



**SOCIEDADE METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO, CULTURA E
TECNOLOGIA SÃO CARLOS
FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS - FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO DIREITO**

RENATA MANGUEIRA GOMES

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE
DA LEI Nº. 13.718/2018**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2019

RENATA MANGUEIRA GOMES

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE
DA LEI Nº. 13.718/2018**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do Curso de Graduação em Direito, sob orientação do Professor e Msc. Valdeci Ataíde Cápua e Coorientação do Professor Dr. Tauã Lima Verdun, da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
2019/1

FICHA CATALOGRÁFICA

Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
10/2019

M277t Gomes, Renata Mangueira

A tipificação do crime de importunação sexual : análise da lei nº 13.718/2018 / Renata Mangueira Gomes. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2019.
70 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2019.
Orientador: Valdeci Ataíde Cápua.
Coorientador: Tauã Lima Verdan Rangel.
Bibliografia: f. 65-70.

1. DIREITO PENAL 2. CRIME SEXUAL - BRASIL 3. BRASIL. [LEI N. 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018] 4. 4. LIBERDADE SEXUAL I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título

CDD 345.810253

RENATA MANGUEIRA GOMES

**A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: ANÁLISE
DA LEI Nº. 13.718/2018**

Monografia aprovada em ____/____/____ para obtenção do título de Bacharelado em
Graduação de Direito.

Monografia avaliada em ____/____/____

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Comissão Examinadora

Prof. XXXXXX

Orientador

Prof. XXXXX

Coorientador ou Avaliador de Metodologia

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Prof. XXXXX

Avaliador de Conteúdo

Bom Jesus do Itabapoana, XX (dia) de XXX (mês) de XXX (ano).

Dedico à minha mãe Luiza Mangueira Gomes (*in memoriam*), meus avós Thaucio e Clarice e, meus tios Francisco e Sandra. Aos meus filhos Davi e Júlia, que são a razão da minha caminhada. É esse amor pelos meus filhos que me faz levantar todos os dias buscando ser uma pessoa melhor. Vocês dois são a razão da minha persistência e das conquistas que vieram e que ainda virão. E digo: com vocês, meus filhos, eu aprendo muito mais que ensino.

Ao meu marido, melhor amigo e parceiro de todas as horas, que me incentiva, me compreende e me apoia nessa busca pelos meus objetivos. Foi ele quem me “suportou” amorosamente nesta reta final, e eu sei que não foi fácil – eu te amo!

A todo corpo docente da FAMESC, especialmente, aos professores e coordenadores do Curso de Direito, Profa. Msc. Ione Galoza e Prof. Msc. Felipe Nogueira. Ao meu orientador Prof. Msc. Valdeci Ataíde e meu coorientador Prof. Dr. Tauã Lima – obrigada por todo empenho e dedicação.

Ao meu Deus grandioso e misericordioso que demonstra todo tempo seu amor e zelo sobre a minha vida.

Aos meus filhos, que são a razão do meu respirar – obrigada por compreenderem as ausências e por permanecerem ao meu lado todos os instantes. Esse amor foi o que me fez chegar aqui! Vocês são a minha melhor parte.

Eu não tenho paredes, só tenho horizontes.
(Mario Quintana)

GOMES, Renata Manguiera. **A Tipificação do Crime de Importunação Sexual: Análise da Lei nº. 13.718/2018.** 70 p. Trabalho de Conclusão de Curso. Bacharelado em Direito. Faculdade Metropolitana São Carlos - FAMESC, 2019.

RESUMO

Embora o Código Penal Brasileiro seja considerado moderno, foi lançado em 1940. No entanto, muitas condutas não são tipificadas como crime ou, pelo menos, não era. Nesse interim, foi instituída a Lei nº. 11.718/2018, que trouxe alteração no Código Penal ao inserir o artigo 215-A, que tipifica a importunação sexual como crime, estabelecendo rol de crimes contra a liberdade sexual. Em arremate, houve a revogação da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, disciplinada no artigo 61 do Decreto-lei 3.688/1941. Destaca-se, portanto, que o referido tipo penal foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de garantir a proteção do bem jurídico, sobretudo a liberdade sexual da vítima e punir o autor da prática de ato libidinoso, que pelas circunstâncias fáticas não configura crime de estupro. No entanto, deve ser ato doloso capaz de satisfazer a lascívia do agente e ofender a liberdade da vítima ao mesmo tempo. Deste modo, o estudo em questão tem por objetivo geral apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº. 13.718/2018, que tipifica o crime de importunação sexual no ordenamento jurídico brasileiro. Utilizando-se, para tanto, a metodologia a pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória. Ao fim, conclui-se que a Lei nº. 13.718/2018 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a preencher a lacuna legislativa existente quanto da prática de atos dessa natureza. Importante registrar que, observando a sua singularidade, o crime de importunação sexual configura-se com crime comum, podendo ser praticado por qualquer indivíduo, sendo do mesmo gênero da vítima ou não. Assim como, a vítima pode ser qualquer pessoa, compreendendo os vulneráveis.

Palavras-Chaves: Direito Penal; Crimes contra a Dignidade Sexual; Importunação Sexual; Liberdade Sexual.

GOMES, Renata Manguiera. **The Criminalization of Crime of Sexual Impersonation**: Analysis of Law no. 13.718/2018. 70 p. Completion of course work. Bachelor's degree in law. São Carlos Metropolitan College - FAMESC, 2019.

SUMMARY

Although the Brazilian Penal Code is considered modern, it was released in 1940. However, many conduct is not criminalized or, at least, it was not. At that time, Law no. 11.718/2018, which brought an amendment to the Penal Code by inserting Article 215-A, which typifies sexual harassment as a crime, establishing a list of crimes against sexual freedom. In closing, there was the revocation of the contravention of offensive indecent modesty, disciplined in article 61 of Decree-Law 3.688/1941. It should be noted, therefore, that the aforementioned criminal type was inserted in the Brazilian legal system with the purpose of guaranteeing the protection of the legal good, especially the sexual freedom of the victim and punishing the author of the practice of libidinous act, rape crime. However, it must be a malicious act capable of satisfying the lust of the agent and offending the freedom of the victim at the same time. Thus, the main objective of this study is to present the main innovations brought by Law no. 13.718/2018, which typifies crimes of sexual harassment in the Brazilian legal system. For that, the methodology is the bibliographic research, with a qualitative and exploratory approach. Finally, we conclude that Law no. 13.718/2018 was inserted in the Brazilian legal system, in order to fill the existing legislative gap as to the practice of acts of this nature. It is important to note that, in view of its uniqueness, the crime of sexual harassment constitutes a common crime, and can be practiced by any individual, being of the same gender as the victim or not. As well as, the victim can be anyone, including the vulnerable.

Keywords: Criminal Law; Crimes against Sexual Dignity; Sexual Implication; Sexual Freedom.

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Lista de Abreviaturas

INTRODUÇÃO	11
1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	14
1.1 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES NO CÓDIGO CRIMINAL DE 1890 E NO CÓDIGO PENAL DE 1940.....	15
1.2 DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE APÓS A LEI Nº. 12.015/2009: OS CRIMES DE ESTUPRO, VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE E ASSÉDIO SEXUAL.....	22
1.3 DA AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº. 12.015/2009	34
2 A APLICAÇÃO DA LEI Nº. 13.718/2018 NOS CRIMES DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL	37
2.1 O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL.....	42
2.2 A NATUREZA DA AÇÃO PENAL EM DECORRÊNCIA DA LEI Nº. 13.718/2018	52
2.3 DA PENA E SUAS ALTERAÇÕES	55
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a Lei nº. 13178/2018, que entrou em vigor em 24 de setembro de 2018, introduziu diversas modificações no Código Penal Brasileiro no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, ao tipificar os crimes de importunação sexual (art. 215-A); criminaliza a divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e o sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos (art. 218-C); expressa a irrelevância do consentimento e da experiência sexual do vulnerável para a caracterização do crime (art. 217-A, § 5º); aumenta de um para dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva (art. 226, inciso IV). Assim como, apresenta nova redação aos artigos 225 e 234-A. A regra disciplinada no artigo 225 altera a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual para ação pública incondicionada. No artigo 234-A, amplia as causas de aumento de pena.

Importante registrar que anteriormente, era considerada como contravenção penal, nos termos do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, visto que a prática de “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor” tinha como punição a aplicação de multa de duzentos mil reais a dois contos de reais. Observa-se que o pudor não era considerado como elemento determinante pela norma penal, para estabelecer como delito a prática de ato libidinoso apenas para satisfazer a própria lascívia ou de outrem.

Assim, com o advento da Lei nº. 13.718/2018 os agentes que praticarem atos de masturbação ou ejaculação contra mulheres em ambientes públicos, serão enquadrados e punidos com pena de 1 a 5 anos de reclusão. Exemplificando caso típico de conduta reprovável, constantemente divulgado pela mídia nacional, que configura o crime de importunação sexual tem-se a “encoxada”, rotineiro em ônibus e metros públicos, ambiente que a indivíduo apodera da grande quantidade de passageiros para, propositalmente, aproximar na genitália feminina a vítima e executar o ato. Vale ressaltar que a natureza da ação penal será a pública incondicionada.

Pode-se afirmar, portanto, que a Lei nº. 13.718/2018 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a preencher a lacuna legislativa existente quanto da prática de atos dessa natureza. Importante registrar que, observando a sua singularidade, o crime de importunação sexual configura-se com crime comum,

podendo ser praticado por qualquer indivíduo, sendo do mesmo gênero da vítima ou não. Assim como, a vítima pode ser qualquer pessoa, compreendendo os vulneráveis.

Deste modo, a relevância deste estudo está na realidade social, diante da necessidade de possibilitar discussões sobre o tema de extrema importância no âmbito do ordenamento jurídico e da sociedade, de modo bastante amplo. Pontuando, sobretudo, a exigência de adequação fática e legislativa diante das situações de impunidade em crimes contra a liberdade sexual.

Outro ponto de relevância está na necessidade de frear a cultura do estupro, em nome do bem de evitar mais violência, decorrente das condutas do mundo moderno, onde a presença de violência ou ameaça é evidenciada num caso de violação da liberdade sexual. Nesse cenário, o presente estudo levantou com questão problemas: A tipificação dos crimes de importunação sexual se apresenta como soluções jurídicas adequadas o suficiente para dar resposta proporcional à gravidade da prática de ato libidinoso?

Deste modo, objetiva-se apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº. 13.718/2018, que tipifica o crime de importunação sexual no ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia aplicada nesse estudo possui abordagem de natureza qualitativa e exploratória. O estudo apoia-se em uma revisão bibliográfica, utilizando entre as principais fontes: diversas obras de renomados criminalistas, artigos e materiais indexados em endereços eletrônicos, bem como a legislação vigente e decisões judiciais alusivas ao tema em questão.

Com base na legislação em vigor, pretende-se abordar os crimes contra a dignidade sexual, inseridos no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº. 12.015/2009, que visa tutelar o real bem jurídico, que é a liberdade sexual. Com aprofundamento nos crimes contra a liberdade sexual, compreendido no estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual.

Na sequência, propõe-se contextualizar o crime de importunação sexual, que imputa conduta criminosa diante da “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro, preceituando a pena reclusão se o ato não constitui crime mais grave”. Dando continuidade com o apontamento dos sujeitos do crime, a conduta, voluntariedade, assim como, a tipificação objetiva e subjetiva do referido crime.

Por fim, busca evidenciar a efetividade da Lei nº 13.718/2018 no combate ao crime de importunação sexual e a sua aplicabilidade. Considerando o grande avanço do Direito Penal machista, que diante da ausência de proporcionalidade, provocava a impunidade em diversas situações caracterizadas como contravenção. Configurando, assim, a acomodação interpretativa antes da instituição da Lei nº. 13.718/2018, que tipifica, sobretudo, os crimes de importunação sexual.

1 CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A princípio, importante oportunizar reflexões iniciais dos tipos penais, sobretudo, quanto os crimes contra a dignidade sexual no Brasil, efetivando, de forma contextualizada, o transcurso das transformações histórico-jurídica do crime em questão até o atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, partindo do período do Brasil colônia, eram aplicadas no território nacional as normas legais positivadas em Portugal. Destaca-se, no período de 1603 prevalecia em Portugal as Ordenações Filipinas que, por conseguinte, passaram a vigor no Brasil e trazia a previsão da prática do estupro voluntário de mulher virgem, a pena estava associada a qualidade do agressor. Assim, sendo o agressor um nobre, este poderia optar pelo casamento com a vítima, no entanto, esta deveria consentir e o agressor também teria que possuir condições financeiras para tal. Ao contrário, diante da negativa da ofendida, seria arbitrado pelo julgador um valor referente a formação do dote. Contudo, sendo o agressor “pobre”, receberia a punição do açoitamento como também era encaminhado ao exílio, conforme explica Mestieri:

As Ordenações Filipinas, no livro V, tít. XXIII, previam o estupro voluntário de mulher virgem, mas não no puniam com pena pública. Mandava-se, todavia, reparasse o autor o mal pelo casamento, “*se ella quiser e se for convinhável*”, e se fosse o autor “*de condições para com ella se casar*”. Na falta de casamento, o mesmo era condenado na quantia arbitrada pelo julgador e necessária para a formação do dote, observada a condição da estuprada. Na ausência de bens com que pudesse reparar o mal, o réu, não sendo fidalgo ou pessoa de posição, era açoitado e degredado. Sendo de fidalga estirpe, aplicava-se tão-só a pena de degredo até mercê de-Rei. Tratava-se, aqui, da simples *fornicatio*, prescindindo-se sedução (MESTIERI, 1982 *apud* SCHUCH, *et al.*, 2015, p. 14).

O conjunto normativo ainda trazia previsão do tipo penal de estupro violento, incluindo as relações sexuais, sem observância na qualidade da vítima. Portanto, a pena aplicada neste caso seria a morte. Importante registrar que neste caso a aceitação da vítima quanto ao casamento e mesmo com a celebração deste por livre e espontânea vontade não teria relevância, visto que a aplicação da pena ocorria da mesma forma. Nas palavras de Mestieri:

O casamento posterior, no princípio, não era causa de extinção da punibilidade, pois, mesmo que “o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e ainda que o casamento seja feito per vontade dela, não será relevado da dita pena, mas morrerá assim como se com ella não houvesse casado”. Da mesma forma, de nada valia o consentimento “depois do feito consumado” (MESTIERI, 1982, *apud* SCHUCH, *et al.*, 2015, p. 14-15).

