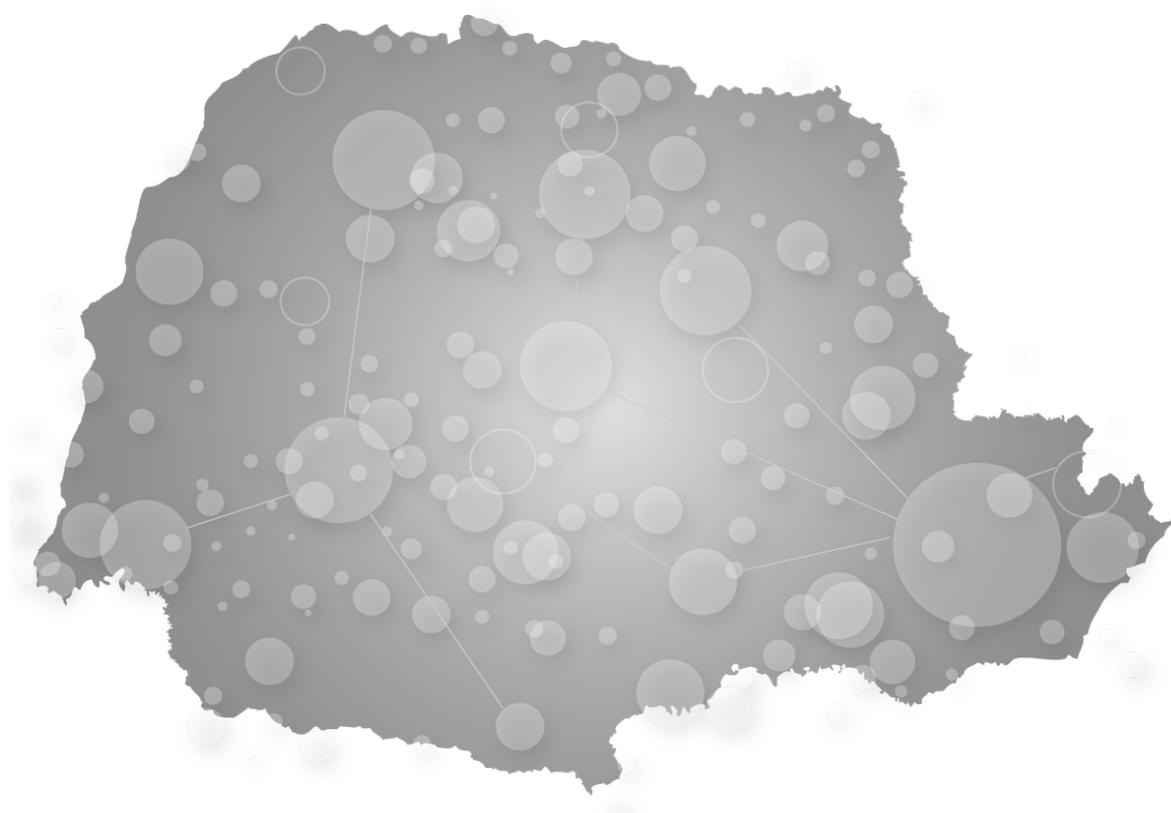


Lei nº13.718/2018

Crimes contra a Dignidade Sexual

Breves Apontamentos



Curitiba

2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

Coordenação

Cláudio Rubino Zuan Esteves (Procurador de Justiça/MPPR)

Coordenação e Revisão dos Trabalhos

Alexey Choi Caruncho (Promotor de Justiça/MPPR)

André Tiago Pasternak Glitz (Promotor de Justiça/MPPR)

Ricardo Caseb Lois (Promotor de Justiça/MPPR)

Apoio Técnico

Ana Paula Moreira

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO.....	4
II. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N° 13.718/2018.....	5
a) Artigo 215-A: Inserção do novo delito de importunação sexual.....	5
a.1) “Pessoa específica”.....	7
a.2) Vítima menor de 14 anos.....	8
b) Artigo 217-A, § 5º: Alteração do crime de estupro de vulnerável e irrelevância do consentimento e da experiência sexual.....	9
c) Artigo 218-C: Inserção do novo delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia.....	12
c.1) Vítima menor de 14 anos.....	13
d) Artigo 225: Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.....	14
e) Artigo 226, IV: Estupros coletivo e corretivo.....	18
f) Artigo 234-A: Nova causa de aumento por gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente.....	20
III. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	22

LEI Nº 13.718/2018 E CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

BREVES APONTAMENTOS

I. INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO

Em 25 de setembro de 2018 foi publicada pelo Poder Executivo a Lei nº 13.718/2018, de vigência imediata (art. 4º), promovendo mudanças na redação no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), especificamente em relação aos crimes contra a dignidade sexual e seu processamento, bem como na Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Em síntese, propala-se que as alterações ampliaram a rede de proteção a mulheres, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, aumentando as penas para os crimes de estupro coletivo, importunação sexual e divulgação de fotos e vídeos sem autorização, além de tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

O texto aprovado pelo Senado Federal, em maio de 2016 – PLS nº 618/2015 –, limitava-se a criar o tipo penal consistente na *divulgação de cena de estupro* (art. 218-C do Código Penal), acrescentando uma causa de aumento de pena específica para os casos de estupro coletivo, assim considerado aquele cometido em concurso de duas ou mais pessoas.

O Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, no entanto, ampliou consideravelmente o projeto inicial, em razão do apensamento de diversos projetos de lei que também buscavam modificações nos crimes afetos à dignidade sexual.

No presente material, pretende-se apresentar uma breve análise acerca daqueles aspectos da nova legislação que merecem uma cautela

diferenciada, em especial em face do seu potencial em gerar maiores controvérsias entre intérpretes e operadores jurídicos.

Longe da pretensão de realizar uma análise detalhada de cada uma das alterações produzidas, com esta publicação nossa Equipe optou pela análise pontual a partir dos critérios mencionados, procurando compilar, sempre que possível, eventual material doutrinário que já tenha começado a ser divulgado a respeito do tema, acreditando que possa ele servir de subsídio para despertar a reflexão crítica que a inovação legislativa merece.

II. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N° 13.718/2018

a) Artigo 215-A: Inserção do novo delito de importunação sexual

Com o advento da Lei n° 13.718/2018, foi acrescentado ao texto do Código Penal o art. 215-A, que trouxe a figura da “importunação sexual” ao ordenamento penal brasileiro:

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.

De acordo com o Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados, a inclusão se justificaria em razão do aumento nos registros de casos de violação à dignidade sexual em todo o país nos últimos tempos. Decorria, justamente, de discussões levantadas acerca da lacuna na lei penal para amoldar condutas praticadas *sem violência física ou grave ameaça*, às quais o apenamento previsto para a contravenção penal tipificada no art. 61 da Lei de Contravenções Penais se mostrava insuficiente.

De fato, antes da mudança, as figuras típicas possíveis para atos dessa natureza seriam o *estupro* (art. 213, Código Penal), a *violação sexual mediante fraude* (art. 215, Código Penal) ou a *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61, Lei de Contravenções Penais).

Existia forte divergência, porém, quanto à aplicação de um ou outro destes dispositivos. Isso porque, em alguns dos casos, os abusos não consentidos decorriam de um ataque surpresa à vítima, sem violência, nem intimidação, e sem lhe dar oportunidade de manifestar sua repulsa.

Num cenário como este, ao que parece, viu-se a necessidade de alterar a legislação penal, fazendo-o com o acréscimo do art. 215-A, no qual se procurou tornar mais clara a potencialidade de punibilidade desta modalidade criminal e de outras condutas semelhantes.

Sem embargo do móvel legislativo, a redação do artigo, porém, merece alguns destaques.

Há de se observar, inicialmente, que com o novo dispositivo não mais haverá de sugerir-se a possibilidade de **aplicação do artigo 213** para situações como as ora tuteladas. Afinal, o crime de estupro exige, para sua configuração, que a conduta seja praticada “mediante violência ou grave ameaça”. Ademais, exige-se a presença do “constrangimento à prática de ato libidinoso”, o que não se verifica dentre as elementares do art. 215-A.

Esta é a razão pela qual, inclusive, o preceito secundário do novo dispositivo ressalte que sua aplicação só terá vez “se não constituir crime mais grave”. Uma previsão que, em certa medida, faz com que a falta de anuência da vítima seja ínsita ao novo tipo e não possa ser suficiente para, por si só, caracterizar o exigido “constrangimento” previsto para o delito de estupro¹.

Merece atenção, ainda, que a partir do novo dispositivo, a **contravenção penal** que recebia o nome de “importunação ofensiva ao pudor” acabou por ser revogada.

¹ A advertência é de Rogério Sanches Cunha, para quem “a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento, que aqui deve ser compreendido no sentido próprio que lhe confere o tipo do estupro – obrigar alguém à prática de ato de libidinagem –, não no sentido usual, de mal-estar, de situação embaraçosa, ínsita ao próprio tipo do art. 215-A e um de seus fundamentos” (CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018**. Disponível em: www.vorne.com.br. Acessado em: 02 de outubro de 2010. p. 4).

Neste ponto, tal qual tem ressaltado a doutrina², não se trataria propriamente de uma hipótese de *abolitio criminis*, mas de “*continuidade normativo-típica*” tendo em vista a migração do conteúdo da norma que passou a estar prevista pelo novo tipo.

Sobre o princípio da continuidade normativo-típica, explica Rogério GRECO³:

“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. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido uma abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina de *continuidade normativo-típica*”. Não ocorrerá, portanto, a *abolitio criminis*, mas, sim, a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constando de outro tipo penal”.

