

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

AVANÇOS E RETROCESSOS DA LEI 13.718/2018

PEDRO RIBEIRO PIRES BRITO

Rio de Janeiro
2019/2º SEMESTRE

PEDRO RIBEIRO PIRES BRITO

AVANÇOS E RETROCESSOS DA LEI 13.718/2018

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Nilo Pompílio da Hora**

Rio de Janeiro
2019/2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

B372a Brito, Pedro
Avanços e Retrocessos da lei 13.718/2018 / Pedro Brito. -- Rio de Janeiro, 2019.
60 f.

Orientador: Nilo Pompílio.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. lei 13.718/2018. 2. importunação sexual. 3. divulgação de conteúdo pornográfico. 4. atuação da vítima. 5. discernimento. I. Pompílio, Nilo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

PEDRO RIBEIRO PIRES BRITO

AVANÇOS E RETROCESSOS DA LEI 13.718/2018

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Nilo Pompílio da Hora.**

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019/2º SEMESTRE

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos vão a todos que me ajudaram nesse caminho até agora, família, amigos e professores que tornaram essa jornada especial. Somente no fim é possível ver todo o progresso.

RESUMO

A lei 13.718, publicada em 25/09/2018, trouxe alterações substanciais no Código Penal brasileiro, no tocante aos crimes contra à liberdade sexual. Pela presente necessidade de atualizar a legislação sobre esse tema, foram criados novos dispositivos e outros sofreram adições ou alterações. Assim, essa monografia busca observar essas mudanças e suas possíveis consequências no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: lei; assédio; mudança; tipificação; estupro; pornografia;

ABSTRACT

Law 13,718, published on 09/25/2018, brought substantive changes to the Brazilian Penal Code regarding crimes against sexual freedom. Due to the present need to update the legislation on this subject, new devices were created and others were added or changed. Thus, this monograph seeks to observe these changes and their possible consequences in the legal system

Key words: law; harassment; change; typification; rape; pornography;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A LEI 13.718.....	10
1.1.Consequências do atentado violento ao pudor englobado ao estupro	13
1.2 Novas tecnologias, novos delitos.....	16
2. Motivação nos crimes sexuais.....	18
3. A LEI 13.718.....	18
3.1 Da importunação sexual.....	20
3.2 Da divulgação de cena de estupro, de sexo ou de pornografia	28
3.3 Da alteração para ação penal pública incondicionada nos crimes.....	36
4. Causas de aumento da pena geral.....	43
3.4.1 Alteração do artigo 226, estupro coletivo e corretivo.....	44
3.4.2 Artigo 234-A, gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente.....	47
3.5 Irrelevância do consentimento e da experiência sexual no estupro de vulnerável....	49
4. Considerações Finais.....	55
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

A lei 13.718 surge da necessidade de reanalisar a legislação quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Certas condutas não se encaixam de forma plena na legislação penal, esses ilícitos não se enquadram de forma plena nos tipos penais expressos, o que ocasiona diversas interpretações e divergências quanto a qualificação desses atos, e por consequência, decisões divergentes, insegurança jurídica e tanto a sensação de impunidade quanto a sensação punição em excesso. Tal fato é exemplificado pelos diversos casos de assédio em transportes públicos divulgados pela mídia, e que fizeram a lei 13.718 ser conhecida como “lei do assédio”, antes da publicação da lei, nos quais o indivíduo praticava o ato, era detido, descobria-se que era reincidente nesse tipo ato e era liberado. E casos de divulgação de fotos e vídeos íntimos nas redes sociais como Facebook e Whatsapp. Casos como esses levantaram questionamentos sobre a necessidade de modificação do atual código e a publicação da referida lei.

Os impactos trazidos pela lei 13.718/2018, são o ponto de pesquisa dessa monografia. Ao analisar as mudanças trazidas por esse dispositivo, criando novos tipos penais, alterando valores de aumento da pena, modificando o papel da vítima na ação processual, busca-se traçar os avanços na legislação, bem como críticas ao novo texto e possíveis conflitos criados a partir da sua promulgação.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA ATÉ A LEI 13.718/2018

A interpretação dos crimes sexuais pelo sistema de justiça criminal sofreu diversos avanços significativos ao longo dos anos. Esses crimes, até a publicação da lei 12.015/2009, a qual modificou a expressão “constranger mulher” por “constranger alguém”, possuíam a mulher como figura única no sujeito passivo. O bem jurídico tutelado também sofreu alterações positivas conforme a evolução da sociedade no combate a cultura do machismo e do patriarcalismo, no Código Criminal do Império de 1830, o estupro que possuía uma definição ampla, caso tivesse uma prostituta como vítima a pena aplicada deveria ser inferior àquela aplicada se a vítima fosse “mulher honesta”, e o casamento nesse caso seria causa extintiva da punibilidade. Tais entendimentos se perpetuaram no Código Penal Republicano de 1890 como pode ser visto no art. 268 do Código Penal de 1890 (decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890):

“Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão cellualar por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão cellualar 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.”

E, segundo a doutrina desse período, o homem que constrangesse sua própria esposa não cometia crime algum, visto que atuava em exercício regular de um direito, oriundo do débito conjugal. Tal entendimento perduraria ainda no Código de 1940.

Nesse período, os artigos que versavam sobre os crimes sexuais tutelavam a honra da família, que neste recorte temporal significava a honra do chefe daquela família, nas palavras de Menicucci et al. (2005, p. 377) seria a agressão à sociedade por intermédio do corpo feminino. É como se o homem (pai ou

marido) fosse tocado em sua integridade moral pela violência sexual vivenciada pela mulher¹.

A primeira mudança dessa visão ocorre no Código Penal de 1940, sem as recentes modificações, que elenca os crimes sexuais como “crimes contra os costumes”, o que demonstra a visão da época sobre esses delitos como afronta ao pudor e aos bons costumes. E somente com a publicação da lei 12.015/2009 de 2009, que modificou o título VI do código de “crimes contra os costumes” para “crimes contra a liberdade sexual” que se chega ao entendimento atual, o bem jurídico protegido é o direito da pessoa escolher quando, como e com quem praticar atos de cunho sexual. E como já foi dito, passa a ter como sujeito passivo não só a mulher, mas qualquer um que tenha essa liberdade agredida².

O legislador então, com essa modificação, objetivou proteger a liberdade sexual, tendo em consideração a dignidade sexual da pessoa humana. O indivíduo possui a livre opção de escolher de escolher seu parceiro ou sua parceira com que se relacionará, foi a par desse pensamento que a denominação dada ao Título VI, “Dos crimes contra a dignidade sexual” deslocou o objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a esfera do indivíduo. O termo dignidade aqui tratado deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe dá a Constituição Federal, a qual prevê a dignidade da pessoa humana como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base da estruturação da ordem jurídica. Desse modo, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, relacionado ao desenvolvimento sadio da sexualidade e da liberdade de cada um vivenciá-la longe de qualquer forma de corrupção, violência e exploração.

¹ MENICUCCI, Eleonora de Oliveira; BARBOSA, Rosana Machin et.al. Atendimento às mulheres vítimas de violência sexual. Um estudo qualitativo. Revista Saúde Pública. 2005.

² Modificando a redação dos artigos, como “constranger alguém” no lugar de “constranger mulher” no artigo 213.

Segundo Díez Ripollés³, a liberdade sexual teria autonomia em relação à liberdade comum, devido a esfera social em que a liberdade sexual se desenvolve, o comportamento sexual. A liberdade sexual está ligada a autorrealização pessoal do indivíduo, distante de uma liberdade de ir e vir ou de fala e a forma de cometimento de crimes contra essa liberdade é distinta, envolvendo, por exemplo, a violação da liberdade sexual negativa⁴. Pode assim ser entendida como o direito que a pessoa tem de poder dispor do próprio corpo, escolhendo seu parceiro sexual e com ele praticar o ato que deseja no momento que decida ser adequado.

Assim, observa-se que as atuais inovações são recente, frutos de modificações na sociedade pela luta das mulheres em afirmar seu papel de igualdade na sociedade e a mudança de entendimento quanto a sexualidade. Porém, a lei 12.015/2009 gerou críticas e divergências no que tange o atentado violento ao pudor, que conseqüentemente ocasionou, junto com outros fatos, a publicação da lei 13.718 de 2018.

Além disso, outro fator de grande importância surge para nesses tipos de delitos que enseja a atenção dos legisladores. A utilização do meio digital como uma nova forma de ferir a dignidade sexual de pessoas. Com esses novos meios, internet e mídias sociais, aliadas ao anonimato e capacidade de ampla divulgação nas mãos de um número cada vez maior de indivíduos mais casos novos surgem, como o revenge porn (pornografia de vingança), necessitando novos tipos penais capazes de englobar esses ilícitos, o que a lei 13.718/2018 também se propõem a tratar.

³ Díez Ripollés, José Luís. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Disponível em: [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf]. Acesso em: 01/10/2019 p. 1-3

⁴ Segundo Díez Ripollés, essa liberdade sexual negativa seria a possibilidade de uma pessoa não se envolver em um comportamento não desejado.

1.1. Consequências do atentado violento ao pudor englobado estupro

Uma das mudanças advindas da lei 12.015/2009 que gerou controvérsias foi o fato de englobar as condutas caracterizadoras do atentado violento ao pudor no tipo penal do estupro (art. 213), unindo as duas condutas e assim acabando com o concurso material entre ambos. Ressaltando que não ocorreu *abolitio criminis*, as condutas do antigo artigo 214 continuaram a ser incriminadas, mas pelo artigo 213.

Essa junção se deu com a adição do termo “outro ato libidinoso” à redação do artigo 213, o que tornou o tipo penal do estupro aberto, dando ensejo a entendimentos e decisões divergentes capazes de afetar a segurança jurídica. Esse cenário é alarmante ao considerar que o crime em que incide tal entrave é hediondo e fere não só a liberdade sexual como a dignidade, a integridade física e psicológica da vítima. Como também, invertendo a óptica, essa falta de especificação ocasiona hipercriminalização e punição excessiva de atos, que de fato são reprováveis, mas que carecem da mesma seriedade do estupro.

Quanto a definição de atos libidinosos, há consenso dos autores de ser atos de natureza sexual, excluindo a conjunção carnal, que tenham como finalidade satisfazer a libido do seu autor. Tal definição se encontra bem exemplificada por Fernando Capez⁵,

Compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuidase de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido.

O que se discute é quais atos seriam englobados como atos libidinosos e assim caracterizados como estupro e é nesse ponto que tanto os doutrinadores quanto os tribunais divergem.

⁵ CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código penal comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 455.

Guilherme de Souza Nucci⁶, traz um posição abrangente em que

A consumação do crime de estupro dar-se-á com o contato físico entre a genitália de uma das partes e o corpo ou genitália de outra, como regra. (...) Cuidando-se de ato libidinoso, o início do coito anal ou da felação, além de outros toques em partes pudendas da vítima podem ser suficientes para a consumação. Eventualmente a consumação do estupro pode dar-se sem o contato físico, mas desde que exista a presença física. Ilustrando, o agente determina, sob ameaça de arma de fogo, à vítima que fique nua, para que ele se masturbe. Trata-se de ato libidinoso, sem contato físico direto, apto a configurar o crime de estupro”.

Para o autor, a antiga diferenciação entre a conjunção carnal e os atos libidinosos, não os reconhecendo como crimes da mesma espécie, causada pela existência do artigo 214 e o entendimento STF, impedia o reconhecimento da continuidade delitiva nos casos em que o sujeito ativo praticasse mais de um ato sexual contra a vítima. E a possibilidade, que existia, de concurso material entre os artigos 213 e 214 era desproporcional, elevando a pena a um alto patamar.

Já alguns doutrinadores como Renato N. Fabbrini e Julio Fabbrini⁷, o ato libidinoso para ocorrer não possui o contato físico como requisito indispensável, basta ter como finalidade a satisfação da libido. Além disso, qualifica o beijo lascívio como um ato libidinoso. Assim, ampliando ainda mais a interpretação do termo.