Com o fim do período colonial no Brasil, em 16 de dezembro de 1830 fora instituído no ordenamento jurídico nacional o Código Criminal do Império, destacando neste a tipificação dos “crimes contra a segurança da honra” (no Capítulo II). O caderno penal em seu artigo 222 trazia a previsão do crime de estupro mediante violência ou ameaça apenas se praticado contra a “mulher honesta”. Registra-se que a reprimenda penal trazia ríspida caracterização quanto às prostitutas em detrimento das “mulheres honestas”, trazendo variações de penas considerando a qualidade da vítima, com efeito, os agressores poderiam ser beneficiados caso praticassem conjunção carnal (penetração do pênis na vagina) com prostitutas (NORONHA, 1992).

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
Penas – de prisão por três a doze annos, e de dotar a offendida.
Se a violentada fôr prostituta.
Penas – de prisão por um mez a dous annos (BRASIL, 1830).

Importante registrar que o caderno penal de 1830 não trazia qualquer previsão do homem em condição de vítima. Entretanto, trazia reprimidas variadas quanto as condutas de caráter diverso, considerando a prática do estupro ou outro ato libidinoso (GRECO; RASSI, 2010). Deste modo, a pratica de crime resultante na ofensa da vítima com fim libidinoso (cópula anal, sexo oral, beijos e carícias), provocando dor ou mal corpóreo, afastando, assim, a conjunção carnal, seria aplicada pena mais branda, considerando a prática de estupro propriamente dita, consoante redação do artigo 223 do Código Criminal de 1830, *in verbis*:

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente à metade do tempo, além das me que incorrer o réo pela offensa (BRASIL, 1830).

Não obstante, o referido caderno penal em seu artigo 225 disciplinava a possibilidade de isenção de pena ao agressor que casasse com a vítima, consoante disposto original “não haverão as penas dos três artigos antecedentes os réus, que casarem com as offendidas” (BRASIL, 1830).

1.1 O TRATAMENTO JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES NO CÓDIGO CRIMINAL DE 1890 E NO CÓDIGO PENAL DE 1940

Transcorrendo décadas, em 1890 foi instituído o Decreto nº. 847, sendo mantidas as tipificações criminais disciplinadas no caderno penal anterior, destacando, assim, a mulher como única vítima de estupro, considerando a conjunção carnal e distinção entre a mulher honesta e prostituta. Contudo, o Código Criminal de 1890, conhecido como Consolidação de Piragibe, retirou a possibilidade de casamento entre a vítima e o agressor, como meio de exclusão da punibilidade, previsão mantida até o momento (GRECO; RASSI, 2010). Assim, importante transcrever a redação do artigo 268 do Código de 1890, com a previsão da tipificação do crime de estupro:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:
Pena: de prisão cellular por um a seis annos.
§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:
Pena: de prisão cellular por seis mezes a dous annos.
§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte (BRASIL, 1890).

Neste período, o crime de estupro era definido pelo fato do agressor abusar da vítima com violência, sendo esta física, mental ou química, nos termos do artigo 269 do caderno penal de 1890, *in verbis*:

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não.
Por violência entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcóticos (BRASIL, 1830).

Observa-se que o crime de estupro tinha como verbo “abusar” da vítima. Assim, considerando que a expressão abusar é bastante vaga, diversos doutrinadores daquele período reconheciam o crime de estupro não somente pela cópula carnal, assim como pelo sexo oral e anal, conforme explicação de Mestieri (1982, *apud* SCHUCH *et al*, 2015, p. 16) “a vaga expressão “abusa” do art. 269 levou alguns doutrinadores a admitir contemplasse o artigo, além da cópula *secundum naturam* as espécies do coito carnal e da *fellatio in ore*”.

Importante registrar que as diversas alterações evidenciaram a necessidade de efetivar, de forma consolidada, as leis penais no cenário nacional. Assim, em 1932 foi editado o Decreto nº. 22.213, no entanto, não trouxe evolução significativa quanto os crimes contra a dignidade sexual, mantendo, sobretudo, por conseguinte, a mesma redação do artigo 268 da Consolidação de 1890 (DOMINGUES, 2007).

O Código Penal de 1940 foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto-Lei nº. 2.848/1940, no entanto, a expressão “mulher honesta” continuou sendo mantida. O referido termo foi repetido ainda com a edição do Decreto-Lei nº. 1.004 de 1969, denominado Código Penal de 1969, de autoria de Nelson Hungria, o qual teve vigência prolongada para o ano de 1970, depois 1972, 1973 e, por último, para 1974 quando sua vigência foi condicionada à instituição do novo Código de Processo Penal, fato que não aconteceu e, assim, o referido Código foi revogado pela Lei nº. 6.578/1978, que, por conseguinte, estabeleceu a vigência do Código Penal de 1940, assim como, manteve a expressão “mulher honesta” nos artigos 215 e 216 (DOMINGUES, 2007).

Consoante ao termo “mulher honesta” Nelson Hungria, autor do anteprojeto do Código de 1969, pontua que:

Como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecúnia accepta*) (HUNGRIA; LACERDA, 1980 *apud* DOMINGUES, 2007, p. 1).

Observa-se que havia uma relação de proporção existente entre a ausência de proteção adequada e o bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual, no passo do elevado nível de ingerência do Estado através de uma política proibicionista resultante imposição de costumes, determinado numa relação de prevalência entre a moral que o Estado estabelece e a moral assente na dignidade. Com efeito, com o passar dos anos, resulta no processo de desvalorização da dignidade sexual, sobretudo, de mulheres e integro desenvolvimento de criança e adolescente por meio de informações adequadas (DOMINGUES, 2007).

Destaca-se que a supressão da distinção das categorias do gênero feminino (honesta/prostituta) ocorreu, tão somente, com o advento da Lei nº. 12.015/2009, conforme será detalhado mais adiante. Em tempo, importante registrar que o Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº. 2.848/1940) estabeleceu que o crime de estupro poderia ser praticado apenas contra a mulher (vítima), sendo o homem o autor do fato jurídico, consoante redação original do artigo 213, com a consumação do crime posterior “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (BRASIL, 1940). A pena aplicada seria de três a oito anos de prisão.

Salienta-se que o fato jurídico em comento pode ser físico ou moral. No entanto, necessário a observância quanto a resistência da vítima, consoante pontuado por Noronha (1992, p. 110) “a violência tanto pode ser física como moral. Esta, devendo ser apta a vencer a resistência da vítima, tomará quase sempre a forma de ameaça”.

Nesse interim, evidencia que o disposto legal, consoante a resistência da vítima, dispõe proteção a esta, ao efetivar a presunção da defesa contra violência praticada pelo agressor. Nas palavras de Noronha:

A disposição do artigo, relativamente aos meios de que se pode valer o delinqüente, é completada pelo art. 224, onde se presume a violência, quando a vítima, por qualquer causa, não pode oferecer resistência. Bem avisado andou o legislador me, de maneira ampla, proteger a ofendida, tendo em vista certamente ser o estupro a cópula carnal contra sua vontade e que o réu, por inúmeros modos, pode vencer essa vontade (NORONHA, 1992, p. 111).

Entretanto, o referido autor ressalta, ademais, que se o fato jurídico for praticado somente com o emprego de força, ausente a coação moral, a comprovação deverá ser realizada pela ofendida, eis que “a violência física, como integrante

característica do estupro, há de ficar indubitavelmente provada, conforme o caso, para que haja crime” (NORONHA, 1992, p. 111).

Nessa conjuntura, oportuno mencionar que o artigo 214 do Código Penal de 1940 previa o crime de atentado violento ao pudor, sendo que a consumação ocorreria com o constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça. Certo que neste fato jurídico a vítima poderia ser a mulher como homem, assim como, o autor do fato, eis que na redação original havia a expressão “alguém” ao invés de “mulher”, oportunizando, portanto, a referida análise. A pena aplicada ao agressor era de prisão de dois a sete anos, em destaque:

Art. 214 – Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena – reclusão de dois a sete anos (BRASIL, 1940).

Outrossim, ainda que o Código Penal de 1940 não trouxesse na redação original dos artigos 213 e 214 qualquer previsão quanto o agravamento de pena nos casos de crime praticado contra pessoa que, em princípio, não consiga se defender da agressão diante de suas condições físicas ou mentais (GRECO; RASSI, 2010). Assim, a redação do artigo 215 trazia a previsão da faixa etária para aumento de pena no crime de violação sexual mediante fraude, sendo configurando caso a vítima seja menor de 18 anos e maior de 14 anos de idade, e, ainda, praticado contra mulher virgem, *in verbis*:

Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:
Pena – reclusão, de um a três anos.
Parágrafo único. Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze anos:
Pena – reclusão, de dois a seis anos (BRASIL, 1940).

Ademais, da análise da redação original dos artigos alhures, a tipificação do fato jurídico não trazia previsão expressa quanto as suas formas, no entanto, em disposições gerais havia uma única previsão, através da redação do artigo 223 do Código Penal de 1940:

Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena – reclusão, de quatro a doze anos.
Parágrafo único. Se do fato resulta a morte:

Pena – reclusão, de oito a vinte anos (BRASIL, 1940).

Por outro lado, a redação do artigo 226 do Código Penal de 1940 traz previsão de outras hipóteses de agravamento de pena, a saber: “I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é descendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – se o agente é casado” (BRASIL, 1940).

Destaca-se, nesta ocasião, que, em 1990, foi instituída a Lei nº. 8.072, denominada “Lei dos Crimes Hediondos”, que tipificou os crimes que, por si só, apresentam maior repugnância que os demais crimes. Assim, evidencia a inserção dos crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor, considerando que estes atingem efetivamente contra a dignidade sexual da pessoa. Portanto, com a configuração de tais crimes no rol do referido disposto normativo, foram reconhecidos a este o aumento do patamar de punição, com a sanção penal de reclusão de seis a dez anos. Com efeito, houve a equiparação da pena aplicada a estes crimes com o crime de homicídio (BANDEIRA *et al.*, 2016).

Da análise da norma legal, observa-se o artigo 2º da Lei nº. 8.072/1990 traz a diferenciação implícita, ao afirmar que não cabendo aos crimes hediondos a possibilidade de concessão de anistia, graça ou indulto, assim como, não permite o arbitramento de fiança. Estabelece, ademais, que o cumprimento da sanção penal iniciará pelo regime fechado, sendo o condenado primário, a pena poderia haver a alteração do regime apenas com o cumprimento de 2/5 da pena inicial estabelecida pelo magistrado. Conquanto, sendo o condenado reincidente, a progressão do regime daria após o cumprimento do 3/5 da pena fixada (BRASIL, 1990).

Importante registrar que, passada uma década, o Código Penal de 1940 sofreu alteração trazida pela Lei nº. 10.224/2001, que inseriu no texto penal o artigo 216-A, com a tipificação do crime de assédio sexual. Assim, a conduta é configurada pela prática do indivíduo, que por estar na posição de superior hierárquico, venha constranger outra pessoa apenas para obtenção de alguma vantagem, financeiro ou não, ou ainda qualquer benefício sexual. Deste modo, torna-se necessária a relação de superioridade decorrente da função que exerce em detrimento da vítima (BANDEIRA *et al.*, 2016). Ressalta-se, ainda, que o referido fato jurídico será mais bem abordado no momento oportuno abaixo.

Pois bem. Em decorrência dos anseios da sociedade, que mesmo com o passar dos anos e mesmo com as mudanças legislativas apontadas alhures, se apresenta cada vez mais preocupada com a triste constatação da existência elevada da quantidade dos delitos sexuais envolvendo mulher, assim como, crianças e adolescentes, portanto, houve a necessidade de buscar a adequação do ordenamento jurídico para a realidade social vivenciada atualmente (GRECO; RASSI, 2010).

Assim, foi inserida a Lei nº. 12.015/2009 que trouxe expressivas modificações no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no Código Penal, ao introduzir nova redação ao Título VI, como nova denominação “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, considerando, sobretudo, a evolução da sociedade como um todo, pois a expressão costume passou a ser considerada como termo ultrapassado, não seguindo a atual realidade da sociedade (ISHIDA, 2015).

Pelo exposto, observa-se que, desde sempre, os tipos de crimes contra a dignidade sexual foram alcunhados como “crimes contra os costumes”, nomenclatura esta que também foi muito utilizada pelos legisladores de modo a expressar o termo “bons costumes”, em observância a moralidade pública ao regular as condutas sexuais (COSTA; COSTA JUNIOR, 2010).

Portanto, compreende-se que a modificação da nomenclatura no Título VI do Código Penal de 1940 se apresenta como resposta as reivindicações doutrinárias que argumentavam que os crimes dessa espécie não se posicionam contra a moralidade pública ou coletiva, contudo, contra a dignidade sexual e liberdade da vítima. Sem dúvidas, a dignidade sexual compreende a concepção de intimidade e evidencia-se em simetria com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana disciplinado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (MERLO, 2009).

Assim, oportuno pontuar que o termo “costume”, de maneira embutida, trazia a definição de moral coletiva, que em outras palavras, era compreendida pela prevalência do que a sociedade apontava como moral, justo, correto. Assim, a concepção individual da expressão moralmente adequada não tinha qualquer relevância (BANDEIRA *et al.*, 2016).

Ao se considerar que o Código Penal foi instituído, precisamente, na década de 1940, pode-se afirmar que, naquele período, a legislação penal priorizava tutelar a garantia dos bons costumes. Tal fato decorria da premissa que a ideologia patriarcal e totalitarista, assim como, os costumes apresentado então eram considerados como

hábitos da vida sexual aprovados pela sociedade daquela época, evidenciado que a tutela deste “direito” preponderava qualquer outro direito existente, sobretudo os direitos fundamentais eram posicionados em segundo plano, assim como, a liberdade sexual do indivíduo. Destaca-se, ademais, que as mulheres deste período eram posicionadas “como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autentico objeto sexual do homem” (BANDEIRA *et al.*, 2016, p. 1). Nesse espírito, de acordo com as palavras de Dias:

A lei penal da década de 1940 procurava, portanto, guarnecer a figura feminina, procurando defender sua “honra” e cuidando, dessa maneira, da fragilidade de que se revestiam as mulheres. Por essas razões, homens e mulheres recebiam tratamento legislativo diferenciado, uma vez que as consequências dos crimes sexuais às mulheres eram mais gravosas do que para os homens. Corroborando o sobredito, Hungria menciona que “O valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justifica, para tratamento penal, a equiparação dos dois casos” (DIAS, 2011, p. 1.458).