Assim, se por um lado a nova Lei não poderá incidir sobre eventuais situações fáticas já ocorridas que então se adequavam à contravenção penal do art. 61 (*novatio legis in pejus*), tampouco há de aventar-se a possibilidade de reconhecimento de *abolitio criminis*.

a.1) “Pessoa específica”

Tem sido destacado que o tipo em estudo exige que a conduta delitiva seja voltada à “pessoa específica”, sob pena de recair noutra tipo penal, tal como o art. 233, que pune a prática de ato obsceno em lugar público⁴.

Neste particular, verifica-se que coube, precisamente, ao Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados trazer uma redação mais precisa e objetiva ao art. 215-A, no intuito de “deixar 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”.

Afastou-se, com isso, qualquer possibilidade de interpretação que tentasse subsumir ao dispositivo a conduta tipificada que não venha a ser direcionada a uma vítima concreta.

² CUNHA, Rogério Sanches. **Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018**. Disponível em: www.vorne.com.br. Acessado em: 02 de outubro de 2010. p. 3.

³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume I. 17 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 164.

⁴ CUNHA, p. 4.

a.2) Vítima menor de 14 anos

Aquelas hipóteses em que o crime for praticado contra vítima menor de 14 anos, definitivamente, merecem atenção diferenciada por parte dos intérpretes. Isto porque, estes casos poderão dar ensejo a outra modalidade delitiva, cuja adequação dependerá das peculiaridades do caso concreto.

A título de exemplo, reporta-se ao entendimento consagrado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que, ao julgar o RHC 70.976-MS, decidiu que para a consumação dos delitos previstos nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, é irrelevante que haja o contato físico entre o ofensor e o ofendido. No caso em apreço, o agente praticou ato diverso da conjunção carnal, consistente na “contemplação lasciva” da vítima⁵. Confira-se:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. CONTEMPLAÇÃO LASCIVA DE MENOR DESNUDA. ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. TESE RECURSAL QUE DEMANDA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

O *Parquet* classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda. Discute-se se a inocorrência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal - CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuará pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da

⁵ Julgado publicado no **Informativo nº 0587**, referente ao período de 1º a 16 de agosto de 2016, elaborado pela Secretaria de Jurisprudência do STJ para divulgação das principais teses jurisprudenciais firmadas pelos órgãos julgadores do Tribunal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270587%27>. Acesso em 07 de novembro de 2018.

ação penal.

In casu, revelam-se pormenorizadamente descritos, à luz do que exige o art. 41 do Código de Processo Penal - CPP, os fatos que, em tese, configurariam a prática, pelo recorrente, dos elementos do tipo previsto no art. 217-A do CP: prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com vítima menor de 14 anos. A denúncia descreve de forma clara e individualizada as condutas imputadas ao recorrente e em que extensão elas, em tese, constituem o crime de cuja prática é acusado, autorizando o pleno exercício do direito de defesa e demonstrando a justa causa para a deflagração da ação penal.

Nesse enredo, conclui-se que somente após percuciente incursão fática-probatória seria viável acolher a tese recursal de ausência de indícios de autoria e prova de materialidade do delito imputado ao recorrente. Tal providência, contudo, encontra óbice na natureza célere do rito de *habeas corpus*, que obsta a dilação probatória, exigindo que a apontada ilegalidade sobressaia nitidamente da prova pré-constituída nos autos, o que não ocorre na espécie.

Assim, não há amparo para a pretendida absolvição sumária ou mesmo o reconhecimento de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal para apuração do delito.

Recurso desprovido. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016). (grifamos)

Em tais condições, o tipo mescla-se, ainda, ao quanto previsto no artigo 218-A do Código Penal, que pune a *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*.

De acordo com alguns escritos que já começaram a surgir, “se a prática ocorrer na presença de menor de 14 anos, ou ele for induzido a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, estará caracterizado o crime do art. 218-A do CP, punido com reclusão de dois a quatro anos”⁶.

Como recorda MARCÃO⁷, porém, deve-se atentar que antes da vigência da Lei nº 12.015/2009, que inseriu o referido art. 218-A, a prática de atos libidinosos na presença de menores de catorze anos figurava como fato penalmente atípico, “de vez que não enquadrável em qualquer tipo legal então existente”.

⁶ CUNHA, p. 4

⁷ 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. p. 232.

b) Artigo 217-A, § 5º: Alteração do crime de estupro de vulnerável e irrelevância do consentimento e da experiência sexual

Dentre as alterações trazidas pela recente lei, merece ainda destaque o parágrafo 5º inserido no artigo 217-A do Código (estupro de vulnerável), dispondo que as penas previstas no *caput* do artigo e em seus parágrafos 1º, 3º e 4º aplicam-se *independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ter ela mantido relações sexuais anteriormente ao crime*.

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.

