

Importunação sexual: *primum examen*

Luiz Regis Prado¹

Bruna Azevedo de Castro ²

O delito de importunação sexual acaba de ser introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 12.850/2018, entre os crimes contra a liberdade sexual (art. 215-A, CP).

A referida lei promove algumas outras alterações no tratamento jurídico-penal da liberdade e dignidade sexuais, todas voltadas ao recrudescimento da legislação nessa matéria, entre as quais, destacam-se a alteração da natureza da ação penal, que passa a ser pública e incondicionada em qualquer caso, a tipificação de dois novos delitos (importunação sexual e divulgação de cena de estupro, pornografia ou apologia a estupro – art. 218-C), e a precisão do estupro corretivo de comportamento social, como causa especial de aumento de pena.

Para além disso, em razão da suposta abrangência do tipo penal previsto no artigo 215-A do CP, revoga-se o artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), que previa a conduta de importunação ofensiva ao pudor.

Não é incomum o legislador brasileiro, especialmente em matéria penal, proceder exatamente da forma como procedeu com ampliação e endurecimento da punição, *in casu*, em relação à tutela da liberdade sexual: movido pelo clamor público, procura dar respostas imediatas, e muitas vezes irrefletidas, diante de casos que ganham repercussão nacional.

Com esta nova incriminação não foi diferente. Diante de um caso de molestamento de natureza sexual ocorrido dentro de um transporte público, busca-se punir de forma mais severa comportamentos sexualmente invasivos

¹ Titular de Direito Penal. Jurista.

² Professora de Direito Penal. Doutoranda em Direito.

que, todavia, não apresentam os elementos de tipicidade formal e material dos delitos de estupro (art. 213, CP) ou estupro de vulnerável (art. 217, CP). Isso porque na ausência de tipo penal específico, tais condutas acabavam por ter o seu enquadramento formal em delitos que não estabelecem penas proporcionais à gravidade do fato, como o ato obsceno (art. 233, CP) e a própria contravenção de importunação ofensiva ao pudor.

O delito insculpido no artigo 215-A do CP prevê a seguinte conduta típica: “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.”

De início, nota-se que se trata de delito *subsidiário* (subsidiariedade expressa) e, portanto, só tem aplicabilidade caso a conduta do agente não consubstancie ilícito penal mais grave, tais como estupro e estupro de vulnerável. Por exemplo, se o agente emprega força física para praticar com a vítima ato libidinoso, pratica o crime de estupro (art. 213, CP). De outro lado, caso o agente propositalmente entorpeça a vítima, retirando-lhe a capacidade de resistência ou, ainda, aproveite-se de uma condição dessa natureza, realiza o crime previsto no artigo 217-A, §1º, CP.

Portanto, restam para a tipificação pelo delito de importunação sexual os atentados menos ofensivos à liberdade sexual da vítima, que não se equiparam em termos de execução e gravidade aos delitos de estupro e estupro de vulnerável.

Ao empregar a expressão “*praticar contra alguém*”, limita-se o alcance da norma penal incriminadora ao ato de natureza física (corporal, material e objetivo).³ Isso significa que, ao contrário do que ocorria com a contravenção penal revogada (art. 61 da LCP), não caracteriza o crime de importunação sexual comportamento reprovável exclusivamente verbal, como proferir palavras de natureza pornográfica e acintosa contra a vítima. Procura o legislador conferir tratamento jurídico mais abrangente e severo quanto aos comportamentos sexualmente agressivos, mas, de forma incongruente, acaba por deixar de fora

³ Com detalhes, PRADO, L. R. *Tratado de Direito Penal brasileiro*, 3ª ed., Forense - no prelo.

do âmbito de proteção penal determinadas expressões verbais agressivas de caráter sexual.

Ademais, o *nomen juris* do tipo penal (“*importunação sexual*”) emerge como inadequado para designar a conduta que vem descrita na norma. *Importunação* tem sentido muito mais amplo, e significa incômodo, aborrecimento ou chateação. A importunação não exige em princípio ato físico de contato, diferentemente do que ocorre com a expressão “*praticar contra alguém*”.

O ato libidinoso (elemento normativo do tipo de injusto), à semelhança do que ocorre no delito de estupro, vem a ser o ato sexual diverso da conjunção carnal, que tem a finalidade de satisfação da lascívia (manifestação da concupiscência). Todavia, em razão da descrição da conduta típica (“*praticar contra alguém*”), o ato libidinoso restringe-se àquelas formas de comportamento que implicam contato físico com a vítima, tais como a masturbação, o beijo lascivo, toques, apalpadelas com significação sexual, etc.

O ato libidinoso aqui deve ser perpetrado contra a vítima, e *sem a sua anuência*. Isso significa, por óbvio, que o consentimento válido da vítima torna a conduta atípica. O dissenso vítima, para caracterizar o delito de importunação sexual, não pode decorrer da violência física ou grave ameaça, nem pode ser presumido em razão da invalidade do consentimento (vítima em situação de vulnerabilidade). Em tais casos, haverá, respectivamente, os crimes de estupro (art. 213, CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, CP). Assim, pode caracterizar o tipo penal em exame a hipótese de o agente praticar o ato libidinoso prevalecendo-se de impossibilidade física da vítima se livrar da sua intervenção, sem emprego de força física ou ameaça.

A surpresa, situação na qual o agente de modo inesperado sujeita à vítima ao contato físico, com matiz sexual e intenção de satisfação da própria lascívia, também constitui meio adequado à configuração do tipo legal.

Por fim, convém reiterar que, em matéria penal, o legislador brasileiro atua costumeiramente de maneira apressada e com desazo técnico.

A produção legislativa nessa matéria tem por hábito não atender a um processo construído a partir de padrões de racionalidade jurídica, de modo que a celeridade da resposta penal ao clamor popular se mostra mais importante do que a construção de estrutura incriminadora baseada em critérios de eficácia, proporcionalidade e legalidade.

Como resultado, tem-se uma legislação quase sempre confusa, assistemática, de difícil aplicabilidade prática, e que muitas vezes ressaí como inadequada ou deficiente.