A referida autora acrescenta ainda que:

Destarte, a pretensão estatal consistia em manter as normas jurídicas atreladas “à ideia-força de tutela dos costumes.” Por essa razão, no Código Penal de 1940, o título destinado ao tratamento dos crimes sexuais foi designado “Crimes Contra os Costumes”. O vocábulo costumes significava, de acordo com Hungria, os “hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais”. Noronha, a seu turno, acrescenta que costumes “deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais”, o que equivale dizer, em outras palavras, que a lei penal visava tutelar “a preservação do mínimo ético reclamado pela expediência social em torno dos fatos sexuais.” (DIAS, 2011, p. 1.459).

De acordo com o magistério apresentado por Jesus (2014), as modificações introduzidas pela Lei nº. 12.015/2009 não se restringiram apenas quanto à nomenclatura do “Título IV” do Código Penal. Ao reverso, as modificações no diploma substancial penal abrangeram a objetividade jurídica da norma, ao ampliar o sentido de abuso sexual e, conseqüentemente, unificando diversas condutas a um tipo penal, incluindo qualquer conduta sexual ao título.

Não obstante, a sociedade atual vivência em um Estado Democrático de Direito, ao passo em que o princípio da dignidade humana se apresenta com fundamento basilar na República Federativa do Brasil, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988. Com relação ao direito a dignidade, Ishida (2015, p. 470) afirma que “a dignidade sexual, nesse diapasão, representa os valores que devem ser respeitados no plano sexual visando à sua autodeterminação e à liberdade”. Nessa perspectiva, Sarruboo explica que:

A atual denominação, “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, é positiva, posto que se apresenta como a proteção, o respeito que se deve ter para com o ser humano em relação ao seu comportamento sexual, à sua liberdade de escolha nesse campo, sem qualquer exploração forma de exploração (SARRUBOO, 2012, p. 274).

Assim, correto afirmar que a prevalência na sociedade atual é a concepção individual do ser humano em detrimento ao designo do seu próprio corpo. Logo, compreende-se, então, que todas as pessoas possuem o direito de escolher quem for para se relacionar sexualmente. Com efeito, o termo “costume” se apresenta, no cenário contemporâneo, ultrapassado no ordenamento jurídico brasileiro, demandando, por conseguinte, uma retificação firmativa atento ao contexto social vigente. Nesse sentido, ainda, Capez afirma que:

Estado Democrático de Direito significa não só aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas aquele em que as leis possuem conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Sem esse conteúdo, a norma se configurará como atentatória aos princípios básicos da dignidade humana (CAPEZ, 2012, p. 1).

Destaca-se, oportunamente, que a perspectiva atual se posiciona em direção a proteção da dignidade sexual do indivíduo. Para tanto, coloca-se em evidencia a liberdade que cada indivíduo possui no que concerne ao direito de escolher com quem se relacionar. Desta feita, diante de qualquer violação de mencionado direito, deverá este bem jurídico ser devidamente protegido e tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a respeito da viabilidade da proteção à livre vontade e consentimento nas relações sexuais, conforme pontua Damásio de Jesus:

Verifica-se na leitura dos dispositivos penais que a liberdade carnal pode ser violada mediante o emprego de violência (física ou moral) ou de fraude. Em ambas as hipóteses haverá o comprometimento da vontade do sujeito passivo, que estará praticando atos sexuais (normais ou anormais) sem a eles emprestar seu consentimento. Para a caracterização dos delitos é indispensável à violência (física ou moral) ou a fraude, sem o que o fato será penalmente indiferente ou não se constituirá em crime contra a dignidade sexual (JESUS, 2010, p. 126).

Importante registrar, ainda, que até hoje a sexualidade ainda é vista como um tabu ou um tema de elevada complexidade para sua abordagem, o que decorre da integração ao contexto social, por todos os meios de comunicação. Além disso, as novas gerações, em decorrência do sucedâneo de modificações sociais, abordam o assunto como muita naturalidade. Portanto, a análise quanto aos crimes tipificados no título em comento demanda a observância nas questões apresentadas acima, de modo de viabilizar uma interpretação mais adequada aos fatos, condigno à unificação de diversos crimes. Nesse contexto, Dias explica que:

As mudanças legislativas ocorridas no Brasil, no que concerne aos crimes de natureza sexual, foram fruto das modificações dos valores da Sociedade a respeito dos comportamentos sexuais que mereciam a tutela penal do Estado. Como visto anteriormente, consideravam-se comportamentos perniciosos, a princípio, os atos sexuais que violassem a moral da sociedade, isto é, as condutas sexuais não adaptadas às conveniências e disciplinas sociais. Com o passar do tempo, tais comportamentos ganharam um novo significado, passando a dizer respeito às condutas sexuais que afrontassem à dignidade da pessoa humana. Foi, portanto, por meio da transformação dos valores sociais que o tratamento jurídico dispensado aos delitos de ordem sexual ganhou uma nova roupagem (DIAS, 2011, p. 1.465).

Assim, pontua-se que o bem jurídico que se pretende tutelar, a partir das modificações insertas pela Lei nº 12.015/2009, é a liberdade sexual de qualquer indivíduo, o que, por dedução lógica, inclui a autonomia sexual em dispor do próprio corpo sem a necessidade do uso de violência ou ameaça de terceiro.

Em tempo, ressalta-se que as alterações trazidas pela Lei nº 12.015/2009, no Título VI do caderno penal, relaciona-se à Teoria Tridimensional do Direito proposta no magistério de Miguel Reale. Em consonância com a teoria supramencionada, o Direito é fato, valor e norma. Em outras palavras, compreende-se que o Direito deve existir em decorrência de um fato social, seno que este é derivado de um valor

axiológico (positivo ou negativo) da própria sociedade atual, o que viabiliza a instituição da norma jurídica com o propósito essencial de atender as necessidades dessa sociedade (BANDEIRA *et al.*, 2016).

Deste modo, compreende-se que as normas jurídicas representam aos anseios considerados importantes pela sociedade em certo período. Portanto, é apoiado na valorização de fatos específicos originários de uma determinada época que as normas legais são instituídas. De acordo com Dias (2011), a norma jurídica confere um núcleo axiológico resultado da imposição ética estabelecida pela sociedade em determinada época e localização.

1.2 DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: UMA ANÁLISE APÓS A LEI Nº. 12.015/2009: OS CRIMES DE ESTUPRO, VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE E ASSÉDIO SEXUAL

Considerando o apresentado alhures, os crimes relacionados neste capítulo compreendem-se na livre vontade e consentimento do parceiro sexual. Podendo, assim, ser violada por meio de violência ou grave ameaça (estupro – artigo 213 CP); fraude (violação sexual mediante fraude – artigo 215 CP); e ainda o assédio sexual (artigo 216-A). De acordo com Borja Jiménez:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (JIMÉNEZ, 2003, p. 156).

Em primeiro momento, para melhor compreensão deste tipo penal oportuno descreve-lo antes da instituição da Lei nº. 12.015/2009. Assim, anteriormente, existia o crime de estupro, cuja capitulação se encontra insculpida no art. 213 do CP, e o crime de atentado ao pudor, cuja previsão encontra escora no artigo 214 do CP, ambos posicionados no Título VI “Dos Crimes contra os Costumes”, no Capítulo I “Dos Crimes contra a Liberdade Sexual”. Observa-se, ainda, que o Título em comento fazia menção a expressão “costumes”, como mencionado alhures, como sendo algo estabelecido pela sociedade daquele período.

Em complemento, conforme pontua Hungria (1956, p. 103), “os hábitos de vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale mesmo, a conduta sexual adaptada à convivência e disciplina social”. Assim, pode-se afirmar que a configuração do crime contra o costume, naquela época, ficava a critério da sociedade ou da vítima. Salienta-se que naquele período o crime de estupro tinha como núcleo do tipo o ato de constranger a mulher com o uso de violência ou grave ameaça. No entanto, era necessária a conjunção carnal (penetração do pênis na vagina) de modo forçado e sem o consentimento da vítima. Portanto, apenas a mulher poderia ser vítima do estupro.

Não obstante, pontua-se que o crime de atentado de constranger alguém através de atos libidinosos, mediante violência ou grave ameaça. A conduta preconizada, então, no artigo 214 não exigia a exclusividade de ser apenas a mulher-vítima do ato em comento. Portanto, o fato jurídico era configurado através de qualquer ato que efetivasse satisfazer a lascívia. Nessa perspectiva, destaca-se importante alteração trazida pela Lei nº. 12.015/2009, com a revogação do artigo 214 e com a consequente unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor através da rubrica única de estupro, pondo fim as diversas controvérsias existentes relacionadas a esses tipos penais. Assim, a redação do dispositivo passou a contar com a seguinte redação:

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.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) anos a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009).

Em análise ao artigo 213, *caput*, do Código Penal, é importante registrar a alteração dos elementos caracterizadores do estupro. Assim sendo, o constrangimento, realizado através da utilização de violência ou de grave ameaça; pode ser direcionado contra qualquer pessoa, independente do gênero; existência de conjunção carnal; e, ainda, subjugar a vítima a praticar ou permitir que com ela seja praticado ato libidinoso. É oportuno observar que não houve a *abolitio criminis*, que é causa extintiva de punibilidade, afirmando que pela retroatividade da lei penal não há

mais configurado o fato jurídico. Em outras palavras, quando uma a nova legislação penal deixa de configurar um fato criminoso considerando anterior como um ilícito penal.

Nas palavras de Capez (2018, p. 100), “houve uma atipicidade meramente relativa, com a mudança de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena”. Compreende-se, deste modo, que a Lei nº. 12.015/2009, ao unificar os dois tipos penais, estupro e atentado ao pudor, embora a conduta continue caracterizada como criminosa e punitiva, se apresentou mais benéfica para o agressor ao afastar o concurso de crime. Assim, o agente delituoso irá responder apenas por apenas um tipo penal e com pena reduzida, ao contrário do que deveria ocorrer, ou seja, a somatória das penas pelas a conduta criminosa. Ademais, poderá existir a *novatio legis in mellius*, sendo que esta nada mais é do que a terminologia utilizada quando uma nova lei é publicada e com sua vigência a lei anterior é revogada, beneficiando de certo modo o condenado (DANTAS; RODRIGUES, 2011).

Assim, compreende-se que com a revogação do tipo penal e a *novatio legis in mellius*, possibilita aos réus condenados em concurso formal o direito de pedir a revisão da pena, assim como a redução das condenações. Ora, tal fato decorre da premissa que, se o crime foi praticado em concurso ou em continuidade delitiva com o atentado violento ao pudor, e teve a somatória da pena substancialmente, fato que hoje não é mais possível considerando a instituição da Lei nº. 12.015/2009. Nessa perspectiva, Dantas e Rodrigues (2011, p. 1) pontuam que “a lei é taxativa, mas a interpretação terá que se razoável, seguir o bom-senso na sua aplicação”.

Nesse contexto, outro ponto importante a ser registrado, de acordo com Prado (2011, p. 800), é que “o bem jurídico tutelado é liberdade sexual da pessoa, que tem direito à inviolabilidade carnal. Diz respeito ao livre consentimento ou formação da vontade em matéria sexual”. Observa-se que o verbo “constranger”, enquanto conduta típica, tem sentido de coagir, obrigar, forçar alguém fazer ato sexual contra vontade de outrem. Assim, compreende-se que a dissensão se apresenta como requisito do crime. Logo, é necessário, para tanto, uma dissensão séria capaz de configurar que a vítima não tenha consentido com a conduta do agente, visto que uma maior resistência por parte da vítima poderia coloca-la em risco de morte (GONÇALVES, 2016).

Nas palavras de Damásio de Jesus:

Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima. É preciso que a falta de consentimento do ofendido seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. Não bastam, pois as negativas tímidas (quando os gestos são de assentimento), nem a resistência passiva ou inerte (JESUS, 2010, p. 130).

Portanto, para fins de configuração do estupro é necessário que o agente atue contra a vítima com o emprego de violência ou de grave ameaça. De acordo com Rogério Greco (2017, p. 74), “violência diz respeito à *vis corporalis*, *vis absoluta*”. Em outras palavras, violência é caracterizada pelas diversas formas de agressão ou utilização de força física, no intuito de obrigar a vítima a praticar a conjunção carnal ou qualquer ato de libidinagem.

Grave ameaça (*vis compulsiva*) está relacionada ao mal injusto ou grave causado na vítima do ato libidinoso, podendo ser direta ou indiretamente e, ainda, implícito ou explícito (GRECO, 2017). Deste modo, preceitua a severidade da ameaça contra a vítima, viabilizando nesta um fundado sentimento de tremor quanto o cumprimento da ameaça. Nessa perspectiva, Gonçalves afirma que:

Para a configuração do estupro é desnecessário que haja contato físico entre a vítima e o agente, bastando, por exemplo, que o sujeito a obrigue a se automasturbar. Aliás, nem mesmo se exige que o agente esteja fisicamente envolvido no ato, de forma que o crime também se configura quando a vítima é obrigada a realizar o ato sexual em terceiro ou até em animais. O que é pressuposto do crime, em verdade, é o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem (GONÇALVES, 2016, p. 11).

Destaca-se que a Lei nº. 12.015/2009 não traz previsão quanto a presunção de violência como meio caracterizador do estupro, no entanto, preceitua no artigo 217A o “estupro de vulnerável”, ou seja, relação sexual praticada contra menores de quatorze anos de idade, deficientes mentais ou pessoas que não possam apresentar resistência. A pena prevista é mais grave devido a condição apresentada pela vítima do ato libidinoso. Nos termos preconizados pela Lei nº 12.015/2009, o crime de estupro pode ter como sujeito ativo ou passivo qualquer pessoa, independentemente de ser homem ou mulher, por se tratar de um delito comum.

Exemplificando, Gonçalves (2016) afirma que a conjunção carnal pressupõe a união, penetração do pênis do homem na vagina da mulher, ou de forma mútua. Assim como, o agente que subjuga a vítima a praticar relação sexual com outro homem ou mulher. Desta feita, é admitida ainda no crime de estupro, a coautoria e participação.

Ademais, a nova redação trazida ao artigo 213 do Código Penal prevê o marido figurar como sujeito ativo do crime de estupro diante da relação sexual praticada sem o consentimento da própria esposa mediante o emprego de violência ou grave ameaça, e vice-versa (GRECO, 2017). Segundo Silvio Venosa:

Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente virá sob forma indireta, ensejando a separação e o repercutindo na obrigação alimentícia (VENOSA, 2004, p. 161-162).