Tal qual constou no Substitutivo da Câmara dos Deputados, a proposta do acréscimo do parágrafo em comento teve o propósito de conferir maior proteção à pessoa vulnerável e impedir decisões que afastavam a incidência do crime de estupro de vulnerável por motivos outros que não fosse tão somente a idade da vítima:

“A adoção desse dispositivo tem por objetivo conferir maior proteção à pessoa vulnerável, sobretudo para impedir a sedimentação de entendimentos jurisprudenciais que afastem a incidência do crime de estupro de vulnerável pelo fato de a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores à ocorrência do crime, **mormente porque o dispositivo referido adota critério objetivo para a caracterização da vulnerabilidade, qual seja, ser a vítima menor de quatorze anos de idade**”⁸.

Observa-se que, anteriormente à definição do tipo penal de estupro de vulnerável, havia grande polêmica acerca da *natureza absoluta ou relativa da presunção de violência*, então prevista pelo artigo 224 do Código Penal.

Com a supressão do dispositivo e, bem assim, da elementar “constranger”, até onde se vê, a dúvida sobre a necessidade de consenso do vulnerável restou afastada, quiza tomando como referência, precisamente, a tutela

⁸ Justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015 (PL nº 5452-B/2016 na Câmara dos Deputados). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acessado em: 01 de outubro de 2018.

mais ampla desejada pelo legislador das últimas alterações, ou seja, a *dignidade sexual* e não a mera *liberdade sexual* de outrora.

Não obstante, conforme inclusive consta no mesmo Parecer da Câmara dos Deputados, *a alteração apresentada buscou tornar clara a irrelevância penal de a vítima menor de catorze anos anuir com o ato ou possuir experiência sexual anterior*. Para isso, repetiu, em parte, a conclusão da **Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça**, a qual já determinava que o crime de estupro de vulnerável se configuraria “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*”.

Asseverou-se, por fim, que “embora essa tenha sido a intenção do legislador quando criou o tipo penal previsto no art. 217-A do Código Penal, a jurisprudência de alguns tribunais permanecia, ainda, oscilando sobre o tema”⁹, o que justificaria a inserção do parágrafo em comento.

Questão de maior dificuldade diz respeito à **incidência do dispositivo à vítima portadora de enfermidade ou deficiência mental** incapaz de discernimento para a prática do ato. Neste particular, CUNHA¹⁰ defende que o referido § 5º conflitaria com os princípios que regem a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). E isso tendo em vista que a aplicação da pena do *caput* aos parágrafos 1º, 3º e 4º do artigo, nos termos aprovados, acabaria por restringir a abrangência do Estatuto, que visa garantir uma maior autonomia possível às pessoas com deficiência.

Arguiu-se, ainda, que seu conteúdo se desarmonizaria, até mesmo, com o disposto no § 1º, segundo o qual incorrerá nas mesmas penalidades aquele que praticar as ações do *caput* contra alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, “não tem o necessário discernimento para a prática do ato”.

⁹ 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>. Acessado em: 01 de outubro de 2018..

¹⁰ CUNHA, p. 13.

Diante deste descompasso, sugere o referido autor o emprego de uma *interpretação restritiva* do dispositivo, de modo a aplicá-lo tão somente aos casos que envolvam o *caput* do art. 217-A, ou seja, menores de catorze anos. Neste sentido, aquelas situações que envolvam pessoas portadoras de deficiência devem ser objeto de uma “interpretação sistemática” do ordenamento jurídico:

“No caso dos deficientes, faz-se interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual. Isto 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 deve-se buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada. Devemos ter em mente, ademais, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem inspiração na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York em 2007 e incorporada em nosso ordenamento jurídico com *status* supralegal. Segundo seu art. 19, os Estados subscritores “reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade (...)”. **Ora, diante de disposição tão clara, que se sobrepõe ao texto da lei ordinária, não há como admitir que a Lei 13.718/18 incida para limitar a liberdade de escolha de alguém que, não obstante seja deficiente, é capaz de se autodeterminar**”. (destacamos)

Neste particular, no entanto, parece mostrar-se mais ponderada a posição assumida por Renato MARCÃO¹¹, para quem *deve-se atentar para a existência de distintos níveis de deficiência*, os quais necessariamente devem interferir na aplicação da norma:

“Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade”.

Todo este cenário, como se vê, demanda cautela na aplicação do § 5º do art. 217-A. É que o simples fato de ter havido relações sexuais com pessoa com deficiência poderá não configura, por si só, o crime de estupro de vulnerável. Será necessário, enfim, acautelar-se pericialmente da inexistência do necessário discernimento para a prática do ato, evitando-se um enfrentamento doutrinário que, ao que tudo indica, será trasladado ao âmbito jurisprudencial.

¹¹ MARCÃO, p. 197.

c) Artigo 218-C: Inserção do novo delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia

Fez parte das alterações promovidas pela Lei 13.718/2018, ainda, o acréscimo do art. 218-C ao Código Penal, trazendo uma **causa de aumento de pena** (§ 1º) e uma **causa de exclusão da ilicitude** (§ 2º).