E em contrapartida temos estudiosos como Cezar Roberto Bitencourt⁸ que adotam uma posição mais restrita, com o entendimento de que “passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado, configuram (...) a contravenção penal do art. 61 da lei especial, quando praticados em um lugar público ou acessível ao público”.

Assim, devido a essa indeterminação, tivemos casos em que um indivíduo ao se masturbar em um transporte público foi condenado por um magistrado por estupro à pena mínima de 6 anos de reclusão, adotando a

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código penal interpretado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1478.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. v. 4. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50

posição de Renato e Julio Fabbrini, como também casos em que um magistrado condenou um réu pela mesma imputação fática a pena de multa, nos termos do artigo 61 do Decreto-Lei 3688/41. Dessa forma, a interpretação desses atos se respaldavam na razoabilidade e proporcionalidade, e mesmo tendo os magistrados passado muitas vezes por formação similar, esses conceitos são inerentes do pensamento de cada pessoa.

Por fim, cabe ressaltar essa modificação causada pela Lei 12.015/09 foi uma solução de outro problema anterior a sua publicação, em que a distinção entre a tentativa de estupro e o atentado violento ao pudor se dava pelo elemento subjetivo do autor, se a sua intenção era a conjunção carnal, então havia a tentativa de estupro, caso fosse praticar atos de libidinagem, então seria classificado como atentado violento ao pudor. Compreender a intenção do agente nesses casos é difícil, uma vez que por conta da tentativa ser um ato frustrado por condição alheia da vontade do autor não fica claro até onde o agente iria na prática do ilícito.

A lei 12.015 de 2009 trouxe diversas inovações positivas ao código penal, como a introdução do vulnerável como sujeito passivo nos crimes do título VI, além de alterações nos crimes relativos à exploração sexual e tráfico de pessoas para esse fim. Porém, como pode ser observado, trouxe divergência ao modificar o artigo referente ao estupro, transformando-o em um tipo penal aberto, mas que agora com a Lei 13.718/2018, essa divergência ganha novo foco.

Muitos argumentam ser a Lei 13.718/2018 uma continuação da Lei 12.015/2009 no sentido protetivo, mas no sentido de conferir rigidez as penas expostas nos crimes contra a dignidade sexual ao passo que introduz a ideia de liberdade sexual. No sentido de defender ter o indivíduo a capacidade de escolha do seu parceiro, punindo situações em que essa liberdade é violada.

1.2 Novas tecnologias, novos delitos

Outro ponto que levou a elaboração da Lei 13.718/2018, visando atualizar a legislação brasileira na parte dos crimes contra a dignidade sexual foi o surgimento dos crimes digitais. Crimes como fraude, estelionato, violação de propriedade intelectual e distribuição de material pornográfico tomaram novas dimensões. O computador torna-se alvo, instrumento, ou acessório do delito, o qual passa a ter como características a transnacionalidade, a internet permite que esses crimes transcendam fronteiras nacionais com facilidade, a universalidade, visto que o acesso ao mundo digital é cada vez mais popular e ubiquidade, ou seja, esses crimes ocorrem tanto nos setores públicos quanto privados.

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, os novos meios digitais trouxeram uma questão a ser observada, a pornografia. Nesse caso, entende-se como pornografia a divulgação de imagens e vídeos de conteúdo sexual de forma ou conteúdo ilegal. Dois pontos merecem destaque, a pornografia infantil e surgimento do “revenge porn” (pornografia de vingança).

A internet, quanto a pornografia infantil, tornou-se um catalizador desse crime, uma vez que facilitou a procura e troca de vídeos, criou redes de contato entre pedófilos e possibilitou maior atividade desses agentes por conta do anonimato, ou a sensação do mesmo. Para aprimorar o combate a esse tipo de conduta a lei 11.829 de 2008 modificou a redação do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando artigos, 241 A-E, para lidar com a venda, armazenamento e distribuição de pornografia infantil, bem como o aliciamento de menores. Também, a lei 13.718 traz o artigo 218-C abordando o mesmo tema, o que a primeiro momento parece causar uma incongruência, que será abordada mais tarde, quando tratarmos da lei 13.718/2018.

Quanto ao outro ponto, temos a pornografia de vingança, fenômeno que não é novo, mas com a internet atingiu seu maior potencial ofensivo e maior evidência, surgem cada vez mais sites e fóruns dedicados a divulgação de imagens íntimas. Apesar do termo que lhe foi dado, esse crime não é sempre motivado por vingança, pode ter como motivação a notoriedade, o lucro, o

entreterimento ou até nenhuma motivação específica, assim como a figura do agente desses atos não inclui somente ex-parceiros revoltados com o término do relacionamento, podendo incluir amigos, familiares e desconhecidos da vítima. Outro ponto importante ressaltar é que o material pornográfico nesses casos é criado quando esse conteúdo é divulgado para terceiros, aqueles que não são o destinatário que se pretendia, tornando essa mídia privada em entreterimento sexual público, antes disso, não é conteúdo pornográfico.

Essa prática, além de um delito em si, serve também para garantia de outras práticas criminais, a ameaça de divulgação de imagens ou vídeos íntimos são usadas por parceiros em casos de violência doméstica, para evitar que sejam denunciados ou que a vítima termine com a relação, por pessoas, como chantagem, para garantir que a vítima continue a seja explorada sexualmente ou para que o autor receba os lucros dessa exploração, praticando o rufianismo, e por estupradores como forma de garantia do silêncio da vítima.

Essa conduta, como foi dito, tomou proporções imensas com a era digital, e para tal quase não existiam leis que tratassem sobre invasão da privacidade sexual por meio da internet. As Filipinas foram o primeiro país a criminalizar as condutas desse tipo, com pena de 7 anos de prisão⁹, em 2009, seguida de diversos países como Israel, primeiro país a classificar a conduta como agressão sexual¹⁰, Canadá, Japão, Inglaterra e diversos estados dos EUA. O Brasil passa a tipificar essa conduta de forma especificada com a publicação da lei 13.718, no ano de 2018, com o artigo 218-C, a forma como a conduta foi abordada será objeto dos próximos capítulos.

⁹ World Intellectual Property Organization. Anti-Photo and Video Voyeurism Act of 2009 (Republic Act No 9995

¹⁰ YAAKOV Yoga, Israeli law makes revenge porn a sex crime, TIMES OF ISRAEL (Jan.6, 2014)

2. Motivação nos crimes sexuais

Além das situações anteriormente descritas, o entendimento da motivação para a prática desses delitos influenciou na elaboração da lei 13.718/2018. Os crimes contra a liberdade sexual não possuem como única finalidade a satisfação da lascívia, como se espera somente pela leitura dos textos de lei, nessas situações também há a vontade de subjulgar, de demonstrar poder, de imposição de julgamento sobre outra pessoa.

Ou seja, essas espécies de crime ultrapassam a motivação sexual, sendo ferramentas para controlar ou punir a conduta da vítima, como nos casos de estupro contra pessoas por serem homossexuais, imposição de autoridade e poder por meio de abusos em ambiente familiar e para punir mulheres pela forma de se vestir e agir. Essa forma de coibir e punir adquire mais força com a possibilidade de gravar e divulgar a ação, como foi falado no subcapítulo anterior. Também, ressalta-se o fenômeno do estupro coletivo, um delito que também opera com as motivações acima, porém possui a noção de pertencimento ao grupo, por pressão dos pares, pela prática do delito, além de suas consequências serem bem mais severas.

Assim, a lei 13.718/2018 acrescenta essas situações a causas específicas de aumento da pena para os delitos contra a liberdade sexual, alteração que será abordada no capítulo sobre essas causas, assim como as situações que envolvem o concurso de pessoas, e consequências que vão além do ato como a gravidez, e a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.

3. A Lei 13.718/2018

No dia 25/09/2018 entrou em vigência a lei 13.718/18, trazendo nova alteração aos crimes contra a dignidade sexual, em geral mais severas contra os réus nesses tipos de crimes, e por conta disso é necessário ressaltar que essas modificações não poderão retroagir. Porém, essa lei surgiu em um momento de uma desenfreada produção legislativa, de inflação legislativa e populismo penal exarcebado em ano eleitoral, tendo sua eficácia logo a partir da data de sua

publicação, apostando em uma legislação mais severa para diminuir os casos de crimes sexuais.

Tal lei chamou atenção tanto dos operadores do direito quanto da sociedade em geral por criminalizar condutas como o assédio em transportes públicos, passadas de mão e beijos forçados, razão pela qual ficou conhecida e vulgarmente chamada de lei do assédio, mesmo a conduta sendo chamada de importunação sexual, condutas que antes tinham que se adequar ao estupro ou ao atentado violento ao pudor para não ficar impune.

Porém, essa foi somente uma mudança na legislação, surgiram também situações, não elencadas antes, de aumento de penas nesses delitos como as figuras estupro coletivo e corretivo, com aumento de $1/3$ a $2/3$, o primeiro mediante concurso 2 ou mais agentes, situação que antes aumentava a pena em $1/4$, e o segundo com a finalidade de controlar o comportamento social e sexual da vítima. E também aumento na pena devido a consequências posteriores como a gravidez, aumento de $2/3$, e se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível, além das situações em que a vítima é idosa ou pessoa com deficiente, com aumento de $1/3$ a $2/3$.

Além da importunação sexual, há outra nova tipificação, a divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, com essa nomenclatura extensa, o artigo 218-C passa a criminalizar a divulgação de conteúdo pornográfico sem consentimento, o revenge porn, tratado no capítulo anterior, buscando incluir no código penal os crimes sexuais no meio digital.

Por fim, a lei 13.718 trouxe uma alteração passível de discussão pelos operadores de Direito, os crimes definidos no Capítulo I e II, dos crimes contra a dignidade sexual se tornaram de ação penal pública incondicionada, inutilizando a Súmula 608 do STF¹¹, pois segue o entendimento da mesma e o estende, assim segundo Aury Lopes Jr., Alexandre de Moraes da Rosa e Marília Brambilla e

¹¹ Súmula 608: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal e pública incondicionada.

Carla Gehlen, o Estado “toma pra si” a proteção total das vítimas quanto a esses tipos de crimes¹².

3.1 Da importunação sexual

Com a lei 13.718/2018, a figura da importunação sexual passa a configurar no ordenamento jurídico brasileiro, tipificado no artigo 215-A. Segundo o Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados, a inclusão desse artigo se justifica por conta do aumento nos registros de casos de violação a dignidade sexual, também de discussões levantadas acerca de lacuna no Código penal para amoldar certas condutas praticadas sem violência ou grave ameaça, às quais o apenamento tendia para o artigo 213, estupro, ou para a contravenção penal do artigo 61 da Lei de Contravenções penais, o que levou a fortes divergências quanto a aplicação destes dispositivos e a delimitação de termos como “atos libidinosos”.

Essa lacuna pode ser observada no caso ocorrido em São Paulo, quando uma mulher que se encontrava dentro de um ônibus foi surpreendida por um homem que se masturbava e ejaculou em seu pescoço. O agente foi preso em flagrante pela prática do crime de estupro pois, segundo avaliação inicial da autoridade policial, havia constrangido a vítima a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal. E, logo em seguida ao fato, o agente foi posto em liberdade sob o argumento de que não se tratava de estupro, mas sim de importunação ofensiva ao pudor, artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, o que não autorizava, isoladamente, a decretação da prisão preventiva, artigo 313 do Código de Processo Penal. A situação gerou grande debate sobre a correta tipificação da conduta, infração de menor potencial ofensivo ou crime hediondo de estupro. Nesse contexto o artigo 215-A insere-se contemplando essas condutas e lhes atribuindo punição intermediária.

¹² LOPES Jr, Aury; MORAIS Alexandre; BRAMBILLA Marília; GEHLEN Carla, O que significa importunação sexual segundo a lei 13.781/18?. Disponível em: www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118. Visto em 20/08/2019.

Assim, houve a necessidade da inclusão desse artigo, tornando mais clara os limites da punibilidade desses atos em que não haveria violência ou grave ameaça e outras condutas semelhantes, com a seguinte redação,

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.

