidinosos foram “divididos”, até mesmo em respeito às vítimas que tiveram suas liberdades sexuais ofendidas em nível máximo.

Agora, “o passar de mãos lascivo nas nádegas”, “o beijo forçado”, aquilo que antes tinha que se *adequar ao estupro* para não ficar impune (mesmo todo mundo sabendo dessa desproporcionalidade!) “ganha” nova tipificação: o crime de *importunação sexual*. Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). Qualifica-se o âmbito de proteção normativo.

Mas e o estupro sem contato físico? Até a entrada em vigor dessa nova lei, o STJ *vinha* entendendo que o estupro seria a figura típica cabível, mesmo que sem tocar, sem apalpar, um beijo lascivo[10], e hoje, em palco, o estupro virtual (mero constrangimento ilegal?)[11]. Logo, a nova lei modifica a compreensão abrangente que o STJ acolhia.

Assim como a Lei 12.015/09 acabou com concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor[12], unindo as duas condutas em prol do princípio da proporcionalidade (uma vez que a pena era muito desproporcional — no mínimo, igual à do homicídio qualificado!), a Lei 13.718/18 vem, norteadora, trazer diretriz ao intérprete da lei, como se dissesse: não compare um coito vaginal forçado a um beijo lascivo no Carnaval!

Ora, o Estado deve proteger a liberdade sexual (*sim!*), mas não em prol do punitivismo exacerbado, mas em desconformidade com os princípios de Direito Penal. O STJ *vinha colocando* todos os atos libidinosos no mesmo “balaio”, contudo, um beijo “roubado” não é igual a uma conjunção carnal forçada (onde se bate, se agride, se puxa os cabelos...). Sejamos justos (proporcionais) (e não hipócritas!)! No exato sentido da Lei 13.718/18!

Enfim a lei promove uma distinção importante entre condutas tratadas normativamente do mesmo modo, no que merece aplausos, embora também promova discussões importantes no tocante, por exemplo, ao que significa “estupro corretivo”. Vamos combinar que o nome jurídico dado é péssimo e pode conduzir a uma interpretação absurda (e, absurdamente machista, portanto).

O que sublinhamos, no momento, é que caracteriza um avanço em um Direito Penal machista e que, em nome da ausência de proporcionalidade, implicava em situações de impunidade. Há um período de acomodação interpretativa em que se pode antecipar os méritos da Lei 13.718/18. A cultura do estupro merece freios estatais sempre. Deve-se evitar, todavia, que em nome do bem se promova mais violência, especialmente contra as vítimas, que tiveram ceifada a ação pública condicionada à representação.



[1] Lei 13.718/18, de 25/9/2018, sancionada pelo presidente da República em exercício Dias Toffoli, presidente do STF, em seu primeiro ato de substituição como chefe do Poder Executivo.

[2] Art. 61 da LCP: “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” — revogado expressamente por essa lei nova, em seu artigo 3º.

[3] Em 2009, com a Lei 12.015/09, mudou-se o paradigma de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a Dignidade Sexual”, indicando que a importância dar-se-á à sexualidade, liberdade individual, e não mais aos comportamentos impostos pela sociedade, abandonando-se, assim, imposições sexuais como “padrões de comportamento sexual”. Protege-se única e exclusivamente a escolha do indivíduo com quem quer praticar o ato libidinoso e que tipo de ato, sendo livre “para amar”.

[4] Artigo 233 e artigo 234 do Código Penal.

[5] Lei 11.106/2005, Lei 12.015/09 e esta Lei 13.718/18.

[6] Artigo 322 do Código de Processo Penal.

[7] Artigo 89 da Lei 9.099/95.

[8] Súmula 608 do STF: “ No caso de estupro com violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

[9] Artigo 225 com nova redação dada pela Lei 13.718/18: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”.

[10] PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO. ART. 213, § 1º, DO CP.POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013). 2. Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, §1º, do CP. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1705120/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)

[11] <https://correcaofgts.jusbrasil.com.br/noticias/485902382/juiz-do-piaui-decreta-primeira-prisao-por-estupro-virtual-no-brasil>

[12] PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI 12.015/2009. CRIME MISTO ALTERNATIVO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO CONTRA A MESMA VÍTIMA. CRIME ÚNICO.INCREMENTO EXCESSIVO PELO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios



adotados na dosimetria da pena.² A reforma introduzida pela Lei n. 12.015/2009 condensou num só tipo penal as condutas anteriormente tipificadas nos arts. 213 e 214 do CP, constituindo, hoje, um só crime o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, na hipótese em que a conduta tenha sido praticada em um mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, em observância ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Trata-se, pois, de crime misto alternativo.³ Na hipótese dos autos, verifica-se a ocorrência de crime único de estupro, pois as condutas delitivas – conjunção carnal, sexo anal e oral – foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo contexto fático-temporal, o que inviabiliza a aplicação da continuidade delitiva. Ressalte-se, contudo, que, apesar de inexistir concurso de crimes, é de rigor a valoração na pena-base de todas as condutas que compuseram o tipo misto alternativo do atual crime de estupro, sob pena de vulneração da individualização da pena.⁴ O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de pluralidade de resultados não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). Nesse diapasão, o parágrafo único do art. 70 do Código Penal impõe o afastamento da regra da exasperação, se esta se mostrar prejudicial ao réu, em comparação com o cúmulo material. 5. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento da pena decorrente do concurso formal próprio é calculada com base no número de infrações penais cometidas, que concretizará a fração de aumento abstratamente prevista (1/6 a 1/2), exasperando-se a pena do crime de maior reprimenda. Nesses termos, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações e 1/2 para 6 ou mais infrações. In casu, trata-se de quatro roubos praticados em concurso formal próprio, por conseguinte, deve incidir o aumento na fração de 1/4, e não, 1/2, como estipularam as instâncias ordinárias.⁶ Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que proceda à nova dosimetria da pena, considerando a ocorrência de um crime único de estupro, ficando limitado o aumento a 1/4 pelo concurso formal entre os crimes de roubo. (HC 325.411/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018)

Date Created

28/09/2018