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

Pena - reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

Ao fazer expressa referência à expressão “analogia”, a redação trazida induz o intérprete, inadvertidamente, ao quanto previsto no artigo 287 do Código Penal, ao estabelecer o crime de “apologia de crime ou criminoso”.

Esta aproximação, no entanto, tende desde logo a gerar problemas interpretativos. Neste sentido, basta ver que, diferentemente do quanto previsto no artigo 287, no presente artigo não há qualquer referência há necessidade de que um crime “já ocorrido”.

Tem sido compreendido, ademais, que o parágrafo primeiro voltou-se à responsabilização da prática do chamado “revenge porn”, expressão vinculada àquela conduta do agente que, inconformado com o término de um relacionamento, venha a praticar uma das condutas previstas no tipo para retaliar-se do(a) ex-parceiro(a).

Costuma advertir-se que antes da nova Lei nosso ordenamento não contemplava um tipo penal específico para estas condutas, restando à vítima o pleito de indenização na esfera cível.

Boa parte dos Tribunais¹², porém, tentava subsumir o comportamento analisado ao de *injúria majorada*, na forma do art. 141, inciso III, do Código Penal, em razão de ter sido cometida por meio facilitador da divulgação da ofensa.

Sob a perspectiva penal, até onde se vê, esta interpretação tenderá a ser absorvida a partir da promulgação legislativa ora analisada.

Impera observar, por fim, que desde as alterações promovidas pela Lei nº 12.737/2012, o Código Penal já prevê em seu art. 154-A o delito de “invasão de dispositivo informático”, o qual encontra-se inculcado no Capítulo referente aos crimes contra a liberdade individual. Embora este dispositivo não absorva a esfera da dignidade sexual, não seria exagerado aventar-se – conforme as circunstâncias do caso concreto - eventual concurso material com o novo tipo penal na hipótese em que o agente obtém a mídia violando um dispositivo informático e, a partir daí, repassando seu conteúdo a terceiro.

c.1) Vítima menor de 14 anos.

Tal como mencionado a respeito do artigo analisado no tópico anterior, o presente delito tem lugar tão somente se a conduta não consistir em crime mais grave.

Esta subsidiariedade expressa trazida pelo tipo permite, nos casos de vítima menor de dezoito anos, a preferência da subsunção do fato aos crimes especiais previstos nos artigos 241 e 241-A da Lei nº 8.069/90 (ECA), cujos preceitos secundários são mais graves.

¹² Nesse sentido: **STJ** – AREsp: 1261381 MG 2018/0057215-3, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Publicação: DJ 18/06/2018; **TJ-PR** – ACR: 7563673 PR 0756367-3, Relator: Lilian Romero, Data de Julgamento: 07/07/2011, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 681.

Ademais, no âmbito desta mesma legislação especial, é fundamental que se recorde do crime previsto no artigo 241-B da Lei nº 8.069/90, já que, ao contrário da legislação estatutária, a Lei nº 13.718/2018 não puniu a mera *aquisição, posse e armazenamento* do objeto material mencionado.

Por fim, especificamente em relação à figura do “vulnerável”, CUNHA¹³ sustenta que o sujeito passivo tratado pelo art. 218-C, diferentemente daquele protegido pelo ECA, seria tão somente aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

Este parece mesmo ter sido o norte do legislador, resguardando-se preservada a legislação estatutária referida. Com efeito, no Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados (20/03/2018) consta ter sido concluído pela não revogação dos artigos do ECA, já que o preceito secundário do novo artigo 218-C ressalvava expressamente a hipótese de cometimento de crimes mais graves, conforme elucidado.

d) Artigo 225: Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual.

Também a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual teve variações ao longo de sua história. Antes da edição da Lei nº 12.015/2009, a regra para o processamento de tais delitos era a da *ação penal de iniciativa privada*, com 04 (quatro) exceções:

(a) Ação pública **condicionada** à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo;

(b) Ação pública **incondicionada** se o crime era cometido com abuso do poder familiar, padrasto, tutor ou curador;

(c) Ação pública **incondicionada** se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;

¹³ CUNHA, p. 8.

(d) Ação pública **incondicionada** quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real.

Com a reforma de 2009, a regra passou a ser *ação penal pública condicionada à representação*, com 02 (duas) únicas exceções:

(a) Ação pública **incondicionada** no caso de vítimas menores de 18 anos; e

(b) Ação pública **incondicionada** no caso de pessoa vulnerável.

