

UMA ANÁLISE DA NECESSIDADE DO CONTATO FÍSICO À TIPLICIDADE DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

AN ANALYSIS OF THE NEED FOR PHYSICAL CONTACT TO THE TYPICALITY
OF SEXUAL IMPORTUNITY

Lucas Maia Carvalho Muniz

Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8847429976166005>

ORCID: 0000-0002-4973-5644

lucas.lmuniz@gmail.com

Resumo: Analisando caso real de exibicionismo em local privado, o presente trabalho tem como objetivo averiguar os elementos do tipo do crime de importunação sexual, sobretudo a necessidade de contato físico. Para tanto, sob método dedutivo, utilizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com auxílio de interpretação gramatical, histórica e sociológica. Após observações, conclui-se que há necessidade de delimitação conceitual do termo ato libidinoso no Direito Penal, sobretudo examinando a existência da lascívia e o contexto sociológico/histórico da confecção da Lei 13.718/18 e, além disso, expõe-se os riscos de sua interpretação extensiva ao atual contexto de política criminal no Brasil.

Palavras-chave: Importunação Sexual - Direito Penal - Crimes Sexuais - Dignidade Sexual.

Abstract: Analyzing a real case of exhibitionism in a private place, this work aims to investigate the elements of the type of sexual importunity crime, especially the need for physical contact. Therefore, under the deductive method, bibliographical and jurisprudential research was used, with the aid of grammatical, historical and sociological interpretation. After observations, it is concluded that there is a need for conceptual delimitation of the term *libidinous act* in criminal law, especially examining the existence of lasciviousness and the sociological/historical context of the making of Law 13.718/18 and, in addition, the risks of its extensive interpretation to the current context of criminal policy in Brazil.

Keywords: Sexual Importunity - Criminal Law - Sexual Crimes - Sexual Dignity.

Os crimes contra a dignidade sexual apresentam-se há muito tempo como um persistente fenômeno fomentador de repulsa social,¹ em que pese as constantes alterações ao recrudescimento das leis penais a respeito da proteção desse bem jurídico (o método público permanece, mesmo diante da ineficácia da estratégia; seria o momento de alterá-lo?).

No cenário, chega-nos uma denúncia (que não terá sua numeração processual aqui identificada) onde se descreve o ato de mostrar o órgão sexual à própria mãe como convite à conjunção carnal, conduta tipificada pelo *parquet* como importunação sexual. Mesmo dispondo de laudo técnico pela incapacidade absoluta do acusado, decidimos investigar o tipo penal.

Diante do impactante caso, a primeira indagação que surgiu intuitivamente é se seria cabível a importunação sexual sem contato físico, mesmo com a crescente jurisprudência a favor da tipicidade

das infrações sexuais sem toque (julgados que serão demonstrados posteriormente).

Considerando o problema exposto no caso real, partimos a uma breve investigação, sob método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com auxílio de interpretação gramatical, histórica e sociológica, a fim de analisar os elementos do crime de importunação sexual.

Inserido no Código Penal (CP) pela Lei 13.718/18 (Projeto de Lei originário 5.452/16), o crime de importunação sexual descreve a conduta de “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (art. 215-A do CP).

Afastado o constrangimento no ato libidinoso, não se configura o estupro do art. 213 do CP. Ademais, considerando ainda a ausência de violência ou grave ameaça, soma-se ao crime do art. 215-A, a

inexistência de “fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” (elementos do art. 215 do CP).

Vistos os fatos, observando o tipo penal, vê-se que a resposta àquela indagação sobre a necessidade de contato físico para a tipicidade do crime de importunação sexual demanda a análise dos conceitos de “ato libidinoso” e “lascívia”.

De forma geral, considerando método gramatical de interpretação, indicada como sinônimo de lascívia e libidinagem, a concupiscência é entendida como “o desejo imoderado de gozos materiais; e num sentido mais restrito (e no qual é mais comumente tomado) é o excesso de apetite carnal”.²

Mas, de forma específica, supõem-se na lascívia que o vicioso cede “a exigências da própria natureza, mas sem impetuosidade, sem violência ou ardor”. Já o conceito de libidinagem “acrescenta a todas as que precedem a ideia de paixão violenta, a que o libidinoso se abandona como se o domínio completo do gozo lhe cancelasse toda a consciência moral”.³

Portanto, as definições conceituais de “libidinagem” (e seu ato) e “lascívia” nada falam sobre a exigência do contato físico e sim sobre o desejo, ou seja, tratam exclusivamente a respeito do elemento subjetivo especial do tipo (o que se coaduna com a basilar proibição da responsabilidade objetiva no Direito Penal).

O “objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” – ampliando o “aspecto subjetivo do tipo” – configura-se um “*especial fim de agir*”, que não se confunde com o dolo,⁴ em opção legislativa diversa, *v.g.*, o ordenamento português criou infração de importunação sexual sem elemento subjetivo especial, inclusive incluindo “atos de carácter exibicionista”, acrescidos de “propostas de teor sexual” (art. 170 do Código Penal Português).⁵

Ademais, em sua segunda parte, o tipo português ainda descreve o “constrangimento a contato sexual”. À vista disso, em Portugal, o elemento produz debates sobre a necessidade de contato “físico” de natureza sexual, se o contato afeta “de forma relevante a liberdade sexual”, se “o meio utilizado integra o conceito de constrangimento” e se a “conduta” realmente “importunou a vítima”.⁶

No Brasil, contudo, o desejo do autor em satisfazer sua lascívia é que estabelecerá onde se localiza o ato libidinoso. Sendo assim, mostrar o órgão sexual como convite ao ato libidinoso desejado (incluindo à conjunção carnal) não poderia enquadrar-se no crime de importunação sexual, já que a lascívia do autor está no eventual ato posterior e não na exibição do órgão sexual. Portanto, naquele caso, mostrar o órgão sexual não seria ato libidinoso.

Contudo, caso esse exemplo aconteça em local ao menos exposto ao público, poderia haver o tipo do artigo 233 do CP (ato obsceno) ou – caso não tivesse sido revogado pela nova Lei 13.718/18 – aquele

do art. 61 do Decreto-Lei 3.688/41 (importunação ofensiva ao pudor).

Outrossim, é necessário lembrar que poderiam o artigo 233 do CP e a revogada contravenção penal adequarem-se em hipótese ao exemplo, também porque as redações de ambos os tipos não possuem a elementar “com objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, elemento subjetivo do tipo presente no art. 215-A do CP.

Além da manutenção do art. 233, no CP, a jurisprudência parece direcionar-se ao entendimento pela atipicidade da importunação sem lascívia e em local privado. Mesmo onde há o constrangimento (elemento ausente na importunação), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concebe que o estupro, quando sem contato físico, apenas ocorre em “situações excepcionais”.⁷

Outro exemplo descrito pelo STJ seria o ato libidinoso traduzido pela contemplação lasciva mediante pagamento de menor de 14 anos no crime de estupro de vulnerável,⁸ observando-se que não há na vítima capacidade de concordância. Ou mesmo quando o autor, pela internet, age com “nítido poder de controle psicológico” sobre partícipes, incitando-os a satisfazer sua lascívia em face de vulnerável.⁹

Desse modo, a importunação sexual sem contato físico – crime sem constrangimento, violência ou grave ameaça, e contra vítima sem vulnerabilidade presumida – apenas poderia ser típica em casos excepcionais, quando comprovado desejo lascivo no ato específico e consumado; a modalidade tentada seria, no mínimo, de difícil possibilidade.

Ademais, sob interpretações histórica e sociológica, lembremos que a tipificação da importunação sexual foi endossada pela

defesa dos “direitos da mulher quanto à [sua] dignidade sexual e a inviolabilidade corporal”, contra os inúmeros atos libidinosos (libido este entendido pelo(a) legislador(a) como “instintos sexuais deturpados”) em “transportes públicos e aglomerações”, “de forma animalesca”.¹⁰

Citados os repreensíveis atos em aglomerações, a construção legislativa indica uma preferência pela reprimenda ao frotteurismo (ato de tocar ou esfregar-se na vítima sem consentimento), em detrimento de outras parafilias, sobretudo sadismo sexual, voyeurismo, exibicionismo etc.¹¹ Contudo, observa-se que o problema interpretativo persiste.

O texto legal mantém a amplitude do conceito de ato libidinoso e o termo é vago em dois aspectos entendidos, segundo **Gianluigi Palombella**, como vínculos entre texto e norma: a) “um significado a partir de uma expressão textual” (significado tanto “próprio” quanto “técnico-jurídico”); e b) “conteúdo e valor pelas convicções próprias da sociedade”.¹²

[...] OBSERVANDO O TIPO PENAL, VÊ-SE QUE A RESPOSTA ÀQUELA INDAGAÇÃO SOBRE A NECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA A TIPICIDADE DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL DEMANDA A ANÁLISE DOS CONCEITOS DE “ATO LIBIDINOSO” E “LASCÍVIA”.

Porém, no âmbito criminal, verificou **Palombella**, que “a divisão hartiana [Hart] entre núcleo luminoso e casos difíceis ou zona de penumbra” se sobrepôs à “descrição da aplicação da lei como interpretação”. Então, no Direito Penal, ou se empregaria o “juízo de verificação factual” (“quando o texto permita”) ou o “juízo valorativo” (quando “o legislador empregar termos valorativos” – *v.g.* definindo o conceito de “ato obsceno”).¹³

Ou seja, pelo “ideal de clareza e preexistência da norma, entendido como significado ‘correto’ (...), dado ao intérprete”, as disposições penais que não têm “claro referente empírico” e as que são *lato sensu* valorativas, ofendem o princípio da estrita legalidade.¹⁴ Assim, diante da amplitude do conceito, aplica-se a interpretação mais benéfica ao réu ou deixa-se de se aplicar as interpretações conceituais (isto é, absolve-se o acusado).

Dessa forma, concluímos que a indefinição de *ato libidinoso* (conceito amplificado ainda mais pela retirada do constrangimento)¹⁵ no tipo da importunação sexual conduz à necessidade de uma interpretação

restritiva. Isto é, na importunação, para que um *ato* seja *libidinoso*, exige-se especial fim de satisfação da *lascívia* (na conduta específica e consumada) e, somando-se ao contexto da confecção da norma, o contato físico (em aglomerações ou não).

Caso o conceito se ampliasse além daquele contexto de sua construção *stricto sensu*, se atribuiria ao tipo penal a função de criminalização mais gravosa de todos os atos libidinosos desprovidos de constrangimento (em locais com acesso ao público ou não). Porém, a eventual interpretação extensiva também causaria problemas de política criminal.

No Brasil, o contexto ainda se depararia com a jurisprudência pela “especial relevância” da palavra da vítima nos delitos sexuais¹⁶ e prisões preventivas fundamentadas na garantia da ordem pública quando haja gravidade em concreto¹⁷ (que pode ser confundida com a gravidade, *in abstracto*, do crime sexual) e, além disso, com a “violência sistemática, perene, recorrente, microscópica, que atravessa todos os espaços do cárcere”.¹⁸

Notas

¹ Brasil (2005, p. 37-63).

² Pombo (2011, p. 305).

³ Idem, p. 306.

⁴ Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “o especial fim de agir que integra determinadas definições de delitos condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato, constituindo, assim, elemento subjetivo do tipo de ilícito, de forma autônoma e independente do dolo. A denominação correta, por isso, é elemento subjetivo especial do tipo ou elemento subjetivo especial do injusto, que se equivale, porque pertencem, ao mesmo tempo, à ilicitude e ao tipo que a ela corresponde”. (BITENCOURT, 2013, p. 52-53).

⁵ O tipo descreve a conduta de “importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constrangendo-a a contacto de natureza sexual”. (DIAS, 2021, p. 123-140).

⁶ Idem, p. 137.

⁷ Brasil (2020).

⁸ Brasil (2016).

⁹ Brasil (2021).

¹⁰ Brasil (2017).

¹¹ Silva (2017, p. 127-133).

¹² Palombella (2005, p. 282).

¹³ Idem, p. 280-281.

¹⁴ Idem, p. 279-281.

¹⁵ Como no artigo 213, o revogado artigo 214 (atentado violento ao pudor) – que trouxe inicialmente o conceito de “ato libidinoso diverso da conjunção carnal” – também carregava o verbo “constranger”. (HUNGRIA, 1953, p. 328).

¹⁶ Brasil, 2021.

¹⁷ Brasil, 2018.

¹⁸ Gonçalves, Balan e Santos (2020, p. 25-44).

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Complementação de Voto – Projeto de Lei nº 5.452/2016, de 2016*. Em apenso os Projetos de Lei dos PLs nºs 2.265/2015, 5.435/2016, 5.649/2016, 5.710/2016, 5.796/2016, 5.798/2016 e 6.971/2017. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, Relatora Deputada Laura Carneiro, 05 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594703&filename=CVO+2+CMU-LHER+%3D%3E+PL+5452/2016>. Acesso em: 01 maio 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688/1941, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no HC 450539/MG 2018/0116906-4*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 07 de junho de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1720424&num_registro=201801169064&data=20180615&peticao_numero=201800293450&formato=PDF. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 478310/PA 2018/0297641-8*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, de 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=120419850&num_registro=201802976418&data=20210218&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *HC 611511/SP 2020/0231778-3*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, de 06 de outubro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116128951&num_registro=202002317783&data=20201015&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *HC 643674/SP 2021/0034601-0*. Relator: Min. Ribeiro Dantas, de 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122413018&num_registro=202100346010&data=20210315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *RHC 70976/MS 2016/0121838-5*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, de 02 de agosto de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62586895&num_registro=201601218385&data=20160810&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 28 set. 2021.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. “Repercussões da lei nº 59/2007, de 4 de setembro nos crimes contra a liberdade sexual”. In: *Crimes sexuais*, 2. ed., Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021. pp. 123-140. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_CrimesSexuais_2ed.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

GONÇALVES, Lucas; BALAN, Mayra; SANTOS, Clárisse. A pandemia de tortura: uma análise dos dados coletados pela Pastoral Carcerária Nacional. COUTINHO JR., José; GONÇALVES, Lucas; BALAN, Mayra; SANTOS, Clárisse. *Relatório: a pandemia da tortura no cárcere*, 2020. [s.l.]: Pastoral Carcerária, 2021. p. 25-44. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2021/01/Relatorio_2020_web.pdf>. Acesso em: 04 maio 2021.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*: vol. I, tomo 1º. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POMBO, Rocha. *Dicionário de sinônimos da língua portuguesa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2011, p. 305. Disponível em: <https://www.academia.org.br/sites/default/files/publicacoes/arquivos/cams-10-dicionario_de_sinonimos_da_lingua_portuguesa-para_internet.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVA, Fernanda Robert de Carvalho Santos. Considerações sobre o transtorno parafílico: a interface entre a psiquiatria, a psicologia e a justiça criminal. *Diagn. Tratamento*, São Paulo, v. 22, n. 3 p. 127-133, 2017. Disponível em: <https://docs.bvsalud.org/biblio-ref/2017/08/848021/rdt_v22n3_127-133.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

SOUZA, Cecília de Mello e; ADESSE, Leila. *Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios*. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005, pp. 37-63. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/violencia_sexual_brasil.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

Recebido em: 30.05.2021 - Aprovado em: 17.08.2021 - Versão final: 28.09.2021