Quando o agente tem, por conduta finalística, a conjunção carnal com a vítima, a consumação do crime de estupro se efetiva com a penetração do pênis na vagina da mulher, ainda que a introdução seja parcial, não sendo necessário que ocorra a ejaculação (GONÇALVES, 2016). Ao analisar o artigo 213, parte final, do Código Penal, compreende-se que o delito de estupro se consuma, ainda, se o agente durante a prática do constrangimento utilizar-se de violência ou grave ameaça para forçar à vítima a praticar ou permitir que se pratique com ela qualquer ato sexual, não restringindo apenas a conjunção carnal.

Importante registrar que é nitidamente considerável no crime de estupro a tentativa. Exemplificando, embora o agente tenha utilizado de violência e grave ameaça para constranger a vítima, no momento da penetração é interrompido, por motivos alheios a sua vontade. Deste modo, todos os atos do agente que antecedem o início da execução da penetração na vagina serão considerados como tentado o estupro, visto que a finalidade do agente era a conjunção carnal (GRECO, 2017).

Ademais, é possível a tentativa quando o agente realizar ato de constrangimento sem resultado efetivo quanto a prática do ato de libidinagem, diante do cenário de atividade e passividade da vítima (GRECO, 2017). Tem-se como elemento subjetivo caracterizador do crime de estupro o dolo. Pontua-se que o texto normativo não apresenta disposição quanto a necessidade de o agente ter a intenção específica de satisfazer sua libido, saciar sua lascívia.

Segundo Greco (2017), o dolo está relacionado apenas à prática do constrangimento da vítima, agindo com a finalidade de ter com ela a conjunção carnal, ou ainda, de praticar ou permitir que se pratique com ela qualquer ato sexual. Importante registrar que atualmente existem dois dispositivos legais que disciplinam as causas de aumento de pena aplicável ao crime de estupro. Assim, o artigo 226 do CP, nos termos da redação trazida pela Lei nº. 11.106/2005 assim disciplina:

Art. 226. A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela (BRASIL, 1940).

Por sua vez, a Lei nº. 12.015/2009 instituiu nova redação ao artigo 234 do CP, *in verbis*:

Art. 226. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – [vetado];

II - [vetado];

III – de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador (BRASIL, 2009).

Em análise ao artigo 226, inciso I, observa-se que haverá o aumento da pena na quarta parte, se na prática do delito de estupro for cometido mediante o concurso de duas ou mais pessoas, nos casos atuando na coautoria ou como participação. A aplicabilidade de majoração da pena ocorrerá, tão somente, se o agente praticar o ato libidinoso conjuntamente com concurso de pessoas (GRECO, 2017).

Assim, é possível compreender que o concurso de pessoas se apresenta como motivo facilitador do cometimento da infração penal em comento, pois pode viabilizar

a diminuição e até mesmo na anulação da possibilidade de resistência empregada pela vítima, se o delito efetivamente for realizado por dois ou mais agentes. Segundo Greco (2017, p. 86), “existe maior censurabilidade no comportamento daqueles que praticam o delito em concurso de pessoas”.

Nos termos do inciso II do artigo 226 do CP, haverá aumento da metade da pena se o delito de estupro for praticado pelo “ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela” (BRASIL, 1940, p. 1). Observa-se que foram especificadas, no texto legal, uma série de hipóteses que representa, mesmo que de forma genérica, quaisquer relações de fato ou de direito que viabiliza uma conduta de autoridade sobre a vítima do delito em comento.

Em observância ao inciso III do artigo 234-A do CP, haverá o aumento da metade da pena se da prática do delito de estupro resultar gravidez. Salienta-se que o artigo 128, inciso II do CP, possibilita à mulher realizar aborto, se a gravidez for resultante do crime de estupro. Assim, observa-se que o comportamento sexual violento do agente traz consequências perversas não somente à mulher, atinge ao feto, com a sua vida ceifada. Outrossim, mesmo diante da interrupção da gravidez haverá a majoração da pena em metade.

Nos termos do inciso IV do artigo 234-A do CP, prevê o aumento da pena em “um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador” (BRASIL, 1940). No entanto, para a ocorrência da majoração da pena torna-se necessário a efetiva transmissão da doença à vítima, com a comprovação através de exame pericial (GRECO, 2017).

Em tempo, considerando que as doenças sexualmente transmissíveis não alcançam tão somente as doenças venéreas abrangendo, assim, a AIDS, registra-se que há uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial quanto as expressões, “sabe ou deveria saber ser portador”, apresentarem como indicativas de dolo ou se pode ser consideradas como modalidade de natureza culposa. Não há dúvidas, a Lei nº. 12.015/2009 trouxe nova redação ao artigo 215 do Código Penal, unificando os antigos delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude à um único tipo penal, com a rubrica violação sexual mediante fraude.

Art. 215. Ter conjunção carnal ou a praticar ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa (BRASIL, 2009).

Nota-se que a referida fusão incluiu à nova figura típica alguns elementos do tipo penal, como: a) ter conjunção carnal; b) praticar outro ato libidinoso com alguém; c) mediante fraude; d) outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Nos ensinamentos de Rogério Greco (2017) o núcleo do tipo é o verbo ter, que no texto legal em comento diz respeito à possibilidade do homem ou da mulher praticar a referida infração penal com a intenção finalística da conjunção carnal, no caso de relação heterossexual.

Ainda, em análise à nova redação do artigo 215 do CP, compreende-se que a conduta de praticar outro ato libidinoso diz respeito à prática de outras espécies de ato de libidinagem resultante em aflorar a libido, diverso à conjunção carnal, podendo, assim, exemplificar o sexo anal e oral, a masturbação, a introdução do dedo na vagina da vítima, etc. Nesse sentido, Bitencourt afirma que:

Esta modalidade de conduta, ao contrário da primeira (ter conjunção carnal), admite homem com homem e mulher com mulher, sem nenhuma dificuldade linguístico-dogmática. Em outros termos tendo como vítima tanto homem quanto a mulher, o que, convenhamos, trata-se de grande inovação na seara dos direitos e liberdades sexuais (BITENCOURT, 2013, p. 65).

Importante registrar que para efeito do artigo 215 do CP torna-se necessário que o agente tenha a conduta utilizando-se de “fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”. (BRASIL, 1940). Portanto, fraude consiste nos meios iludentes empregados pelo agente para obter a efetiva prática do ato sexual. Na denominação apresentada por Greco (2017, p. 122), consiste em ser um “estelionato sexual”. Deste modo, compreende-se que mediante o emprego de fraude o agente infrator induz a vítima ter percepção errônea da realidade e, assim, ceda aos seus apelos. Segundo Hungria:

Fraude é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Nem toda fraude, porém, constitui material da entidade criminal em questão. Não

bastam, assim, as meras sugestões verbais: é preciso o emprego de artifícios, de estratagemas (*mise em oeuvre* de coisas ou pessoas) que torne insuperável o erro. Não é de confundir-se o engano obtido pela sedução com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima. A *blanda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* nada têm a ver com a *fraus* necessária à configuração do crime de que ora se trata, pois não ofendem, sequer indiretamente, a liberdade sexual (HUNGRIA, 1956, p. 149-151).

Segundo a nova redação do artigo 215 do CP, além da fraude, poderá o agente infrator utilizar-se de diversos meios capazes de impedir a vítima manifestar sua vontade. *In casu*, o termo “outro meio” apresenta uma conotação fraudulenta, para que, assim, o agente realize a prática do ato sexual. Assim, exemplificando, imagine a hipótese do médico que induz a realização de exame ginecológico na paciente apenas para toca-la. Por considerar o delito de violação sexual mediante fraude como um crime comum, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa (homem ou mulher) se a conduta do agente tiver por finalidade a conjunção carnal. Contudo, a referida situação fática conjectura, necessariamente, a existência de relação heterossexual (GRECO, 2017).

Considerando a prática de qualquer outro ato libidinoso, pode ter como sujeito ativo e passivo qualquer pessoa, independentemente de ser homem ou mulher, não se restringindo, aqui, apenas a relação heterossexual, como ponderado acima. Pela redação do artigo 215 do CP, primeira parte, a consumação do crime de violação sexual mediante fraude se efetiva com a penetração do pênis na vagina, mesmo que a penetração seja parcial e, ainda, não importando se houve a ejaculação (GRECO, 2017). Ao considerar a parte final do texto legal, o referido delito se consuma com a efetiva prática de qualquer ato libidinoso. Nesse contexto, Greco pontua que:

[...] dada a gravidade da pena prevista para essa infração penal, somente aqueles atos que importem em atentados graves contra a liberdade sexual é que poderão ser reconhecidos como característicos do tipo penal em estudo. Assim, por exemplo, utilizar a fraude para *beijar* a vítima, mesmo que seja um beijo prolongado, não se configura no delito em questão, devendo o fato ser considerado atípico. Ao contrário, se, por exemplo, o agente utiliza a fraude ou outro meio para ter qualquer tipo de ato sexual que envolva penetração, ou mesmo qualquer tipo de felação (masculina ou feminina), já se poderá configurar no delito de violação sexual mediante fraude (GRECO, 2017, p. 127).

Ademais, o crime de violação sexual mediante fraude admite tentativa. A exemplo, o agente utilizando-se de fraude, inicia a execução do referido delito, no entanto, por motivos alheios à sua vontade, não efetiva a conjunção carnal. Nos termos da Lei nº. 12.015/2009 o crime de violação sexual mediante fraude tem como elemento subjetivo o dolo, não sendo disciplinada disposição legal quanto à modalidade culposa. Sendo que a intenção finalística do agente é ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com a vítima mediante fraude.

Em análise ao parágrafo único do artigo 215 do CP, observa-se que “se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa” (BRASIL, 1940). Neste caso, a aplicação da multa tende a observância das regras previstas no artigo 49 do CP. Importante registrar, ainda, que em se tratando de crime de violação sexual mediante fraude, poderá que as causas de aumento de pena estão previstas nos artigos 226 e 234-A do CP. Salienta-se que no tipo penal em comento poderá ser encontrado presente mais de uma causa de aumento de pena disciplinados nos artigos citados.

Neste caso, aplicar-se-á as regras previstas no parágrafo único do artigo 68 do CP, em destaque:

Art. 68 [...]

Parágrafo único: No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

Outro ponto de destaque é a Lei nº. 10.224/2001 que introduziu o artigo 216-A no Código Penal, posteriormente, foi inserido o § 2º ao referido diploma legal pela lei nº. 12.015/2009.

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (vetado).

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (BRASIL, 1940).

No entanto, considerando a redação ambígua, diversas controvérsias foram levantadas contra a figura típica e sua extensão, assim como, as pouquíssimas provas de fato que poderiam, em tese, levar a consideração pelo delito em comento. Assim, Greco afirma que:

O Direito Penal não pode e não deve cuidar de situações excepcionais, dada sua própria natureza de extrema ratio. Além do mais, dependendo do comportamento praticado pelo agente, poderíamos subsumi-lo a alguma das infrações penais já existentes, a exemplo do próprio delito de constrangimento ilegal, estupro, etc., variando o crime de acordo com a gravidade da conduta levada a efeito pelo agente (GRECO, 2017, p. 133).

Deste modo, considerando a vigência do referido texto legal, assim como, todas as possibilidades quanto a sua aplicabilidade, oportuno destacar os elementos do tipo penal, como: a) constranger alguém; b) visando obter vantagem ou favorecimento sexual; c) prevalecendo o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Em síntese, o legislador empregou como núcleo do tipo penal o verbo constranger. No entanto, observa-se que o constrangimento aplicado ao delito em estudo não tem a conotação de emprego de violência ou grave ameaça, até porque se houvesse o fato efetivamente resultaria na desclassificação do referido tipo penal, para as outras figuras típicas mencionadas anteriormente (GONÇALVES, 2016). Deste modo, Greco (2017, p. 133) pontua que: “o núcleo constranger, utilizado pelo tipo penal que prevê o delito de assédio sexual, deve ter outra conotação que não a utilização do emprego de violência ou grave ameaça”.

Assim, partindo do entendimento que o crime de assédio sexual tem como núcleo uma forma especial de constrangimento, é correto compreender que, por não ter receptividade por parte da vítima, as ações realizadas pelo agente poderão, de alguma forma, causar certo prejuízo no trabalho dela, diante da tácita e expressa ameaça. Assim, nota-se que a ameaça, aqui, está relacionada ao exercício do emprego, cargo ou função, de modo a rebaixar, a humilhar a vítima à uma posição inferior de trabalho (GONÇALVES, 2016).

Deste modo, nos termos do texto legal, a relação existente entre o agente e a vítima deve ser, sempre, de hierarquia ou de ascendência. Na realidade fática, o agente utilizando-se do cargo de superior hierárquico causa constrangimento na

vítima, para ter com ela a conjunção carnal através da ameaça de espalhar o seu “caso amoroso”, que o mesmo descobriu, a todo o setor da empresa. O tipo penal praticado pelo agente pode ser o estupro, no entanto, se a ausência de consentimento da vítima lhe resultar prejuízo na relação de trabalho, mesmo diante da ameaça. O delito em comento será o assédio sexual.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o constrangimento tem por intenção finalística o alcance de vantagem e favorecimento sexual. Sobre o tema, Girão pontua que:

Encontramos o emprego do substantivo vantagem em diversos tipos penais. Na maioria das vezes é usado no sentido de benefício pecuniário, de lucro. Contudo, por vezes não vem acompanhado de qualquer adjetivo; pelo que se interpreta que, qualquer que seja o proveito pretendido pelo agente, faz configurar o crime. No delito sob estudo, corretamente qualifica-se a vantagem pretendida como ‘sexual’. Ainda, assim, sua utilização no tipo parece mais adequada que o emprego do vocábulo *favorecimento* – que corresponde ao ato de favorecer-se – de uso menos frequente na legislação penal. No crime de assédio certamente pretendeu o legislador referir-se ao ato de beneficiar-se o agente, de aproveitar-se de sua condição de superioridade funcional para conseguir um benefício de ordem sexual. Assim, melhor teria sido o emprego neste momento de ‘favores sexuais’ (GIRÃO, 2004, p. 51-52).