A partir da promulgação da Lei 13.718/2018, no entanto, *todos* os crimes contra a dignidade sexual passaram a ser de *ação penal de iniciativa pública incondicionada*, sem exceções, a saber:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada.
Parágrafo único. (Revogado)

Resta superada, com isto, a discussão na doutrina quanto à natureza da ação dos crimes de estupro e, bem assim, quanto à eficácia da Súmula nº 608 do STF, segundo a qual “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Argumentava-se, por um lado, que caberia à vítima do delito sexual decidir se desejaria ou não deflagrar a instauração do processo, ponderando as consequências advindas dessa escolha. E isto porque, nos crimes desta ordem prepondera o chamado “*strepitus judicis*”, decorrente da exposição do caso por ocasião do julgamento, o que geraria um sentimento de vergonha na vítima superior ao trauma sofrido pela violação.

Neste sentido, tem se advertido que a iniciativa poderia ser considerada um retrocesso, pois retira da vítima a mencionada capacidade de escolha¹⁴:

¹⁴ CUNHA, p. 16.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

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

Sempre houve quem defendesse, porém, que os crimes sexuais deviam ser perseguidos e coibidos ainda que o sujeito passivo assim não desejasse. De acordo com a justificativa assumida pelo Projeto de Lei nº 5.453/2016, o silêncio da vítima acabava por contribuir para a impunidade e o aumento do número de ocorrências. Daí porque, “com a atuação obrigatória do Estado, por meio da ação incondicionada, evitar-se-ia que vítimas sofressem retaliações por parte dos agressores”.

É bem verdade que esta opção legislativa longe esteve de apresentar trâmite legislativo procedimental tranquilo. Basta ver que o primeiro Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados, apresentado em 20 de março de 2018, optou por excluir esta proposta de alteração. Em 16 de maio de 2018, porém, novo documento foi apresentado, incluindo o dispositivo e referindo não acreditar-se que:

“(…) o receio de eventual ‘escândalo do processo’ seja motivo bastante para evitar a persecução criminal de crimes tão bárbaros. Trata-se de uma visão privatista do processo penal, de uma suposta proteção da vítima, que, em verdade, oculta a relevante cifra de impunidade dos crimes sexuais. Assim, estamos de pleno acordo com a modificação”¹⁵.

Este destaque, em certa medida, coincide com posição recentemente ressaltada no âmbito do Ministério Público paranaense pelo próprio Núcleo de Apoio à Vítima de Estupro (NAVES) que, em seu Informativo nº 07¹⁶, a respeito da natureza híbrida do dispositivo trazido, ressaltou que:

“A renovada redação do art. 225, do CP amplia o *jus puniendi* do Estado e, assim, sendo mais severa, não poderá retroagir em prejuízo do acusado, tendo incidência para os crimes cometidos a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.718/18 (data da sua publicação), quando, então, não será mais

¹⁵ 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>. Acessado em: 01 de outubro de 2018.

¹⁶ Informativo nº 07, do Núcleo de Apoio à Vítima de Estupro – NAVES, do Ministério Público do Estado do Paraná. Publicado em 25 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-2155.html>.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

exigível a representação da vítima para o oferecimento da denúncia nas hipóteses em que antes era indispensável”.

De toda forma, fato é que, com a promulgação da nova Lei referida discussão tende a restar ultrapassada. Afinal, a despeito dos distintos argumentos, houve a adoção de uma política criminal voltada a uniformizar a ação penal nos crimes sexuais.

Há, por fim, um último importante aspecto a ser observado, em relação à **natureza jurídica** da norma em comento. Tal qual referido, uma inicial posição já restou desenhada no âmbito paranaense.

De fato, até onde se vê, trata-se de **lei penal mais gravosa** (*novatio legis in pejus*) que, portanto, tem natureza irretroativa. Tais modificações se estenderiam àquelas havidas em relação à ação penal, o que faria com que a natureza pública incondicionada da ação incidisse tão somente aos casos ocorridos a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018, culminando, desta forma, na ultra-atividade da disposição antiga.

Esse é o posicionamento já assumido por Márcio André Lopes CAVALCANTE¹⁷, para quem:

“A Lei nº 13.718/2018 entrou em vigor na data de sua publicação (25/09/2018). Como se trata de lei penal mais gravosa (*novatio legis in pejus*), ela é irretroativa, não alcançando fatos praticados antes da sua vigência. Essa regra de irretroatividade vale, inclusive, para as ações penais. Assim, por exemplo, se, em 24/09/2018, o agente cometeu contra uma mulher maior de 18 anos um assédio sexual (art. 216-A do CP), a ação penal continua sendo pública condicionada à representação”.

De toda forma, em interpretando-se a regra do art. 225 como de cunho material mais gravoso, não poderá ela retroagir, aplicando-se apenas aos crimes sexuais que venham a ser praticados a partir de sua vigência, qual seja, a partir do dia 25 de setembro de 2018.

¹⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. As mudanças nos crimes sexuais promovidas pela Lei 13.718/2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/10/ola-amigos-do-dizer-o-direito-lei-n-13.html>. Acessado em: 22 de outubro de 2018.

e) Artigo 226, IV: Estupros coletivo e corretivo

A Lei em estudo acrescentou, ainda, uma nova causa de aumento de pena, com a finalidade de incrementar a pena dos chamados “**estupro coletivo**” e “**estupro corretivo**”:

Art. 226. A pena é aumentada:

(...)

