

**A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL  
CASO O CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL SEJA EXAURIDO**

**THE POSSIBILITY OF CHARACTERIZING THE CRIME OF SEXUAL  
BOTHERATION IF THE CRIME OF SEXUAL HARASSMENT IS CONSUMATED**

Lorraine Gonçalves Almeida Rocha\*

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo verificar a possibilidade da incidência do crime de importunação sexual nos casos em que o agente, sendo chefe da vítima, não apenas constrangê-la, mas também obtiver a vantagem sexual almejada. O mero constrangimento e a prática do ato em si pressupõem lesões diferentes ao mesmo bem jurídico tutelado, qual seja a dignidade sexual, razão pela qual subsiste a necessidade de se realizar essa verificação. O tipo penal da importunação sexual prevê uma sanção mais grave do que a pena estabelecida para o crime de assédio e, por isso, o artigo pretende fazer crer mais adequada sua incidência à uma conduta que produz consequências mais nefastas. A pesquisa terá como foco não só a intencionalidade do agente, que é sempre o principal foco do Direito Penal, mas também a teoria das consequências, a qual coloca a vítima em atenção, levando em consideração os efeitos da ação para ela. Para tanto, analisará as mudanças ocasionadas na legislação e na jurisprudência pela criminalização da importunação sexual, que antes era tida apenas como uma contravenção penal, e o que a doutrina diz a respeito da possibilidade da aplicação do caráter subsidiário ao crime de assédio sexual. Também verificará as consequências sofridas pelas vítimas de violência sexual e a etimologia da palavra importunação, bem como estudará um caso que foi julgado no Superior Tribunal de Justiça e que corrobora a incidência do crime de importunação sexual no caso de exaurimento do assédio sexual, traçando uma comparação entre o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do assunto.

Palavras-chave: Importunação sexual; Assédio sexual.

**ABSTRACT**

This article aims to verify the possibility of the incidence of sexual harassment crimes when the agent is the victim's boss, not only embarrass her, but also obtain the desired sexual advantage. The mere constraint and the practice of the act itself presuppose different injuries to the same protected legal asset, namely sexual dignity, which is why there is a need to carry out this verification. The criminal type of sexual harassment provides more serious sanction than the penalty established for the crime of harassment and, therefore, the article intends to make its incidence more appropriate to conduct that produces more harmful consequences. The research will focus not only on the intentionality of the agent, which is always the main focus of Criminal Law, but also on the theory of consequences, which puts the victim in attention considering the action effects for her. In order to do so, this article will analyze the changes caused in legislation and jurisprudence by the criminalization of sexual harassment which was previously seen only as a criminal misdemeanor, and what the doctrine says about the possibility of applying the

---

Artigo submetido em 21 de julho de 2022 e aprovado em 23 de agosto de 2022.

\* Graduada em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail:  
[lorrainegar@hotmail.com](mailto:lorrainegar@hotmail.com)

subsidiary character to the crime of sexual harassment. It will also verify the consequences suffered by victims of sexual violence and the etiology of the expression sexual harassment, as well as study a case that was judged in the Superior Court of Justice and that corroborates the incidence of sexual harassment in the case of exhaustion of sexual harassment, tracing a comparison between the doctrinal and jurisprudential understanding on the subject.

Keywords: Sexual harassment.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir de pesquisa bibliográfica, de pesquisa realizada no Portal de Periódico da CAPES, utilizando as expressões de busca “importunação sexual” e “consequências da violência sexual”, de pesquisa jurisprudencial realizada no site do Superior Tribunal de Justiça, bem como do estudo de caso realizado, verifica-se que há no Código Penal, notadamente no título “Dos crimes contra a dignidade sexual”, uma criação excessiva de tipos penais. O resultado de tal fato é uma inflação dos tipos penais relativos aos crimes sexuais e, por conseguinte, uma dificuldade dos operadores do direito em aplicá-los mediante uma boa subsunção, isto é, de adequarem o fato à norma de maneira que o Estado entregue uma prestação jurisdicional proporcional ao caso concreto.

Nessa ordem de ideias, o presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como base a doutrina e a jurisprudência, a respeito da aplicação do crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal, caso a vantagem sexual prevista no crime de assédio sexual, descrito no art. 216-A do Código Penal, seja obtida.

