

## 1 Introdução

Hodiernamente, aumentam as estatísticas oficiais e os casos de abusos sexuais contra as mulheres no país, condutas delituosas praticadas, na maioria das ocasiões, por pessoas do sexo masculino.

O presente artigo visa analisar o crime de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal) no Estado do Ceará, com um enfoque no garantismo jurídico-penal. Tratar-se-á do estudo de caso referente ao homem que praticou ato libidinoso contra uma jovem no interior de um coletivo, resultando, na época do fato, somente na prática da contravenção penal de perturbação da tranquilidade (artigo 65 do decreto lei n. 3.688/41).

Face à legislação anterior, a conduta foi considerada infração de menor potencial ofensivo, resultando na confecção de termo circunstanciado de ocorrência (TCO) pelo autor do fato, sendo este colocado em liberdade, mediante a assinatura do termo de compromisso para comparecer à audiência preliminar no Juizado Especial Criminal. Houve uma comoção social (questão moral) sobre esse caso concreto, o que resultou na tipificação da conduta como crime de importunação sexual (direito).

No Estado do Ceará, há carência de estatísticas específicas sobre a temática, contando apenas com a quantificação de procedimentos criminais instaurados em números absolutos nas delegacias de polícia.

A relevância do presente trabalho resulta do fato de que o crime de importunação sexual, bem como as outras formas de abuso e exploração sexual contra mulheres, trata-se de problema a ser enfrentado pelos órgãos estatais e pela comunidade como um todo.

Ressalte-se que os casos de abuso sexual contra as pessoas do sexo feminino já existiam na história da humanidade, todavia, essas questões permaneciam no âmbito doméstico e familiar ou eram desconsideradas pelos poderes estatais no que tange à sua importância.

Ademais, o conhecimento da temática, por meio de uma visão inter e multidisciplinar, proporcionará uma percepção mais holística sobre o assunto, de forma a possibilitar a implementação de políticas públicas eficazes no combate à importunação sexual, além da influência do garantismo como doutrina jurídica que assegura o respeito aos direitos e às garantias fundamentais do ser humano e de relevância para a pacificação social.

A partir do exposto, buscar-se-á desenvolver no artigo científico as respostas aos seguintes questionamentos:

1. O recrudescimento penal e a atuação do Estado como órgão eminentemente

repressor são instrumentos eficazes na redução da violência sexual contra as pessoas do gênero feminino, estando coadunados aos princípios da ofensividade e da necessidade da pena?

2. O crime de importunação sexual contra mulheres seria motivado por uma questão social, de gênero, cultural e física que fomenta a intolerância e a violação ao Princípio Constitucional da Isonomia e ao Princípio da Dignidade Humana?

O trabalho foi realizado mediante pesquisa bibliográfica, na medida em que teve como finalidade a ampliação dos conhecimentos. A pesquisa, do tipo exploratória, utilizou no seu delineamento a coleta de informações e dados em fontes bibliográficas disponíveis nos meios físicos e na rede mundial de computadores (internet). Na realização do presente artigo foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

O artigo foi estruturado nos seguintes tópicos: 1) aspectos sociojurídicos da condição de (des)igualdade das mulheres no Brasil; 2) o crime de importunação sexual e o garantismo jurídico penal; e 3) a importunação sexual no transporte coletivo e o princípio da dignidade humana.

## **2 Aspectos sociojurídicos da condição de (des)igualdade das mulheres no Brasil**

Na atualidade, a violência sexual contra as mulheres no Estado do Ceará e no Brasil é um problema em franca expansão. As violências sofridas pelas vítimas podem ser praticadas de diversas formas, conforme o disposto no art. 7º da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), que elencou as cinco formas de violência: física, moral, sexual, psicológica e patrimonial. Os artigos 5º e 6º da Lei n. 11.340/06 rezam que (2020, p. 661):

Art. 5º Para efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

A *vis corporalis* é aquela que incide na integridade física e na saúde das vítimas, como nos crimes de lesão corporal (art. 129, CP c/c art. 7º, I, da Lei n. 11.340/06) e vias de fato (art. 21 do decreto-lei n. 3.688/41); a violência moral é praticada mediante ofensa à honra objetiva (a reputação da vítima) e subjetiva (autoestima da vítima), nos crimes de calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP); a violência sexual ofende a dignidade sexual das mulheres que são abusadas ou exploradas sexualmente, tais como no estupro (art. 213, CP),

estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), assédio sexual (art. 216-A, CP), quando são obrigadas a abortar etc (art. 125, CP), dentre outros crimes sexuais; a violência psicológica ou *vis compulsiva* se apresenta como atos de intimidação, manipulação, capazes de perturbar a tranquilidade pessoal, tais como, nas ameaças (art. 147, CP) e nos constrangimentos ilegais (art. 146, CP) e, por fim, a violência patrimonial (art. 163, CP), em que o infrator danifica dolosamente os objetos de trabalho da vítima ou utensílios domésticos.

Há indubitavelmente uma dívida histórica no que se refere à condição jurídica e social das mulheres no país, tendo em vista que, embora a Constituição Federal de 1988 preceitue a igualdade formal (perante a Lei) entre os gêneros, muitos obstáculos ainda persistem para a implementação da igualdade material ou fática.

No que se refere à sua condição social, as mulheres continuam ganhando menos do que os homens, muitas possuindo a mesma formação acadêmica ou até superior à do candidato do sexo masculino. Ressalte-se que há reduzida representatividade feminina nos cargos políticos e nos cargos de chefia, necessitando da política de quotas de mulheres nos partidos políticos nas eleições. As mulheres negras, chefes de família, com baixa ou nenhuma escolaridade, engrossam as filas das pessoas desempregadas no país, além de constituírem o grupo de maior vulnerabilidade social, sendo as vítimas preferenciais da violência doméstica e familiar.

## **2.1 O princípio da isonomia entre os gêneros**

Em seu título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 assevera que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

O princípio da igualdade deve ser compreendido tendo com base a máxima aristotélica de “tratar igualmente os iguais e tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Ademais, todas as normas infraconstitucionais devem estar coadunadas com os preceitos constitucionais. Segundo Canotilho (1993, p. 139):

Uma das consequências mais relevante da natureza das normas constitucionais concebidas como heterodeterminações positivas e negativas das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do *direito ordinário em direito constitucional concretizado*. Como determinantes negativas, as normas de direito

constitucional desempenham uma *função de limite*, relativamente às normas de hierarquia inferior; como *determinantes positivas*, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a obter não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material. De acordo com esta perspectiva, não se pode falar, por ex., do direito civil como direito autônomo em relação ao direito constitucional: o direito civil não pode divorciar-se das normas e princípios constitucionais relevantes no direito privado.

Ferrajoli (2002, p. 728-729) entende a igualdade como um fator constitutivo dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, do valor da pessoa, o que permitiria não apenas reafirmar, mas precisar e generalizar a distinção entre estes e os direitos fundamentais. No entendimento de Ferrajoli sobre os direitos fundamentais e a igualdade, são elaboradas distinções entre situações jurídicas da esfera pública e da privada (situações causadas por atos potestativos) e os direitos fundamentais (invioláveis, inalienáveis e personalíssimos), entre o direito de propriedade e o direito de liberdade. Destaca-se que Ferrajoli tece distinções entre identidade tutelar de direitos e as desigualdades jurídicas, ao prelecionar que:

É de todo evidente a diversidade entre as *diferenças* de identidade tutelar dos direitos fundamentais e as *desigualdades* jurídicas expressas pelas situações e geradas pelo desigual exercício das iguais capacidades a elas conexas, a primeira das quais é a capacidade de agir ou de troca: apenas as primeiras e não as segundas, correspondem a valores ou direitos “fundamentais”. Isto não quer dizer, obviamente, que todas as desigualdades jurídicas sejam desvalores, nem tanto menos que sejam todas intoleráveis. O desenvolvimento social se caracteriza, ao contrário, pela crescente divisão dos procedimentos e diferenciações de posições e situações entre os sujeitos do ordenamento. (FERRAJOLI, 2002, p. 729).

Portanto, segundo Ferrajoli (2002), deve-se reconhecer a diversidade como parte integrante da personalidade de uma determinada pessoa, ao contrário de uma situação de desigualdade, que não pode ser tolerada e necessita ser trabalhada pelo ordenamento jurídico. Em países que adotam a constituição rígida, as diversidades devem ser protegidas sob a forma de liberdades fundamentais.

No que se refere aos direitos femininos como direitos humanos, ainda há um longo caminho a ser traçado até o alcance da isonomia fática entre os gêneros, todavia, o valor deve estar assimilado nas mentalidades de homens e mulheres.

O princípio da igualdade sob o aspecto formal e material constitui uma conquista relativamente recente no mundo europeu, pois o constitucionalismo do século XIX girava em torno dos interesses da monarquia e do parlamento, preocupados somente com os abusos do

poder público. A certeza da aplicação do princípio da igualdade sob o prisma do controle jurisdicional da atividade legislativa foi decorrência dos avanços norte-americanos na luta por estes direitos.

Uma vez frustradas as tentativas feitas por ocasião da república de Weimar, de estender o significado da igualdade tanto sob o aspecto da eficácia do conteúdo geral da lei, aos poucos, sob a influência da doutrina e jurisprudência alemãs, o princípio da igualdade visto como limite à atividade legislativa é inserido nos sistemas constitucionais rígidos da Alemanha, Áustria, Itália e, mais tarde, da Espanha. Na França, o mito iluminista da infalibilidade da lei, como representação da vontade geral, será responsável pelo reconhecimento tardio do princípio da igualdade no conteúdo da lei.

O constitucionalismo clássico estabelecia distinção entre igualdade perante a lei e a igualdade na lei. Entendia-se como igualdade perante a lei a exigência da igualdade na sua aplicação, que se deveria verificar de caráter geral, sem a abstração das pessoas por ela atingidas.

Seria, portanto, uma exigência aos que aplicam a lei ao caso em concreto. Como a aplicação igual da lei não era suficiente, tornou-se necessária a criação de um direito igual para todos os cidadãos. Visto sob esse ângulo, a igualdade na lei dirige-se não somente aos aplicadores, mas também aos que criam as normas.

Mister ressaltar que os fundamentos de legitimação da desigualdade se modificaram radicalmente no Brasil. Em uma visão progressiva, o corolário da crítica da noção patriarcal de indivíduo seria uma concepção de igualdade que incluísse a diferença. Uma narrativa onde as diferenças não mais se traduzissem em desigualdade, mas em pluralidades e singularidades, irreduzíveis entre si. É a pedra angular na reconstrução cultural, política e institucional das formas de organização da vida cotidiana.

Em pleno século XXI, as estatísticas de feminicídios e abusos sexuais ainda estão em linha crescente no Brasil, principalmente em regiões com baixo índice de desenvolvimento humano (IDH), tais como, o Nordeste e o Norte do país. Não se pode negar a relevância das estatísticas e da análise criminal como instrumentos que podem ser utilizados pela gestão pública para a compreensão do fenômeno na criminalidade no Estado, servindo de base para a implementação de políticas públicas na adequação de novas formas de atuação das forças policiais, na melhoria operacional de combate à violência, na redução dos índices de mortes violentas etc.

A diminuição da taxa de criminalidade em um determinado Estado ou país surte uma série de benefícios, dentre eles, o aumento da sensação de segurança no cidadão comum e, por

via de consequência, uma melhoria na qualidade de vida das pessoas.

O crime, principalmente praticado contra mulheres, possui características específicas, alvos preferenciais, dia e hora para o seu cometimento etc, dados estes que, quando analisados dentro de um determinado contexto econômico, social e cultural, fornecem informações essenciais que podem ser utilizadas pelos gestores da Segurança Pública.

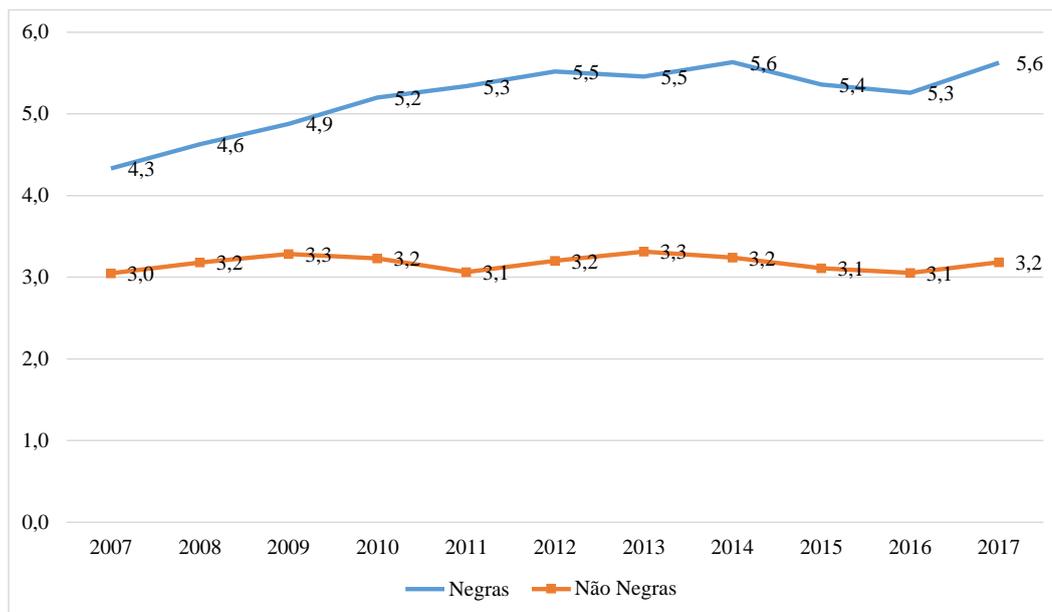
Podem-se citar como os bairros considerados, pelas estatísticas, os mais violentos de Fortaleza: Conjunto Ceará, Genibaú, Vicente Pizon, Jangurussú, apenas para mencionar os bairros mais notórios neste aspecto. Verifica-se que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) nestes locais é muito reduzido, onde imperam os crimes patrimoniais, a traficância, o abuso sexual e a violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças e adolescentes. Observa-se que as famílias apresentam uma desestrutura em sua constelação familiar, há baixa escolaridade, alta taxa de desemprego, e não existe de saneamento básico.

Todos esses fatores influenciam no incremento da criminalidade, e o Estado deve se fazer presente nestes locais, exercendo função de uma Polícia cidadã, com as atribuições de prevenir a prática do crime e reprimi-lo, quando necessário, dentro da estrita legalidade. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, sobre o feminicídio (2019, p. 40):

Por outro lado, há reconhecimento na literatura internacional de que a significativa maioria das mortes violentas internacionais ocorrem dentro das residências são perpetradas por conhecidos ou íntimos das vítimas. Portanto, a taxa de incidentes letais intencionais contra as mulheres que ocorrem dentro das residências é uma boa *proxy* para medir o feminicídio.

As estatísticas do IPEA demonstram que a isonomia material entre os gêneros no Brasil ainda está distante de ser alcançada, notadamente para a mulher da pele negra, vítima ainda maior da violência perpetrada em suas mais distintas formas, dentre elas, o crime de homicídio qualificado pelo feminicídio. O recorte desta temática com o uso do presente gráfico visa demonstrar que a violência de gênero possui conteúdo também racial, sendo uma realidade ainda presente no Brasil, onde as vítimas, em razão de sua situação de vulnerabilidade social, tornam-se os alvos preferenciais de uma cultura com resquícios machistas ainda presentes nos dias atuais.

### **Evolução da taxa de homicídios femininos no Brasil, por raça/cor (2007-2017)**



Fonte: IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica e MS/SVS/CGIAE - Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM. O número de homicídios de mulheres na UF de residência foi obtido pela soma das seguintes CIDs 10: X85-Y09 e Y35-Y36, ou seja: óbitos causados por agressão mais intervenção legal. Aqui nós agregamos a classificação de raça/cor do IBGE, onde chamamos de “negras” as somas de pretas e pardas e “não negras” a soma de brancas, amarelas e indígenas. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Destarte, o exercício da igualdade entre os gêneros, como acontece em países desenvolvidos na Europa, tais como, Suíça, Suécia e Alemanha, está atrelado à existência de fatores exógenos, tais como o grau de escolaridade elevado da população, as políticas públicas eficazes compreendidas como projeto de Estado, e não de governo (garantindo a continuidade dos projetos), a redução das desigualdades sociais, os reduzidos índices de corrupção nas gestões pública ou privada e o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

## 2.2 Os direitos femininos como direitos humanos

Os direitos fundamentais, no seu aspecto doutrinário, possuem diversas dimensões, segundo Guerra Filho (1997, p. 11):

Os direitos fundamentais podem ser estudados projetando-os em muitas dimensões. Essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-lo, como propõe Robert Alexy, em sua *Habilitationschrift* (tese de livre-docência) versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, com apoio em seu mestre, Ralf Dreier. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo.

Desde a década de 90 até os dias atuais, houve grande evolução no pensamento jurídico, demonstrando, assim, a realidade de um direito mutante, vibrante e que precisa acompanhar as mudanças sociais, onde termos como “ativismo jurídico”, “justiça terapêutica” e “garantismo”, na atualidade, são parte essencial das elevadas discussões acadêmicas.

Com o advento da teoria do garantismo penal, há o entendimento de que o constitucionalismo encontra-se norteado pelos direitos fundamentais, de forma a se estabelecerem vínculos formais e substanciais aos poderes do Estado. Conforme Pinho, Albuquerque e Sales (2019, p. 178):

Por outro lado, é uma teoria e isso precisa ficar claro, que impõe limites ao poder estatal, submete o direito ao direito, propõe um programa de contenção do poder punitivo, a começar pela minimização da intervenção penal, busca reduzir a margem discricionária do julgador, reelabora conceitos de vigência e validade da norma a partir de critérios formais e substanciais, firma-se num tipo de constitucionalismo rígido que prima pelos direitos fundamentais (é redundante, mas não custa dizer, direitos de todos, incluindo vítimas e acusados, maioria e minorias), projeta uma nova perspectiva sobre o conceito de democracia.

Os direitos femininos são direitos humanos, todavia, não se pode imaginar que o recrudescimento penal teria condão de fazer cessar ou reduzir todas as violações pelas quais passam as pessoas pertencentes ao gênero feminino diariamente. Este pensamento reverbera a ideia de um *direito penal simbólico*, como forma de reduzir os índices de criminalidade e punir severamente os violadores do direito material.

É uma quimera, e o tempo está demonstrando que a criação de novos tipos penais, com sanções penais severas, bem como a construção de novos presídios, não estão surtindo os efeitos desejados pelo legislador e pela comunidade e há notadamente o incremento das estatísticas criminais, resultando na elevação da massa carcerária do Brasil (3ª maior no mundo) a números estratosféricos, estando abaixo apenas dos Estados Unidos e da China, diminuindo na população a sensação de segurança (BARBON, 2017).

Mister se faz compreender o fenômeno da violência de gênero por intermédio de um enfoque multi e interdisciplinar, além de perceber os fatores exógenos e endógenos que fomentam esse tipo de criminalidade. A teoria garantista traz à baila também a figura do sujeito ativo, demonstrando a necessidade de se conhecer a personalidade do criminoso e a preocupação para com ele, sendo norteado pelo princípio da dignidade humana e pela compreensão de que o direito penal deveria intervir minimamente na vida das pessoas, apenas quando o conflito apresentado no caso concreto não pudesse ser solucionado por outros ramos do direito.

É um momento para a comunidade acadêmica repensar alguns dogmas jurídicos, dando a oportunidade para a implementação, quando cabível, da justiça restaurativa, do uso da mediação de conflitos e para trabalhar no infrator o senso de autoresponsabilidade por seus atos. Sobre a justiça restaurativa, De Vitto (2005, p. 47) assevera que:

Registre-se que o modelo restaurativo não guarda, seguramente nenhuma antinomia com o sistema de afirmação e proteção dos direitos humanos. Do contrário, a justiça restaurativa não pode ser concebida de forma dissociada da doutrina de proteção dos direitos humanos, já que ambas buscam, em essência, a tutela do mesmo bem: o respeito à dignidade humana.

A Lei n. 11.340/06 prevê a possibilidade de o magistrado aplicar como medida ao infrator de delitos praticados no âmbito doméstico e familiar que ele frequente obrigatoriamente grupos terapêuticos compostos somente por homens. Nestas ocasiões, são criadas as oportunidades para que, assim, eles compreendam a cultura machista que os forjou, as consequências (sequelas) dos seus delitos para as mulheres e familiares e para abrir a possibilidade para que compreendam a necessidade do respeito prático às diferenças entre as pessoas.

No campo da igualdade jurídica entre os sexos, que mais perto tocam as pessoas, tal experiência servirá muito para se eliminarem, na legislação ordinária, as incontáveis diferenças artificiais e preconceituosas que, sem nenhum amparo na ciência ou natureza, por séculos colocaram a mulher em um plano de inferioridade social em relação ao homem. Essa condição se reflete notadamente nos crimes contra a dignidade sexual, tal como o delito de importunação sexual.

### **3 O crime de importunação sexual e o garantismo jurídico penal**

Nos dias atuais, os crimes de abuso sexual e exploração sexual praticados contra mulheres, principalmente com o público alvo de crianças e adolescentes, tornam-se cada dia mais numerosos, apresentando-se como um desafio para os órgãos de Segurança Pública e, em especial, para a Polícia Judiciária, responsável por investigar os indícios de autoria e materialidade por intermédio do inquérito policial.

Segundo os doutrinadores em matéria penal, o abuso sexual ocorre quando o infrator, que também pode ser do sexo feminino, pratica conjunção carnal (coito vaginal) ou atos libidinosos (todas as outras formas de manifestação sexual, tais como sexo oral, anal, passar as mãos na genitália da vítima etc) e a importunação sexual ocorre quando tais atos visam a

satisfazer a própria lascívia. O sujeito ativo poderá praticar nestas ocasiões crimes, tais como: estupro de vulnerável, corrupção de menores, praticar ato libidinoso na presença de menor de 14 anos, estupro, dentre outros.

O crime de importunação está previsto no código penal *in verbis*:

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 um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Trata-se da conduta de realizar a prática de um ato libidinoso (aquele de conteúdo sexual), visando satisfazer a própria concupiscência ou a de terceiros, sem o emprego de violência física ou grave ameaça contra a vítima. Isto porque se a vítima for maior de 14 anos, a conjunção carnal ou o ato libidinoso acompanhado de *vis corporalis* ou *compulsiva* passará a ser tipificado como crime de estupro (artigo 213 do Código Penal), e se a vítima for pessoa menor de 14 anos, restará tipificado como crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal).

Sobre o valor protegido no crime de importunação sexual, Estefam (2020, p.780) assevera que:

Trata-se de infração que protege, de maneira ampla, a dignidade sexual, ou seja, a dignidade humana no âmbito da sexualidade e, de modo específico, a liberdade sexual das pessoas, tanto assim que o dispositivo somente se aplica quando o sujeito passivo não aquiescer com o ato libidinoso praticado em sua presença.

Ressalte-se que existe diferença entre o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Ambas são espécies que fazem parte do gênero violência sexual. O abuso sexual consiste no ato em que o sujeito ativo utiliza a criança ou adolescente para obter a satisfação sexual própria. Já a exploração sexual refere-se à utilização comercial de crianças e adolescentes para fins sexuais em troca de dinheiro, um prato de comida, presentes ou quaisquer outros elementos de troca.

Nos moldes do ECA (Lei n. 8.069/90), considera-se criança pessoa de 0 a 12 anos incompletos, e adolescente, pessoa de 12 a 18 anos incompletos, sendo este público mercedor de Proteção Integral, visto que são seres humanos ainda em formação psico-fisiológica.

Os casos de abuso ou exploração sexual são levados ao conhecimento da autoridade policial ou de algum órgão que compõe a rede de proteção à criança e ao adolescente, onde o servidor público providencia a expedição das guias de exame de corpo de delito (crimes sexuais) para verificar se há comprovação da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso na

vítima.

Entretanto, em muitas ocasiões, os familiares e/ou o advogado do Investigado, ao terem acesso ao laudo pericial, cujo quesito apresenta o resultado como negativo para a conjunção carnal ou o ato libidinoso, saem anunciando na vizinhança que não houve crime e que o investigado era inocente das imputações que lhe foram atribuídas.

Essa forma de pensar ocorre, porque há uma mentalidade junto à comunidade de que a violência sexual apenas existirá se deixar vestígios visíveis nos corpos das vítimas, tais como: ruptura himenal, equimoses, hematomas, contaminação por ISTs, sangramentos etc. Não são raras as vezes em que a própria família da vítima não leva ao conhecimento da polícia o fato ocorrido, porque, ao observar a genitália da infante, achou que tudo estava normal, baseado no senso comum.

Pode-se dizer que o senso comum trata-se de um tipo de conhecimento que é colhido de forma imediata, de caráter subjetivo, heterogêneo e sem criticidade, portanto, passível de equívocos. Esta ideia junto à população de que a ausência de vestígios (materialidade) nos crimes sexuais tornaria a conduta atípica do infrator se difunde amplamente em todos os segmentos, tornando-se uma pseudoverdade que gera a desinformação e a impunidade destes delitos.

### **3.1 Contravenção penal de perturbação da tranquilidade *versus* crime de importunação sexual: mudanças na legislação**

Os direitos femininos como direitos humanos não são respeitados em sua integralidade, haja vista que, no Brasil, mulheres são importunadas sexualmente nos ônibus, nos trens, nos bares, nas festas e, principalmente, no âmbito doméstico e familiar, seja devido à indumentária que vestiam no momento da abordagem, seja porque simplesmente alguns homens se sentiam autorizados, segundo os valores adquiridos por uma cultura patriarcal e misógina, em fazê-lo.

Antes da mudança legislativa (Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018) que tornou crime a importunação sexual, o tratamento jurídico auferido era o de mera contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do decreto-Lei n. 3.688/41). Portanto, a conduta era considerada infração penal de menor potencial ofensivo, resultando na instauração de termo circunstanciado de ocorrência, de competência dos Juizados Especiais Criminais, e o sujeito ativo, em algumas ocasiões, reiterava na prática da infração penal.

Todavia, indaga-se: o recrudescimento penal seria um instrumento eficaz no combate aos crimes sexuais contra pessoas do gênero feminino à luz do garantismo penal?

### 3.2 Princípio da ofensividade e princípio da necessidade da pena

Em sua obra “Direito e Razão: Teoria Geral do Garantismo Penal”, Ferrajoli (2002, p. 5) traçou os delineamentos da Teoria Geral do Garantismo Jurídico como um “modelo ideal, um sistema normativo dotado de garantias que lhe traziam racionalidade, a partir da qual foram analisados os problemas fundamentais da pena, do delito e do processo penal”. O autor defendeu a aplicação do Direito Penal Mínimo, como proposta de nova legitimação do sistema punitivo.

Para tanto, mister se faz que o sistema garantista esteja sempre intimamente ligado à Constituição Federal de 1988, primando pela mais estrita legalidade. O garantismo compreendeu o ordenamento jurídico em sua complexidade, fazendo distinções entre a validade e a efetividade das normas jurídicas.

Ferrajoli (2002, p. 684) entendeu a diferença entre o mundo do *sein* (o ser) e o *sollen* (dever ser), trazendo à sua teoria as distinções entre a normatividade e a realidade concreta na vida das pessoas.

Para a melhor compreensão do garantismo foi importante compreendê-lo também à luz da filosofia do direito e não olvidar o pensamento crítico no que se refere à política. Ferrajoli (2002, p. 685) estabeleceu a diferença entre o direito e a moral, bem como, teceu distinções entre a validade e a Justiça.

A teoria de Ferrajoli (2002, p. 75) teve como embasamento a existência de dez princípios: 1 – *Nulla poena sine crimine*; 2 – *Nullum crimen sine lege*; 3 – *Nulla lex sine necessitate*; 4 – *Nulla necessitas sine injuria*; 5 – *Nulla necessitas sine injuria actione*; 6 – *Nulla action sine culpa*; 7 – *Nulla culpa sine iudicio*; 8 – *Nullum iudicium sine accusatione*; 9 – *Nulla accusatione sine probatione* e 10 – *Nulla probatio sine defensione*.

O garantismo, por sua vez, opõe-se ao ativismo judicial, conforme afirma Lenio Streck (2017, p. 79):

Em suma: se o garantismo busca elaborar técnicas – limites, garantias, condições de legitimidade do exercício do poder judicial – no plano teórico, torná-las vinculantes no plano normativo e assegurar a sua efetividade no plano prático e se o garantismo é contrário ao ativismo judicial – e sobre isso não restam dúvidas -, então, é preciso que ele também volte suas baterias para o modo como os juízes decidem.

No que tange ao crime de importunação sexual, houve a ofensa relevante ao bem jurídico, a ponto de merecer um tratamento mais severo por parte do legislador? O princípio da

ofensividade (sem ofensa) e o princípio da necessidade da pena (sem necessidade) devem ser levados em consideração, quando da criação de uma nova norma penal incriminadora, principalmente considerando os efeitos jurídicos e sociais desta decisão.

Embora bem intencionados, os legisladores em matéria penal, em parte são levados pela pressão social e dos meios de comunicação. Constata-se, contudo, que apenas o recrudescimento penal não teve o condão jurídico de reduzir os casos de importunação sexual ou outros delitos sexuais.

Este fenômeno deve ser compreendido por uma visão mais abrangente, holística, visto que de nada adianta a existência de *novatio legis* incriminadora, se esta não encontra valoração e legitimidade em seu público-alvo. Infelizmente, um predador sexual ou um pedófilo não se preocupa em verificar o Código Penal e a pena cominada antes de praticar o delito que povoa a sua mente. Na criação de novos tipos penais, há que se equilibrar o quantum da ofensa inflingida à vítima e a sanção adequada a ser cominada. Trabalhar a possibilidade de criação de uma nova mentalidade no infrator deve ser também uma preocupação do legislador nestes casos.

A vítima, por sua vez, segundo a sua visão, deseja a maior punição possível ao infrator, visto que crimes sexuais deixam muito mais sequelas do que apenas as físicas, pois permanecem também feridas emocionais perpétuas que a vítima carregará por toda a vida, necessitando de acompanhamento de terapeutas, psicólogos ou psiquiatras com o objetivo de ressignificar aquela experiência sofrida.

#### **4 Crime de importunação sexual no transporte coletivo e o princípio da dignidade humana**

Em pleno século XXI, as mulheres no Ceará continuam sofrendo importunação nos transportes públicos (ônibus, trens, topiques, carros por aplicativo etc) e em outros ambientes de uso coletivo. Ao colher os depoimentos das vítimas na delegacia de polícia, elas relatam histórias de humilhação, medo, desconfiança e sensação de baixa autoestima.

Muitas vítimas se sentem culpadas pela abordagem do infrator, pois acham que deveriam ter vestido outra roupa, que passaram a mensagem errada, ou que não deveriam ter estado naquele local. Essas vítimas notadamente são violadas em sua dignidade.

##### **4.1 Tratamento jurídico dado aos crimes sexuais e o direito penal mínimo**

Não se pode olvidar que o crime de importunação sexual viola como bem jurídico a dignidade sexual do ser humano e o princípio da dignidade humana em sentido amplo.

Destarte, Ferrajoli (2002) entende que o direito penal deveria ser o último recurso a ser utilizado, sempre em consonância com o princípio da dignidade humana, e desde que as outras searas do direito não pudessem resolver aquela demanda.

As sanções penais deveriam ser bem sopesadas e aplicadas dentro do mínimo necessário, uma vez que a realidade já demonstrou que penas mais severas não surtiram os efeitos desejados, dentre eles, a redução dos índices de criminalidade e a pacificação social.

No Estado Democrático de Direito *comme il faut* deve-se primar pela constante busca de equilíbrio entre o princípio da dignidade humana, a punição dos infratores (o mínimo necessário) e as limitações às decisões arbitrárias ou autoritárias do Estado, caso existam. O grande desafio é encontrar o equilíbrio adequado entre a pena condizente ao ofensor na medida certa do bem jurídico que sofreu a ofensa à vítima.

O Estado Democrático de Direito Garantista encontra-se sempre atrelado à Lei como forma de garantir ao infrator um limite máximo de pena. Busca-se este equilíbrio entre a punição que deve ser auferida aos criminosos, mas sempre estabelecendo limites ao Estado, com o objetivo de coibir qualquer tipo de abuso ou ato arbitrário no exercício do *jus puniendi*.

Sobre o constitucionalismo positivista, Morais da Rosa *et al* (2012, p. 25) prelecionam que:

Por fim, como *filosofia* e como *teoria política*, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria de democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal*, ancorada empiricamente no paradigma de direito ora ilustrado. Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais.

Essa busca pelo equilíbrio da teoria garantista se deu devido aos excessos cometidos no passado (e ainda nos dias atuais), gerando uma ideia equivocada de que, com a cominação de penas mais severas com “punição exemplar” dos criminosos, a justiça estaria servida. O direito penal foi utilizado, então, como uma forma de coerção das pessoas perante a norma penal.

Ferrajoli (2002, p. 76) defende um direito penal mínimo, aplicável somente na prática daquelas condutas que realmente ofendam a um bem jurídico relevante. E, uma vez havendo a

cominação da pena, que esta seja empregada com a mínima ofensividade ao sujeito ativo, assegurados os direitos ao contraditório à ampla defesa e respeitada, por que não, a dignidade do sujeito ativo. A pena ao infrator deverá ser aplicada de forma justa, evitando-se os excessos por parte do Estado, e com as tutelas dos direitos e garantias fundamentais.

#### **4.2 Decisão judicial sobre o crime de importunação sexual**

O crime de importunação sexual possui classificação doutrinária específica que o distingue dos demais crimes contra a dignidade sexual previstos no código penal brasileiro. Na conduta delituosa há a prática de ato libidinoso, não há emprego de violência ou ameaça, sem anuência da vítima, e desde que a vítima tenha idade superior a 14 anos.

Essa situação gerou divergências nos Tribunais, havendo a necessidade do emprego da hermenêutica jurídica com o objetivo de dirimir as dúvidas advindas das ocorrências de casos concretos. O Superior Tribunal de Justiça emitiu um julgado sobre o crime de importunação sexual e a vítima menor de 14 anos:

**Processo**

HC 553234 / SP

HABEAS CORPUS 2019/0380208-6

**Relator(a)**

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170)

**Órgão Julgador**

T5 - QUINTA TURMA

**Data do Julgamento**

03/03/2020

**Data da Publicação/Fonte**

DJe 09/03/2020

**Ementa**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. READEQUAÇÃO TÍPICA. **IMPORTUNAÇÃO SEXUAL**. IMPOSSIBILIDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Pelo julgado, verifica-se que se a conduta de tocar libidinosamente a vítima (menor de 14 anos) para satisfazer a própria lasciva ou a de terceiro restará tipificada como crime de estupro de vulnerável. Esta interpretação decorre do conceito de *vulnerável* recepcionado pelo atual Código Penal, que significa aquela pessoa desprovida de proteção, anteriormente chamado de “presunção de violência”.

Desta forma, ao tocar libidinosamente o corpo de uma pessoa de 13, 12, 11 anos para baixo será considerado crime de estupro de vulnerável, atualmente erigido à condição de crime

hediondo (Lei n. 8.072/90), recebendo esta conduta um tratamento penal e processual penal mais severo. A vítima menor de 14 anos, por força do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é merecedora de especial proteção, e haverá crime de estupro de vulnerável, mesmo que a vítima tenha dado o seu consentimento (sem validade jurídica), haja a anuência dos pais, ou mesmo que a adolescente já tenha tido um experiência sexual anterior. Masson (2018, p. 60) afirma que:

Para a caracterização destes crimes **é irrelevante o dissenso da vítima**. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir **pela ausência de vontade penalmente relevante** emanada de tais pessoas. Consequentemente, o aprefeiçoamento dos delitos independe do emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Em síntese, o sistema jurídico impede o relacionamento sexual ilícito com vulneráveis.

A Lei n. 12.015/2009 foi responsável por diversas alterações no Código Penal, dentre elas, a tipificação do crime de estupro de vulnerável. O delito de estupro de vulnerável consiste na prática de qualquer ato libidinoso com a vítima menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possua o discernimento necessário ou não possa opor resistência.

## 5 Conclusão

O endurecimento das normas penais incriminadoras não geraram os efeitos esperados na redução dos crimes de importunação sexual, visto que a ideia de direito penal simbólico não tem o condão jurídico de reparar as violações dos direitos humanos das mulheres.

Conclui-se que os sujeitos ativos dos crimes de importunação sexual geralmente são homens e possuem a convicção do seu direito de acesso ao corpo das vítimas, consideradas em si como objeto de desejo, e não sujeito de direitos. A violência sexual contra as mulheres traz em seu bojo a questão de gênero e a visão machista ainda presente na sociedade atual.

As estatísticas a respeito das vítimas do sexo masculino têm número reduzido devido a uma situação de subnotificação dos casos e do sentimento de vergonha e devido ao fenômeno de revitimização das pessoas do gênero feminino pela família e pela sociedade.

Ressalte-se que a legislação precisa vir acompanhada da implementação de políticas públicas eficazes, além do trabalho educativo sobre o respeito aos direitos femininos como direitos fundamentais do ser humano junto às comunidades, e do empoderamento das mulheres, conhecendo estas os seus direitos e buscando nutrir em si uma autoestima saudável.

A verdadeira mudança se dará quando homens e mulheres compreenderem a

necessidade de respeito mútuo, aprendendo, assim, a mediar conflitos e a aceitarem as diferenças e peculiaridades de cada gênero, sem fazer sobressair a força de um sobre o outro.

## Referências

BARBON, Julia. Brasil ultrapassa Rússia e agora tem 3ª maior população carcerária do mundo. **Folha de S. Paulo**, 8 de dezembro de 2017. São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1941685-brasil-ultrapassa-russia-e-agora-tem-3-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>. Acesso em: 18 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ESTEFAM, André. **Direito penal** – parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Atlas da violência 2019**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal** – parte especial. 8. ed. São Paulo: Forense, 2018. v. 3.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 28 maio 2020.

PEREIRA, Ana Cláudia Távora; SOARES, Ana Raquel C. dos Santos; SILVA, Clarissa Sampaio; GONÇALVES, Flávio José Moreira; CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TAVARES, Geovani de Oliveira; ARRUDA, Kátia Magalhães; BENEVIDES FILHO, Maurício; SANTOS, Yasmin Ximenes dos; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. **R. Do Instituto de Hermeneutica Jur.- RIHJ**, Belo Horizonte, ano 17, n. 26, p. 155-186, jul./dez. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da; COPETTI NETO, Alfredo; TRINDADE, André Karam; STRAPAZZON, Luiz Carlos; ADEODATO, José Maurício; STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi; OLIVEIRA, Rafael Tomaz; CADEMARTORI, Sérgio; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SLAKMON, C. R. DE VITTO; R. GOMES (org.). **Justiça Restaurativa** (Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD), 2005.

VADE MECUM RIDEEL: Maxiletras letras grandes. Códigos + Estatutos/ organização de Anne Joyce Angher. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2020. v. 2.