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.

Quanto ao **estupro coletivo**, muito embora o inciso I do art. 226 já trouxesse em sua redação uma causa de aumento de pena para o crime praticado em concurso de 02 (duas) ou mais pessoas, há entendimento de que seria possível compatibilizar esta disposição legal ao novo inciso IV¹⁸.

Conforme esta posição, enquanto o primeiro (art. 226, I) não se restringe ao crime de estupro, aplicando-se a quaisquer dos crimes contra a dignidade sexual, o segundo (art. 226, IV, 'a') seria uma previsão específica para esta espécie criminal, aqui incluindo-se as vítimas vulneráveis. A título de argumento de reforço, alega-se que o projeto do qual se originou a Lei previa nova redação ao inciso I, que passaria a conter duas alíneas que majorariam a pena dos delitos sexuais a *depende do local ou do momento em que fossem cometidos*.

Estes argumentos, em certa medida, merecem ser sopesados. De toda forma, é necessário recordar que, na proposta original do Projeto de Lei n° 618/2015, previa-se a incorporação do art. 225-A ao Código Penal estabelecendo que: “nos casos dos arts. 213 e 217-A deste Código, a pena [seria] aumentada de um terço se o crime [fosse] cometido em concurso de duas ou mais pessoas”.

¹⁸ CUNHA, p. 17.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

Isto indica que, na sua concepção, efetivamente, tencionava-se a inclusão de uma punição mais severa e exemplar para o delito praticado em concurso de pessoas.

Em 31 de maio de 2016, no entanto, o Senado apresentaria uma emenda ao projeto visando inserir o art. 225-B, cuja redação seria distinta daquela que vingou, estabelecendo que: “nas hipóteses elencadas no artigo anterior, a pena será aumentada em três quintos se o crime for cometido em concurso de cinco ou mais pessoas”.

Não obstante, no Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados sustentou-se que a motivação dos crimes contra a dignidade sexual revelava-se sempre muito variada, sendo desnecessário punir mais gravemente uma hipótese casuística, como aquelas condutas praticadas no ambiente do transporte público ou privado ou então aquelas ocorridas durante o período noturno ou diurno.

Defendeu-se, nesta ocasião, que seria “desnecessária a criação de novas causas de aumento de pena para os crimes contra a dignidade sexual, à exceção da elevação da fração correspondente ao crime de estupro coletivo – melhor tratado pelo texto do PLS nº 618, de 2015, – sob pena de futura alegação de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade”.

Estes argumentos fariam com que, a partir de então, a única causa de aumento implementada seria aquela afeta ao crime de estupro coletivo e corretivo.

De toda forma, deve-se reconhecer que, dentre as distintas hipóteses geradoras da situação majorante, a redação que finalmente seria aprovada previu hipóteses que, no mínimo, desobedecem uma boa técnica legislativa.

Por fim, especificamente em relação ao **estupro corretivo**, verifica-se que sua incorporação teve origem distinta, ou seja, no Projeto de Lei nº

6.971/2017¹⁹, apensado ao projeto inicial pelo Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018.

Este projeto tencionava, com isso, desencorajar esta modalidade de estupro por meio da majoração da pena. Em sua justificação declarou-se que:

“Hoje em dia se registram com frequência os casos que têm sido chamados de ‘estupros corretivos’. Basicamente eles têm ocorrido de duas maneiras: tendo como vítimas mulheres lésbicas, para haver uma “correção” de sua orientação sexual ou para “controle de fidelidade”, em que namorados ou maridos ameaçam a mulher de estupro por todos os amigos ou membros de gangues se forem infiéis a seus “companheiros”. Ambas as situações são abomináveis e revelam que o machismo da sociedade brasileira consegue descobrir cada vez novos caminhos de violência para vitimizar as mulheres. Para acabar de uma vez com essa situação, sugerimos a tipificação específica do estupro corretivo, que trará causa de aumento de pena em todos os casos de estupro”.

Segundo CUNHA²⁰, nesta figura o abusador visa “corrigir” a orientação sexual ou o gênero da vítima. Tal violação, de acordo com o autor, apresenta as seguintes características:

“A violação tem requintes de crueldade e é motivada por ódio e preconceito, justificando a nova causa de aumento. A violência é usada como um castigo pela negação da mulher à masculinidade do homem. Uma espécie doentia de ‘cura’ por meio do ato sexual à força. A característica desta forma criminosa é a pregação do agressor ao violentar a vítima. Os meios de comunicação indicam casos em que os agressores chegam a incitar a ‘penetração corretiva’ em grupos das redes sociais e sites na internet (o que, isoladamente, pode caracterizar o crime do art. 218-C – apologia ou induzimento à prática do estupro – caso sejam veiculados fotografias ou registros audiovisuais)”.