Trata-se de *novatio legis in pejus*, logo, por conta do princípio da reserva legal e anterioridade da lei penal sua aplicação se restringe a atos futuros, em benefício do réu. O crime é bicomum, possui sujeito ativo e passivo comum, é punido a título de dolo, deve haver o objetivo de satisfação da lascívia, não admitindo-se a modalidade culposa e passa a tem a liberdade sexual como bem jurídico protegido. Por ser um crime plurissubsistente, aquele no qual a execução pode ser fracionada em vários atos, seria possível a sua tentativa.

Crime de médio potencial ofensivo, por conta da pena de reclusão ser de 1 a 5 anos, impedindo o arbitramento de fiança em sede policial, o que acaba com a situação em que os agentes desses delitos fossem detidos e liberados logo em seguida, e admite a suspensão condicional do processo após o oferecimento da denúncia. Seu núcleo do tipo é “praticar”, no caso, realizar ou efetuar o ato libidinoso, na presença de alguém, e sem seu consentimento com a finalidade de satisfação da própria lascívia, é crime formal e possui subsidiariedade expressa, só será imputado se o ato não constitui crime mais grave, como expresso na pena do artigo. Por isso, a falta de anuência da vítima não pode consistir aqui em nenhuma forma de constrangimento, que aqui deve ser compreendido no sentido próprio que o tipo do estupro confere a constrangimento, obrigar alguém à prática de ato de libidinagem, e não no sentido usual de mal-estar, de situação embaraçosa, elemento presente no tipo desse novo artigo. Não se trata de crime hediondo como o estupro, artigo 213 ou o estupro de vulnerável, 217-A, havendo assim a sua prescrição.

Esse delito passa a punir de forma clara a conduta chamada de *frotteurismo*, derivada da palavra *frotteur*, que significa esfregar, na qual

consiste no agente tocar e esfregar-se em uma pessoa sem o seu consentimento, ocorrendo em locais com grande número de pessoas, onde o indivíduo pode escapar com mais facilidade de uma punição. Sendo classificada como uma anomalia que tange no desvio ou perversão sexual.

Essa inovação fez com que a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, artigo 61 do Decreto-lei 3.688/1941 fosse revogada. Essa tipificação se encontrava ultrapassada segundo diversos operadores do Direito, por tutelar o pudor e bons costumes em situações com uma vítima específica, que sofre constrangimento, além de possuir uma pena branda de multa, expressa em contos de réis, que gerava insatisfação da população e sensação de impunidade, por estar desconectada da gravidade da conduta, e visto que se descobria casos de agentes que praticavam esses atos de forma reiterada.

Quanto a essa revogação, a doutrina tem entendido que não se trata de *abolitio criminis*, mas de “continuidade normativo-típica”, visto que ocorreu na verdade uma migração do conteúdo da norma para um novo tipo. Sobre tal fato, se posiciona Rogério Greco:

“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”.

Outro ponto que cabe ressaltar está na redação do artigo, que deixa claro ao conter “com alguém”, que o ato tipificado é direcionado contra uma vítima concreta e não uma coletividade, evitando assim que a conduta recaia sobre outro tipo penal como a prática de ato obsceno em lugar público, artigo 233 do Código Penal, ou que outros atos que não sejam direcionadas a uma pessoa específica. Assim como a conduta não precisa ser praticada em lugar público, aberto ou exposto ao público, situações que são necessárias para a configuração de crime de ato obsceno.

Por fim, caso o ato ocorra com a presença de menor de 14 anos, cabe discussão sobre a incidência do artigo 215-A. Nas situações em que a prática do ato libidinoso tenha como vítima o menor de 14 anos, ou pessoa portadora de deficiência, observa-se a subsidiariedade expressa no artigo 215- A, “se o ato não constituir crime mais grave”, nesses casos há a discussão sobre a incidência do artigo referente ao estupro de vulnerável, Art. 217-A e seu parágrafo primeiro, uma vez que a redação desse artigo não menciona a necessidade de haver violência ou grave ameaça e na mesma não há de forma expressa a delimitação de que atos libidinosos constituem o delito, assim há a possibilidade, em algumas interpretações, de incorporar todas as situações de atos libidinosos no artigo, como forma de proteção de grupos vulneráveis, capazes de exercer menor resistência nas situações que passam a ser atribuídas ao artigo 215-A, como a passada de mão em transportes públicos ou um beijo forçado.

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

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Também, cabe a possibilidade de aplicação do artigo 218-A, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, em casos em que um menor presente no local presenciou o ato, não sendo o sujeito passivo do ato. Nesse caso, poderia haver a interpretação de que o delito passaria a ter mais de uma vítima, ao expor menor ao ato obsceno, sendo aplicado o artigo acima por conta da subsidiariedade expressa.

Pela observância dos casos com vulneráveis relatados no parágrafo anterior observa-se que o legislador brasileiro, mesmo com a atual alteração, ainda não delimitou de forma expressa quais atos seriam considerados libidinosos, quesito que era questionado anteriormente, antes da publicação dessa lei, o que existe para definir a tipificação do ato libidinoso praticado é o

meio como ele foi empregado como sem o consentimento ou mediante violência ou grave ameaça e depois contra quem ele foi praticado, capaz, menor ou portador de deficiência.

Assim, o atual questionamento é quais atos constituiriam os atos libidinosos do artigo 213, e quais seriam os do artigo 215-A. Não há ato libidinoso vinculado a algum tipo penal, cabendo ainda a interpretação dos aplicadores do direito, delimitarem quais atos libidinosos são passíveis de ocorrer em cada tipo penal, o que como já foi dito pode gerar contradições, mesmo tendo a nova lei sido elaborada em resposta a assédios ocorridos em transportes públicos¹³, visto que a ligação do ato com o tipo ocorre pelo uso ou não da violência ou grave ameaça.

Em outras legislações podemos observar a delimitação dos atos libidinosos nos crimes de estupro, o Código Penal português, delimita os atos do estupro como cópula, coito anal ou coito oral, separando-os dos outros atos, citados como de relevo, os quais são punidos pelo crime de coacção sexual¹⁴. Os meios expressos para as condutas nesses dois tipos são iguais, violência, grave ameaça, tomar a pessoa inconsciente ou na impossibilidade de resistir, o que o legislador português fez foi separar as condutas tidas como mais graves, onde ocorre penetração, em um crime próprio, e as demais, de forma residual, no crime de Coacção sexual.

Também temos como exemplo o Código Penal espanhol¹⁵, nesse diploma o estupro é descrito quando a agressão consista em “acesso carnal por via vaginal, anal ou bucal, ou introdução de membros corporais ou objetos por alguma das duas primeiras vias”. Aqui também o foco é na ocorrência de penetração, definindo de forma específica os atos que constituem esse crime e não por qual meio se realiza o ato, mediante violência ou não.

¹³ G1. Homem é detido por ejacular em mulher dentro de ônibus no Centro de SP. g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/homem-e-detido-por-ejacular-em-mulher-dentro-de-onibus-no-centro-de-sp.ghtml. Acesso em 13/09/2019

¹⁴ Artigos 164 e 163 respectivamente

¹⁵ Artigo 179

Ressalta-se também o Código Penal francês¹⁶ que delimita o estupro em “Todo ato de penetração sexual de qualquer natureza que praticado sobre outra pessoa, mediante violência, constrangimento, ameaça ou surpresa.” e de forma residual separa as demais violações sexuais distintas do estupro em outro artigo aplicando pena menor e multa. Essa legislação, assim como as anteriores se importa em delimitar os atos constitutivos do estupro e acrescenta por que meios são praticados.

Por fim, no projeto de Novo Código Penal Brasileiro, em tramitação no Senado. Observa-se que o legislador, em comparação a redação do atual Código, passa a limitar de forma mais restrita quais os atos qualificariam o estupro, “Art. 180. Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato sexual vaginal, anal ou oral;”, cria outro artigo referente a introdução sexual de objetos, artigo 181, com pena idêntica ao estupro e artigo equivalente ao atual 215-A trazido pela lei 13.718, com o nome de molestamento sexual.

Nesse artigo 182 do Projeto de Novo Código Penal, em comparação com o artigo 215-A, pela sua redação, tipifica todos os atos libidinosos diversos dos expressos no artigo relativo ao estupro, sendo dessa forma residual aos dois artigos anteriores e, diferente o 215-A define que esses atos podem ocorrer mediante violência ou grave ameaça com pena de prisão de 2 a 6 anos, em seu caput, quanto sem a presença de violência ou grave ameaça, sendo nesse caso a pena de 1 a 2 anos.

Assim, observa-se grande avanço com a elaboração do artigo relativo à importunação sexual, tratando com maior rigor atos reprováveis que antes não se encaixavam na legislação existente, criando artigo próprio para essas condutas. Porém, a questão da não qualificação dos atos libidinosos ainda persiste, agora com dois artigos tratando desse termo, de forma que nenhum ato está vinculado a esses artigos em suas respectivas redações, cabendo ainda a interpretação dos magistrados, só existindo a diferenciação quanto a existência ou não ameaça ou de violência, que como se interpreta, significa emprego de força física produzida

¹⁶ Artigos 222-23 e 222-27

pela energia corporal do ofensor ou por outros meios como, armas, fogo ou substâncias. O artigo 215-A é capaz de gerar questionamentos sobre quando se inicia a violência nesses atos. Ou seja, ainda é necessário traçar uma linha divisória entre os atos que se qualificariam como a *novatio* e os outros delitos já existentes.

Sobre toda essa questão abordada nesse capítulo, temos como exemplo que espelha toda essa modificação o julgamento do *Habeas Corpus* 134591/SP, 4000832-17.2016.1.00.0000, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Esse remédio constitucional foi protocolado antes das alterações trazidas pela Lei 13.718/2018, mas sua decisão ocorreu após essa lei entrar em vigor. Assim como também aborda a questão do fato ter sido cometido contra menor e qual lei seria aplicável.

Nesse *habeas corpus*, julgado pela primeira turma, pretendia-se a desclassificação do delito previsto no artigo 217-A do Código Penal, para a conduta versada no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/1941, Lei de Contravenções Penais. O paciente havia sido condenado a oito anos de reclusão em regime inicial semiaberto, em razão da suposta prática de estupro de vulnerável, em que o ato consistiu em um beijo lascivo, ato libidinoso, contra uma vítima de cinco (5) anos de idade.

O impetrante ressaltou que a conduta do paciente não se enquadraria no tipo penal do artigo 217-A, mas na contravenção penal de molestamento, como também sustentou que não haveria dano psicológico à vítima e desproporcionalidade entre os fatos ocorridos e a sanção aplicada.

O ministro relator, Marco Aurélio deferiu a ordem. Segundo o ministro, a inovação legislativa reuniu no conceito mais abrangente de estupro os antigos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, antiga redação dos artigos 213 e 214 do Código Penal, estipulando pena de oito (8) a quinze (15) anos para o delito de constranger menor de catorze anos à conjunção carnal ou à prática de ato libidinoso diverso. Também asseverou que a conduta do réu se restringiu à consumação de beijo lascivo, conduta que não se equipara àquele em que há a

penetração ou contato direto com a genitália da vítima, situação e que o contrangimento é maior, a submissão à vontade do agressor é total e a violência deixa marcas físicas e psicológicas intensas. E por fim confirmou que o estudo social realizado na fase de instrução processual não revelou alterações emocionais e comportamentais incomuns à faixa etária da vítima.

Em divergência ao entendimento anterior, o ministro Alexandre de Moraes ponderou que, em certas idades, a conotação sexual é uma questão de poder, mas precisamente de abuso de poder e confiança. Para o ministro, estaria presente no caso a existência de conotação sexual e de abuso de confiança para a prática do ato sexual, não haveria como desclassificar a conduta do paciente para a contravenção mencionada, que não detem essa conotação. Denegando o *Habeas Corpus*.

Após vista feita pelo ministro Roberto Barroso, agora com as alterações da Lei 13.718/2018 vigorando no Código Penal, em seu voto denegou o *Habeas Corpus*, em linha com a divergência iniciada pelo ministro Alexandre de Moraes, Foi defendido que os atos praticados pelo paciente não poderiam ser considerados simples perturbação à tranquilidade da criança ou mera importunação ofensiva ao pudor, pelo contrário, a conduta se revestiria de inequívoca conotação sexual, a configurar comportamento lascivo ou libidinoso visando satisfazer a própria lascívia e contra a vontade da vítima, em face da vítima de menor idade. Mostrando-se possível a aplicação retroativa da Lei 13.718/2018, pois a pena prevista nessa nova figura típica mostra-se mais adequada e suficiente à reprovação e à prevenção da ação criminosa em comento. Concedendo de ofício a ordem para determinar o retorno do processo à primeira instância para que o juiz aplique a pena com base na desclassificação para o artigo 215-A do Código Penal.

Após o voto do Ministro Barroso, o ministro Marco Aurélio reajustou o seu voto no sentido de registrar que caso vencido em sua proposta original, encaminharia seu voto no mesmo entendimento exposto pelo ministro Barroso. E o ministro Alexandre de Moraes reafirmou os termos do seu voto na sessão anterior, acrescentando que, na espécie, não haveria que se falar em

retroatividade da lei benéfica. Pois, os tipos penais previstos nos artigos 215-A, importunação sexual e 217-A, estupro de vulnerável, são absolutamente diversos, por conta das próprias elementares dos tipos em questão, e com a criação da figura típica prevista no artigo 217-A, não se pretendeu transformar atos claros de pedofilia em um tipo penal mais brando.

A tuma decidiu em 01/10/2019 pelo indeferimento da ordem de *Habeas Corpus*, vencidos os votos dos ministros Marco Aurélio e Luis Roberto Barroso.¹⁷

3.2 Da Divulgação de cena de estupro, de sexo, ou de pornografia

Outra inovação da lei 13.718 foi a inserção do novo delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia, com a seguinte redação,

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 de 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 1 (um) a 5 (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.

Apesar da divulgação ilícita de fotos de uma pessoa com conteúdo sexual possa caracterizar uma ofensa à dignidade sexual em sentido amplo, antes da Lei 13.718/2018, não existia amparo adequado para as vítimas dessa conduta,

¹⁷ Por se tratarem de feitos que tramitam em segredo de justiça, essas informações foram retiradas de informativos do STF. Disponíveis em www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento. Acesso em 24/10/2019

utilizava-se, por exemplo o tipo da injúria majorada na forma do artigo 141, inciso III, do Código Penal, em razão de ter sido cometida por meio facilitador da divulgação da ofensa, Anteriormente a 2018, antes da lei 13.718, a pornografia de vingança, não possuía legislação específica, devendo as vítimas se valerem de instrumentos penais genéricos, além das ações civis de indenização.

Ao aplicar a difamação, artigo 139, como era feito em certos casos, os aplicadores do direito encontravam elementos que se aproximavam ao fato, como ser uma imputação ofensiva, o verbo difamar, que é em a finalidade em muitos casos e o de ser a imputação de um fato e não um juízo. Apesar dessas semelhanças, a tutela é da honra da vítima, e em casos de pornografia não consensual, a lesão vai além da honra, como já falamos, é um ataque a liberdade, dignidade sexual da pessoa, e ao aplicar a difamação entra-se em um campo onde pode-se acabar por associar a sexualidade de uma pessoa a algo que a difame. E ao se atribuir esse tipo, tornava a ação penal privada.

Outro tipo que se utilizava era a extorsão, artigo 158, quando havia ameaça de divulgação de material para a obtenção de algum favor. Assim, nesses casos se tutelava a liberdade da pessoa, pois força a vítima a fazer, tolerar ou deixar de fazer algo, mas devia-se associar a finalidade à obtenção de vantagem econômica indevida. E diferente dos crimes contra a honra, a ação nesses casos era pública incondicionada. Assim, se aproximava, mas ainda não tutelava o que de fato era ferido pela conduta.

A lei 13.718/2018 traz o bem jurídico tutelado bem mais próximo do que se requer em uma perspectiva atual sobre o desenvolvimento da sexualidade, protege a liberdade do exercício da sexualidade, abandonando uma perspectiva moral e de honra, como já caminhava as alterações do Código penal, como a lei 12.015/2009.

O núcleo do artigo possui nove ações, oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, sendo assim um tipo penal misto alternativo, a prática de qualquer das condutas em um

mesmo contexto deve ser considerada um único crime. Observa-se que só possuir não constitui o delito descrito, desse modo, aqueles que só recebem qualquer conteúdo acima descrito não praticam o delito caso não o repasse, mas caso a pessoa tenha incentivado a divulgação do conteúdo em grupo que faça parte, essa pessoa pode responder como partícipe.

Em seu caput, o objeto material ser dividido em duas partes, a primeira referente ao material que contém cena ou apologia ao estupro e a segunda parte, em relação as cenas de nudez e sexo sem consentimento. Seu sujeito ativo é comum, praticado por qualquer pessoa, não precisando ser a mesma pessoa que filmou, participou ou recebeu o conteúdo, e seu sujeito passivo pode ser qualquer pessoa. É uma infração de médio potencial ofensivo com pena de 1 a 5 anos de reclusão, sendo possível a concessão de suspensão condicional do processo, sendo possível a tentativa por ser um crime plurissubsistente, ou seja a conduta pode ser fracionada.

Quanto o meio para tanto, apesar de não definido, incluem os meios digitais. Em acordo com a evolução no entendimento desse tema, o artigo contém de forma clara elementos básicos como o envio de conteúdo íntimo de uma pessoa e a condição de não haver consentimento, execução as imagens explícitas quando possuem natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica em que haja a prévia autorização, não há em sua redação a definição de motivo para o ato, como vingança ou assédio, tendo em vista a pluralidade de motivações, com a expressão “qualquer meio” não limita os meios onde o ato ocorra à internet, uma vez que podem ser impressos ou gravados em CDs.¹⁸

Observa-se que esse delito possui duas causas de aumento em seu parágrafo primeiro. A primeira situação é quando o agente que praticou o crime mantém ou tinha mantido relação íntima com a vítima, nesse caso observa-se que se trata de uma situação objetiva, não envolve a intenção do agente, somente a sua condição em relação à vítima, ou seja o aumento nessas situações

¹⁸ Esses apontamentos fazem parte de um guia para legisladores na elaboração de uma lei efetiva sobre o *revenge porn*, elaborado pela organização Cyber Civil Right Initiative, onde é listado pontos que a lei deveria e não deveria conter.

independerá da motivação do companheiro, agindo bem o legislador ao assim prever, uma vez que evita uma possível discussão nos ações quanto a intenção do agente. A segunda causa é quando o agente pratica o crime com o objetivo de se vingar ou humilhar a vítima, nesse caso a situação é subjetiva, envolvendo a intenção do agente, para punir casos em que não há uma relação íntima de afeto.

E em seu parágrafo segundo há uma causa de exclusão da ilicitude, onde se tem a figura da divulgação legal ou permitida,

§ 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.

Associando-se essa causa de exclusão com as condutas do caput do artigo 218-C, divulgar cena de estupro, divulgar cena de estupro de vulnerável, divulgar apologia ou incitação ao estupro ou estupro de vulnerável e divulgar cena de sexo sem o consentimento da vítima. As três primeiras condutas são delitos de ação penal pública incondicionada, artigos 213, 217-A e 218-D respectivamente, portanto agora, com a nova redação do artigo 225, são de interesse estatal, sem a disponibilidade da vítima, logo não há a possibilidade do consentimento da vítima para publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, mas sempre acompanhadas de recursos que impossibilite a identificação da vítima. Enquanto a última hipótese, divulgar cena de sexo sem o consentimento da vítima, delito próprio do 218-C, é a única que há a real necessidade de consentimento da vítima maior de 18 anos, entrando nesse caso, em uma variedade maior de finalidades, como fotos artísticas, filmes adultos e até divulgação sem lucro com pleno consentimento.

Também, esse artigo possui subsidiariedade expressa, assim como no artigo 215-A, o legislador em sua redação diz que o agente só será imputado nesse delito caso o ato não constituir crime mais grave. Nesse caso tem-se as situações que envolvem criança ou adolescente nas imagens com conteúdo sexual, nas quais serão aplicadas o artigo 241-A do Estatuto da Criança e do

Adolescente, lei 8.069, cuja pena é maior, de 3 a 6 anos de reclusão e multa, como também criminaliza a mera aquisição, posse e armazenamento do material, no artigo 241-B.

Cabe ressaltar a lei 12.737/2012, vulgarmente conhecida como lei Carolina Dieckmann, que introduziu ao Código Penal o artigo 154-A o delito de invasão de dispositivo informático, que apesar de não absorver a esfera da dignidade sexual, segundo o Procurador de Justiça do Paraná Cláudio Rubino Zuan Esteves em apontamentos sobre a lei 13.718¹⁹, seria possível aventar-se eventual concurso material entre esse artigo e o 218-C, uma vez que a variedade de condutas do mesmo gênero começou a demonstrar a insuficiência do tipo penal que se restringe a punir a invasão do dispositivo eletrônico, sem considerar outras situações em que a intimidade é violada por outros meios tão ou mais eficazes.

Quanto a parte referente ao tema do estupro, os conteúdos que contenham estupro ou estupro de vulnerável, trata-se de violência sexual real, ao mesmo tempo que é divulgada e depois difundida. Mas, devido a subsidiariedade expressa presente nesse dispositivo, como já apontado, o vulnerável aqui é apenas aquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, como embriaguez completa ou drogas, não pode oferecer resistência, uma vez que se tratando de menor de quatorze (14) anos, o dispositivo aplicado é o artigo 241 ou 241-A.

O termo “apologia” não possui associação com o artigo 287 do Código Penal, apologia de crime ou criminoso, visto que diferente desse artigo, não há necessidade de que um crime tenha ocorrido ou que haja um criminoso, ou seja, não é necessário que as imagens veiculadas contenham cenas sexuais, e vai além da criminalização da menção a delitos, englobando discursos que visam atacar a liberdade sexual de alguém, ou de um grupo.

¹⁹ Esteves, Cláudio, Lei nº 13.718/2018 Crimes contra a Dignidade Sexual Breves apontamentos, www.criminal.mppr.mp.br, visto em 20/09/2019

A outra parte do objeto material se refere ao popularmente chamado *revenge porn*, pornografia de vingança, relacionada a conduta do agente como forma de retaliação ao término de um relacionamento, mas não se limitando a essa conduta. Anteriormente a lei 13.718, nosso ordenamento não possuía um tipo penal para esses tipos de conduta, sendo a esfera cível o local onde se buscava alguma forma de indenização quanto possíveis danos morais causados.

O termo pornografia de vingança, como já falado, vai além da ação vingativa de um ex parceiro amargurado, seu agente pode ser conhecido ou não pela vítima, assim como o seu motivo pode ser por vingança, coerção, lucro, notoriedade ou até não haver motivação. Um médico divulgando fotos de pacientes nuas ou um indivíduo repassando fotos que recebeu de um terceiro nas suas mídias sociais são condutas que se enquadram na pornografia de vingança. E seu conteúdo só se torna pornográfico no momento em que é divulgado para terceiros, aqueles que não seriam os destinatários do material produzido em contexto de intimidade.

A violência aqui se apresenta na forma psicológica e moral, capaz de afetar a interação da vítima com seu meio social, de trabalho e também familiar e causando consequências devastadoras como problemas de saúde como transtornos psicológicos, depressão e suicídio. Ressalta-se aqui o julgamento moral e machista que acaba por existir em grande maioria dos casos das vítimas, por terem produzido essas mídias com conteúdo sexual, mesmo sendo essas feitas em um ambiente de intimidade e confiança, argumentando que se expuseram de forma voluntária, tornando tal posicionamento em argumentação jurídica com frequência, seja pelo consentimento do ofendido ou pela autocolocação em risco.

Rebatendo esses argumentos jurídicos, quanto ao consentimento do ofendido, ele é válido se feito de forma voluntária e abrangendo todo o contexto, assim uma vítima que consente em produzir um vídeo íntimo para o seu companheiro e acaba tendo o mesmo divulgado a terceiros sem sua anuência não consentiu em totalidade com toda a situação, mas sim somente com a parte relacionada a intimidade do relacionamento. Quanto a autocolocação em risco,

esse conceito se aproxima mais aos casos de pornografia não consensual, situação em que há um comportamento livre e consciente da vítima e que gera resultados, não necessariamente queridos pela parte prejudicada, e não necessariamente praticados por alguém. Porém, tem como requisito o domínio, mesmo que relativo, sobre a situação de risco, e nos casos de *revenge porn* não há nenhum domínio sobre as situações de risco, uma vez que ocorre em meio digital, o fim do material não era pornográfico e não houve consenso para além da intimidade.

Adentrando mais nos tipos de casos de pornografia não consensual existentes, e possível separá-los em três tipos. O primeiro é aquele com finalidade de agredir ou humilhar determinada pessoa, muito presente no ambiente doméstico, no sentido que envolve pessoas com alguma relação com a vítima, como um ex companheiro, familiares ou amigos. É nesse tipo que se encontra o *revenge porn*, nesse ambiente é importante ressaltar que a pornografia não consensual em parte dos casos assume um papel na violência doméstica, como meio de manutenção de abusos ou de sua denúncia, servindo como mecanismo de chantagem. Assim, como em casos de estupro, onde o autor grava o delito e entre outros motivos, usa a mídia como forma de desencorajar futura denúncia

O segundo ocorre em decorrência da invasão de dados da vítima, aqui essa conduta já era reprimida com a edição da lei 12.737/2012, que incluiu artigos ao Código Penal referentes a crimes cibernéticos, sendo elaborada em resposta ao caso em que um hacker obteve acesso a fotos pessoais da atriz Carolina Dieckmann e as divulgou sem o seu consentimento. A adição do artigo 154-A ao Código Penal, invasão de dispositivo informático, apesar de ter sido criada em resposta a um caso de pornografia não consensual, não tem como objetivo a sua tutela especificamente, mas sim a proteção genérica da liberdade, como segredos, confidências e privacidade.²⁰ Nesses casos o agente responderá por ambos os delitos, o artigo 218-C e artigo 154-A, em concurso material.

²⁰ O artigo 154-A trata a distribuição do conteúdo como causa de aumento da pena nos casos de invasão de dispositivo informático, tendo como núcleo a invasão, mediante violação indevida de mecanismo de

O último tipo são os de casos em que a pornografia não consensual é divulgada sem qualquer finalidade ilícita em si, como é o caso terceiros, alheios a origem do conteúdo íntimo, que o receberam e o repassam para outros por grupos de conversa ou publicações em sites. Também temos aqui o caso de um cafetão que usa materiais íntimos da vítima com a finalidade de cooptar clientela para pagar por serviços, pressupondo seu proveito no trabalho da prostituta, logo aqui a pornografia não consensual figura como meio de execução do rufianismo, artigo 230 do Código Penal.

Ainda cabe uma crítica ao artigo quanto a medidas reparativas e preventivas para as vítimas de *revenge porn*, as quais o legislador não focou durante sua elaboração. O avanço do legislador quanto ao tema é claro ao elaborar um artigo para abranger esse tipo penal, porém tal inovação é apenas um artigo visando a simples punição estatal. A lei não previu mecanismos específicos para reparação, como o caso de uma retratação, restando apenas a reparação genérica por danos morais e materiais prevista no Código Civil, visto ser um delito que afeta a integridade física e psicológica, podendo incapacitar a pessoa a exercer suas atividades tanto no âmbito do trabalho quanto no âmbito social e necessitar tratamento psicológico. Também falta menção a alguma tutela de urgência, como a cessação da divulgação dos conteúdos e interdição das mensagens ou páginas, como feito no artigo 20 da lei 7.716/1989²¹, mesmo antes do oferecimento da denúncia.

Além disso, em sua redação ao citar “cena de sexo, nudez ou pornografia”, em relação a nudez e necessária certa atenção, uma vez que esse termo ao ser interpretado não deve ser visto de forma muito ampla e nem muito restrita, para evitar casos de criminalização de desenhos ou de pais divulgado fotos de seu recém nascido.

segurança, e a finalidade a obtenção, alteração ou destruição do material ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

²¹ Lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor

Por fim, o artigo 218-C, incorporado pela lei 13.718/2018, representa um avanço positivo no ordenamento jurídico brasileiro, criminalizando uma prática que antes possuía pouca tutela no cenário nacional e internacional, o que por consequência gerava o aumento dessa conduta destrutiva, visto que a repreensão por esses atos não causava medo aos autores, e o aparente anonimato das redes sociais fornecia uma sensação de proteção, sendo esses atos tratados como agressão a honra ou aos dados pessoais, introduzindo esses atos nos crimes contra a dignidade e liberdade sexual, o legislador caminha em conformidade com os avanços em relação aos delitos sexuais onde o enfoque passa a ser a liberdade sexual da vítima de escolher ou não expor seu corpo e para quem expor.

3.3 Da alteração para ação penal pública incondicionada nos crimes sexuais

Talvez a alteração capaz de causar maior impacto no Processo Penal brasileiro seja a alteração da redação do artigo 225 do Código Penal, modificando as disposições gerais em relação aos crimes dos capítulos I e II do título VI, crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável, que agora se procedem-se mediante ação penal pública incondicionada.

Anterior a essa modificação, com a redação dada ao artigo 225 pela Lei 12.015/2009, em regra, esses delitos eram ação pública condicionada a representação, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima fosse menor de dezoito (18) anos ou pessoa vulnerável. Embora precisasse ser ajuizada pelo Ministério Público, dependia da representação da vítima, ou seja, ela devia querer que o autor do crime seja denunciado. É a chamada *delatio criminis postulatoria*, ato em que o ofendido autoriza formalmente o Estado a prosseguir na persecução penal e a proceder à responsabilização do autor do fato. É uma formalidade nos termos do artigo 5, parágrafo 4º do Código de Processo Penal, “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”. Esse direito de representação decaiu no prazo de 6 meses, extinguindo a punibilidade.

A razão que se dava a atribuição da ação pública condicionada a representação aos crimes sexuais era de que em certos casos se mostra mais socialmente adequado deixar ao critério da vítima a decisão de processar ou não o autor, pois são casos em que o crime produz um constrangimento maior que o usual, e geralmente afeta a esfera da intimidade da vítima, a qual acaba sendo investigada e reproduzida durante a colheita de prova e nas audiências. A vontade da vítima nesses casos era tão determinante que, como já citado, sem sua representação não haveria processo, como também, mesmo tendo representado lhe era facultado se retratar da representação a qualquer momento antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

As exceções a essa regra seriam os casos envolvendo vítima menor de 18 anos, vítima vulnerável, se o delito foi praticado mediante violência real, segundo a súmula 608 do Supremo Tribunal Federal²² e se do delito resultou lesão corporal grave ou morte, devendo ser aplicado também a súmula aplicada pelo mesmo raciocínio. Em todas essas situações a ação penal é pública incondicionada.

Nesse pensamento, a lei penal reconhecia que seria mais danoso um processo contra a vontade do ofendido do que a extinção da punibilidade, visto que o crime, por sua natureza que expõe a intimidade de alguém ao ponto de ser mais razoável não formalizar uma futura apuração dos fatos. Assim, o antigo entendimento buscava evitar o *strepitus judicii*²³ do processo e a revitimização.

Quanto ao primeiro, a instauração de um inquérito policial e, em sequência, uma ação penal ocasiona uma exposição para a vítima em seu meio social, mesmo que o todo o processo ocorra em sigilo, segundo o artigo 234-B do Código Penal, é recorrente que a notícia sobre o procedimento se torne conhecida por outros, trazendo “barulho” indesejado para a vida da vítima, o que gera seu constrangimento. Além desse fato, infelizmente, algumas teses defensivas ainda hoje buscam transferir ou compartilhar a responsabilidade pelos

²² No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

²³ Em latim significa barulho, ruído, escândalo decorrente do julgamento

crimes sexuais para a vítima, e a submissão da vítima a tal argumentação, implica em mais sofrimento.

A vítima de um crime dessa espécie, quando é inquirida sobre os fatos, ela acaba de alguma maneira sendo submetida a um novo trauma e sofrimento. Ter que relatar um episódio traumático de sua vida em um ambiente no qual possui pouco entendimento, e que em muitos casos é um local geralmente formal e frio, composto por pessoas estranhas possivelmente pode ocasionar uma violência psíquica cada vez que se vê obrigada a depor. Dessa forma, a revitimização tem sido associada à repetição do relato de violência para profissionais, em diversos contextos que acabam por gerar um processo de traumatização secundária, uma vez que, a cada relato, a vivência da violência é reeditada. Além, da violência decorrente da grande quantidade de depoimentos, revitimizar também se associa a atitudes e comportamentos em face da vítima que podem ser observados durante a instrução processual, como paternalizar, infantilizar, culpabilizar, generalizar histórias individuais, reforçar a vitimização, envolvimento em excesso, distanciamento em excesso, não respeitar o tempo da mulher e até transmitir falsas expectativas.²⁴

Pensando no fenômeno da revitimização, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela separação da vulnerabilidade permanente da vulnerabilidade ocasional. Em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos sexuais, a ação seria sempre incondicionada. E quando se trata de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos, não sendo assim propriamente vulnerável, a ação deveria permanecer condicionada a representação da vítima. Buscando com essa decisão evitar que o Estado interferisse nos direitos e garantias das vítimas em crimes dessa natureza.

Porém, com a vigência da lei 13.718/2018 todos esses delitos passam a ser ação penal pública incondicionada. Em primeiro momento, parece ser um grande avanço legislativo para fins protetivos, ampliando aparentemente a

²⁴ Exemplos baseados nas diretrizes gerais e protocolos de atendimento do programa Mulher, viver sem violência da Secretaria Especial de Políticas para mulheres, do Governo Federal instituído em 2013.

proteção da vítima, ao assumir a decisão de persecução penal nos casos também de maiores e capazes, junto com uma ideia de que sem a necessidade de anuência da vítima, por consequência mais processos seriam instaurados em relação aos crimes sexuais e assim menos crimes desse tipo ficariam impunes. Tendo a vítima nesses casos só uma certa autonomia na decisão de levar o fato ao conhecimento das autoridades, quando não há outras testemunhas.

Aqueles que defendem a alteração promovida pela Lei 13.718 argumentam que quando a ação penal era privada, e depois se tornou pública condicionada, as vítimas, em especial mulheres, sofriam constrangimentos e em grande parte dos casos deixavam de comunicar o crime e assim buscar a punição da conduta do agressor, por conta de receio de represálias, em especial nos casos em que o delito ocorre no âmbito familiar. Assim, a impunidade se instaurava por conta da extinção da punibilidade pela decadência. Ainda, defende-se que, a luz de toda a evolução ocorrida ao longo de décadas em relação ao papel social da mulher, o que gerou um grande incremento no sistema de proteção de mulheres vítimas de violência, a manutenção de uma regra que dificulta o ajuizamento da ação penal não faria sentido no Código Penal brasileiro.

Essa modificação também é elogiada no sentido de encerrar a discussão sobre o tipo de ação penal nos crimes agravados pelo resultado. Quando passou a vigorar a redação do artigo 225 dada pela Lei 12.015/2009, o Procurador-Geral da República ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, solicitando o reconhecimento da inconstitucionalidade desse artigo, com a finalidade de estabelecer que a ação penal no estupro com resultado morte ou lesão corporal grave deveria ser pública incondicionada. Para tal argumentava que era uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma ofensa ao princípio da proteção eficiente e a possibilidade de possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento, pois passariam a exigir representação. Ao se tornarem sempre pública incondicionada a discussão perdeu seu objeto.

A nova redação do artigo 225 também superaria o debate a respeito da eficácia da Súmula 608 do STF. Em sua súmula 608, onde atribui aos casos de

crimes sexuais que envolvam violência real a ação penal pública incondicionada, que por mesmo raciocínio se estendia aos casos que resultaram em lesão corporal grave ou morte, sendo para caracterizar violência real não necessário a ocorrência de lesão corporal de fato. Diversos doutrinadores defendiam que essa súmula permanecia eficaz mesmo com a redação dada pela Lei 12.015/2009 ao artigo 225. Para Cezar Roberto Bitencourt, as disposições da súmula continuavam aplicáveis pro serem apenas um reforço ao disposto no artigo 101 do Código Penal²⁵.

“No crime de estupro qualificado pelo resultado morte da vítima ou lesão grave, a ação penal é, inegavelmente, pública incondicionada, segundo a norma especial contida no art. 101 do Código Penal. Esse dispositivo legal, ao contrário do que se tem entendido, não consagra uma norma geral, pois sua razão de ser são exatamente as exceções quanto à natureza da ação penal pública incondicionada (regra geral), as quais se encontram na Parte Especial do Código Penal. Aliás, quanto à hipótese de estupro com resultado morte da vítima ou lesão grave, convém que se destaque, não houve alteração alguma, continua como sempre foi, ou seja, crime de ação pública incondicionada.

(...)

A previsão legal relativa ao crime complexo (art. 101), como estamos sustentando, não só é especial como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem. Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes do art. 225 e seu parágrafo único fazem parte, como uma subespécie (complementar), daquela regra geral, segundo a qual a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei; nesse sentido, a previsão casuística sobre a iniciativa da ação penal (v.g., arts. 145, 225 etc.) constitui norma geral complementar para esses crimes sexuais. Não teria sentido o afastamento do conteúdo do art. 101 por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do princípio da excepcionalidade, devem ser sempre expressas. Em outros termos, interpretação em sentido contrário esvaziaria a finalidade da previsão do art. 101, que poderia, inclusive, ser suprimido do Código Penal por absoluta inutilidade. Com efeito, se não houvesse tais previsões, seria desnecessária a definição contida no referido artigo, pois, na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre pública incondicionada (art.

²⁵ Art. 101 - Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público.

100). Em outras palavras, o conteúdo do art. 101 do Código Penal destina-se especificamente àquelas infrações penais cuja persecutio criminis depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras dele não necessitam: são de ação pública incondicionada.”

Com a vigência da Lei 13.718/18, não há mais razão para invocar a súmula, uma vez que seu entendimento foi englobado na nova redação do artigo 225.

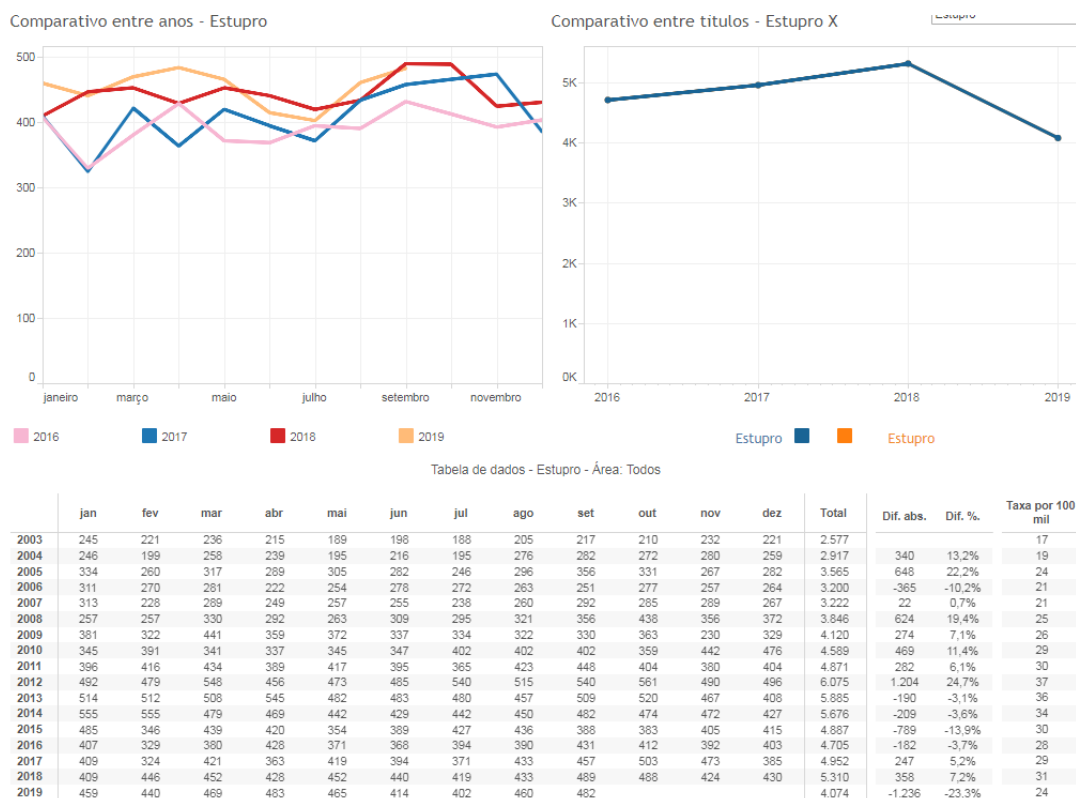
Após toda essa análise, cabe ponderar que a alteração trazida pela Lei 13.718/2018 trouxe retrocessos. Apesar de adotar um posicionamento voltado a uniformizar a ação penal nos crimes sexuais, essa mudança afetou a tomada de decisão das vítimas. O Estado, nos crimes dessa natureza, não poderia colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima, em se tratando de pessoa capaz, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, permitindo à vítima externar sua escolha e que ela seja respeitada, pois os casos aqui presentes envolvem a intimidade da vítima, a interferência na mesma pode causar novos problemas, como também por se tratar da liberdade sexual, é de se esperar que essa liberdade se estenda para a decisão de processar ou não aquele que viola essa liberdade. E os avanços mencionados acima como justificativa para a alteração da lei 13.718/2018 na verdade serviriam para justificar a manutenção da escolha da vítima, já que com a maior consciência do papel da mulher na sociedade, e a tomada de consciência sobre a igualdade entre homens e mulheres é natural pressupor que a mulher vítima de um crime sexual possui, assim como o homem, plenas condições de decidir sobre seus interesses. O raciocínio na sociedade atual seria o exatamente inverso.

Ademais, pela análise dos seguintes gráficos fornecidos pelo Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁶, observa-se que desde a vigência da nova redação do artigo 225, a variação dos casos relatados de estupro apresentou pouca variação, consistente com os anos anteriores, em

²⁶ Autarquia criada pela Lei nº 3.329, de dezembro de 1999, vinculada à Vice-Governadoria do Estado, com função de produzir informações e disseminar pesquisas e análises com vistas a influenciar e subsidiar a implementação de políticas públicas de segurança e assegurar a participação social nessas políticas pela divulgação de material.

contrapartida ao argumentado pelos defensores da ideia de que sendo os crimes sexuais de ação pública incondicionada, os casos relatados aumentariam de forma significativa.

Por serem eventos recentes, visto que estamos no primeiro ano integral de vigência da Lei 13.718/2018, esses dados podem apresentar variações com o tempo, mas até o momento não confirmam o posicionamento dito anteriormente. Também, esses gráficos não demonstram aumento ou diminuição de casos de estupro, mas sim dos casos que o Estado do Rio de Janeiro toma conhecimento. O que pode ser concluído é o aumento de casos relatados por conta da evolução do posicionamento sobre os crimes sexuais, tratando-os como agressão a dignidade sexual, e não mais como um atentado ao pudor e bons costumes.



(Fonte: <https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br:4434/index.html>)

3.4 Novas causas de aumento da pena

Além das *novatio legis* e da modificação das ações para pública incondicionada tratadas anteriormente, a lei 13.718 trouxe novas causas de aumento da pena, o estupro coletivo e o estupro corretivo, e aumentou a majoração em situações já existentes, tratando com mais rigor as particularidades que ocorrem nos casos de crimes sexuais, alterando assim os artigos 226 e 234-A.

Essas modificações buscam tratar com mais seriedade situações que agravam as consequências desse delito, como a transmissão de uma doença sexualmente transmissível, ou geram consequências para além do crime e da vítima, como a gravidez e o fato da transmissão de DSTs ser um problema de saúde pública, ou tem sua motivação pautada em preconceito, ódio ou em subjugar. Mostrando ser a rigidez na penalização o caminho adotado pelo legislador ao lidar com os crimes sexuais e na elaboração da lei 13.718/2018. Cabe ressaltar que por se tratarem de novas majorações, anteriormente inexistentes, e aumentos quantitativos nas penas, estamos diante de *novatio legis in pejus*, assim essas alterações não retroagem, sendo aplicadas somente aos fatos futuros.

Na proposta original, Projeto de lei 618/2015, além das modificações descritas, havia previsão de alterar o inciso I do artigo 226, adicionando duas alíneas que majorariam a pena dos delitos sexuais dependendo do local ou momento em que fossem cometidos. Mas, em Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados²⁷, sustentou-se que a motivação dos crimes contra a dignidade sexual sempre são muito variadas, tornando desnecessário punir mais gravemente uma hipótese casuística, como condutas praticadas em transporte público, ambiente privado, ou ocorridas durante o período noturno ou diurno.

²⁷ Parecer Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 2/2018, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015, apresentado em 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materials/-/materia/132479>. Acesso em: 20/10/2018

Esse parecer defendeu que seria desnecessária a criação de novas causas de aumento de pena para os crimes contra a dignidade sexual, exceto as elevações da pena referente ao crime de estupro coletivo, sob o risco de futura alegação de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Esse argumento fez com que as únicas causas de aumento que vieram a ser implementadas fossem o estupro coletivo e o estupro corretivo.

3.4.1 Alteração do artigo 226, estupro coletivo e corretivo.

O legislador nesse artigo introduziu novas causas de aumento de pena, a figura do estupro coletivo e do estupro corretivo, como pode ser observada na atual redação:

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

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, no Projeto de Lei 618/2015, previa-se a sua incorporação no artigo 225-A, que seria inserido, tratando exatamente dessa causa de aumento, “ nos casos dos artigos 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.” E em emenda apresentada pelo Senado em 31 de maio de 2016, havia a ideia de inserir um artigo 225-B, cuja redação aumentava os mesmos crimes do 225-A em 3/5 (três quintos), se o crime foi cometido em concurso de cinco ou mais pessoas. Essa proposta de emenda foi uma resposta a comoção causada por diversos casos noticiados, como de uma jovem, de 16 anos de idade

na época, que relatou ter sido violentada por ao menos 30 homens em uma comunidade da Zona Oeste do Rio de Janeiro²⁸.

O Senador Ataídes Oliveira na Justificativa dessa emenda argumentou,

No caso do estupro coletivo é de se crer que essa segunda função da norma penal tem particular relevância, dada a natureza sórdida e insanável da ofensa à intimidade sexual da pessoa humana e deve pesar sobre os criminosos de forma gradativa ao dano. E aqui, Senhores Senadores, o dano está também ligado ao número de ofensores. O número importa. O número de ofensores ficará gravado na memória da vítima, estenderá o tempo de submissão da vítima ao ato de barbárie e agravará as lesões corporais resultantes do crime. Ademais, quanto mais forem os estupradores que submetem uma mesma mulher, tanto maior será o agravo ao processo civilizatório e à normalidade das relações entre as pessoas e também maior será a covardia e crueldade de cada ofensor individualmente. Uma mulher ver-se cercada por cinco, dez, vinte ofensores é um fato social que merece uma restrição ainda mais radical por parte da legislação, materializada no aumento de pena proposto.²⁹

Com a introdução do estupro coletivo como causa de aumento, passou a existir dois dispositivos tratando do mesmo assunto no mesmo artigo, enquanto o inciso I do artigo 226 aumenta a pena em 1/4 (quarta parte) se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas, a *novatio legis*, artigo 226, inciso IV, tem um quantitativo maior, 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) quando há o concurso de dois ou mais agentes.

Assim, questiona-se qual dos dois deve ser aplicado em caso de confronto entre esses dispositivos. Sobre esse tema existem duas correntes, a primeira entende que os dispositivos devem se integrar no ordenamento jurídico, a *novatio legis*, com maior fração no aumento da pena, deve ser aplicada aos crimes de estupro e estupro de vulnerável, tendo em vista que o nome iuris da

²⁸ G1. Vítima de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua. <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-counta-que-acordou-dopada-e-nua.html>. Acesso em 20/10/2019

²⁹ Emenda ao Projeto de Lei 618/2018 de autoria do Senador Ataídes Oliveira. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777134&disposition=inline>. Acessado em: 22/10/2019

causa de aumento específica é “estupro coletivo”. A outra corrente, minoritária entende que entre o conflito dos dispositivos citados, deverá prevalecer o mais favorável ao réu, ou seja, o inciso I. Os adeptos dessa corrente argumentam que o legislador mudaria a redação do inciso I, o que não ocorreu, permanecendo a mesma redação. E caso o legislador quisesse enquadrar o inciso IV como causa de aumento específica para o delito de estupro, teria inserido o dispositivo na redação dos artigos 213 e 217-A, estupro e estupro de vulnerável.

O estupro corretivo, por sua vez teve incorporação por origem distinta, no projeto de lei 6.971/2017³⁰, que foi apensado pelo Parecer Substitutivo da Câmara dos deputados nº 2/2018. Esse termo deriva de Direito estrangeiro, em especial da África do Sul, onde defensoras das causas LGBT estariam sendo vítimas pelo fato da opção sexual, como forma de subjulgá-las por não serem aceitas pelos autores desses atos. O legislador na elaboração da lei foi além e incluiu na causa de aumento não somente a subjulgação do comportamento sexual da vítima, como também a subjulgação do comportamento social. Aqui entende-se que apesar do termo “estupro” tal causa de aumento seria aplicável para todos os delitos do Capítulo I e II do Código Penal, artigos 213 a 218-D.

Assim, o estupro corretivo é definido como uma forma de estupro que visa subjulgar a vítima por sua opção sexual ou comportamento social. Os casos desse tipo de estupro têm ocorrido de duas formas, contra mulheres lésbicas, bissexuais, ou homens homossexuais, transgêneros e transexuais, como forma de “correção” ou “cura” de sua opção sexual, ou para “corrigir” o comportamento da mulher, por conta do que veste, ter vários companheiros, ser prostituta ou como controle de fidelidade caso se tornem infiéis, nesses casos observa-se que a agressão se baseia no comportamento que a vítima mantém em sociedade.

Nessas situações de violação está presente o ódio e preconceito como motivação, essa violência é usada como forma de castigo pela negação da

³⁰ Projeto de lei 5.971, de 2017, de autoria da Deputada Tia Eron, que propunha acrescentar um parágrafo terceiro ao artigo 213 do Código Penal sobre o “estupro corretivo”, determinando o aumento da pena em 1/3 nesses casos.

mulher ou do homem à masculinidade do homem, seja o companheiro ou até da própria vítima. É uma espécie deturpada de “cura” pelo ato sexual à força, que é caracterizado por uma pregação do agressor ao planejar, realizar e relatar o ato, utilizando para tal sites ou redes sociais, o que, como vimos, caracteriza o delito do artigo 218-C, divulgação registro audiovisual que contenha cena de estupro ou que faça apologia a sua prática.

Dessa forma, o legislador buscou atualizar a legislação penal brasileira, tendo em vista os casos que agora passaram a ter evidência, na sociedade, inserindo uma causa de aumento para as hipóteses de estupro por subjugação da opção sexual ou social da vítima.

3.4.2 Artigo 234-A, gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou deficiente

Nessa artigo trata-se de causas de aumento de penal geral, atribuídos a todos os crimes contra a dignidade sexual, ao contrário do artigo 226 anteriormente abordado, que só se aplica aos delitos dos Capítulos I e II, dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes contra vulnerável, aqui houve majoração nas frações de aumento da pena para as modalidades existentes e a criação de uma nova, casos em que a vítima for idosa ou pessoa com deficiência, como pode ser visto a seguir:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I - VETADO;

II - VETADO;

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.

A majorante do inciso III desse artigo sofreu somente modificação quantitativa, antes limitava o aumento a metade, passando agora a prever o aumento de metade a dois terços. Com essa alteração, o legislador procura punir

de forma mais severa o comportamento do autor, considerando para tal a consequência do crime para a vítima, e familiares, cuidando de consequência do delito não alcançada pelo dolo, vontade consciente, do agente.

Em relação ao inciso IV, antes majorava-se de um sexto (1/6) à metade (1/2) a pena nos casos em que o agente transmitisse à vítima alguma doença sexualmente transmissíveis, DST, que sabia ou devia saber ser portador. Agora, com a lei 13.718, essa majoração foi aumentada, de um terço (1/3) à dois terços (2/3), além de ter sido acrescentado novas circunstâncias que se agregam a transmissão de doença sexualmente transmissível, a condição da vítima idosa ou deficiente.

Para os efeitos da majorante, o idoso é aquele que possui ao menos sessenta anos de idade, conforme o artigo 1º da Lei 10.741/03³¹, estatuto do idoso, enquanto o conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelo artigo 2º da Lei nº 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência:

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

Aqui ressalta-se a possibilidade de ocorrência de *“bis in idem”* com a aplicação da segunda parte do inciso IV desse artigo. Assim, entende-se que a sua aplicação ocorre caso não representem elementares ou qualificadoras dos crimes contra a Dignidade Sexual, como no caso do artigo 217-A, parágrafo 1º

³¹ Art 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

que já prevê uma hipótese de estupro de vulnerável praticado contra pessoa que “por enfermidade ou deficiência mental”, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, sendo, dessa forma, essa condição já figurada como elementar prevista nesse dispositivo.

3.5 Irrelevância do consentimento e da experiência sexual no estupro de vulnerável

Por fim, a Lei 13.718/2018 inseriu o parágrafo 5º no artigo 217-A, estupro de vulnerável, dispondo o seguinte:

§ 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.

Esse artigo, como já se sabe, criminaliza a relação sexual, conjunção carnal e outros atos libidinosos com vítima menor de quatorze anos (14), **caput**, ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que por alguma situação, não tenha condições de oferecer resistência, parágrafo 1º, ressaltando que a incapacidade neste caso independe se foi ou não provocado com pessoa que é vulnerável, havendo dessa forma, dois sujeitos passivos. O crime aqui ocorre mesmo sem a presença de violência ou grave ameaça, requisitos que caracterizam o artigo 213, estupro.

A proposta do acréscimo do parágrafo acima teve como motivação conferir maior proteção à pessoa vulnerável, para impedir a sedimentação de entendimentos jurisprudenciais que afastem a incidência do crime de estupro de vulnerável em caso que a vítima já ter tido experiências sexuais anteriores ao delito, principalmente porque o dispositivo adota critérios objetivos para a caracterização da vulnerabilidade, como a vítima ser menor de quatorze (14) anos de idade. Tal parágrafo, inseriu na legislação a conclusão da Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao menor de 14 anos, sendo irrelevante seu eventual consentimento no ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Na análise desse artigo, é necessário compreender a alteração causada pela entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n° 13.146/2015, em especial em relação ao tratamento dispensado por essa lei às pessoas que padecem de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Como a revogação do artigo 3° do Código Civil, tratando agora os indivíduos que não podem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, como relativamente incapazes.

Ao observar o artigo 6° desse estatuto, que elenca situações em que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, temos no inciso II, “exercer direitos sexuais e reprodutivos;”. Tal inciso suscitou dúvidas no campo penal, no caso do parágrafo 1° do artigo 217-A, que como já foi mencionado, pune a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém, que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, uma vez que se o deficiente é plenamente capaz de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, qual o porquê de rotulá-lo como vulnerável e assim, incapaz de consentir o ato sexual? Esse possível conflito entre documentos legais tornou-se latente com a inserção do parágrafo 5° do artigo 217-A.

Quanto ao menor de quatorze (14) anos, antes de vigorar a Lei 12.015/2009, o Código Penal considerava, pelo antigo artigo 224, a relação sexual com o menor como violenta. Havia por conta dessa artigo discussões sobre a natureza da presunção, se é relativa ou absoluta, em que parte dos doutrinadores defendiam a necessidade de apurar concretamente a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto a outra parte, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

A Lei 12.015, revogou o artigo 224 e essa regra de presunção de violência deixou de ser aplicada, adicionando o artigo 217-A, que não menciona presunção de nenhuma ordem, punindo, no seu *caput*, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor. Porém, esse debate sobre presunção continuou, agora transferida para a presunção de

vulnerabilidade. Temos como exemplo a afirmação de Guilherme de Souza Nucci:

“Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real.³²”

Porém, o entendimento que prevaleceu foi diverso, a maioria da doutrina afirmava não existir lugar para um debate sobre sobre presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume, sua redação é clara e inequívoca, proibindo a relação com menor de quatorze (14) anos. A própria justificação do projeto que originou a Lei 12.015/2009 menciona o objetivo de destacar a vulnerabilidade de certas pessoas, menores e pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, além de afirmar não entrar no mérito da violência e sua presunção, tratando-se de objetividade fática. Tendo o Superior Tribunal de Justiça firmado orientação no sentido de afastar pretensões para apurar concretamente a vulnerabilidade com a Súmula nº 593, mencionada anteriormente.

Assim, a nova disposição legal trazida pelo parágrafo 5º não modifica na prática a orientação que já se adotava a respeito do estupro de vulnerável quanto a idade, pois a matéria nesse sentido já estava pacificada, o que fez foi tornar inequívoca, pela elaboração do parágrafo, a interpretação já consagrada.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei 12.015/2009. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 37-38.

Cabe mencionar uma corrente de pensamento algumas vezes utilizado em decisões judiciais e argumentações, baseado em dispositivos estrangeiros, a chamada exceção de Romeu e Julieta. Essa exceção relativizaria a vulnerabilidade etária considerando a diferença etária das partes.

Essa ideia se sustenta nos aparentes fenômenos sociais vivenciados nas últimas décadas, que indicam que os adolescentes estão cada vez mais expostos a conteúdos ligados a sexualidade, assim a maturidade sexual nos dias atuais é atingida cada vez mais cedo, num contexto em que se argumenta não ser concebido pela legislação pátria ao definir a idade de consentimento para relações sexuais, com o surgimento de fenômenos como a sexualidade precoce, a sexualidade fluida, o gênero neutro.

Tal teoria preconiza que, apesar da literalidade do Código Penal, não seria possível considerar estupro de vulnerável quando a relação sexual ocorre com uma pessoa com diferença etária de até cinco (5), anos, uma vez que ambos os envolvidos se encontrariam na mesma etapa de desenvolvimento sexual. Nesse cenário, segundo os defensores dessa corrente, não seria razoável considerar estupro a relação consentida entre namorados de por exemplo, treze (13) e dezoito (18) anos, recebendo tratamento jurídico diverso, e assim afastando uma aplicação pura e simples da lei penal, que ocasionaria exageros punitivos, visto que se entende que em certas situações não há exploração sexual do jovem, tendo o ato resultado de uma situação de afeto.

Esse pensamento advém da interpretação de alguns Estados norte-americanos, que desenvolveram as chamadas ``*Romeo and Juliet Laws*`, diante dessas situações em que aparentemente ambos estariam no mesmo momento de descoberta da sexualidade. Sendo essa expressão inspirada na obra de William Shakespeare, escrita entre 1591 e 1595, que relata o amor e a morte de dois jovens amantes, em que Julieta possuía treze (13) anos de idade ao se relacionar com Romeu.

Observa-se que essa corrente vai de forma completamente oposta ao caminho seguido pelo Legislador com a edição da Lei 12.015/2009 e a atual Lei

13.718/2018 e dos Tribunais Superiores, uma vez que não haveria possibilidades interpretativas nos dispositivos desse tema. Afirmando que os menores de quatorze (14) anos não podem se relacionar sexualmente. Diversas críticas à exceção Romeu e Julieta apontam para uma deturpação da proposta de proteção do artigo 217-A, baseando-se também em preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ressaltarem a comparação a um relacionamento descrito no século XVI, sendo completamente fora do atual entendimento sobre a idade de maturidade sexual e o fato das *Romeo e Juliet laws* serem majoritariamente usadas nos Estados Unidos para afastar a criminalização do sexo consentido entre menores de dezoito (18) anos.

Quanto a situação do parágrafo primeiro do artigo 217-A, relativo à pessoa com enfermidade ou deficiência mental que não possuiria o discernimento necessário para a prática do ato sexual, ou por alguma causa diversa não pode oferecer resistência, essa se difere completamente do caso anterior, e a introdução do parágrafo 5º gerou impacto em seu entendimento.

Assim como nas situações envolvendo menor de quatorze (14) anos, anteriormente a Lei 12.015/2009, presumia-se a violência por meio do artigo 224, e com a introdução dessa lei passou a punir de forma expressa no Código Penal o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa, não consiga oferecer resistência, englobando situações em que a pessoa não possui alguma anomalia mental, porém embriaga-se, utiliza entorpecentes ou é induzida por meio de álcool ou drogas por alguém à inconsciência e por conta disso é submetida ao ato sexual sem que possa resistir.

Diferente da situação com menor expressa no caput do 217-A, no caso do indivíduo que possua deficiência mental ou enfermidade, não se punia a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com esse indivíduo. Nessa situação o crime se caracteriza se o sujeito passivo em virtude de sua condição não possui o necessário discernimento, sendo, desse modo, imprescindível apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha

ou não o discernimento para praticar o ato sexual. Aqui não haveria interferência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois desde o fim do artigo 224, e da presunção de violência, se tornou necessário apurar se a situação da vítima, decorrente de enfermidade ou deficiência cognitiva, ocasionava a falta de discernimento.

O inciso II do artigo 6º, que afirmava ser a pessoa portadora de deficiência plenamente capaz de exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, serviam de reforço para essa comprovação. Entendendo que deve ser considerado a existência de distintos níveis de deficiência e que há certos estágios em que o indivíduo tem capacidade de discernimento que lhe permite a prática de atos sexuais sem que isso represente uma agressão contra si.

Entretanto, a adição do parágrafo 5º no artigo 217-A pela lei 13.718/2018, provoca efetivo conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Penal. A disposição legal ao estabelecer que o crime desse artigo se caracteriza independentemente do consentimento da vítima, inviabiliza que se apure se a enfermidade ou deficiência mental provoca a falta de discernimento para consentir, afetando a abrangência do estatuto que busca garantir a maior autonomia possível às pessoas com deficiência. O novo parágrafo quinto também acaba por contrariar o próprio parágrafo primeiro, que como foi explicado acima pressupõe que o portador de enfermidade ou deficiência mental seja desprovido de capacidade de compreender o ato, sendo a capacidade de consentir situação que deve afastar o delito.

Assim, parece ser mais adequado interpretar a regra presente no parágrafo 5º de forma restritiva, se atendo às situações que envolvam o caput do artigo 217-A, ou seja, quando envolve menor de quatorze anos. Em casos envolvendo deficientes, seria necessário fazer uma interpretação sistemática visando compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual. Ou seja, a aplicação da teoria do diálogo das fontes, na qual, diante de possíveis conflitos normativos, ao invés de excluir uma norma em detrimento da outra, a solução mais preferível seria a

compatibilização dos dispositivos, garantindo uma aplicação coerente e coordenada.

Ainda, ressalta-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem inspiração na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de Nova York, que foi ratificada pelo Brasil e incorporada com o *status* constitucional, dispondo que os Estados “[...]reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver em comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas,[...]”. Logo, essa disposição, que se sobrepõe ao texto da lei ordinária não poderia ser limitada pela Lei 13.718/2018.

Em conclusão, a adição do parágrafo 5º, em se tratando do caput do artigo 217-A, relacionado aos jovens menores de quatorze (14) anos, seguiu o entendimento majoritário, simplesmente positivando a interpretação já consolidada. Porém, ao tratar dos indivíduos com deficiência, o novo dispositivo causa colisão com os avanços no tratamento dessas pessoas, que buscam dar maior autonomia e capacidade cível para os mesmo, causando dessa forma conflitos entre esse novo parágrafo e o também recente Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que poderá gerar interpretações no sentido de restringir o parágrafo 5º em se tratando de pessoas com deficiência, basendo-se na aferição do grau de deficiência.

5. Considerações Finais

Após a análise das inovações trazidas pela Lei 13.718/2018 e as possíveis consequências delas no ordenamento jurídico, é possível confirmar que com essas alterações e adições houveram avanços e retrocessos quanto ao tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, o Título VI do Código Penal.

É inegável que a introdução do artigo 215-A, que dispõe sobre a importunação sexual, sanou grande divergência em relação ao tratamento dessas condutas, atribuindo tipificação própria, evitando a sensação de impunidade, quando se atribuía aos casos uma contravenção penal, atentado ao pudor, artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, com pena branda em relação ao ato, e

também a hipercriminalização, ao qualificar a conduta como estupro, artigo 213, gerando desproporção, ao associá-lo a uma conduta mais invasiva e com uma pena elevada em comparação ao evento. Garante-se assim que o bem aqui tutelado é a liberdade sexual da pessoa, afastando conceitos de honra e pudor, e que a defesa desse bem é proporcional a lesão ocorrida.

A introdução do artigo 218-C ao Código Penal, representa avanço significativo no tratamento de crimes virtuais. A criminalização da divulgação de cenas de estupro, apologia ao estupro e pornografia não consentida, aqui englobado o fenômeno do *revenge porn*, representa maior combate as novas formas de se cometer ilícitos, ao mesmo tempo que começa a proteger a liberdade sexual no meio digital. Além disso, a redação do artigo, no tocante a pornografia não consensual está de acordo com o entendimento recente sobre o tema por não restringir o agente dessa conduta, entendendo que essa conduta pode ser praticada por qualquer pessoa e com diversas finalidades.

A adição das figura do estupro corretivo é outro ponto positivo no tratamento dos crimes contra a dignidade sexual, já que reconhece o fato de que esses atos não são somente praticados com o fim de satisfação da lascíva, também são instrumentos de poder, de ódio e preconceito contra a orientação sexual e o comportamento social da vítima. Uma forma de subjulgar ou “curar” a vítima ao mesmo tempo que serve de pregação de ideias repudiadas na sociedade.

Por fim, outro avanço dessa lei foi a positivação, por meio da adição do parágrafo 5º ao artigo 217-A, de entendimento majoritário de que a relação sexual com menor de quatorze (14) anos é qualificado como crime de estupro de vulnerável independente do consentimento e da vida sexual do menor, evitando assim a relativização do conceito de vulnerável ao se tratar de jovens em idade de desenvolvimento. Porém, pode-se observar que o dispositivo erra ao englobar também as pessoas com deficiência nesse entendimento.

O retrocesso mais evidente segundo grade parte dos operadores do direito foi a modificação do artigo 225 do Código Penal, ao afirmar que todos os crimes

dos Capítulos I e II do Código Penal procedem-se mediante ação penal pública incondicionada, o legislador retirou da vítima desses crimes o poder de decisão, de decidir se deseja ou não processar o agressor, e assim se submeter ao constrangimento característico dos processos dessa natureza e reviver toda a situação sofrida, ocasionando sua revitimização. Nessa situação o Estado acabou por colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima, tornando-a incapaz de decidir sobre seus interesses.

Apesar do fator positivo da criação do artigo 215-A, sua adição ressalta a necessidade de maior observância do termo “atos libidinoso”, o legislador ao utilizar esse termo em diversos artigos, sem sua especificação em cada um deles acaba por abrir margem a variadas interpretações, as quais causavam, a agora superada, divergência ao qualificar os atos que agora são atribuídos ao artigo 215-A. Não sendo a criação desse dispositivo a solução para a falta de especificação desse termo, uma vez que ainda é possível haver interpretações conflitantes acerca de qual ato libidinoso se enquadra em qual tipo penal.

Ressalta-se também a falta de medidas preventivas em relação a divulgação de conteúdo pornográfico ou de cena de estupro ou a apologia ao mesmo, há a necessidade de medidas de urgência específicas para essas situações visando cessar o ataque a dignidade sexual da vítima, uma vez que o conteúdo pornográfico por exemplo pode se manter em divulgação por tempo indeterminado.

Por fim, a Lei 13.718/2018 retrocede em relação ao tratamento de pessoas com deficiência ao trazer o parágrafo 5º do artigo 217-A. Quando dispõe que o consentimento e a experiência sexual da pessoa não afetam na aplicação do estupro de vulnerável, esse dispositivo entra em conflito com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no sentido de seguir contra o entendimento de dar maior autonomia a pessoa com deficiência e lhe atribuir maior capacidade civil, podendo dispor de sua liberdade sexual e reprodutiva. A elaboração dessa parágrafo acaba por presumir ser a pessoa com deficiência incapaz de consentir, ou seja de dispor sobre sua sexualidade.

Assim, a Lei 13.718/2018 de fato trouxe grandes modificações no tratamento dos crimes sexuais, possibilitando a observância de erros e acertos que aqui foram tratados. Porém, se de fato serão confirmados, como serão interpretadas as novas disposições, como se desdobrarão em relação ao que era disposto anteriormente e se a maior severidade dada de fato inibirá os crimes sexuais somente poderão ser de fato observados conforme a experiência dos tribunais e doutrinárias se desenrolam na vigência da lei 13.718/2018. Porém, é inegável que o sistema penal brasileiro caminha no sentido de tutelar a liberdade sexual e garantia da dignidade sexual.

REFERÊNCIAS

BARROS, JOANA BARROS NETO BARBOSA, **A amplitude do conceito da expressão “ato libidinoso” e suas consequências quanto à delimitação da infração praticada e a respectiva pena.** Rio de Janeiro, EMERJ, 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2015/pdf/JoanaBarrosNetoBarbosa.pdf. Acesso em: 12 de agosto de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**, v. 4. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.015**, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 17 de setembro de 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.718**, de 24 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan; Caruncho, Alexey Choi; Glitz, André Tiago Pasternak; Lois, Ricardo Casseb. **Lei nº 13.718/2018 Crimes contra a Dignidade Sexual, Breves Apontamentos.** Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais, Ministério Público do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_Lei_13718_2018_Mudancas_nos_Crimes_Sexuais_versao_final_2.pdf. Acesso em: 05 de outubro de 2019

FRANKS, Mary Anne. **Drafting an Effective “Revenge Porn” Law: A Guide for Legislators**, 2016. Disponível em: www.cybercivilrights.org/guide-to-legislation/. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA, **dados sobre crimes por áreas e ano**. Disponível em: <https://www.ispvisualizacao.rj.gov.br:4434/index.html>. Acesso em 18 de Outubro de 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Legislação: **As mudanças nos crimes sexuais promovidas pela Lei nº 13.718/2018**. Paraná. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2165.html>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Legislação: Lei nº 13.718/2018 introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual**. Paraná. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2166.html>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

LIMA, Daniel, **Estupro e gênero: evolução histórica e perspectivas futuras do tipo penal no Brasil**, Agosto de 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-genero-brasil/>. Acesso em: 15 de agosto de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal comentad.**. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de; LEITÃO, Joaquim Leitão Júnior. **As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade: comentários à Lei n. 13.718/2018**, outubro de 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69534/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018/1>. Acesso em: 17 de agosto de 2019.

RIBEIRO, Raisia Duarte da Silva; Barbosa, Renata da Silva Athayde; Costa, Rodrigo de Souza. **Pornografia e Violência de Gênero: instrumentos de proteção da mulher em situação de violência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 151. Ano 27. p. 417-456. São Paulo, Ed: RT, janeiro de 2019.