

Crimes contra a dignidade sexual e as alterações da Lei 13.718/18

Crimes against sexual dignity and the changes introduced by Law 13.718/18

DOI:10.34117/bjdv7n4-628

Recebimento dos originais: 04/02/2021

Aceitação para publicação: 01/03/2021

Mateus Magalhães Alvisi

Discente do curso de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/ Ensino Médio completo. Endereço pessoal: Rua Jovinião Ramos, nº118, apto 202. Bairro São José. CEP 39400-347.
E-mail: mateusalvisi@hotmail.com

Leandro Luciano Silva Ravnjak

Doutor em Educação pela Faculdade de Educação da UFMG. Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário FIPMoc – UNIFIPMoc. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Educação da UNIMONTES - PPG. Endereço profissional: Universidade Estadual de Montes Claros. Campus Universitário Darcy Ribeiro. Vila Mauriceia. s/n. Cep. 39.401.089. Prédio I - Sala 220. 2º Andar. e-mail: leandro.silva@unimontes.br.

Lara Andrade Dias

Discente do curso de Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/ ensino médio completo
Endereço pessoal: Rua Santa Rita de Cássia, 827. Bairro São José. CEP 39400-344
E-mail: laraandraded2@gmail.com

RESUMO

Em 25 de setembro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.718/2018, que alterou o Código Penal para tipificar os crimes de importunação sexual, de divulgação de cena de estupro, e tornar pública incondicionada a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual, crimes sexuais contra vulnerável, definir como majorante da pena o estupro coletivo e o estupro corretivo. O objetivo do presente estudo é analisar as alterações legislativas trazidas introduzidas pela Lei nº 13.718, de 25 de setembro de 2018. Trata-se de abordagem qualitativa, exploratória com o emprego de pesquisa bibliográfica e documental, tendo por referência bibliográfica a doutrina especializada, com destaque para as contribuições de Guilherme de Souza Nucci, Luís Regis Prado, Rogério Sanches Cunha e Rogério Greco. Na perspectiva documental, além da Lei Federal 13.718, de 25 de setembro de 2018, investiu-se na análise do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, que instituiu o Código Penal, e ainda na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Superior Tribunal de Justiça. Foram encontradas divergências de tratativa jurisprudencial e doutrinárias quanto a instituição dos crimes de importunação sexual e divulgação de cena de estupro, além de fortes críticas às alterações concernentes a estupro de vulnerável,

nova causa de aumento de pena e a determinação de condicionamento a representação nos crimes contra a dignidade sexual. Observou-se que foi revitalizado o debate sobre questões controversas tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência no âmbito do Direito Penal Brasileiro, evidenciando alguns pontos quanto à aplicação legal como no caso da vulnerabilidade absoluta para menores de 14 anos, no caso da incapacidade e discernimento da pessoa com deficiência e a adequação do tipo penal de divulgação de cenas de estupro no momento da consumação do delito. Ademais a lei intensifica sua rigidez com as novas causas de aumento de pena relativas ao estupro corretivo, coletivo, com resultado gravidez, doença sexualmente transmissível ou vítima deficiente e senil, como instrumentos repressivos, junto do delito de importunação sexual que tem por objetividade a tutela dos direitos sexuais.

Palavras chaves: Importunação sexual. Dignidade sexual. Liberdade sexual.

ABSTRACT

On September 25, 2018, Law No. 13,718/2018 was enacted, which amended the Criminal Code to typify the crimes of sexual harassment, dissemination of rape scene, and make public unconditioned the criminal action of crimes against sexual freedom, sexual crimes against vulnerable, define as a major penalty the collective rape and corrective rape. The objective of the present study is to analyze the legislative changes brought by Law No. 13,718 of September 25, 2018. This is a qualitative, exploratory approach with the use of bibliographic and documentary research, having as bibliographic reference the specialized doctrine, with emphasis on the contributions of Guilherme de Souza Nucci, Luís Regis Prado, Rogério Sanches Cunha and Rogério Greco. From the documentary perspective, in addition to Federal Law 13,718, of September 25, 2018, we invested in the analysis of Decree-Law no. 2,848, of December 7, 1940, which instituted the Criminal Code, and also in the jurisprudence of the Federal Supreme Court of the Superior Court of Justice. Divergences in jurisprudential and doctrinal treatment were found as to the institution of the crimes of sexual harassment and dissemination of rape scenes, in addition to strong criticism of the alterations concerning rape of a vulnerable person, a new cause for increasing the penalty and the determination of conditioning the representation in crimes against sexual dignity. It was observed that the debate on controversial issues was revitalized both for the doctrine and the jurisprudence in the scope of the Brazilian Penal Law, evidencing some points regarding the legal application as in the case of absolute vulnerability for minors under 14 years old, in the case of incapacity and discernment of the person with disability and the adequacy of the penal type of publishing rape scenes at the moment of the crime's consummation. Furthermore, the law intensifies its rigidity with the new causes of increased penalties for corrective rape, collective rape, rape resulting in pregnancy, sexually transmitted diseases, or victims with disabilities or senile, as repressive instruments, together with the offense of sexual harassment, whose objective is to protect sexual rights.

Keywords: Sexual harassment. Sexual dignity. Sexual freedom.

1 INTRODUÇÃO

Em 25 de setembro de 2018 foi promulgada pelo poder executivo a Lei 13.718/2018, de vigência imediata, promovendo mudanças na redação do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 1940), especificamente no Capítulo I – Dos crimes contra a dignidade sexual e seu processamento do Título VI; ademais, em razão de continuidade típico-normativa, a ser abordada no estudo, promoveu mudanças na Lei de Contravenções Penais (Decreto- Lei nº 3.688 de 1941).

Logo, a proposta da nova lei surge da necessidade de reanálise legislativa quanto aos crimes contra a dignidade sexual, uma vez que determinadas condutas ilícitas não possuem pleno entendimento acerca de a qual tipo penal devem ser atribuídas, sendo que as devidas penas de caráter reutivo não são revestidas de apenamento apropriado. Esta situação gera aplicações diversas para condutas criminosas semelhantes, resultando na inconsistência da aplicação legislativa para casos recorrentes na realidade brasileira que não receberam devida atenção no Código Penal.

A Lei 13.718/18, a princípio, limitava-se à criação do tipo penal de “divulgação de cena de estupro”, acrescentando aumento de pena para a modalidade de estupro envolvendo coautoria e estupro coletivo. Entretanto, um Parecer Constitutivo da Câmara dos Deputados inseriu novas matérias, ampliando a PLS nº 618/2015.

As modificações vêm com intuito de ampliar a proteção aos direitos das mulheres, crianças, LGBTs, enfermos e portadores de deficiência, ao inserir aumento de pena para os casos de estupro corretivo e coletivo; ainda, houve a inserção dos crimes de importunação sexual e divulgação de cena de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia; alteração do crime de estupro de vulnerável e inserção da irrelevância do consentimento ou da experiência sexual anterior; restrição da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, tornando-a incondicionada à representação; e nova causa de aumento de pena do crime de estupro com resultado gravidez, transmissão de doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente.

Logo, o presente estudo tem por objetivo, analisar pontualmente as alterações promovidas pela Lei Federal 13.718, de 25 de setembro de 2018.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A LEI 13.718/18

O Código Penal tem sido, nos recentes anos, alvo de diversas mudanças, uma vez

que trata dos crimes cometidos contra a coletividade, a pessoa, a vida e outros demais bens jurídicos tutelados, sendo que o Título VI recebe atenção devida do poder legislativo.

Em razão de tratar de condutas criminosas de profunda reprovabilidade, somado à vertente social a qual vem se alterando junto da aceção da sociedade diante de tais delitos, como estupro de vulnerável, ato obsceno, assédio sexual e outros, esses tipos penais têm o objetivo de proteger a dignidade sexual das vítimas, requerendo maior intensidade e rigidez na aplicação da pena por parte do judiciário, junto de maior eficácia no enquadramento legal das condutas praticadas.

Com o respectivo exemplo podemos observar os fenômenos sociais relacionados à ascensão dos direitos das mulheres e de toda a coletividade, como a publicação da Lei 12.015/09, que alterou o sujeito passivo dos crimes, modificando o termo “constranger mulher” para “constranger alguém”; ademais, o nome dado ao Capítulo I do Título VI do Código Penal passa de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, modificando o bem jurídico tutelado.

Tais mudanças, apesar de transparecerem de mera importância etimológica, alteram a aceção e aplicação da lei ao tipo penal, transacionando da violação do pudor, dos bons costumes e da mentalidade familiar de tutela à honra da família e do chefe de família para a proteção à liberdade constitucional da pessoa humana, precisamente a liberdade sexual de escolher a pessoa com quem quer se relacionar, a forma e o momento adequado para a prática de atos de cunho sexual, não somente da mulher, mas de qualquer ser humano.

O decorrer do tempo provocou diversas alterações que podem ser observadas, como no Código Criminal do Império de 1830, o qual ao tratar do crime de estupro previa o sujeito passivo como “mulher honesta”:

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena – de prisão celular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. (vide, artigo 268 Código Penal de 1890, Decreto 847 de 11 de outubro).

Estabelecia-se como causas à diminuição de pena e à extintiva de punibilidade a mulher que tinha por profissão a prostituição e a existência de vínculo conjugal com o suposto criminoso, respectivamente, em razão do débito conjugal da mulher, de acordo

com a doutrina da época, demonstrando a fragilidade da defesa dos direitos femininos e, conseqüentemente, dos direitos humanos.

A interpretação de cunho familiar dos crimes contra a dignidade sexual que prevalecia na época, já citada anteriormente, passa a ser mitigada a partir da Lei 12.015/09; entretanto, as mudanças legislativas também acarretaram em inconsistências, que foram posteriormente abarcadas pela Lei 13.718/18 – objeto do estudo em questão.

Cita-se como exemplo a alteração concernente ao atentado violento ao pudor, que foi englobado ao crime de estupro ao ocorrer a união das duas condutas em um mesmo tipo penal – exemplo de continuidade típico-normativa, excluindo-se a possibilidade de concurso material de dois crimes diversos.

Tal junção, além de abarcar as condutas descritas, acrescentou, ainda, o termo “outro ato libidinoso” ao *caput* do artigo, tornando o tipo penal de interpretação aberta, o que causou grande insegurança jurídica quanto ao apenamento de condutas diversas no mesmo tipo penal, mesmo com diferentes graus de reprovação, podendo ocasionar punição excessiva de atos que carecem da mesma seriedade que o estupro.

Em conseqüente veio a mudança referente à nomenclatura do título VI, que passou a ser intitulado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, afastando a noção de que o crime viola somente a liberdade sexual da pessoa, a fim de aproximar o bem jurídico tutelado e a violação provocada pela conduta criminosa à interpretação constitucional, sob o amparo da dignidade da pessoa humana, conceito basilar de estruturação da ordem jurídica.

3 A INSERÇÃO DO DELITO DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Inserido pela nova Lei, que trouxe consigo o advento do artigo 215-A, o recente tipo penal trata da importunação sexual e é descrito no *caput* do artigo como: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (Código Penal, 2018). Consiste em crime de natureza dolosa, com requisito do dissenso da vítima para sua consumação.

O novo tipo penal se originou devido às discussões quanto à lacuna legal relativa a condutas sexuais praticadas sem violência física ou grave ameaça. Justifica-se com o aumento do número de casos de violação à dignidade sexual, vinculados à necessidade de resposta social para a situação.

Anteriormente, a ocorrência de fatos típicos dessa natureza era abarcada por outros tipos penais, como violação sexual mediante fraude (revogado pela Lei nº 12.015/2009) ou importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais [L.C.P.] revogado pela Lei nº 13.718/2018). Esta matéria da L.C.P. não sofreu *abolitio criminis*, mas uma continuidade normativo-típica; sobre o tema, Greco elucida que “pode ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente ou mesmo criado por nova lei” (GRECO, 2015).

Retomando o tipo penal em *caput*, o delito tutela a liberdade sexual e possui forma comum para polos ativo e passivo, ressalvado a existência de menor de 14 anos, por incidir nestes casos tipo penal de estupro de vulnerável (art. 217-A) ou satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) (NUCCI, 2019). Vale ressaltar a figura do dissenso da vítima, a não anuência, sobre a qual discorre Prado:

O delito de importunação sexual pode entrar em conflito aparente de normas com o próprio crime de estupro (art. 213, CP), já que, naquele, também existe a possibilidade de perfazimento do crime com a prática de ato libidinoso, não só a conjunção carnal, desde que haja dissenso da vítima. Contudo, a discordância da vítima no crime de estupro emerge superada pelo emprego de violência ou grave ameaça, e na importunação sexual basta o seu dissenso, seu não consentimento. (PRADO, 2019).

Além da figura do dissenso, que merece destaque, é importante diferenciar o crime em questão (art. 215-A) da prática de ato obsceno (art. 233 do C.P.). Nucci (2019) diferencia os crimes quanto à vítima, que no caso do artigo 233 é voltada à coletividade e do artigo 215-A é contra alguém – pessoa humana sem distinção de gênero, e sem a sua anuência.

Já diante do Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados, torna-se claro que “[...] o ato libidinoso tipificado é aquele direcionado contra alguém, sem a sua anuência e objetificando satisfação da lascívia do agente ou de terceiro”, para que desta forma não restem dúvidas quanto ao amoldamento das condutas.

A conduta do crime se perfaz com a prática de ato libidinoso com intenção de satisfazer lascívia própria ou de outrem, atos estes que segundo Nucci (2019) seriam “masturbar-se na frente de alguém de maneira persecutória; ejacular em alguém ou próximo à pessoa, de modo que esta se constranja; exhibir o pênis a alguém de maneira persecutória; tirar a roupa diante de alguém, igualmente, de maneira persecutória”.

Observa-se que, diante das formas de conduta relatadas, todas possuem a finalidade de satisfação da lascívia, o que se vale de requisito para a ocorrência do tipo delituoso.

Seguindo a análise dos exemplos vale atentar-se para a independência de contato físico entre agente e vítima, baseando-se no RHC 70.976-MS, que decidiu acerca da irrelevância do contato físico para a ocorrência de crimes como estupro e estupro de incapaz, o que em matéria aproxima-se do crime de importunação sexual, mas sua diferenciação persiste nas peculiaridades do caso concreto.

4 ALTERAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E INSERÇÃO DA IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO E DA EXPERIÊNCIA SEXUAL ANTERIOR

4.1 A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA E SUA MATÉRIA

A princípio deve ser observada a alteração legislativa originária da Lei 13.718/2018.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

[...]

§5º As penas previstas no *caput* e nos §§1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Esta modificação implica, em matéria, na irrelevância do consentimento e da experiência sexual anterior para a aplicação da pena aos casos previstos nos §§1º, 3º e 4º do artigo em questão, que respectivamente tratam das pessoas enfermas ou deficientes mentais, casos de lesão corporal de natureza grave e gravíssima e por fim da conduta resultada em morte.

A legislação é clara e objetiva neste ponto; o operador do direito inseriu com a novação legal a irrelevância do consentimento da vítima ou o fato em si de ter mantido relações sexuais previamente ao fato típico, com aplicação respectiva aos §1º, 3º e 4º, e resta este como tema da controvérsia.

Observa-se que a intenção do legislador para o caso foi conferir maior proteção à pessoa vulnerável, assim consignando na lei o fundamentado na vulnerabilidade absoluta. Logo, a alteração representa uma mudança de paradigma no que concerne à relatividade

da vulnerabilidade, tese historicamente observada no âmbito do STF, conforme acórdão proferido no *Habeas Corpus*, nº 73.662/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado em 20 de setembro de 1996, segundo o qual a presunção da vulnerabilidade não seria absoluta e dependeria das peculiaridades de cada caso; entendimento este que não perdurou, vide Súmula nº 593 do STJ de 2017, precedente à legislação em discussão:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente (STJ, 2017).

Pode-se depreender que a alteração de 2018 veio para reiterar a aplicação da Súmula e impedir entendimentos diversos. Assim, a partir de 2018 a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos e com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, falta o discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, independe do consentimento e da experiência sexual anterior da vítima.

É possível observar que o legislador, no corpo da Súmula, trata da prática do crime contra vítima menor de 14 anos e, no corpo do texto adicionado ao Código Penal, versa sobre a figura do indivíduo vulnerável, uma vez que o §5º possui aplicação direta ao §1º, que incita os enfermos e deficientes, incapazes de discernir a natureza do ato sexual.

4.2 TRATATIVA DOUTRINÁRIA QUANTO À POSIÇÃO DO MENOR E DO INDIVÍDUO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

A discussão em estudo instiga a indagação de Nucci (2019) quanto à contraposição ao preceito da autonomia dos portadores de deficiência inaugurada pela Lei 13.146/2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Sugere o autor a aplicação da irrelevância do consentimento, como vulnerabilidade absoluta, unicamente nos casos do *caput*, contra a figura do menor de 14 anos. Logo, cabe uma análise relativizada quando voltada à figura dos enfermos ou portadores de deficiência, por serem estes capazes de anuir com o ato sexual.

O Estatuto visa promover condições de igualdade à pessoa com deficiência, assegurando suas liberdades fundamentais, além de prevenir qualquer espécie de discriminação, em razão de a pessoa portadora de deficiência possuir plena capacidade

civil, sendo capaz de se casar e constituir família, isto é, exercer suas capacidades reprodutivas e sexuais.

Assim, Prado (2019) analisa o instituto da vulnerabilidade destacado no âmbito do §5º do artigo 217-A como merecedor de uma análise sistemática, com o disposto no artigo 26 do mesmo diploma penal, que trata dos inimputáveis, pautado na incapacidade de compreensão por parte da vítima de discernir sobre o ato atentatório contra sua liberdade sexual.

Marcão (2015) interpela o assunto propondo uma interpretação sistemática ao invés de uma interpretação restritiva do dispositivo, enquanto Prado pauta-se na Teoria do Diálogo das Fontes:

[...] nada mais é do que a aplicação da teoria do diálogo das fontes, segundo a qual, diante de eventuais conflitos normativos, ao invés de simplesmente excluir-se uma norma pela outra se deve buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada (NUCCI, 2019).

Consubstanciando o entendimento da prática de atos sexuais por portadores de deficiência com a atipicidade do crime, surge, em denúncia ao Ministério Público, a necessidade da averiguação pericial, a fim de evitar a contradição legislativa, ficando a cargo da jurisprudência a análise sistemática.

O texto legal elenca as hipóteses de incapacidade de discernimento do ato sexual, que insurge na ideia de a pessoa portadora de deficiência ou enfermidade não compreender o ato de natureza sexual ou não ser capaz de exercer suas liberdades sexuais de plena consciência. Entretanto, Prado incita a humanidade de determinados indivíduos, que por vezes são capazes de anseios ou desejos, que mesmo incompreendidos são anuídos, e vale ressaltar que atos de natureza sexual não se restringem ao coito em natura.

Sendo assim, destaca-se o próprio texto do *caput* do artigo 213, que versa sobre estupro como: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (Código Penal, 2009).

Depreende-se então a necessidade de reiterar tal aplicação – a prática de demais atos libidinosos, no caso do estupro de vulnerável, que possui sua previsão em separado a fim de proteger vítimas do crime por razões análogas.