A especificidade do tipo penal denominado de assédio sexual é o constrangimento por parte do autor à vítima, mediante condição hierárquica profissional superior à dela, com intuito de conseguir um benefício sexual. Todavia, o tipo não descreve a prática do ato, apenas o constrangimento com o respectivo intuito. Logo, esse crime se consuma muito mais rápido do que outros crimes sexuais, como o estupro, a importunação sexual e a violação mediante fraude, em que a vítima sofre a prática do ato.

O problema a ser trabalhado insere-se justamente nesse contexto, na medida em que é preciso delinear se o mesmo tipo penal deve incidir quando o autor, sendo chefe da vítima, a constrange para obter um favorecimento sexual, e quando ele, além de constranger, obtém a vantagem sexual almejada. No que tange a esse tema, existe uma vasta discussão na doutrina, a partir da qual foram selecionados alguns autores, como Bittencourt, Regis Prado e Capez, para corroborarem com a pesquisa. Contudo, tal discussão doutrinária acerca das possibilidades de caracterização de crimes mais graves quando da ocorrência do ato não abarcou o crime de importunação sexual, provavelmente por ser um tipo penal relativamente novo.

O crime de importunação sexual, previsto no art. 215-A do Código Penal Brasileiro, foi inserido no ordenamento jurídico no ano de 2018:

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. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 2021)

Antes dessa inserção, a importunação sexual não era um crime, mas uma contravenção penal, infração tida como menos gravosa, uma vez que tem como pena a prisão simples, multa ou ambas, enquanto a lei comina ao crime pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente ou cumulativamente com a pena de multa.

A Lei de Contravenções Penais, qual seja o Decreto Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, previa:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. (BRASIL, [2021])

No entanto, o referido artigo foi revogado pela Lei nº 13.718, de 2018, que teve como um de seus escopos a criminalização da conduta de importunação sexual, o que inevitavelmente produziu reflexos na legislação e na jurisprudência. No entanto, parece que a referida mudança ainda não ganhou enfoque nas discussões doutrinárias, sendo um dos objetivos a que o presente artigo se propõe.

Ademais, cumpre assinalar que, além de passar a ser uma infração mais grave, a mudança legislativa alterou o bem jurídico tutelado. O dispositivo da importunação sexual como contravenção penal preocupava-se em proteger o pudor, ou seja, tratava tal conduta como uma afronta aos costumes, sendo o texto legal revestido por um forte conteúdo moralista. Ao contrário, como crime, o bem jurídico tutelado é a dignidade sexual, que está ligada à autonomia da vontade do indivíduo, destinatário da norma jurídica, de ter a vida sexual que quiser, desde que não ofenda a liberdade e a autonomia de outrem.

A mudança do bem jurídico tutelado demonstra que a tipificação da importunação sexual está estritamente ligada a mudança da concepção da mulher em nossa sociedade, o que resultou em uma proteção diferente a ela no decorrer dos anos pelo direito penal brasileiro.

Gomes (2020) evidencia algumas mudanças ocorridas nos últimos vinte anos nesse aspecto:

Não é pouca coisa, nesse curto período, o direito penal ter deixado de ter como norte a proteção da moral sexual das famílias para voltar-se à tutela da dignidade feminina frente a abusos sexuais, tendo como consequência, por exemplo, o abandono da concepção da mulher como alguém inexperiente e incapaz de resistir aos encantos do varão galanteador – o que justificava ser tutelada em caso de sedução – para considerá-la alguém que, inserida no mercado de trabalho e responsável pelo sustento familiar, precisa ter proteção legal para não ser assediada sexualmente sob a ameaça de perder seu emprego. Da mesma forma, o casamento deixou de ser visto como o único modo de realização da mulher – a ponto de eliminar a punição de crimes sexuais se tais ofensas não a impedissem de casar ou mesmo diminuir a pena do rapto se ela fosse restituída integralmente à sua família – e todas as formas de realização sexual da mulher passaram a ser tuteladas, inclusive tornando o estupro corretivo digno de reprimenda maior (GOMES, 2020, p. 161).

Assim, entre as mudanças ocorridas em resposta a nova concepção da condição feminina, nasceu o crime da importunação sexual, que terá sua aplicação explorada quando da ocorrência da prática do ato libidinoso em situação, a priori, caracterizada como assédio sexual.

## 2 RESULTADOS DA PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

O crime de assédio sexual encontra-se previsto no art. 216-A, caput, do Código Penal Brasileiro:

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. (BRASIL, 2021)

Como se infere do referido artigo, o tipo penal não exige que o agente consiga a vantagem ou o favorecimento sexual para que ele se consuma. Assim, a consumação ocorre no momento em que o autor consegue constranger a vítima mediante sua condição de chefe.

Levando-se em consideração esses aspectos, vários autores, como Nucci, Capez, Greco, Bittencourt e Regis Prado, defendem que, caso o favor sexual seja obtido mediante conduta descrita no tipo penal de assédio sexual, o crime atinge o exaurimento.

No entanto, Bittencourt e Regis Prado consideram a possibilidade de caracterização de crime mais grave. Leciona Regis Prado:

O que caracteriza o assédio sexual é a importunação constrangedora do assediador na busca do ato sexual pretendido, revestida do dissenso da vítima, ofendida na sua liberdade sexual e na sua dignidade. Se esta, apesar de ter recusado atender à solicitação da prática do ato sexual, não se importa com a investida do agente, não se configura o delito, visto que para que se perfaça o delito é imprescindível não só o desvalor da ação como também o desvalor do resultado.

Assinale-se que, se na abordagem há contato físico (v.g., o agente, inopinadamente, passa a beijar lascivamente a vítima ou a passar as mãos em seus seios ou partes pudendas, contra a sua vontade), a conduta amolda-se ao tipo legal definido no artigo 213 do Código Penal (estupro) (PRADO, 2020, p. 814).

Que continua:

Importa acrescentar que o assédio sexual, além de *delito de mera atividade e instantâneo*, é também *subsidiário*, pois, caso o agente se utilize de violência ou grave ameaça contra a vítima, concretizando o ato libidinoso objetivado, a conduta se amolda ao tipo definido no artigo 213 (estupro) do Código Penal, onde evidentemente o desvalor da ação e do resultado é de maior intensidade (PRADO, 2020, p. 814).

Como se nota, para Regis Prado, o crime de assédio sexual só deve incidir quando não constituir crime mais grave. Nessa perspectiva, ele faz referência ao crime de estupro, que, todavia, precisa da utilização de violência ou grave ameaça para que se configure. Similarmente, Cezar Roberto Bittencourt diz que a prática de eventual ato libidinoso é desnecessária e que caso ocorra pode configurar crime mais grave ou apenas exaurir o tipo penal debatido em questão, a depender da natureza do ato e do meio utilizado (BITTENCOURT, 2020, p. 96).

Impende salientar que, preliminarmente, Bittencourt opta pelo exaurimento do crime. Ele só cogita a possibilidade de caracterização de estupro ou atentado violento ao pudor no caso de impossibilidade de resistência da vítima aliada ao emprego de violência ou grave ameaça (BITTENCOURT, 2020, p. 99). Contudo, autores como Rogério Sanches Cunha, segundo palavras do próprio Bittencourt (BITTENCOURT, 2020, p. 95), e Fernando Capez (2020, p. 114) consideram que Bittencourt admite o emprego de violência como um meio do assédio sexual, hipótese descartada pelo próprio autor:

(...) não defendemos o emprego de violência, como um dos meios de execução do assédio sexual, admitimos, apenas, a possibilidade de uma conduta mais contundente do assediador, sustentando adiante que a grave ameaça, que é uma espécie de violência (crime do art. 147), é absorvida pelo crime de assédio sexual." (BITTENCOURT, 2020, p. 95).

Para defender a possibilidade supramencionada, Bittencourt exemplifica que vias de fato, assim como a violência prevista na injúria racial não constituem lesão corporal, o que demonstra a viabilidade do uso da força física sem, no entanto, tal uso tipificar lesão corporal. Outrossim, ele coloca que a maior diferença do estupro para o assédio reside no elemento subjetivo: o dolo. Enquanto no estupro o intuito é constranger a vítima, contra a sua vontade, à prática de conjunção carnal ou algum ato libidinoso, no assédio sexual é o de assediá-la sexualmente (BITTENCOURT, 2020, p. 95). Em que pese o referido autor citar a violência na

injúria racial, cumpre assinalar que esse é o posicionamento do Bittencourt, vez que o tipo penal de injúria racial não descreve a violência como elementar do tipo.

Dado o exposto, percebe-se que a doutrina não é pacífica com relação ao que a ocorrência da vantagem ou favorecimento sexual representa, se ela constitui exaurimento do tipo penal, ou seja, a obtenção do resultado objetivado esgota o delito, porém não é necessária para a

consumação do mesmo, ou se o crime de assédio sexual funciona em caráter subsidiário, o que significa que ele pode ser invocado na ausência de um crime mais específico.

No que tange à subsidiariedade da norma jurídica, embora esta não venha descrita de forma explícita na pena do art. 216-A, como ocorre com outros tipos penais, à exemplo do art. 132, que trata do perigo para a vida ou saúde de outrem, é inegável que a prática do ato libidinoso, qualquer que seja ele, representa uma violação maior ao bem jurídico tutelado - a liberdade sexual - do que apenas o constrangimento. Nesse sentido, quando o autor consegue tal prática, o constrangimento torna-se crime-meio para a consecução do crime-fim.

O estupro é o crime-fim mais citado pelos defensores da subsidiariedade do tipo penal em foco. Nota-se, inclusive, que nele se utiliza o mesmo verbo que o crime de assédio sexual, qual seja, “constranger”, todavia ele vem acompanhado pela grave ameaça ou violência. A doutrina também não é unânime quanto à possibilidade do emprego de tais meios para a execução do assédio sexual, justamente por serem essenciais à figura típica do estupro, como bem observa Capez (2020, p.114).

(...) diferentemente do estupro, o delito em tela não pode ser praticado mediante violência nem grave ameaça, uma vez que, se a lei quisesse alcançar tais meios, tê-los-ia mencionado expressamente, tal como o fez no vizinho art. 213 e no revogado art. 214. Não o fazendo, preservou o tipo para as importunações menos graves, mas idôneas a turbar o bem-estar interior do ofendido. Na hipótese de ocorrer o emprego de uma ameaça mais específica, ou seja, que diga respeito à perda de algum benefício relacionado ao trabalho, ou a promessa de reprovação, no caso de estudante, a conduta deverá configurar crime sexual, no qual o constrangimento se dá por meio de grave ameaça, como o estupro. (2020, p.114)

Assim, tendo em vista a inflação legislativa nos crimes sexuais, mister se faz analisar atentamente as especificidades previstas em cada tipo penal para realizar uma boa subsunção. A grave ameaça ou a violência são elementares do estupro, diferentemente do delito em apreço. Logo, não há que se falar em assédio sexual quando a conduta transcender o constrangimento e o benefício sexual for obtido mediante violência ou grave ameaça, posto que se configurará estupro.

Cai a lançar notar, contudo, que o benefício sexual pode ser alcançado e nem chegar a se amoldar à figura típica do estupro, caso não haja emprego de violência ou grave ameaça. Isso resulta em um quadro no qual lesões diferentes ao mesmo bem jurídico sejam sancionadas pelo mesmo tipo penal, haja vista que a prática do ato sexual representa uma violação muito maior ao bem jurídico do que o constrangimento.

Embora o direito dê relevância à intencionalidade do agente na prática da conduta, essa maior violação ao bem jurídico deve ser analisada também pela perspectiva das consequências. De acordo com a teoria de von Wright, segundo a obra de Stegmüller, aquilo para que se orienta uma ação se subdivide em resultado e consequência, tendo estes dois sentidos distintos. Consequência são os efeitos do resultado. (STEGMULLER, 1977, p. 85).

Para ilustrar a diferença desses dois conceitos, pode-se pensar em quando uma pessoa abre a janela de um quarto. O resultado da ação dessa pessoa é a janela achar-se aberta e a consequência é a temperatura do quarto baixar. (STEGMULLER, 1977, p. 85).

Assim, quando o agente, além de constranger, tem como resultado a prática de um ato

sexual, a vítima sofre consequências para além de quando o resultado é o mero constrangimento. Silva *et al.* (2021) esclarecem o seguinte:

Uma mulher ou menina que é abusada sexualmente, seja na infância, adolescência ou idade adulta, sofre consequências físicas, mentais e sociais de longo prazo que podem deixar marcas permanente nelas, ocasionando um intenso sofrimento psíquico. Os resultados mais importantes são a dor emocional quase insuportável que ela geralmente esconde dentro de si mesma, depressão, ansiedade, transtorno do estresse pós-traumático, medo, autoconfiança quebrada, autoestima diminuída, vergonha, culpa, comportamento de autolesão, abuso de álcool e drogas, ideação suicida, raiva, tristeza, melancolia, decepção, transtorno de personalidade, transtorno de trauma, memórias difíceis, pesadelos, solidão e isolamento, além de dificuldades de se relacionar amorosamente e de se socializar, o que pode impactar inclusive na vida econômica dessas mulheres (Sigurdardottir, & Halldorsdottir, 2021 apud Silva *et al.*, 2021, p. 8).

E concluem:

Essa agressão é um evento traumático e se configura como violência física e psicológica de modo simultâneo, com efeitos potencialmente devastadores sobre a saúde física e mental das mulheres, causando danos profundos a sua qualidade de vida e no bem-estar físico, sexual, reprodutivo, emocional, mental e social das vítimas (Silva *et al.*, 2021, p. 8).

Logo, quando o resultado é a prática do ato sexual, as consequências são físicas e psicológicas, além de muitas vezes irreparáveis, diferente de quando o resultado é o constrangimento para que o ato ocorra. O fato de uma pessoa ser constrangida a fazer algo que ela não queira é grave, porém não traz efeitos tão gravosos de quando o ato sexual indesejado se concretiza.

Ainda nessa perspectiva, von Wright diz que “o resultado de uma ação constitui também o objeto da intenção, que se manifesta na ação”, e que o conceito de intencionalidade deve ser utilizado sob certa descrição (STEGMULLER, 1977, p. 85). Nesse sentido, ele afirma que: “Saber qual a ação que se atribui a uma pessoa depende de saber qual é o resultado associado à ação. E saber qual a intenção da pessoa depende de saber qual descrição preferimos” (STEGMULLER, 1977, p. 85).

Para o autor, “a própria intenção é tomada como relativa a uma descrição”. Dessa forma, uma mesma ação pode ser descrita de formas diferentes e a depender de como é a descrição, um mesmo comportamento se desdobra em diferentes ações com diferentes intenções, resultados e, por conseguinte, consequências diversas (STEGMULLER, 1977, p. 86).

Esse problema da descrição ocorre porque, conforme Ferraz Jr. (2003), a língua é formada por símbolos e estes adquirem significado com o uso. Dessa maneira, eles podem adquirir sentidos diferentes dependendo de como estão colocados em uma proposição, sendo semanticamente vagos e ambíguos.

Diante disso, o referido autor trata esse impasse ao definir a hermenêutica como a própria interpretação jurídica, a qual toma o texto legal e o traduz em uma linguagem intermediária que possibilita a aplicação do direito ao caso concreto.

Nesse sentido, Ferraz Jr. (2003) estabelece que para que se funde uma boa tradução, esta precisa ser realizada por uma figura que tenha a competência de tal forma institucionalizada que gera um crédito de confiança quanto a sua interpretação e essa noção do uso competente da língua também precisa se ater ao complexo comunicativo.

A comunicação precisa de um emissor, um receptor e a troca de mensagens. Quando o emissor se comunica, ele envia um complexo simbólico, que é selecionado pelo ouvinte. No

entanto, nem sempre as expectativas selecionadas pelo emissor se realizam devido ao caráter contingente das relações humanas. Essa seleção de expectativas e possibilidades comunicativas é o que se chama de interpretação e se esta não é controlada, a comunicação não ocorre. Dessa forma, o uso competente da língua precisa exercer esse controle e o faz através da violência simbólica.

A violência simbólica é a relação de poder invisível que ocorre entre as pessoas e os grupos sociais. Ela ocorre por meio de símbolos e signos arbitrários, que colocam a cultura e os interesses do grupo dominante como comum e naturais a todos, determinando a realidade social. A figura que faz o uso da competente da língua realiza um discurso de violência simbólica na medida em que coloca sua interpretação como a única válida.

Para uma compreensão ainda melhor a respeito disso, é mister tratar das díades de organização da fala. Inicialmente, a comunicação aparece como uma organização horizontal entre quem fala e quem ouve. Ao enunciar uma proposição, todavia, o emissor sai dessa condição de horizontalidade e verticaliza-se.

Essa verticalidade permite a identificação das díades. A primeira é a de alto/baixo, que se refere à forma como as palavras se relacionam na proposição, possibilitando a hierarquização de alguns conceitos. A segunda é a dentro/fora, na qual o emissor delimita o que está dentro ou fora da proposição, ocasião em que retira qualquer elemento que possa provocar um entendimento diferente do dele, provocando uma neutralização dos receptores ao não levar em conta suas possibilidades comunicativas. A terceira é a claro/escuro, na qual busca dar mais enfoque em uns conceitos que outros dependendo da interpretação que quer estabelecer.

Essas díades, portanto, são formas de se construir um discurso com o objetivo de determinar a interpretação que se quer ter do receptor e a violência simbólica, para Ferraz Jr. (2003), no contexto da interpretação jurídica, é o uso competente da língua, que faz uso dos símbolos linguísticos e dessa construção do discurso, permitindo a aplicação da norma ao caso concreto.

Ademais, Ferraz Jr. (2003) também faz uma observação importante a respeito do aspecto teológico da norma:

Assim, entende-se que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermenêuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a leis sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos) (JÚNIOR, 2003, P. 267).

Uma vez que a lei sempre visa atender aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, torna-se evidente que a incidência do mesmo tipo penal em situações ensejadoras de lesões diferentes ao mesmo bem jurídico caracteriza um problema.

A saída para esse problema encontra-se no Código Penal, desde 2018, sob a forma do art. 215-A, que versa sobre a importunação sexual. Para que a lei cumpra com seu propósito, necessário se faz que, mediante o uso competente da língua, o tipo penal da importunação sexual passe a ser aplicado quando a conduta do agente ultrapassar o constrangimento do assédio sexual, mas não se amoldar a figura típica do estupro.

Além disso, oportuno se toma dizer que, embora o termo “importunação” não retrate no senso comum, a princípio, a gravidade do tipo penal, o mesmo deriva da palavra importuno, do latim *importunus*, que, segundo o Dicionário Latino-Português, significa “perigoso, funesto (...) insuportável, intolerável, pesado, importuno, molesto, peno, adverso, enfadonho, cruel, bárbaro, tyranno” (*IMPORTUNUS*, 1993, p. 583).

Como se vê, pela etimologia da palavra, o próprio termo já carrega em si o que representa a prática de um ato como o da importunação sexual. A prática de um ato libidinoso

contra alguém sem o seu consentimento, buscando satisfação do prazer sexual próprio ou de terceiros, é desumano, cruel e atentatório contra o princípio da dignidade humana, na medida em que invade o espaço da autonomia da vontade de outrem, retirando-lhe sua liberdade de escolha.

### 3 ESTUDO DE CASO

Por se tratar de um tipo penal relativamente novo parece que foi esquecido pela doutrina, mas não pela jurisprudência. O Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.837.784-SP<sup>4</sup> trata de uma ação criminosa inicialmente tipificada no art. 216-A, *caput*, do Código Penal Brasileiro, como assédio sexual:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 216-A DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DISPOSTO NO ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXISTÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO EM QUE SE PLEITEIA O AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DO RÉU. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O princípio da vedação da reformatio in pejus, presente no art. 617 do Código de Processo Penal, consiste na impossibilidade de a situação do réu ser modificada para pior em decorrência da interposição/oposição de recurso exclusivo da defesa ou da apresentação, também por ela, de meios autônomos de impugnação. Além de consectário do princípio da ampla defesa, corolário do devido processo legal, o dito brocardo consiste em decorrência lógica do sistema acusatório.

2. In casu, não há que se falar em desrespeito ao dito princípio dada a existência de recurso da acusação em que é expressamente pleiteado o agravamento da situação jurídica do réu. 3. Não há mácula na decisão do Tribunal de origem que, ao julgar o recurso ministerial, optou por provê-lo em parte para amoldar a conduta do réu ao tipo descrito no art. 215-A do Código Penal (ainda que inserido posteriormente aos fatos narrados na denúncia), porquanto o tipo demonstra ser, no caso em apreço, hipótese de novatio legis in mellius.

3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp: 1837784 SP 2019/0272617-0, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 26/11/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2019)

A situação que envolve o referido crime, consoante se desprende da denúncia, é a seguinte: N S A, dono de um motel, constrangeu B B de P P, funcionária que exercia serviços gerais em seu estabelecimento, no período de 21 a 24 de setembro de 2016, a praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, com emprego de violência, durante o seu horário de expediente. Entre os atos praticados foram apurados a realização de carícias, introdução do dedo na vagina da vítima, remoção de suas roupas íntimas, arremesso de pênis plástico em sua direção e tentativa de beijo à força.

Em primeiro grau de jurisdição, a conduta de N S A foi enquadrada no tipo penal supracitado e ele foi sentenciado ao cumprimento de pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção. Diante de tal sentença, a Defesa constituída interpôs recurso de apelação, assim como o Ministério Público de São Paulo, que também opôs embargos de declaração.

O recurso interposto pela Defesa não foi provido, os embargos de declaração foram rejeitados, porém o recurso promovido pelo Parquet obteve parcial provimento na medida em que pretendia a caracterização da conduta do agente como estupro e ela foi adequada ao tipo penal de importunação sexual.

Nesse contexto, a Defesa interpôs recurso especial ante o inconformismo com o acórdão que deu provimento parcial ao recurso do Ministério Público, sob a alegação de que o mesmo

contrariava dispositivo legal do Código Penal, qual seja o art. 1º, que prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina” (BRASIL, 2021). De acordo com o pleito defensivo, os fatos ocorreram no ano de 2016 e o crime de importunação sexual foi inserido no ordenamento jurídico apenas no ano de 2018, o que representava o instituto da “*reformatio legis in pejus* direta” na decisão proferida, haja vista a escolha pela aplicação da lei penal mais grave. Também alegou que a importunação sexual não foi mencionada pela Defesa, nem pelo Ministério Público e que, portanto, esse crime não poderia ser aplicado ao caso concreto.

Fato é que o art. 215-A foi incluído pela Lei nº 13.718, de 2018, ponto em que razão assiste à Defesa. Todavia, é de bom alvitre assinalar que a “*reformatio legis in pejus* direta” foi alegada erroneamente, uma vez que esse instituto se concretiza quando ocorre o agravamento da situação do réu pelo tribunal ao julgar recurso interposto exclusivamente pela Defesa, conforme estabelece o art. 617 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2021). No caso em questão, também houve recurso ministerial, que inclusive foi o único que foi parcialmente provido. Assim, quando a Defesa alegou que a data da inserção do crime de importunação sexual foi posterior à época dos fatos, ela deveria ter baseado sua fundamentação no princípio da retroatividade benéfica e não no instituto supramencionado.

Embora o erro acerca do instituto na alegação da Defesa, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso especial, que, porém, foi negado e ainda resultou na revogação da tutela provisória anteriormente concedida, o que ensejou à Defesa interpor o agravo regimental.

No julgamento do agravo regimental, o Relator foi o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que através de seu voto decidiu pela não alteração da decisão impugnada, tendo em vista que a conduta praticada pelo réu seria, na época do julgamento do recurso de apelação interposto pelo Parquet, perfeitamente amoldável à redação do art. 213 do Código Penal, o crime de estupro, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ESTUPRO. ART. 213, § 1º, DO CP. POSSIBILIDADE. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de estupro, na redação dada pela Lei n. 12.015/2009, "inclui atos libidinosos praticados de diversas formas, onde se inserem os toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima (AgRg no REsp 1359608/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 16/12/2013).

2. Com base no contexto fático delineado pela Corte de origem, a conduta do réu não pode ser confundida com a contravenção penal prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/1941, uma vez que agarrou a vítima de 16 anos à força, beijou sua boca, mordeu seu rosto e passou a mão nos seios, nádegas e vagina, por cima da roupa, a fim de satisfazer a sua lascívia, o que configura o crime previsto no art. 213, §1º, do CP.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1705120/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)

Assim, a decisão recorrida fez o contrário do que a Defesa alegou, uma vez que, visando a proporcionalidade, ela beneficiou o réu ao imputar-lhe o crime descrito no art. 215-A, que possui uma pena mais branda se comparada ao tipo penal do estupro. Logo, a aplicação da importunação sexual constituiu “*novatio legis in melius*”, disciplinada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, que define que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o

agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, [2021]).

No que tange à proporcionalidade, usada na fundamentação do Relator, cumpre salientar que é um princípio constitucional, cuja aplicação no Direito Penal é amplamente defendida, porquanto protege o indivíduo de uma pena excessiva, desproporcional à lesão ao bem jurídico tutelado.

Embora a aplicação da proporcionalidade requeira uma avaliação subjetiva, possibilitando decisões mais díspares que podem prejudicar a segurança jurídica do ordenamento, ao considerar que a pena desse ramo do direito atinge um direito fundamental inviolável - a liberdade -, pode ser uma evolução positiva fazer uso desse princípio.

Além disso, segundo Alexy (2018, p. 162), o uso do referido princípio não é indiscriminado, ele é pautado em três elementos que norteiam a sua aplicação. O primeiro é a adequação, o qual vai orientar se o meio é adequado ao fim e se o fim é legítimo. O segundo é a necessidade, que vai examinar se não havia um meio menos gravoso do que aquele proposto inicialmente. O último é a ponderação *stricto sensu*, que faz a análise do peso concreto do bem jurídico diante do caso, do peso abstrato com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e avalia o grau de certeza das premissas empíricas.

Quanto ao argumento defensivo de que nenhuma das partes envolvidas fez menção ao crime de importunação sexual, de acordo com o voto do Ministro relator, ele não é motivo para realizar alteração na decisão. Isso porque, como alegado pela própria Defesa, o crime de importunação sexual não existia no ordenamento jurídico no momento das manifestações anteriores e, por isso, seria impossível a sua menção.

Assim, negou-se provimento ao agravo regimental do recurso especial em decisão monocrática.

#### 4 CONCLUSÃO

Em virtude de todo o mencionado, conclui-se que o crime de assédio sexual possui caráter subsidiário e caso o agente, sendo chefe da vítima, a constranja para obter um benefício sexual e o obtenha, deve incidir crime mais grave. Isso porque o mero constrangimento e a obtenção do benefício sexual almejado constituem lesões diferentes ao mesmo bem jurídico e, portanto, exigem sanções distintas, observado o princípio constitucional da proporcionalidade e a teoria da consequência da ação.

Posto isso, para amoldar a conduta a outro tipo penal deve-se fazer uma análise do caso concreto e verificar quais as elementares dos outros crimes sexuais mais graves encontram-se presentes. Caso o constrangimento ocorra mediante violência ou grave ameaça, resta caracterizado o crime de estupro. Na ausência destes, a conduta amolda-se ao tipo penal da importunação sexual.

Por fim, oportuno se toma dizer que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a importunação sexual pode ser aplicada mesmo que o crime tenha acontecido antes da sua inserção no Código Penal, em 2018, se na época do julgamento da conduta praticada pelo réu, a mesma fosse amoldável à redação do crime de estupro, por ser mais benéfica.

#### REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: v. 4: parte especial (Arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.** Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.837.784/SP.** Recorrente: N S A. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 5 dez. 2019. Disponível em: [https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ\\_RESP\\_1837784\\_77aca.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1616078543&Signature=mmwUz7Sps1N%2FWnzsA3pbcE%2BHEyM%3D](https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1837784_77aca.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1616078543&Signature=mmwUz7Sps1N%2FWnzsA3pbcE%2BHEyM%3D). Acesso em: 13 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena:** v. 3, parte especial arts. 213 a 359-h. 18. São Paulo Saraiva 2020. *E- book*.

GRECO, Rogério. **Direito penal estruturado.** São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. DUAS DÉCADAS DE RELEVANTES MUDANÇAS NA PROTEÇÃO DADA à MULHER PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 115, p.141-163, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v115p141-163>. Acesso em: 12 mar. 2022.

IMPORTUNUS. *In*: SARAIVA, F. R. S. **Novíssimo Dicionário Latino-Português:** etimológico, prosódico histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Garnier, 1993.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Dogmática hermenêutica ou a ciência do direito como teoria da interpretação.** *In*: JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 220-284.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal:** parte especial arts. 121 a 234-B do CP. 31ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal, v. 3** parte especial. 4. Rio de Janeiro Forense 2019. *E-book*.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral e parte especial. 18. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

SILVA, Maria Eduarda Wanderley de Barros *et al.* O sofrimento psíquico de mulheres vítimas de violência sexual. **Research, Society and Development**, Vargem Grande Paulista, v. 10, n. 9, p.1-9, ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.33448/rsd-v10i9.17574>. Acesso em: 12 mar. 2022.

STEGMULLER, Wolfgang. Filosofias convergentes In: STEGMULLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea**. São Paulo: E.P.U, 1977. p. 68- 190.