Portanto, em observância ao artigo 216-A do CP, compreende-se que o delito em estudo ocorrerá, tão somente, quando o agente possuir uma posição de superior hierárquico ou uma ascendência de posição do cargo, emprego ou função em relação à vítima. Considerando que o delito de assédio sexual é um crime próprio, o sujeito ativo poderá se homem ou mulher, desde que possua a superioridade funcional com a vítima, referente ao exercício do cargo, emprego ou função.

Assim, o sujeito passivo será sempre aquele que possui cargo de subordinação ao agente, independentemente de ser homem ou mulher. Por ter natureza de crime formal. A consumação do tipo penal em estudo se efetiva no exato momento de ocorrência dos atos de constrangimento para a vítima, independente de obter a vantagem ou favorecimento sexual visado pelo agente. Segundo Greco (2017) o delito de assédio sexual admite a tentativa, dependendo, portanto, de hipóteses concreta, que será examinada.

Nessa perspectiva, Girão (2004, p. 104) afirma que: “se a afirmação da possibilidade da tentativa no crime de assédio sexual é majoritária na doutrina,

determinar-se no caso concreto o momento da sua configuração é tarefa árdua, especialmente no estágio em que o instituto se encontra no Brasil”. O crime de assédio sexual apenas será configurado se o agente agir dolosamente, ou seja, tendo a intenção de obter vantagem ou favorecimento sexual. Não há previsão quanto a modalidade culposa.

Nesse interim, Greco (2017) afirma que a ausência de um dos elementos integrantes da figura típica resultará no erro de tipo e, conseqüentemente, será afastado a infração penal. Nos termos do §2º do artigo 216-A do CP a pena será aumentada em um terço se a vítima do assédio sexual for menor de 18 anos. Importante registrar, ainda, que a idade da vítima possui natureza objetiva, qual será comprovada por meio da análise do documento de identificação.

Ademais, haverá a majoração da pena citado alhures diante da comprovação nos autos do processo de que o agente tenha conhecimento da idade da vítima, ao contrário, poderá ser afirmado pelo agente o erro de tipo (GRECO, 2017). Salienta-se que o texto legal não especifica o aumento mínimo da pena. No entanto, em observância aos outros artigos da legislação penal que disciplina as causas de aumento da pena, compreende-se que, de forma coerente, a majoração mínima da pena será de um sexto (GRECO, 2017).

1.3 DA AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº. 12.015/2009

Anteriormente, o Código Penal estabelecia como regra nos casos de crimes sexuais a ação penal de iniciativa privada, nos termos do artigo 225. No entanto, Cunha pontua a observância a algumas exceções, *in verbis*:

- a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- b) procedia -se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;

d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor) (CUNHA, 2018, p. 11).

A Lei nº. 12.015/2009 inseriu a regra de ação penal pública condicionada nos crimes sexuais (Dos crimes contra a liberdade sexual, Dos crimes sexuais vulnerável e Dos crimes contra a dignidade sexual) configurando em ação pública incondicionada nos casos da vítima ser menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2009).

Com o advento da Lei nº. 13.718/2009 foi introduzido nova sistemática nos casos de crimes sexuais, em regra, a natureza da ação penal passou a ser pública incondicionada, a não ser previsão contrária disposta por lei. Afastando, portanto, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal¹, deste modo, o Estado toma a responsabilidade de total proteção das vítimas de crimes sexuais, sobretudo, os crimes de importunação sexual. Acrescenta-se que não há necessidade de evidenciar se houve desforra física contra a vítima de violência ou, ainda, se o ato libidinoso foi praticado mediante grave ameaça. Revelando, portanto, “a declaração pública do corpo da vítima, de modo discutível” (LOPES JR *et al.*, 2018, p. 1).

Nesse sentido, pode-se afirmar que antes da vigência da Lei nº. 13.718/2018 a vítima maiores de 18 anos poderia escolher se iria processar o seu agressor ou não, considerando a situação de constrangimento e o sofrimento decorrente da ação pública. Nos casos de vítimas menores de 18 anos ou vulnerável, a norma penal já previa a natureza da ação pública incondicionada. Para Lopes Jr, *et al*:

[...] 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 (LOPES JR, *et al.*, 2018, p. 1).

¹ Súmula 608 do STF: “No caso de estupro com violência real, a ação penal é pública incondicionada”

Importante registrar que a Lei nº. 12.015/2009 inseriu o artigo 234-B no Código Penal, disciplinando que os processos em que se apuram os crimes contra a liberdade sexual correm em segredo de justiça (BRASIL, 2009).

2 A APLICABILIDADE DA LEI Nº. 13;718/2018 NOS CRIMES DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

O homem sempre buscou conviver em sociedade, sendo que esta se encontra em constantes transformações no tempo e no espaço, deste mesmo modo ocorreu com as condutas caracterizadoras dos crimes contra a dignidade sexual, certo que para uma determinada sociedade tal prática pode ser considerada crime enquanto que para outra não, considerando, portanto, o diferente contexto de tempo e espaço geográfico (MOREIRA, *et al.*, 2018).

Como descrito alhures, em diversos momentos da história nacional as legislações tinham por fundamento os costumes. Assim, mesmo que não resultando dano a uma pessoa, algumas condutas eram consideradas crimes, eis que havia a prevalência dos costumes sociais e morais sobre as leis, com efeito, os direitos fundamentais individuais eram deixados para segundo plano (MOREIRA, *et al.*, 2018).

Deste modo, considerando o Estado Democrático de Direito vivenciado atualmente, os direitos fundamentais deixados para depois passaram a ser tutelados pelo sistema normativo jurídico brasileiro. Nesse espírito, pode-se destacar o interesse do Estado em garantir os direitos fundamentais, evidenciando o direito de liberdade e dignidade sexual, ao tipificar diversos fatos penais com propósito de tutelar os referidos direitos (MOREIRA, *et al.*, 2018).

Nesse interim, importante registrar que a configuração do crime de estupro em condutas como um toque nos seios ou nádegas, beijo lascivo lançará ao acusado uma sanção penal bastante elevada se o magistrado resolver puni-lo no tipo penal de estupro simples, defrontando, por exemplo, o indivíduo que pratica o crime de homicídio (com pena mínima de 6 anos). Isso não significa que a conduta de tocar o corpo de outra pessoa tenha insignificância para o sistema jurídico-penal brasileiro, não é isso, no entanto, evidencia-se a ausência de equivalência na repulsa social resultante da violação dos referidos bens jurídicos tutelados (BITENCOURT, 2017).

Destaca-se que este posicionamento tem sido predominante entre os doutrinadores, diante da omissão do legislador ao não estabelecer uma gradação de valores e de sanção penal ao elemento ato libidinoso, conforme afirma Nucci:

A cominação de penal igual à de estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor [hoje, estupro] como crime hediondo (art. 1º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples

contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para a lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, desclassificar o delito para a contravenção do art. 61 da LCO, que, sob o nomen juris de importunação ofensiva ao pudor, pune com multa aquele que 'importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor'; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato atípico (NUCCI, 2017, p. 108).

Compreende-se que no momento de caracterizar qual conduta delituosa adequa-se ao fato jurídico o magistrado vinha se deparando com dois extremos, ao efetivar a imputação do fato com fundamento na sanção agravada do crime de estupro ou invocar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, com o propósito de não errar pela desproporcionalidade. Outrossim, poderia o magistrado recorrer-se, considerando o caso concreto, do delito previsto no artigo 215 do CP, eis que a redação do *caput* que refere a circunstância de "outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima". Entretanto, Nucci (2017), Greco (2017) e Bitencourt (2017) pontuam que é primordial que o meio se funda similar a uma fraude, conduta esta que incertamente se adequa aos casos de violência sexual praticados em ambientes públicos.

Assim, em outras palavras, se o aplicador do direito verificar que a segunda hipótese, citada alhures, exige um meio igual a de uma fraude, com dificuldade aplicara o fato tipificado no artigo 215 do CP. Desta feita, a exigência do meio se fundar idêntico a uma fraude se apresenta com hipótese de exclusão, por si só, considerando os diversos casos de violência sexual pela prática de ato libidinoso, eis que comprovar a equiparação a uma fraude com dificuldade adequa-se ao caso concreto.

Ademais, ressalta-se que a premissa do meio se fundar congruente a uma fraude pode, sobretudo, ser o motivo deste delito não se aplicado usualmente, consoante afirma Nucci (2017). O referido autor pontua ainda que o presente fato típico tenha pouca utilização, não deveria sequer continuar vigente, considerando os poucos precedentes na jurisprudência, assim como, impossível acreditar que tais casos seriam solucionados na esfera civil com a aplicação de danos materiais e morais (NUCCI, 2017).

Por outro lado, não se deve descuidar do aspecto de que essa previsão genérica ou análoga – ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima – deve assemelhar-se à fraude, isto é, deve ser meio que tenha a mesma capacidade de ludibriar a vítima, desde que não chegue ao extremo de inviabilizar a sua livre manifestação de vontade (BITENCOURT, 2014, p. 59).

Nas palavras de Prado (2008, p. 6), “se é concreta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas”.

Destaca-se, nesse cenário, que diversos doutrinadores têm sustentado a diferenciação de reprovabilidade existente entre a prática de atos libidinosos, como sexo anal e oral e o beijo lascivo, as apalpadinhas nas nádegas, nos seios considerando que alguns são de menores gravidades que o outro, não devendo, assim, se aplicado o crime de estupro simples, eis que ofende o princípio da proporcionalidade das penas (CUNHA, 2016; CABETTE, 2010; GRECO, 2017; PRADO, 2008; DELMANTO *et al.*, 2010).

Deste modo, Bitencourt (2014) e Cabette (2010) sinalizam para a existência de uma clausula aberta, devendo, deste modo, o magistrado analisar o caso concreto, assim como, observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por este ângulo, uma nova a tipificação penal se apresenta como alternativa viável, eis que “quando a descrição for inadequada, ou ainda quando o rigor for excessivo, sem trazer em contrapartida a eficácia pretendida, o dispositivo incriminador padecerá de insuperável vício de incompatibilidade vertical com os princípios do sistema penal” (CAPEZ, 2011, p. 41).

2.1 DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Pois bem. É conhecimento a prática de certos atos por indivíduos que tem como alvo, sobretudo, mulheres em meios de transportes coletivos, comprimindo-as, furtivamente, nesses ambientes, sem qualquer oportunidade de defesa, esfregando seu corpo, assim como, no caso de grande repercussão pela mídia, ejaculando sobre as vítimas.

Situação grave ocorrida em 2017, conhecida por todos como “Ejaculador de ônibus”, o indivíduo assediava jovens mulher dentro do ônibus e, em um caso específico, chegou a ejacular no pescoço de uma jovem (MELO, 2017). Diante daquele cenário, o indivíduo foi preso várias vezes, era evidente a importunação sexual, mas não existia pena para este crime. O magistrado ao proferir decisão sobre o caso entendeu que o ato libidinoso caracterizava apenas uma contravenção penal. Em sua justificativa, o magistrado afirmou que: “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” (MELO, 2017, p. 1).

Destaca-se que nesta ocasião, foram apontadas diversas tipificações penais, de modo a desclassificar a simples contravenção penal. Ocorreu a lavratura de prisão em flagrante pela prática de Estupro (art. 213 do CP), acabando relaxada devido à desqualificação citada. Levantou-se a possibilidade de classificação de Estupro de Vulnerável (art. 217-A do CP), pelo fato da vítima está distraída e não ter chance de reagir. Assim como, defendeu-se a configuração do crime de Ato Obsceno (art. 233 do CP), que também acabou sendo relaxada, considerando a insuficiência protetiva, ainda que em menor grau, por ser uma infração de menor potencial ofendido, com pena mínima privativa de liberdade e com a viabilidade de aplicar, de forma alternada, apenas a multa. Sendo apresentando também a configuração do crime de Injúria Real (art. 140, § 2º do CP) como solução.

De fato, nenhuma das alternativas se apresentou adequada ao caso concreto. Segundo Sardinha (2018), não ocorreu a configuração do crime de estupro devido a inexistência do emprego de violência ou grave ameaça. A configuração do crime de estupro de vulnerável foi relaxada, pois a vítima não era pessoa incapaz de oferecer resistência, consoante exigência legal desse tipo penal. O crime de ato obsceno também não serviria, visto que a conduta do agente padecia de uma reação penal da mesma proporção. E o crime de injúria real se apresentou plenamente impossível, diante da ausência de elementos subjetivos específicos entre demais contradições.

Diversos outros casos ocorreram que levaram o debate sobre a configuração do crime, assim como a eficácia da norma que caracteriza a prática de ato libidinoso sem violência como mera contravenção penal. Insurgindo assim, movimentos entre a classe de jurista, advogados e sociedade, com escopo na defesa da liberdade e

emancipação da mulher, diante da decisão proferida pelo magistrado apresentada alhures. Tal discussão foi direcionada para o nível da necessidade de tipificação e criminalização das condutas similares, sem a possibilidade de deixar brechas para incertezas como as apresentadas pelos magistrados, como relatada por Rotterdam:

Pretendem os advogados levar a palma sobre todos os eruditos e fazem um grande conceito da sua arte. Ora, para vos ser franco, a sua profissão é, em última análise, um verdadeiro trabalho de Sísifo. Com efeito, eles fazem uma porção de leis que não chegam a conclusão alguma. Que são o digesto, as pandectas, o código? Um amontoado de comentários, de glosas, de citações. Com toda essa mixórdia, fazem crer ao vulgo que, de todas as ciências, a sua é a que requer o mais sublime e laborioso engenho. E, como sempre se acha mais belo o que é mais difícil, resulta que os tolos têm em alto conceito essa ciência (ROTTERDAM, 2000, p. 98).

Portanto, para efetivar as necessidades e os anseios da sociedade e para afastar a ausência de capacidade interpretativa vivenciada no cenário nacional, imperioso a adequação da legislação penal. Assim, Lei nº. 13.718/2018 foi sancionada pelo Ministro Dias Toffoli, introduzindo diversas modificações no Decreto-Lei nº. 2.848/40, consoante a seara dos crimes contra a dignidade sexual. Destaca-se, em tal contexto, a inserção das causas de aumento de pena no crime de estupro, com a alteração da natureza da demandada, além da introdução de novos tipos penais e a revogação da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, disciplinada no artigo 61 do Decreto-lei 3.688/1941, “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: pena – multa, de duzentos mil reis a dois contos de réis” (BRASIL, 1941).

Notório que a única penalidade aplicada ao indivíduo quanto da prática desta contravenção era a multa, visto a prática do ato pode ser caracterizada de médio potencial ofensivo, autorizando a suspensão condicional do processo (CABETTE, 2018). Sem dúvidas, não havia uma resposta do Estado na proporção da ação cometida, eis que trata de uma conduta plenamente desrespeitosa, humilhante e insultuosa para a vítima deste ato.