Retomando Nucci (2019), são levantadas as problemáticas questões da definição

de criança delimitada pelos 12 anos e de adolescente até os 18 anos pelo art. 2º da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (E.C.A.), que se distancia da ideia do menor previsto no Código Penal, que o elenca como com idade igual ou inferior a 14 anos em relação a crimes de natureza sexual, e menor de 18 anos em relação à prossecução penal, como indicativos de contraposição doutrinária embasados no E.C.A., junto da revogação do artigo 224 em 2009, e da Lei 12.015/09 que tratava da presunção de violência, validando a relativização da ideia de vulnerabilidade em análise de caso concreto.

Desta forma, afirma Cezar Roberto Bitencourt (2019) que a relativização da presunção de vulnerabilidade resta incompatível com o Direito tornar a presunção em absoluta, até porque fatos pouco significativos praticados entre adolescentes poderiam levar a imposições indevidas de medidas socioeducativas. Bitencourt ainda alega a violação do princípio de lesividade quando inserida a vulnerabilidade absoluta ao caso.

Logo, entende que:

[...] Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de 12 anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, que se provar que, em razão de maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato (BITENCOURT, 2019).

Apesar de Bitencourt obstar a idade a ser considerada de 12 anos de idade, ademais a diferentes acepções de idade infantil para fins diversos, como elegibilidade, capacidade civil ou penal, pesa-se a consideração relativa aos 14 anos, devido à proteção do vulnerável. Entretanto, persiste a controvérsia da tipificação do crime quando a vítima possuir idade entre 14 e 18 anos; não sendo esta reconhecida como vulnerável, deve observar a denúncia do crime como “estupro” (art. 213 do Código Penal).

5 INSERÇÃO DO DELITO DE DIVULGAÇÃO DE CENAS DE ESTUPRO, ESTUPRO DE VULNERÁVEL, SEXO OU PORNOGRAFIA

O crime em questão foi matéria de novação jurídica em razão da crescente utilização de meios eletrônicos para a prática de crimes, não constatando único meio, mas como crescente desde a revolução da informatização dos anos 2000. Dessa forma, o legislador busca frear e prevenir as vertentes criminosas digitais.

Diante dessa situação vale ressaltar duas figuras criminosas alvo da inserção do delito, relacionadas à inexistência de barreiras internacionais na internet, o que torna universal o objeto do crime: a divulgação de pornografia infantil e o surgimento do “*revenge porn*” (pornografia de vingança).

Enquadrado no novo artigo 218-C do C.P., o novo tipo traz ainda uma causa de aumento de pena (§1º) e uma causa de exclusão de ilicitude (§2º). O *caput* elenca os verbos no infinitivo que explicitam o caráter exemplificativo do crime, são eles: “oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia”.

Esse tipo penal tutela o direito à liberdade sexual, intimidade sexual e à imagem da pessoa, ressaltando que para configurar o *caput* pode ser realizado qualquer dos atos sem o consentimento da vítima, abarcando também as práticas de apologia para com os tais crimes citados, segundo Prado (2019). Os sujeitos do crime remetem ao crime já citado de prática de ato obsceno, sendo sujeito ativo o praticante do verbo e o passivo a coletividade.

A conduta do crime pode ser analisada como de forma livre, uma vez que o código demarca expressamente que pode ser realizada “por qualquer meio”, quando abordada no *caput* do tipo penal a prática do verbo. Assim, o exaurimento do crime pode se dar nas várias formas citadas.

A tentativa é possível, uma vez que o agente, na prática do fato antijurídico, pode ser interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade.

Para a causa de aumento de pena de 1/3 até 2/3 o legislador preconizou as situações de divulgação de conteúdo abarcado no tipo penal por motivações vingativas ou de humilhação da vítima, o que provoca maior reprovabilidade da conduta criminosa, e a pena deve ser estabelecida de acordo com a proporcionalidade. Nucci (2019) traz os exemplos da divulgação por um parceiro sexual casual de uma única noite e uma noiva, exemplificando o primeiro caso como digno de aumento de 1/3 e o segundo de 2/3.

Vale ressaltar que anteriormente à publicação da Lei 13.718/18 a jurisprudência tratava da hipótese de aumento de pena como injúria majorada, que, segundo o entendimento do STJ, enquadrava-se no artigo 141, inciso III do C.P.; ademais, destaca-se a observação do artigo 154-A de invasão de dispositivo informativo, que poderia concorrer em concurso material com o crime em questão.

Em tratamento do artigo 218-C, o caso de exclusão de ilicitude ocorre nos casos de pessoa maior de 18 anos que anui a divulgação, segundo Nucci (2019), para fins jornalísticos, científicos, artísticos e acadêmicos, com o requisito de acompanhar recursos que impossibilitem a identificação; Prado (2019) adiciona que mesmo se o conteúdo for de natureza criminosa não constitui o ilícito do artigo 218-C.

Por fim cabe estudo quanto à pena prevista vir acompanhada da expressão “[...] se o fato não constitui crime mais grave”, frase inserida pelo legislador para limitar a aplicação frente à figura do menor de 14 anos que é protegido pelo E.C.A., que na subsunção do fato possui previsão especial.

6 RESTRIÇÃO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Para a matéria da alteração do artigo 225 do C.P. vale traçar a breve evolução do rito penal desde as alterações feitas pela Lei 12.015/09, o qual antes de sua publicação prevalecia a ação penal privada, ressalvada a súmula 608 do STF que previa: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Assim, a referida lei de 2009 inseriu a forma de ação penal pública condicionada à representação, com duas exceções para vítimas menores de 18 anos e vulneráveis, que receberiam a modalidade de ação pública incondicionada.

Com o advento da nova lei de 2018 observa-se no Parecer Substitutivo da Câmara a intenção do legislador de impossibilitar a ocorrência de impunidade do agente criminoso, assim evitando o aumento no número de casos de crimes de natureza sexual e a repressão do agente contra a vítima, além de tornar não exigível a representação da vítima para o oferecimento da denúncia nas hipóteses em que antes era indispensável.

A ideia legislativa foi tornar uniforme a ação penal nos crimes sexuais – tipificados nos capítulos I e II do Título VI do C.P. – de rito penal público incondicionado. Acerca da matéria, Nucci (2019) critica: “Não andou bem o legislador ao padronizar a publicidade da ação penal o ideal seria considerar casos violentos como ação pública incondicionada; casos sem violência, ação pública condicionada ou privada”.

Dissertando o pouco caso do legislador para com o citado no Parecer Substitutivo “[...] receio de eventual ‘escândalo no processo’ seja motivo bastante para evitar a

persecução penal de crimes tão bárbaros”, Nucci contrapõe: “Desse modo, o denominado escândalo do processo foi colocado em segundo plano”.

“A pessoa sexualmente ofendida não pode mais abafar o caso, evitando especulações inconvenientes” (NUCCI, 2019) – neste momento o autor referencia o processo de revitimização, chamado de “*strepitus judicii*”, questão em que o processo de investigação, colhimento de provas e a audiência afeta a esfera de intimidade da vítima, já violada.

Entretanto, a intenção do legislador foi trazer para o Estado a tutela e dominância sob o rito e processo, a fim de, através do Ministério Público, assegurar o processo dos crimes em questão, afastando casos de inobservância legal com a tentativa de que, em razão de não ser necessária anuência da vítima para instauração do processo, menos casos ficassem impunes por ausência de representação.

Vale ressaltar que antes da forma condicionada à representação existia a vertente privada, a qual foi criticada devido à impunidade de agressores que não eram denunciados em razão de temor de represálias por parte da vítima, situação predominante nos casos em que os crimes se davam em ambiente doméstico.

Assim, observa-se a tendência do legislador de centralizar a responsabilidade pelo impulso processual nas mãos do judiciário.

Ao momento da anterior alteração para a forma condicionada, Lei 12.015/09, o Procurador Geral da República ingressou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade para os casos de resultado morte ou lesão corporal grave, sob a alegação de ofender os princípios da proteção eficiente e dignidade da pessoa humana, devendo a ação ser incondicionada à representação, pela possibilidade de insurgir extinção da punibilidade para casos em andamento, por passar a exigir representação da vítima.

Resta demais exemplo da implicação da Lei 12.015/09 sob a Lei 13.718/18.

7 AS NOVAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PARA ESTUPRO COLETIVO E CORRETIVO

Art. 226. A pena é aumentada:

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

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

- III - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado:
Estupro coletivo
a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;
Estupro corretivo
b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima

As novas causas de aumento de pena foram abarcadas no inciso IV do artigo 226 do C.P. com duas hipóteses: o caso de estupro coletivo “mediante concurso de duas ou mais pessoas” e o estupro corretivo “para controlar o comportamento social ou sexual da vítima”.

De acordo com Prado (2019), a aplicação do inciso IV na hipótese de concurso de agentes diverge do inciso I que também trata do concurso de pessoas. Ele afirma que a ideia do legislador foi interpor a hipótese do inciso IV para os crimes de estupro e estupro de vulnerável: “Esta agravante atua na medida do injusto, implicando maior desvalor da ação, visto que o concurso de pessoas propicia maior facilidade e eficiência na concreção do delito”. Já o inciso I é aplicado aos demais crimes contra a dignidade sexual, diferenciando-os no grau de reprovabilidade da conduta gravosa.

Quanto à figura do estupro corretivo Nucci (2019) exemplifica o tipo com base no controle de comportamento, abordando a situação prática, o “*estuprum violetum*”, como repressão à sexualidade homoafetiva: “o objetivo da violência sexual é *corrigir* o ‘pretensão’ erro na demonstração de sua orientação sexual, ou seja, estupra-se a mulher lésbica para que ela ‘entenda’ ser ‘mulher’” – exemplo que demonstra a fundamentação da causa de aumento de pena fundada nos requintes de crueldade e motivada por ódio e preconceito.

8 A NOVA CAUSA DE AUMENTO DE PENA POR GRAVIDEZ, DOENÇA SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEL E VÍTIMA IDOSA OU DEFICIENTE

O artigo 234-A tem por conteúdo o aumento de pena em geral por resultado ou agente passivo específico, em contraponto ao artigo 226, que referencia somente os crimes incluídos nos capítulos I e II. Logo, ele atribui a pena majorada ao resultado gravidez de 1/2, legislação anterior, para 2/3 da pena cominada, e de 1/6 até 1/2 para de 1/3 a 2/3 na hipótese de transmissão de DST, vítima idosa ou pessoa com deficiência.

Vale ressaltar que, para fins de interpretação, a pessoa idosa, segundo o artigo 1º da Lei 10.741/03, é a pessoa com idade igual ou superior a 70 anos. Já a pessoa portadora

de deficiência é definida no Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, artigo 2º da Lei 13.146/15:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação

Outro aspecto a ser analisado é a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* – dupla imputação penal, por uma única conduta delituosa – na hipótese do artigo 217-A §1º (estupro de vulnerável), previsto com vítima vulnerável em razão de enfermidade ou deficiência, e o inciso IV do artigo 234-A.

Desta forma, recomenda Marcão (2015) que no crime de estupro seja levado em consideração a elementar do artigo 217-A, ao invés da imputação da forma majorada, uma vez que o tipo penal possui previsão exclusiva, intentando punição proporcional ao grau de reprovabilidade.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual contexto mundial, em que a luta pelos direitos humanos se intensifica diariamente, o Direito se caracteriza como regulador das relações sociais, sendo o responsável pela organização da sociedade. Isso faz com que as normas legais tenham que se atualizar regularmente, de acordo com o contexto social e jurídico da atualidade.

Sabe-se ser responsabilidade do Estado o direito à liberdade, segurança e proteção de seus governados, devendo ele se atentar quanto à prevenção de delitos que infrinjam tais direitos e a garantia da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, o Código Penal deve estar sempre em harmonia e equilíbrio com relação às condutas ilícitas e suas devidas punições, tendo as atuais mudanças legislativas o intuito de cumprir com estes objetivos.

À medida que as ilicitudes ganham maiores proporções e novas ocorrências, levando-se em consideração a função punitiva e corretiva do Direito Penal e sabendo-se

que somente se recorre a ele como último recurso é inadmissível e incoerente com o objetivo em vista que haja lacunas em seu corpo legal, uma vez que a sociedade confia em sua justiça para a garantia de sua segurança e bem-estar.

Cita-se como exemplo das ocorrências que ganharam atenção nacional e que foram base para o desenvolvimento da Lei nº 13.718/18 o episódio em que um homem ejaculou no corpo de uma passageira de ônibus na cidade de São Paulo no ano de 2017; indiciado pelo crime de estupro (art. 213 C.P.), o agente ficou momentaneamente detido e logo após foi posto em liberdade. Na semana seguinte, praticou novamente o mesmo ato. Estes fatos levantaram a discussão acerca de qual crime estava sendo praticado, já que não havia o emprego de violência ou grave ameaça para se caracterizar como estupro, mas também não era possível o enquadramento da conduta em outro tipo penal.

Episódios como esses se tornaram cada vez mais frequentes, ganhando notoriedade nacional e causando grande comoção em todo o país, por meio de manifestações e lutas em prol dos direitos das mulheres e de todos. Todo esse contexto faz com que as lacunas legislativas sejam cada vez menos toleráveis, exigindo medida urgente e eficaz para a resolução da questão.

Encontra-se no exposto acima a justificativa para a promulgação da Lei nº 13.718/18, ao tornar novas condutas ilícitas, alterar o tipo de ação penal em determinados crimes e estabelecer causas de aumento de pena para certos tipos penais.

As mudanças trazidas pela nova lei visam fortalecer a proteção aos direitos humanos, em especial aos dos grupos mais fragilizados pelo passado histórico marcado pelo preconceito e desigualdade de direitos, como as mulheres e os LGBTs, e também aqueles que naturalmente exigem maior cuidado e atenção, como as crianças e os idosos.

O crime de importunação sexual (art. 215-A C.P.) tipifica condutas que não se enquadram no crime de estupro (art. 213 C.P.), devido à ausência de violência ou grave ameaça, ao mesmo tempo em que recupera características do atentado violento ao pudor (art. 214 C.P. – revogado), englobado ao crime de estupro em 2009. Isso permite que um rol mais amplo de condutas sejam criminalizadas, repreendidas e punidas, causando maior segurança jurídica e fortalecendo a função preventiva das leis penais.

Exemplos de tais condutas que devem ser consideradas ilícitas e que anteriormente a esta lei adentravam nas lacunas legislativas são os diversos casos de assédios direcionados principalmente a mulheres em espaços públicos e nos meios de

transportes, em que diariamente sofrem com contatos físicos indesejados e desrespeitosos e até mesmo atos mais graves.

Para esse mesmo fim, a lei tipifica a divulgação de cenas de estupro ou de cenas de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia – prática que, além de estimular demais indivíduos a realizarem a mesma conduta, constitui tamanho desrespeito ao direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (art. 5º, X CRFB/88). Portanto, grande importância possui este tipo penal em relação ao atual contexto em que as relações sociais se tornam cada vez mais virtuais. A frequente ocorrência de crimes realizados por meio da web traz a necessidade da atualização do Código Penal, o que foi feito com as alterações pontuais da Lei nº 13.718/18.

Em muitos casos de violência criminosa o violador ou até mesmo a vítima não tem conhecimento de que tal ato constitui uma ilicitude e dá ensejo a punições; por vezes até mesmo as autoridades competentes não conseguiram enquadrar tais condutas em algum tipo penal. A nova lei reforça, portanto, a importância da dignidade da pessoa humana e a necessidade do respeito às liberdades individuais, na medida em que determina a pena proporcional a cada conduta especificada no Código Penal.

Com o devido equilíbrio e em simultânea proteção às liberdades individuais, a Lei nº 13.718/18 cuida dos grupos mais vulneráveis e das vítimas de tais atos sem gerar limitação excessiva à liberdade de escolha das mesmas, pois considera o ato no caso concreto, julgado independentemente do passado da vítima, na mesma proporção em que cuida do amadurecimento dos jovens menores de 14 anos, que ainda não desenvolveram completamente o seu senso crítico e sexual. Isto é visto no §5º do art. 217-A, que determina a aplicação da pena ainda que tenha havido o consentimento da vítima e independentemente de ela já ter mantido relações sexuais anteriormente ao fato criminoso.

As causas de aumento de pena nos crimes contra a dignidade sexual (art. 226, II e IV) reforçam a importância da responsabilidade daqueles que detêm a guarda e o dever de cuidado para com a vítima, demonstrando a importância dos laços familiares – consanguíneos, afetivos ou legais – na proteção dos direitos de seus tutelados, em respeito ao princípio constitucional da solidariedade familiar e o consequente dever de assistência dos pais aos filhos.

Nos casos do inciso IV – estupro coletivo e estupro corretivo –, teve o legislador a clara intenção de punir mais severamente os atos mais gravosos e reprováveis, respeitando o princípio da proporcionalidade ao delimitar a pena de acordo com a gravidade da conduta. Mudança esta muito assertiva e que auxilia na prevenção de tais condutas.

Para finalizar e reforçar a ideia de proteção aos grupos mais vulneráveis e aumentar a punição aos atos mais graves, a lei altera o tipo de ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, retirando seu caráter facultativo e tornando-a pública incondicionada, o que aumenta o poder de proteção do Estado às vítimas e impede que condutas ilícitas fiquem impunes devido ao medo da denúncia.

Observa-se, portanto, que a nova lei é, em diversos aspectos, mais gravosa que o sistema vigente anteriormente a ela. Essa é uma característica de grande relevância, que se deu devido à necessidade de assim o ser. Vê-se que as alterações legislativas acompanham as mudanças da sociedade e atende às expectativas sociais. O desenvolvimento da nova lei buscou, ainda, adequar-se às tendências internacionais das legislações de países mais desenvolvidos, que contemplam tipos penais intermediários.

A Lei nº 13.718/18, portanto, objetivou o preenchimento de lacunas legislativas que causavam grande insegurança nos cidadãos e que dificultavam o enquadramento de determinadas condutas que eram realizadas na prática, mas não eram tipificadas em lei.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4. Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>>. Acesso em: 15 set 2020, às 13h00.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago 2020, às 14h35.
- BRASIL. *Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015 (nº 5.452/2016, nesta Casa), apresentado em 16 de maio de 2018*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132479>. Acesso em: 30 ago 2020, às 16h47.
- BRASIL. *Recurso desprovido*. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016).
- Centro de Apoio Operacional das Promotorias. *Lei nº 13.718/2018 Crimes Contra a Dignidade Sexual: Breves apontamentos*. Curitiba. (PR). Ministério Público do Estado do Paraná, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018*. Disponível em <www.vorne.com.br. Acesso em: 25 ago 2020, às 8h20.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Volume I. 17 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro. (RJ): Impetus, 2015.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal*. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. São Paulo. (SP). Ed. Método, 2018.
- NUCCI, Guilherme Souza. *Curso de Direito Penal vol. III*. Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019.
- PRADO, Luís Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro. Parte especial (arts 129 a 249 C.P)*. Rio de Janeiro. (RJ). Ed. Forense Ltda, 2019.
- SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. *Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em: 24 jan 2021, às 18h50.