Este o contexto, portanto, que fez com que o legislador buscasse atualizar a legislação penal pátria, inserindo uma causa de aumento para a hipótese específica do chamado *estupro corretivo*.

¹⁹ Projeto de Lei nº 6.971, de 2017, de autoria da Deputada Tia Eron, visava acrescentar um parágrafo 3º ao artigo 213 do Código Penal, para dispor sobre o “estupro corretivo”, determinando que “se o crime é cometido para controlar o comportamento sexual ou social da vítima, a pena é aumentada de um terço”.

²⁰ CUNHA, p. 18.

f) Artigo 234-A: Nova causa de aumento por gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente

Ainda é digno de menção o art. 234-A, que trouxe duas novas causas de aumento de pena aos crimes contra a dignidade sexual:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:
III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez;
IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.

Neste aspecto, a título ilustrativo, é válida uma comparação entre o texto antigo e sua nova redação, a qual bem servirá para identificar o quanto foi alterado pela nova lei:

Antes da Lei nº 13.718/2018	Depois da Lei nº 13.718/2018
Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título (<i>crimes contra a dignidade sexual</i>) a pena é aumentada: (...) III - de metade , se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade , se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.	Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título (<i>crimes contra a dignidade sexual</i>) a pena é aumentada: (...) III - de metade a 2/3 (dois terços) , se do crime resulta gravidez; IV – de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) , se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência .

Convém advertir, aqui, sobre uma clara possibilidade de “*bis in idem*” que poderá ocorrer na aplicação no inciso IV deste artigo.

De fato, o art. 217-A, § 1º, do Código Penal já prevê uma hipótese de estupro de vulnerável praticado contra com pessoa que “por enfermidade ou deficiência mental”, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato.

Logo, tratando-se de vítima que seja uma “pessoa com deficiência”, referida condição já figurará como elementar prevista no parágrafo primeiro em questão, em detrimento do inciso IV do art. 234-A.

De acordo com MARCÃO²¹ o *sujeito vulnerável* tratado pelo art. 217-A do Código Penal deve ser assim considerado:

“Vulneráveis, para os fins desses dispositivo, são, em qualquer hipótese, as ‘pessoas menores de catorze anos’, ou aquelas que, independentemente da idade, se encontrem na condição de ‘enfermos ou deficientes mentais, sem o necessário discernimento para a prática do ato libidinoso’, ou ainda os que, com qualquer idade, estejam em situação na qual não podem oferecer resistência”.

Especificamente em relação ao enfermo ou deficiente mental, argumenta este autor que seria “necessário que sua falta de discernimento se refira à prática do ato lascivo e ainda que isso decorra da enfermidade ou da deficiência”.

Há que ser observado, desta forma, que existem “níveis” de deficiência que influenciam diretamente na capacidade de compreensão do indivíduo, a lhe permitir a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si.

Por isto, para que venha a ser considerado como *vulnerável* para fins do art. 217-A, §1º, exige-se que a deficiência mental não permita o “necessário discernimento para prática do ato”, ganhando extrema relevância à realização de diligências periciais para tanto.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vencida a análise destes iniciais apontamentos, podemos pontualmente complementar o até aqui aferido, referindo que as alterações promovidas pela Lei n. 13.718/2018 encontram-se assim consubstanciadas:

a) O novo crime previsto pelo **Artigo 215-A** do Código Penal não se aplica àquelas pessoas que praticaram referida conduta sob a égide da

²¹ Ibidem, p. 196.

Centro de Apoio Operacional das Promotorias

Criminais, do Júri e de Execuções Penais

contravenção penal prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, em relação a qual tampouco haverá de reconhecer-se hipótese de *abolitio criminis*;

b) Dada sua natureza, o **Artigo 215-A** não poderá retroagir para alcançar situações pretéritas à data de sua publicação por constituir infração mais grave (*novatio legis in pejus*);

c) É preciso cautela na aplicação do **§ 5º do art. 217-A**, pois existe substancial posição doutrinária de que o mero fato de manter relações sexuais com pessoa com deficiência não configuraria por si só o crime de estupro de vulnerável. Para tanto seria necessário aferir pericialmente o nível de deficiência e seu discernimento para a prática do ato;

d) Tem-se entendido que a irretroatividade da lei penal mais gravosa (*novatio legis in pejus*) se estenderia às modificações havidas em relação à ação penal, o que faria com que a natureza pública incondicionada da ação ora exigida incida tão somente aos casos ocorridos a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018;

e) Na aplicação do inciso IV do artigo 234-A deve ser adotada certa cautela por força da possibilidade de ocorrência de *bis in idem* diante do previsto no artigo 217-A, § 1º.

Curitiba, Novembro de 2018.

**Equipe do Centro de Apoio das
Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais**