

IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: INTENÇÃO LEGISLATIVA E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Beatriz Camargo RIBEIRO¹
Paulo Augusto SILVA²

Resumo: A presente produção científica tem como escopo analisar os reflexos da criação do crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, trazido pela lei 13.718, frente ao arcabouço normativo pátrio. Ocorre que a legislação em comento, é resposta do legislador ao anseio social, devido a uma série de “ataques sexuais”, que envolviam atos libidinosos menos invasivos, mesmo sendo reprováveis e capazes de ferir a dignidade das vítimas, eram considerados como contravenção penal, apenas. Malgrado não ser caso de atipicidade absoluta, à subsunção a importunação ofensiva ao pudor, art., 61, LCP, ensejava pena de multa, somente. Com o advento da nova lei incriminadora, houve um recrudescimento da reprimenda estatal frente à tais importunações sexuais, trazendo a previsão de pena de reclusão, de 1 a 5 anos, e possibilitando a prisão em flagrante. Esta, indubitavelmente, aos olhos da sociedade, detém o condão de afastar a sensação de impunidade e fazer justiça no caso concreto. É caso, notadamente, de *novatio legis in pejus* frente à contravenção retrocitada. Todavia, a jurisprudência tem se inclinado a considerá-la, *novatio legis in melius* frente ao estupro, art. 213, Código Penal, trazendo, ainda que hodierno, muitos debates sobre o tema e ensejando à produção em testilha.

Palavras-chave: Contravenção Penal; Dignidade sexual; *Novatio legis in pejus*; *Novatio legis in melius*; Importunação sexual.

Introdução

O tema possui extrema relevância para atualidade do Direito Penal, visto que recentemente houve a criminalização de uma conduta que inicialmente era contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor previsto no artigo 61 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei 3.688/41), com a pena apenas de multa, com o advento da Lei 13.718/18 passou a ser crime de importunação sexual previsto no artigo 215-A do Código Penal, com pena de reclusão de 1-5 anos, ou seja, tal delito já existia, no entanto, com uma outra roupagem jurídica.

Para ocorrer tal mudança legislativa o clamor social foi primordial, visto que houve muita repugnância às soluções jurídicas dadas diante da grande quantidade de casos envolvendo mulheres em transporte coletivo sendo vítimas de “ataques sexuais”, contudo, com tutela jurídica insuficiente, uma vez, que na maioria dos casos, se configurava contravenção penal. O caso fático que insurgiu revolta na população e que, através da mídia e redes sociais, ficou nacionalmente conhecido ocorreu no dia

¹ Discente do 5º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Membro da Equipe da 2ª Competição Acadêmica de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OAB-SP. E-mail: beatrizcamargo22ribeiro@hotmail.com

² Discente do 5º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente.

29/08/2017 em que um homem ejacula em uma mulher dentro de um transporte coletivo em São Paulo. No caso, foi feito flagrante de estupro, mas na audiência de custódia, o magistrado fez a subsunção na contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, e relaxou o flagrante.

Tal decisão causou imenso desconforto na população, no entanto, não havia uma resposta penal nesse sentido. Devido a esse e outros episódios corriqueiros no país, principalmente nas maiores cidades, ocorreu uma modificação com o advento da Lei 13.718/18, a qual criou figura típica de importunação sexual, prevista no artigo 215-A do Código Penal.

Se faz mister, portanto, realizar essa análise justamente porque verifica-se que a intenção do legislador foi enrijecer a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou seja, uma *novatio legis in pejus*. No entanto, a jurisprudência tem entendido a *novatio legis* de forma benéfica com relação ao crime estupro, 213, Código Penal.

Dado a relevância do tema e apresentado sua justificativa, o texto busca apresentar que a *novatio legis* vem sendo aplicada de forma divergente daquela buscado pelo legislador ao editar a norma.

Metodologia

O resumo é uma apreciação acadêmica que se utilizou de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para construir o raciocínio apresentado sobre a criação do crime de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, que adveio com a Lei 13.718/18. Para tanto, utilizou-se os métodos histórico e dedutivo, a realizar algumas abordagens objetivando alcançar o fim desejado de elucidar os aspectos de relevância social e jurídica da criação de tal delito.

Resultados e Discussão

O episódio ocorrido no dia 29/08/2017 em um coletivo em São Paulo colocou sob holofotes um problema recorrente, qual seja a falta de punibilidade adequada àqueles que praticam atos atentatórios à dignidade sexual de outrem. No caso em questão, um homem é preso em flagrante por estupro por ejacular em uma mulher dentro de um coletivo em São Paulo, no entanto, é solto após passar por audiência de custódia, por ser entendido que sua conduta é uma contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei das Contravenções. O entendimento inquietou a população que clamava por justiça. A decisão foi do Juiz de Direito José Eugenio do Amaral Souza Neto do Foro Central da Barra Funda:

Na espécie, entendo que a conduta pela qual o indiciado foi preso melhor se amolda à contravenção penal do art. 61, LCP do que ao crime de estupro (Art. 213, CP). Explico. O crime de estupro tem como núcleo típico constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar o permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Na espécie, entendo que não houve o constrangimento, tampouco violência ou grave ameaça, pois a vítima estava sentada em um banco do ônibus, quando foi surpreendida pela ejaculação do indiciado. (Processo 0076565-59.2017.8.26.0050 - SP).

No entanto, ressalta-se que o magistrado agiu de acordo com a lei, em que pese o fato ignóbil do agente, visto que não ficou configurado o crime de estupro, pois, de fato, não houve violência ou grave ameaça, elementares do crime de estupro. O magistrado agiu de acordo com o princípio da legalidade, posto que era vislumbrado uma lacuna normativa, que permitia a banalização desse tipo de conduta tão corriqueira. Havia dois extremos: de um lado o crime de estupro, que inclusive é hediondo, na outra ponta uma pena branda de contravenção penal. Não havia uma resposta penal nesse sentido, a sensação para a sociedade era de extrema impunidade, para mulher de que sua integridade física, psicológica e sexual não tem valor.

Eis que no dia 25/09/18 foi aprovada a Lei 13.718/18 tornando crime tal conduta. Passou a ser crime de médio potencial ofensivo, sendo autorizada a prisão em flagrante, além de não caber o arbitramento de fiança em sede policial, pois exige o Código de Processo Penal em seu artigo 322 a pena máxima de 4 anos para que a autoridade policial possa conceder fiança. E ainda, quando tal figura era prevista como contravenção penal exigia-se a publicidade do ato, ou seja, deveria ocorrer em local público ou acessível ao público, com a criminalização, não há mais tal exigibilidade, podendo ocorrer inclusive em locais privados.

É visível que a “mens legis” é no sentido de recrudescer a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ou seja, uma “*novatio legis*” prejudicial ao réu, não se olvida, inclusive, que o artigo 61 foi expressamente revogado pela Lei 13.718/18.

Nesse sentido, Rogério Sanches Cunha explica (2018, s.p).

Ocorre que o art. 215-A é, na realidade, *novatio legis in pejus*, pois tornou criminosas condutas antes restritas à Lei de Contravenções Penais. É princípio básico de Direito Penal – e direito fundamental estabelecido no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal – que a lei penal não retroage a não ser para beneficiar o réu.

Entretanto, não obstante a intenção do legislador de recrudescer a norma, a recente jurisprudência em relação ao tema, tem se inclinado a reconhecer que o novel tipo se trata de *novatio legis in mellius* com relação ao crime de estupro, e não *novatio legis in pejus* em face da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Sendo assim, atos libidinosos “menos graves” devem ser enquadrados como de médio potencial ofensivo, importunação sexual, e não como de alto potencial ofensivo, estupro.

Consoante tal entendimento, a Ministra Laurita Vaz explica:

O estupro, delito descrito no art. 213 do Código Penal, reclama interpretação estrita e razoável, já que a conduta ali reprovada, que abarca desde o constrangimento da vítima à conjunção carnal até a submissão dela à prática de qualquer outro ato libidinoso e seu preceito secundário (a pena cominada), revela um balizamento bastante expressivo. Ora, em grande parte das vezes a conduta do agente, embora reprovável, como no caso o é, não se reveste da mesma gravidade e intensidade que uma conjunção carnal ou um ato libidinoso de natureza mais invasiva (sexo anal e oral, por exemplo). Em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é imprescindível a análise minuciosa do caso concreto (Recurso Especial Nº 1.730.341 – PR)

Luís Roberto Barroso, seguindo o mesmo entendimento

Afirmou não se tratar, no caso, de fazer incidir retroativamente lei penal incriminadora, o que implica em violação ao princípio da irretroatividade da lei penal. Na realidade, o ato praticado pelo paciente – ato libidinoso diverso da conjunção carnal -, de início passível de enquadramento no 217-A do CP, com pena de oito a quinze anos de reclusão, passou a ser incriminado, para condutas menos invasivas, de forma mais branda pelo crime de “importunação sexual”, cuja pena varia de um a cinco anos (Informativo 928, STF).

Portanto, a jurisprudência vem entendendo que é severidade excessiva da Lei incriminar o autor de um beijo roubado ou de um *froteurismo* no mesmo “balaio” de quem praticou coito anal ou *fellatio in ore*, sendo esses últimos atos libidinosos mais reprováveis. Sendo assim, condutas de menor relevo seriam enquadradas em importunação sexual, 215-A, Código Penal.

Conclusões

Neste trabalho foi discutido a criação do tipo penal de importunação sexual, previsto no artigo 215-A do Código Penal, que originou-se com a Lei 13.718/18. Mostrou-se que havia lacunas na lei frente a algumas condutas atentatórias à dignidade sexual e, por conta disso, muitas vezes, a solução jurídica dada não era a mais adequada e proporcional.

Resta-se evidenciado que o legislador brasileiro continua carecendo de acurada técnica legislativa, pois continua a produzir tipos penais por demanda da mídia e da população sem maiores reflexões sobre a influência no arcabouço normativo que a *novel* lei irá promover. De outra banda, o julgador brasileiro continua a fazer “ginástica” jurídica para suprir a falta de técnica legislativa.

Como dito alhures, não se pode dar razão ao legislador que iguala beijo lascivo a coito anal, pois ambos, apesar de serem atos libidinosos, possuem grau de reprovabilidade distintos, entretanto, é visto com frequência, e preocupante para a ciência do Direito, o julgador adentrar na esfera de atribuição do legislador, pois tal atitude fere o princípio da legalidade, basilar no Direito Penal, além de infringir a separação e autonomia dos poderes, essencial para a prosperidade do regime democrático.

Por fim, deixa-se claro que este trabalho não buscou esgotar referido tema, o qual exige uma pesquisa mais aprofundada e detalhada, além disso, por ser novo, gerará muitas discussões. Isso posto, deve-se aguardar as soluções que serão trazidas pela Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

Referências

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 13.718/18 de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação

penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm> Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Agravo Regimental no recurso especial. Penal. art. 213 do código penal. Desclassificação para o tipo previsto no art. 65 do decreto-lei nº 3.688/1941. Atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Caracterização do delito de estupro. Fatos incontroversos. Ausência de violação do enunciado nº 7 da súmula desta corte. Agravo regimental desprovido. Superveniência de lei penal mais benéfica: lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. Pena mais branda. Retroatividade. Readequação do tipo: crime de importunação sexual. Concessão de habeas corpus de ofício. Recurso Especial Nº 1.730.341 – PR. Parates. Relatora: Laurita Vaz. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI293151,11049-STF+decidira+se+crime+de+importunacao+sexual+retroage+para+caso?fbclid=IwAR0ciE71Hzsi9HHMRTW9il7SFi3JnpWNXKWq7XbSya_jS6d0-UId_G6Thg0> Acesso em: 25 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Informativo STF. Crime de estupro e “beijo lascivo”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo928.htm?fbclid=IwAR2628nHIfUJefwYU_5PV6irWQJgn9gWPYXtu7dZ1aVI1Aq210kdqaF2IBY> Acesso em: 03 maio 2019

BRASIL. Lei das Contravenções Penais. Decreto-Lei nº 3.688/41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm> Acesso em: 26 abr. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. STJ aplica Lei 13.718/18 em crime sexual cometido sem violência nem ameaça. Meu site jurídico: São Paulo. Disponível em <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/25/stj-aplica-lei-13-71818-em-crime-sexual-cometido-sem-violencia-nem-ameaca/>> Acesso em: 26 abr. 2019.

SÃO PAULO. Foro Central Criminal Barra Funda. Auto de Prisão em Flagrante. Processo 0076565-59.2017.8.26.0050. Justiça Pública e Diego Ferreira de Novaes. Juiz de Direito: José Eugenio do Amaral Souza Neto. 30/08/2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-que-o-juiz-soltou-o-ejaculador/>> Acesso em: 26 abr. 2019.