Destaca-se que em virtude do Princípio da Continuidade Normativa-Típica, pontua-se que não se deve alegar *abolitio criminis* relativa à contravenção. Ademais, embora a revogação formal do tipo do artigo 61 da Lei de Contravenções Penal, o conteúdo foi migrado para figura diversa, de modo a possibilitar que aja a punição

diante da importunação sexual através de nova roupagem (CUNHA, 2018). Nesse contexto, destaca-se a redação trazida pela Lei nº. 13.718/2018 ao do artigo 215-A do Código Penal, com a tipificação o crime de 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 (BRASIL, 2018).

Decerto, trata-se de um tipo penal de enorme importância ao preencher lacunas existentes no sistema penal brasileiro. Considerando que o legislador teve por intenção o amparo as diversas ações apontadas como graves, em decorrência do expressivo número de relatos apresentados e pela ausência de disposto normativo que preservasse a dignidade sexual da vítima deste delito, uma vez que não essa estava fora de alcance a proteção da tutela jurisdicional, como apresentado alhures (BITENCOURT, 2018).

No entanto, Cabette (2018) pontua que foi criado um tipo penal com pena mais branda do que o existente e não utilizada pelos operadores do direito, sendo que a pena prevista para a “Violação Sexual Mediante Fraude” é de “reclusão de 2 a 6 anos” (BRASIL, 1941, p. 1). Portanto, nas situações das vítimas serem molestadas, na maioria das vezes mulheres, considerando os estrabismos interpretativos e equivocados no sistema penal, os abusadores sofrerão punição por um crime novo, mas com pena mais baixa comparando a efetiva pena que poderia ser aplicado. O referido autor afirma, deste modo, que o grande impasse existente no país está relacionado à questão cultural e educacional, e não econômica e social como muitos afirma (CABETTE, 2018).

Nesse sentido, Barbosa e Magalhães (2018) afirmam que a Lei nº. 13.718/2018 representa um viés simbólico do Direito Penal Brasileiro, sobretudo, consoante ao tratamento disciplinado para o crime de importunação sexual, certo que o legislador se atentou a estabelecer a pena máxima de reclusão superior a 4 anos, em observância as normas contidas no artigo 322 do CPP, afastando, assim, a possibilidade de aplicação de fiança pelo Delegado de Polícia Civil para a concessão de liberdade provisória, revelando, por conseguinte, um concepção ilusória de punição célere e imediata dos agentes infratores, sendo que na própria audiência de custódia

os mesmos, plenamente, poderão obter a liberdade pelo magistrado, independentemente da aplicação de fiança.

Portanto, sendo *legem habemus*, esta deverá ser interpretada e aplicada adequadamente (CABETTE, 2018). O artigo 215-A prevê como tipo objetivo a conduta delituosa de praticar (executar, realizar, levar a efeito) qualquer ato libidinoso na presença da vítima, com o propósito de satisfazer a sua própria lascívia ou de terceiros. Nesse passo, como apresentado alhures, o agente utiliza-se distração da vítima, o ambiente em que está inserido, o contexto do local e do tempo ou, ainda, da condição da vítima em compreender a desígnio lascivo do mesmo (BITENCOURT, 2018).

Em outras palavras, o agente aproveita da presença de alguém e, repentinamente, sem o seu consentimento, a surpreende com a prática de ato de libidinagem ou, ainda, a obriga assistir ato de lasciva de terceiro. Com efeito, tal prática traz no íntimo uma violência peculiar consideravelmente idônea para ofender a honra, liberdade e, também a dignidade sexual da vítima, não sendo permitido que esta suporte o constrangimento imoral e degenerante deste âmbito. Segundo Rogério Sanches Cunha:

O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local (CUNHA, 2018, p. 5-6).

Bitencourt (2014, p. 47) afirma que o ato libidinoso pode ser definido como “(...) todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir excitação e o prazer sexual no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal”.

Nesse passo, a *intentio legis* além de tipificar todas as condutas que envolve atos lascivo, erótico, de excitação, afastando, sobretudo, a prática de atos que envolve o estado de vulnerabilidade da vítima e as ações que envolve violência ou grave ameaça. Nos termos do artigo 215-A, não há obrigatoriedade do contato direto do

agente com a vítima, considerando que na ocorrência da conjunção carnal, o ato será caracterizado com delito mais grave e, conseqüentemente, configurado como crime de estupro (CABETTE, 2018).

Importante registrar que a ausência de consentimento da vítima se apresenta como elemento essencial constitutivo deste tipo penal, certo que a anuência da vítima afasta totalmente a configuração concreta da adequação típica do ato praticado pelo agente (CUNHA, 2018). Assim, compreende-se que tendo o consentimento da vítima não constitui ofensa a sua liberdade e dignidade sexual, portanto não haverá a caracterização da adequação típica, pois se a pessoa consentir que outrem pratique ato de libidinagem com ela, não pode, posteriormente, arguir que o ato foi praticado “contra” ela, mas sim, “com” ela, considerando seu livre consentimento.

Entretanto, evidente que esse consentimento deve ser válido, não podendo considerar o consentimento apresentado por vulnerável ou decorrente de fraude, violência ou grave ameaça, neste caso, haverá a tipificação do crime de Estupro de Vulnerável (artigo 217-A do CP), Violência Sexual Mediante Fraude (artigo 215 do CP) ou, ainda, Estupro (artigo 213 do CP), visto que isso resultará resultante da espécie do ato de libidinagem praticada contra a vítima e o modo que o tal “consentimento” foi obtido pelo agente (CABETTE, 2018).

Importante destacar entendimento de parte da doutrina, como Lopes Júnior *et al* (2018), defendem que devido a redação do artigo 215-A do CP, a caracterização dos crimes de estupro e estupro de vulnerável só é possível pela prática de atos libidinosos invasivos, como por exemplo, sexo vaginal, oral ou anal, sendo os outros tipos de abusos configurados pelo novo dispositivo penal. No entanto, compreende-se que os crimes citados são distinguindo não pela natureza do ato libidinoso e sim, pela presença de alguém ou o emprego de violência ou grave ameaça. Como bem argumentado por Cabette,

A questão estará em “como” ele conseguiu praticar esses atos libidinoso contra a vítima, quais foram os meios? Se esses meios foram a violência ou a grave ameaça ou se a vítima é vulnerável e em razão disso ele obteve seu sucesso na empreitada, os crimes continuam sendo normalmente os de estupro ou de estupro de vulnerável. Não há desproporção ou “hipocrisia” (sic) como alegam os autores sobreditos, mas tão somente a aplicação adequada da legislação e o respeito e proteção à liberdade sexual e à dignidade das pessoas (homens e mulheres) que não podem ser “constrangidas” a

atos sexuais, recebendo o infrator uma resposta penal branda, como se isso não fosse algo de suma gravidade (CABETTE, 2018, p. 1).

Nas palavras de Oliveira e Leitão Jr (2018) existe uma grande diferenciação entre ato libidinoso e a utilização de constrangimento mediante violência ou grave ameaça ou, ainda, do abuso da vulnerabilidade alheia. Nessa linha de entendimento, Sannini Neto evidencia julgamento do STJ (STJ, 6ª. Turma, Resp 1611910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 27.10.2016), que traz o precedente de ser o estupro “ato de violência (e não de sexo)”, caracterizado pelo desígnio de “subjugar, humilhar, submeter a vítima à força do agente”. Deste modo, o referido autor completa que “no cenário jurídico atual” o:

[...] ‘beijo roubado’, que envolve violência ou grave ameaça, caracteriza, sim, o crime de estupro, contudo, em se tratando de ‘beijo furtado’, vale dizer, sem violência ou grave ameaça à vítima, a conduta se adequaria ao novo tipo penal do artigo 215 – A (importunação sexual) (SANNINI NETO, 2018, p. 1).

Contudo, diante da comprovação do consentimento válido da vítima aplicar-se-á o brocardo latino, *violenti et consentienti non fit iniuria* (ao que quer e consente não se faz justiça). Portanto, a anuência da vítima, titular do direito, sendo que dele pode dispor (como ocorre nos atos sexuais de diversas espécies com ser pessoa maior, capaz e livre), resulta na desqualificação da tipicidade (CABETTE, 2018).

Nesse cenário, compreende-se que os termos “na presença de alguém” e o “sem a sua anuência” evidencia que o ofendido deve estar, fisicamente, no mesmo local onde o ato é executado, ou seja, assisti-lo *in loco*, e não de forma indireta através dos meios tecnológicos de comunicação. Em sentido contrário, Guilherme Nucci defende que:

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 (NUCCI, 2014, p. 50).

No entanto, com fundamento na Lei, nº. 13.718/2018, pode-se afirmar que tal elasticidade interpretativa não é admitida no sistema penal brasileiro, como também

pelo princípio da tipicidade estrita, eis que envolveria condutas não acolhidas pela definição apresentada no tipo penal incriminado, assim como, a norma penal não permite interpretação extensiva.

Assim, por se tratar de um crime comum, não é direcionada nenhuma qualidade especial do sujeito ativo do crime de importunação sexual. Com relação ao sujeito passivo, não distinção quanto ao gênero, podendo ser homem ou mulher, no entanto, é mais comum as mulheres estarem expostas aos riscos de serem abusadas ou humilhadas por agente inescrupuloso, em qualquer situação, isto considerando a natureza feminina (BITENCOURT, 2018).

Pontua-se apenas a necessidade da prática do ato libidinoso, na presença de alguém (no caso vítima), a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, caracterizando o crime do artigo 215-A do CP, punido com a reclusão de um a cinco anos. Destaca-se que importunação sexual estende a natureza heterossexual como heterossexual, eis que todos os indivíduos são providos de liberdade e dignidade sexual (BITENCOURT, 2018).

Em análise ao preceito legal, o elemento subjetivo deste tipo penal é o dolo, constituído pela vontade consciente do agente em praticar o ato libidinoso na presença de alguém e sem a sua anuência, de modo a satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro (BITENCOURT, 2018). Na importunação sexual o dolo é específico. Sendo imprescindível para a configuração do dolo a presença simultânea dos elementos constitutivo do tipo penal: a livre vontade de praticar o ato e a consciência de obter o resultado, assim como, o não consentimento da vítima, com o propósito de satisfazer a sua lascívia ou de terceira pessoas. Desse modo, se por descuido, o indivíduo se desequilibrar dentro do ônibus e encostar na mulher, de modo a ocasionar uma violação, neste caso não há crime, visto a inexistência de dolo por parte do indivíduo.

Certo que diante da ausência de dolo não há tipificação do crime de importunação sexual, pois não é admissível a modalidade culposa nesse caso. Exemplificando, este contexto, se o indivíduo chega próximo de uma pessoa em um metrô e, com isso, fricciona parte íntima do seu corpo por não gostar dela ou do (a) companheiro (a) desta, com o intuito próprio de expô-la a um contexto vexatório, neste caso, não poderia ser configurado o crime de importunação sexual (artigo 215-A do CP), devido a ausência do elemento específico, ou seja, o dolo (BITENCOURT, 2018).

Com efeito, ocasiona uma lacuna indesejável, se apresentando ainda mais grave, eis a revogação da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do CP), não sendo possível, assim, ser aplicada como espécie subsidiária do fato típico. Restando, portanto, a possibilidade de ser aplicada a contravenção de perturbação da tranquilidade (artigo 65 do CP) com pena irrisória de “prisão simples de 15 dias a 12 meses ou multa” (BRASIL, 1941).

Nesse sentido, Freitas (2018, p. 1) pontua a relevante necessidade de existir o dolo específico, ao afirmar que “falecendo a intenção, o crime muda, ou deixa de existir”. Assim, apresenta orientação contrária a exposta alhures para a prática do ato libidinosos em ambiente público que resulte na humilhação da vítima, “o agente (...), num rompante, levanta a saia de uma mulher para humilha-la em público, pratica a injúria real (art. 140, § 2º CP)” (FREITAS, 2018, p. 1) Compreende-se que, defensável a orientação do referido autor, muitas discussões ocorrerão quanto a solução apontada ou a configuração de perturbação de tranquilidade.

Moraes e Evangelista Júnior, em específico opúsculo sobre o tema, afirmam que:

De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos e vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do artigo 65 do Decreto – Lei 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém-chegada importunação sexual (MORAES; EVANGELISTA JUNIOR, 2018, p. 10).

A importunação sexual é compreendida como um crime material, visto que inexistente um resultado para a consumação do delito, sendo que o dolo de satisfazer a sua própria lascívia ou de outra pessoa, já confirma o crime exaurido. Certo que se o indivíduo começa a se masturbar próximo a vítima, que está distraída no banco no ônibus, e quando vai ejacular é impedido por outras pessoas e, assim, não consegue atingir seu intento. Diante da situação Cunha (2018, p. 5) pontua que, embora seja reconhecida a tentativa, julga essa ser improvável, pois “se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há que reconhecer a consumação”, eis que anterior a este fato, tão somente, existiu “atos preparatórios” não punitivos.

Outro ponto relevante é que o crime descrito no artigo 215-A do Código penal conter subsidiariedade expressa como característica, pois o ato praticado pelo agente somente será enquadrado como crime de importunação sexual se não for caracterizar crime mais grave e, assim, tipificado nos crimes previstos nos artigos 213, 215 e 217-A do Código Penal, estupro ou estupro de vulnerável ou violação sexual mediante fraude. Assim, como a necessária observância no cumprimento dos requisitos previstos no caput do artigo 217-A do Código Penal. (CUNHA, 2018).

Ademais, como já abordado alhures, também há distinção do crime de ato obsceno (artigo 233 do CP), considerando que a prática do ato libidinoso deve ser realizada “contra” a pessoa e não na sua presença. Assim, o indivíduo que pratica masturba em espaço público (praça ou ônibus), mas não direcionado seus atos a uma pessoa específica, enseja o crime de ato obsceno e não a tipificação de importunação sexual. Como também, a prática de atos libidinosos com o intuito de satisfazer sua lascívia na presença de menor de 14 anos caracteriza o crime tipificado no artigo 218-A do Código Penal. Nessa perspectiva, Castro afirma que:

Para a adequada tipificação do crime de importunação sexual, basta, portanto, o emprego de qualquer outro meio, tal como a surpresa ou, ainda, qualquer outra circunstância em que a vítima esteja impossibilitada de se desvencilhar da conduta do agente. Por exemplo, no transporte público superlotado, quando a vítima não consegue se mover, o agente, sem empregar qualquer força física ou ameaça para impedi-la de se deslocar, aproveita para praticar ato libidinoso compatível com a situação (masturbação, por exemplo) (CASTRO, 2018, p. 1).

Deste modo, compreende-se que a adequação típica de importunar sexualmente alguém se configura pela prática de ato de libidinagem, sem a anuência da vítima. Assim, o tipo penal permite a tutela jurisdicional da liberdade e da dignidade sexual da vítima, de forma que não seja aplicada ao agressor a pena pecuniária, como ocorria antes pela previsão legal revogada, mas sim, com a aplicação da pena privativa de liberdade (CUNHA, 2018)

Em tempo, importante registrar que o crime de importunação sexual não se caracteriza como de menor potencial ofensivo, no entanto, é admissível, neste caso, a suspensão condicional do processo, consoante disposto no artigo 89 da Lei nº. 9.099/1995, considerando que a pena mínima aplicada é inferior a um ano.

2.2 DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL EM DECORRÊNCIA DA LEI Nº. 13.718/2018

Anteriormente, o Código Penal estabelecia como regra nos casos de crimes sexuais a ação penal de iniciativa privada, nos termos do artigo 225. No entanto, Cunha pontua a observância a algumas exceções, *in verbis*:

- a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- b) procedia -se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;
- d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor) (CUNHA, 2018, p. 11).

A Lei nº. 12.015/2009 inseriu a regra de ação penal pública condicionada nos crimes sexuais, configurando em ação pública incondicionada nos casos de a vítima ser menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (BRASIL, 2009). Segundo Cabette (2018) o disposto normativo foi estabelecido com certa inaptidão, eis que o caput do artigo 225 previa a natureza da ação como pública condicionada para os crimes previstos no Capítulo I e II do Código Penal, incluindo, assim, os crimes sexuais contra vulneráveis.

E, de fato, a ação pública condicionada somente seria viável nos casos previstos no Capítulo I, considerando ainda o fato da vítima não ser menor de 18 anos e maior de 14 anos, em observância no parágrafo único do mesmo artigo. Consoante ao Capítulo II, que disciplina os crimes sexuais contra vulneráveis, sendo a ação sempre pública incondicionada, não sendo possível aplicar as regras do *caput* quando a vítima for menor de 14 anos ou não conseguir apresentar resistência (CABETTE, 2018).

Com o advento da Lei nº. 13.718/2009, houve a revogação do parágrafo único do artigo 225 do CP, assim como, foi introduzido nova sistemática nos casos de crimes

sexuais, em regra, a natureza da ação penal passou a ser invariavelmente pública incondicionada, a não ser previsão contrária disposta por lei.

Afastando, portanto, a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal², deste modo, o Estado toma a responsabilidade de total proteção das vítimas de crimes sexuais, sobretudo, os crimes de importunação sexual. Acrescenta-se que não há necessidade de evidenciar se houve desforra física contra a vítima de violência ou, ainda, se o ato libidinoso foi praticado mediante grave ameaça. Revelando, portanto, “a declaração pública do corpo da vítima, de modo discutível” (LOPES JÚNIOR *et al.*, 2018, p. 1).

Deste modo, sendo a vítima maior e capaz, a natureza da ação para os crimes previstos no Capítulo I seria pública condicionada à representação, considerando a vontade do ofendido, eis que os crimes sexuais contemplam seara por demais íntimas, não devendo, nestes casos, o Estado agir de forma unilateral e arbitrária. Nesse sentido, pode-se afirmar que antes da vigência da Lei nº. 13.718/2018 a vítima maiores de 18 anos poderia escolher se iria processar o seu agressor ou não, considerando a situação de constrangimento e o sofrimento decorrente da ação pública. Nos casos de vítimas menores de 18 anos ou vulnerável, a norma penal já previa a natureza da ação pública incondicionada.

Para Lopes Júnior *et al.*:

[...] 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 (LOPES JÚNIOR *et al.*, 2018, p. 1).

Nessa ambiência, sem a menor sombra de dúvidas, muitas vezes as vítimas são coagidas a não efetivar a representação. Ora, a ingerência na decisão da vítima, maior e capaz, sobre as práticas de atos criminais adentrar questões de foro íntimo não mostra o caminho mais correto. Contudo, a representação legal de uma

² Súmula 608 do STF: “No caso de estupro com violência real, a ação penal é pública incondicionada”

insensatez punitiva que prejudica os interesses da vítima, diante da escolha de uma atitude paternalista infundada. Para Feinberg (1986 *apud* ESTELLITA, 2007, p. 17-18) representa um tipo de “Paternalismo Legal” totalmente censurável, pois o adulto, maior e capaz, é tratado como uma pessoa incapaz, sendo influenciado “a agir ou deixar de agir de certa maneira”, fato que constitui uma ofensa “à autodeterminação e autonomia de vontade de seres competentes”. Ao acatar essa percepção, Lopes Júnior *et al.*:

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 a privacidade, além da liberdade sexual (LOPES JÚNIOR *et al.*, 2018, p. 1).

Na mesma linha de raciocínio, Freitas, pontua que:

Cuida-se de lamentável concessão do legislador a protestos punitivistas que bradam pela pena e esquecem-se que, nos crimes sexuais, existe uma vítima que precisa ser preservada. Com a nova disciplina, a pessoa violentada não mais poderá procurar a autopreservação, contornando os processos de vitimização secundária e terciária, mas obrigatoriamente será submetida a eles (FREITAS, 2018, p.1).

Nesse sentido, Cabette (2018) registra que o legislador o disposto legal com o propósito de punir, não considerando o bem-estar da vítima, retirando as máscaras ludibriadoras de preocupação. Freitas (2018, p. 1) acrescenta que “essa é a consequência de um direito penal estudado e manejado sem apoio na criminologia – mais especificamente, na vitimologia”. Rogério Sanches Cunha conclui que:

Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança. O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável -, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual

não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii* (CUNHA, 2018, p. 16).

Compreende-se, portanto, que não deveria haver mudança de tratamento quanto a natureza da ação penal nos crimes sexuais. Considerando que a alteração da regra da ação penal privada para a ação pública condicional representou uma decisão ideal, eis que o crime de estupro, pela sua gravidade, não condiz com a natureza da ação privada, por exemplo. Contudo a manutenção decisória da vítima, mesmo que até a denúncia, em observância da natureza da ação pública condicionada era correta (CABETTE, 2018).

De todo modo, ainda que haja críticas, atualmente a natureza da ação penal nos crimes de importunação sexual (artigo 215-A do CP) é a ação pública incondicionada, mesmo a vítima sendo vulnerável ou menor de 18 anos de idade. Importante registrar que a competência para processar e julgar os crimes de importunação sexual será Vara Criminal comum, salvo observância nas situações de violência doméstica e familiar, que possui previsão na própria Lei nº. 11.340/2006.

2.3 DA PENA E SUAS ALTERAÇÕES

Antes de adentrar na seara das mudanças atinentes à tipificação penal e a pena, com a vigência da novel legislação de nº. 13.718/2018, imperioso se faz trazer a baila uma reflexão, ainda que sucinta, do instituto criminalista.

Ao longo dos tempos, a pena foi sofrendo adequação consoante a evolução da sociedade, se apresentando como resposta de grupo formado com anseio social e político, diante de uma conduta indesejada vista como infração, conforme explica Anibal Bruno:

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido o na lei como crime. Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso da cultura, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e da

segurança social (ANIBAL BRUNO, 1976 apud MASSON, 2001, p. 538).

Rogério Sanches afirma que pena:

É espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma penal incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável, não atingido por causa extintiva de punibilidade (CUNHA, 2019, p. 383).

Para Claus Roxi:

É a resposta do Estado (Monopólio do direito de punir, inclusive nos crimes de ação penal privada. Não pode ser imposta por particulares) no exercício do direito de punir, com respeito ao devido processo legal, aplicada ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. Afirma, ainda, que o direito penal é um sistema de dupla via. A primeira via é a pena e a segunda a medida de segurança (ROXIN, 2012, p. 112).

Nesse interim, Galvão ressalta que diversas teorias passaram a existir, buscando legitimar o poder punitivo do Estado.

O problema relativo à identificação dos fundamentos e dos fins da pena comportou investigações de diversas ordens e posicionamentos teóricos manifestamente distintos por parte dos doutrinadores. A questão de fundo do Direito Penal é saber se a intervenção repressiva estatal encontra legitimada e em que medida. Para essa questão, muitas respostas foram formuladas. Mas reconhecer a legitimidade da resposta penal ao fato delitivo não é tarefa fácil (GALVÃO, 2013, p. 65).

Azanha (2015) destaca, nesse contexto, a ocorrência de diversas discussões sobre as finalidades da pena, entretanto, não foi possível alcançar uma resposta com consenso unificado. Assim, organizando o pensamento, as teorias sobre a pena se delineiam em duas grandes categorias: as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras. De um lado, as teorias legitimadoras que afirmam que a pena cumpre algumas funções manifestas, ou seja, aquelas que o discurso penal diz que devem cumprir. Nessas, a pena é dirigida a uma finalidade ampla de defesa e paz

social. Dentro das teorias legitimadoras, temos uma nova divisão: as teorias absolutas e relativas.

Consoante às teorias absolutas, Raizman argumenta que estas teorias impugnam qualquer aceção empírica na fundamentação da pena, sendo, neste caso, a pena compreendida como uma retribuição para que a justiça seja efetivada.

Desde essa perspectiva, a pena é um dever do estado civil, como defesa e sustento deste, que encontra seu conteúdo e limite no Talião (Kant). Também, a pena fundamenta-se por meio do conceito de direito. O delito, como negação do direito, é cancelado com a pena como negação do delito (a negação da negação é afirmação) e, conseqüentemente, como afirmação do direito (RAIZMAN, 2011, p. 29).

Segundo Masson (2011, p. 541), a corrente doutrinária adepta a referida teoria posiciona a pena como “retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*)”, portanto, não tendo observância na readaptação do infrator. Em outras palavras, compreende-se que a pena se apresentava como instrumento de vingança do Estado em face do transgressor, tendo como finalidade exclusiva oportunizar o castigo, com a justificação moral do infrator e garantir a ordem jurídica.

Por sua vez, as teorias relativas podem ser: teoria da prevenção geral, e teoria da prevenção especial. Ainda, ambas as teorias relativas (prevenção geral ou especial) possuem suas correntes negativas e positivas (LIMA, 2013).

A divisão entre as posições da Teoria da Prevenção Geral e Especial já são conhecidas. A Teoria da Prevenção Geral afirma que se realiza a prevenção com o uso da pena a medida em que um indivíduo serve de exemplo para a sociedade, evitando que se cometam novos crimes.

Por sua vez, a Teoria da Prevenção Especial foca no próprio indivíduo que cometeu o crime, uma vez que está preocupada com a retirada do autor da sociedade para sua posterior reintegração.

Neste meio campo, temos as teorias ecléticas (ou mistas) que sustentam que a pena será legítima se for justa e útil. Assim, é mista porque condiciona a legitimidade da aplicação da pena à sua real necessidade. Caso a pena não cumpra sua função,

seria ilegítima. Entre estas teorias mistas, temos a Teoria dialético-unificadora de Roxin e o garantismo neoclássico de Ferrajoli (LIMA, 2013).

Noutro giro, observa-se que a finalidade da pena na visão de Shecaira (2018), “a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade *“punitur ne peccetur”*. É necessidade ética, reequilibrando o sistema: *“punitur quia peccatum est”*”.

De acordo com Estefam e Gonçalves (2012, p. 131) as teorias absolutivas predominaram no período das Escolas Clássicas, idealistas ou Primeira Escola, tendo sua origem na Itália e difundindo, posteriormente, para diversos pais, sobretudo, França e Alemanha. Seu marco inicial foi a “publicação da obra dos Delitos e das Penas, do Marques de Beccaria”.

Por outro lado, as teorias relativas (ou unitárias) surgiram nas Escolas Positivas, momento em que passa inexistir a preocupação da justiça criminal, e, por conseguinte, a efetivação da pena mais justa, sendo que a preocupação maior era com o autor do fato delitoso, como apresentado alhures (ESTEFAM; GONÇALVEZ, 2012). Nesse passo, as Escolas Positivistas (ou relativas) atribuíam as Escolas Clássicas, defensores da teoria absoluta, quanto o crescimento da criminalidade, pelo argumento destas terem deixados os transgressores de lado, que para os positivistas era a cerne da questão.

Masson (2011, p. 542) acrescenta, ainda, que para os positivistas “a pena não se esgota em si mesma, despontando como meio cuja finalidade é evitar futuras ações puníveis”.

Contrária as Escolas Clássicas e Positivistas, não havia um posicionamento predominante na Escola Italiana, tendo como pretensão oportunizar a conciliação das duas teorias predecessoras apresentadas alhures. Segundo Knoepe (2018, p.1) Escola Italiana tinha como princípios norteadores a “responsabilidade moral; distinção entre imputáveis e imputáveis e a não aceitação do livre-arbítrio como fundamento da responsabilidade moral”. Portanto, nessa concepção o crime era entendido como um fenômeno social e individual, sendo que a finalidade da pena era predominantemente a defesa social.

A Escola Técnico-jurídica tem como elementar expoente Karl Binding, seu surgimento ocorreu na Itália em 1905, de modo a solucionar a confusão inicial decorrente da Escola Positivista. De acordo com Prado (2008, p. 84) consideravam-

se que “[...] a ciência penal é autônoma, com objeto, método e fins próprio, não devendo ser confundida com outras ciências casual-explicativa ou políticas”.

Por outro lado, a Escola Correccionalista tinha por fundamento precípua a necessidade de corrigir os transgressores, através da aplicação de pena, conforme pontua Roder (1876 *apud* BITENCOURT, 2000, p. 62) “a teoria correccional vê na pena somente o meio racional e necessário para ajudar a vontade, injustamente determinada, de um membro do Estado, a ordenar-se por si mesma. Na concepção dos correccionistas os infratores eram pessoas anormais, não tendo, deste modo, capacidade para o convívio social, portanto, eram considerados um perigo para a sociedade.

A Escola Moderna alemã tem maior proximidade com a concepção da Escola Positivista, no entanto, considerando seu conteúdo eclético, se apresentou como um movimento com maior homogeneidade com a Escola Italiana. (KNOEPE, 2018). Destaca-se, nesse norte, as principais características desta escola:

a) adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental – o primeiro para o Direito Penal e o segundo para as demais ciências criminais. Prega a necessidade de distinguir o Direito Penal das demais ciências criminais, tais como Criminologia, Sociologia, Antropologia etc.; b) distinção entre imputáveis e imputáveis – o fundamento dessa distinção, contudo, não é o livre-arbítrio, mas a normalidade de determinação do indivíduo; [...] c) o crime é concebido como fenômeno humano-social e fato jurídico [...]; d) função finalística da pena [...]; e) eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração [...] (ANIBAL, 1967, *apud* BITENCOURT, 2000, p. 60-61).

Realizadas essas considerações, importante registrar qual é a teoria da pena aplicada no ordenamento jurídico brasileiro é a denominada teoria mista ou unitária, que tem por finalidade a retribuição, prevenção (geral e especial) e a ressocialização do autor do fato delituoso. Conforme pontua Rogério Greco:

[...] Nosso Código Penal, por intermédio do artigo 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal, entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais (GRECO, 2011, p. 473).

Assim, nos termos do artigo 59 do Código Penal “estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940). Afirmando a referida teoria, a Lei de Execuções Penais (LEP), nos termos do artigo 1º pontua que, consoante a finalidade do processo de execução “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

No caso do artigo inerente ao crime proposto no presente trabalho, a pena cominada para o crime de importunação é de reclusão de um a cinco anos. Assim, por ser uma lei mais gravosa do que a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (*novatio legis in pejus*), tal majoração de penalidade não retroagiu para prejudicar o infrator de fatos cometidos antes da tipificação do crime em estudo, estando em sintonia com o instituto previsto no artigo 1º do CP no que tange ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Atualmente, o termo circunstanciado é realizado durante o inquérito investigatório, contrário ao que ocorrida no caso da contravenção penal, citada alhures, com a instauração de procedimento policial. Sendo possível a lavratura de prisão em flagrante, sem fiança, pelo Delegado de Polícia Civil, sempre que necessário. Consoante previsão no Código Penal após a lei nº. 13.718/2018, nos casos de crime de importunação sexual, o procedimento judicial é ordinário. Sendo permitido, ademais, ao magistrado decretar medida cautelar preventiva, consoante os requisitos legais exigidos.

Importante registrar que o artigo 226 do Código Penal trazia, em dois incisos, previsão quanto os aumentos de pena nos casos de crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulneráveis, no entanto a aplicabilidade era genérica. Houve a revogação do inciso III pela Lei nº. 11.106/2005.

Com a Lei nº. 13.718/2018, o artigo 226, inciso II, sofreu alteração, contudo, de forma sutil. Sendo mantida na metade a quantidade aumento de pena, assim como, as relações de parentesco e a responsabilidade entre o autor e a vítima. A alteração restringiu-se apenas no termo “tem” pelo “tiver” qualquer autoridade sobre a vítima.

Nos termos do artigo 234-A do Código Penal, com redação trazida pela Lei nº. 12.015/2009, haverá aumento de pena para todos os crimes praticados contra a dignidade sexual, incluindo, deste modo, todo o título VI.

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – (vetado);

ii – (vetado);

III - de metade a $\frac{2}{3}$ (dois terços), se do crime resulta gravidez;

IV - de $\frac{1}{3}$ (um terço) a $\frac{2}{3}$ (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência (BRASIL, 2009).

Observa-se, ainda, que os incisos I e II do disposto legal foi vetado, permanecendo os incisos III e IV com alterações trazidas pela Lei nº. 13.718/2018 (CABETTE, 2018).

CONCLUSÃO

Decerto, o panorama explicitado neste trabalho teve fundamento na legislação brasileira pertinente e na literatura sobre Direito Penal, na contemporaneidade, de modo a apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº. 13.718/2018, que tipifica o crime de importunação sexual no ordenamento jurídico brasileiro.

Sem dúvidas que o princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana apresenta expressiva relevância no ordenamento jurídico, ao oportunizar a necessidade de realizar discussões quanto uma maior proteção para o gênero feminino, considerando a cultura patriarcal herdada que se reporta com uma situação de inferioridade em virtude do gênero masculino, introduzindo a questão de urgência em tutelar a proteção assegurada ao cidadão, sobretudo, a mulher.

Nesse cenário, a mudanças trazidas pela Lei nº. 13.718/2018 viabilizou inovação para o Código Penal Brasileiro, no âmbito dos crimes contra a dignidade sexual, sobretudo, ao tipificar os crimes de importunação sexual (art. 215-A), com o objetivo de garantir a proteção do bem jurídico, sobretudo, a liberdade sexual da vítima e punir o autor da prática de ato libidinoso, que anteriormente, não havia previsão legal no sistema penal. Assim, considera-se que pelo Direito ser dinâmico, há a necessidade de acompanhar a variabilidade social, e, deste modo, no contexto atual, não se justifica o fato da proteção esta voltada apenas para o costume, constituindo a tutela da dignidade e liberdade sexuais de adaptação deste aos principais interesses da sociedade.

Portanto, as perversidades sexuais expugnaram proporções assustadoras demandaram providências urgentes das autoridades públicas, eis que eis que a prática delituosa era, tão somente, julgada como uma contravenção penal como punição a aplicação de multa de duzentos mil reais a dois contos de reais. Observa-se que o pudor não era considerado como elemento determinante pela norma penal, para estabelecer como delito a prática de ato libidinoso apenas para satisfazer a própria lascívia ou de outrem. Ademais, hoje a violência sexual não se restringe à vítima somente mulher, abrange crianças e homens.

Importante registrar que embora o crime de importunação sexual e o crime de estupro tenham como tipo penal o ato libidinoso possui, entretanto, pormenores que os determinam. Portanto, para a configuração do crime de importunação sexual deve-

se observar a ocorrência de prática do ato libidinoso sem o consentimento da vítima. Devendo, por conseguinte, a conduta delituosa ser diversa da conjunção carnal, eis que neste caso seria configurado o crime de estupro, o qual exige o contato imediato com a vítima através do emprego de força ou grave ameaça pelo agressor. Deste modo, cada peculiaridade revela-se de forma determinadas os meios de sanções penais em suas características.

Evidencia-se, *in casu*, os inúmeros casos noticiados decorrentes do crime em questão, sendo notório o crescimento de registros deste delido, mesmo após a sua tipificação no Código Penal Brasileiro. Não obstante, o crescimento de punição aos agentes infratores deste tipo penal, reflete às vítimas uma sensação de justiça e conformidade, considerando o avanço ocorrido com as sanções aplicadas ao agressor.

É imprescindível o respeito pela liberdade do indivíduo de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, as escolhas de parceiros sexuais e a prática livre dos atos sexuais, sem, contudo, tem a necessidade de constranger através de ameaça ou lesão aos direitos fundamentais.

Nesse espírito, salienta-se que o Direito não se apresenta como uma matéria estatística, mas sim interpretativa, buscando positivar os diversos tipos penais, sobretudo, consoante os crimes sexuais, o qual vem sofrendo constantes transformações nos últimos anos, com reflexo, a ampliação no âmbito da tutela da liberdade e dignidade sexual individual.

É imprescindível o respeito pela liberdade do indivíduo de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, as escolhas de parceiros sexuais e a prática livre dos atos sexuais, sem, contudo, tem a necessidade de constranger através de ameaça ou lesão aos direitos fundamentais.

Em síntese, conclui-se que a Lei nº. 13.718/2018 foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a preencher a lacuna legislativa existente quanto da prática de atos dessa natureza. Importante registrar que, observando a sua singularidade, o crime de importunação sexual configura-se com crime comum, podendo ser praticado por qualquer indivíduo, sendo do mesmo gênero da vítima ou não. Assim como, a vítima pode ser qualquer pessoa, compreendendo os vulneráveis.

Entretanto, cristalino afirmar que o crime de importunação sexual se apresenta como uma nova conduta inserida no ordenamento jurídico-penal brasileira, sendo,

ainda, pouco difundida e conhecida. Viabilizando, assim, um pouco de dificuldade em configura-la dos outros tipos penais, sobretudo, considerando seus conceitos e limitações, tendo como exemplo a configuração do crime de estupro. Portanto, é fundamental a adequada compreensão do fato jurídico tipificado pela Lei nº. 13.718/2018

REFERÊNCIAS

AZANHA, D. de M. **Fundamentos da Pena: Teorias e Limites Constitucionais da Pena**. Disponível em: <www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/.../debora-de-macedo-azanha.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BANDEIRA et al., **A mudança do bem jurídico "costumes" para a dignidade sexual, alterou a proteção estatal dos delitos sexuais?**. Disponível em: <<https://janaluafro.jusbrasil.com.br/artigos/380767282/a-mudanca-do-bem-juridico-costumes-para-a-dignidade-sexual-alterou-a-protECAo-estatal-dos-delitos-sexuais>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BARBOSA, R. M.; MAGALHÃES, I. **A Lei 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/academia-policia-lei-1371818-proporcional-mantem-importunacao-antiga>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BITENCOURT, C. R. **Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-s:et-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>>. Acesso em 3 nov. 2018.

BITENCOURT, C. R. **Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/bitencourt-governo-suprime-parte-lei-importunacao-sexual>>. Acesso em 27 mai. 2019.

BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal, volume 4: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORJA JIMÉNEZ, E. **Curso de política criminal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm>. Acesso em 4 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 1.004, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em 10 jun. 2019.>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº. 22.213, de 14 de dezembro de 1932.** Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm>. Acesso em 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 13.718, 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). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em 03. Nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº2. 848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm> Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 11.106, de 28 de março de 2005.** Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm> Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 04 jun. 2019.

CABETTE, E. L. S. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70388/primeiras-impressoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-alteracoes-da-lei-13-718-18/1>>. Acesso em: 25 mai. 2019.

CABETTE, E. L. S. **Crimes Contra a Dignidade Sexual.** Curitiba: Juruá, 2010.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal:** parte especial 3 (arts. 213 a 358-H). 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal:** Parte Especial 2. 12 ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, B. A. de **Delito de importunação sexual**: distinções relativamente ao crime de estupro e estupro de vulnerável. Disponível em: <<https://brunazevedocastro.jusbrasil.com.br/artigos/614596444/delito-de-importunacao-sexual-distincoes-relativamente-ao-crime-de-estupro-e-estupro-de-vulneravel>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

COSTA JUNIOR, P. da, COSTA, F. J. **Curso de Direito Penal**, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, R. S. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018**. Salvador: Vorne, 2018.

CUNHA, R. S. **Código Penal para Concursos**. Salvador, BA: Ed. Juspodivm, 2019.

CUNHA, R. S. **Lei 13.718/18**: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/>>. Acesso em 03 nov. 2018.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts. 121 ao 136). 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DANTAS, G. M. O.; RODRIGUES, T. M. A nova lei de combate aos crimes contra a liberdade sexual: Uma análise acerca das modificações trazidas ao crime de estupro. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9553>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DELMANTO, C. *et al.* **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, B. S. Análise da evolução legislativa brasileira quanto aos crimes sexuais à luz da teoria tridimensional do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 11 jun. 2019.

DOMINGUES, J. **As Ordenações Afonsinas. Três séculos de Direito Medieval – 1211 a 1512**. Tese de doutoramento. Universidade de San Tiago de Compostela, 2007. Portugal: Edições e Actividades Culturais, Unipessoal Lda. 2007.

ESTEFAN, A; GONÇALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquematizado – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTELLITA, H. Paternalismo, Moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso Direito Positivo. **Boletim IBCCrim**. n. 179, out., 2007.

FREITAS, B. G. **Lei 13.718/18**: importunação sexual e pornografia de vingança. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/importunacao-sexual-vinganca/>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

GALVÃO, F. **Direito Penal**: parte geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIRÃO, R. M. O. C. **Crime de assédio sexual**. São Paulo: Atlas, 2004.

GONÇALVES, V. E. R. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, A. O. P.; RASSI, J. D. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Atlas, 2010.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 361). 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 4 ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

ISHIDA, V. K. **Curso de Direito Penal**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, D de. **Direito Penal Parte Especial**. Dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KNOEPKE, L. **Escolas penais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66902/escolas-penais/3>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

LIMA, R. B. de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LOPES JR., A., et al. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em 03 nov. 2018

MASSON, C. R. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2011.

MELO, D. CARTA CAPITAL. **Caso de ejaculação em ônibus não configura estupro, afirma juiz**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ejaculacao-em-onibus-nao-configura-estupro-afirma-juiz>>. Acesso em 4 nov. 2018.

MERLO, A. K. F.. Dos crimes contra os costumes à evolução dos crimes contra a dignidade sexual - As repercussões práticas da Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=6855&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 11 jun. 2019.

MORAES, R. M. de, EVANGELISTA JÚNIOR, O. Lei 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais. **Boletim IBCCrim**. N. 311, out., 2018.

MOREIRA, F. V. *et al.* Importunação Sexual da Lei 13.718/2018: Uma reflexão a partir de estudo de casos concretos. **5º. Encontro de Ciências e Tecnologia**. Ciência para a Redução das Desigualdades. Faculdade de Rondônia. 2018.

OLIVEIRA, M. G. de, LEITÃO JÚNIOR, J. **As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade** – Comentários à Lei 13.718/2018. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

NORONHA, E. M.. **Direito penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NUCCI, G. de S. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 231 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Sindicato Nacional dos Editores de Livros; Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 2: parte especial** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RABELO, I. M. **A conformidade constitucional na aplicação da norma penal: uma análise processual penal da Lei nº. 11340/06**. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2016.

RAIZMAN, D. A. **Direito Penal: parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROTTERDAM, E. de. **Elogio da Loucura**. Trad. Paulo M. Oliveira. 12ª. ed. Rio de Janeiro, Ediouro, 2000.

ROXIN, C. **Estudos do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SANNINI NETO, F. **Crimes Sexuais – aspectos atuais**. Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/crimes-sexuais---aspectos-atuais/18296>>. Acesso em. 05 jun. 2019.

SARDINHA, E. S. de A. **Ejaculação contra alguém em transporte público coletivo sob o prisma do objeto jurídico tutelado**. Disponível em <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em. 05 jun. 2019.

SARRUBBO, M. L. **Direito Penal: Parte Especial**. Manole, 2012.

SCHUCH, E. A. **Crimes contra a Dignidade Sexual e sua Adequação aos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Excesso**. 2015. Monografia (Bacharel em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2015.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.