



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GIOVANNA PEREIRA BATISTA DE CARVALHO

AÇÃO PENAL E A LEI 13.718/2018

**GUARABIRA-PB
2022**

GIOVANNA PEREIRA BATISTA DE CARVALHO

AÇÃO PENAL E A LEI 13.718/2018

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

Área de concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal

Orientador: Prof. Me. Glauco Coutinho Marques

**GUARABIRA-PB
2022**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

C331a Carvalho, Giovanna Pereira Batista de.
Ação penal e a lei 13.718/2018 [manuscrito] / Giovanna
Pereira Batista de Carvalho. - 2022.
32 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades ,
2022.

"Orientação : Prof. Me. Glauco Coutinho Marques ,
Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Ação penal pública. 2. Dignidade sexual. 3. Estupro. 4.
Processo penal . I. Título

21. ed. CDD 345

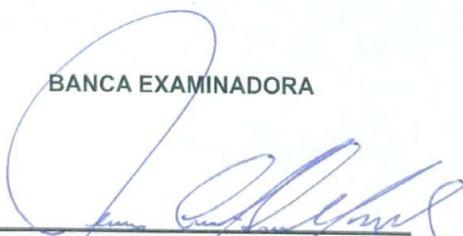
AÇÃO PENAL E A LEI 13.718/2018

Trabalho de Conclusão de Curso (Artigo) apresentado à Coordenação do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Direito.

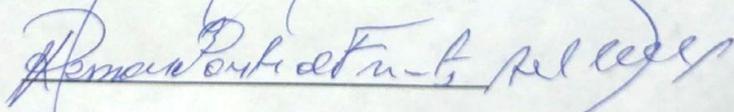
Área de concentração: Direito Penal e Direito Processual Penal

Aprovada em: 25/07/2022

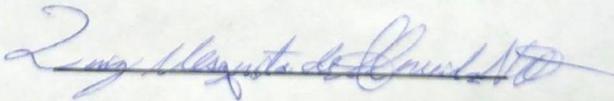
BANCA EXAMINADORA



Prof. Glauco Coutinho Marques



Prof. Ramon Pontes de Freitas Albuquerque



Prof. Luiz Mesquita de Almeida Neto

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo seu amor e cuidado, mesmo eu sendo falha tantas vezes.

À minha família, pois sem eles eu não teria conseguido:

À minha tia, Magnalda Pereira Costa, que sempre foi fonte de inspiração e ponto de apoio para a minha caminhada ao longo da vida e da minha graduação.

À minha tia, Edmilza Batista de Carvalho Rocha, que segurou na minha mão e me deu forças para vencer os obstáculos vivenciados ao longo da minha jornada acadêmica.

À minha tia, Gisleine Batista de Carvalho Santos, que me incentivou a continuar e me apoiou nos momentos mais difíceis.

Aos meus avós paternos, José Batista dos Santos e Marinalva Carvalho dos Santos, que me acolheram e me deram tanto amor nessa trajetória.

À minha avó materna, Maria das Dores de Oliveira, que, mesmo com a distância física, se fez presente e é fonte de referência feminina de persistência e garra.

Aos meus pais, Edmilson Batista de Carvalho e Catia Luciene Pereira, a quem dedico toda a minha caminhada até aqui, ser motivo de orgulho para vocês me alegra. Sempre continuarei honrando seus ensinamentos.

À minha prima, Alice Batista Carvalho Bonfim, que vivenciei comigo alegrias, cansaços, momentos de desespero e também de alívio ao longo desta jornada.

Às minhas irmãs, Lorrany Pereira Batista de Carvalho e Yasmin Pereira Batista de Carvalho, por todo apoio e carinho durante a minha vida e na minha graduação, sem vocês não conseguiria vencer.

Às minhas amigas com quem vivenciei a graduação, Dayane Clarice Barbosa de Andrade, Laisse Fernandes do Vale, Maria Clara Moura Rodrigues, Maria Letícia Quinino Caracas e Nahama da Rocha Costa, por dividirem comigo diversos momentos entre o início e o encerramento desse ciclo, tornando mais leve a caminhada, a quem admiro e com quem sempre guardarei boas lembranças e eterna gratidão.

À Universidade Estadual da Paraíba, especialmente o Campus III, seu corpo docente e demais funcionários que formam a instituição

Ao meu orientador, professor Glauco Coutinho Marques, por todo conhecimento compartilhado e ter aceitado me orientar no presente trabalho.

Por fim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse até aqui, concluindo um curso difícil satisfatoriamente.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL AO LONGO DO TEMPO	6
3 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.718/18	9
3.1 Alterações no Código Penal	9
3.1.1 A inserção do delito de importunação sexual	9
3.1.2 Alteração no crime de estupro de vulnerável	11
3.1.3 Inserção do delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia	13
3.1.4 Causa de aumento de pena em caso do agente possuir autoridade sobre a vítima	15
3.1.5 Causas de aumento de pena para estupro coletivo e corretivo	16
3.1.6 Causa de aumento de pena por resultado gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou com deficiência	18
3.2 Alteração na modalidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual	20
4 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O MENOR E O INDIVÍDUO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA	21
5 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À EXPOSIÇÃO DA MULHER	24
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS	29

AÇÃO PENAL E A LEI 13.718/2018

Giovanna Pereira Batista de Carvalho¹

RESUMO

O Código Penal foi alterado pela Lei 13.718/18, sancionada em 24 de setembro de 2018, que trouxe mudanças referentes aos crimes contra a dignidade sexual no âmbito do Direito Penal e Direito Processual Penal. Com isso, foram tipificados os crimes de divulgação de cena de estupro e importunação sexual; a natureza da ação penal tornou-se pública incondicionada nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável; e, foram estabelecidas causas de aumento de pena para o estupro corretivo e o estupro coletivo. É importante mencionar que os crimes contra a dignidade sexual causam mais constrangimento, angústia e sofrimento quando comparados a outros crimes também praticados mediante violência ou grave ameaça. Portanto, o objetivo da presente pesquisa é analisar se as mudanças advindas da Lei 13.718/18 foram benéficas para as vítimas e se trouxe respostas punitivas do Estado, tendo em vista a sensibilidade do tema e a notória relevância para a sociedade. Para isso, foi utilizado o método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica em documentos, doutrinas e artigos jurídicos.

Palavras-chave: ação penal pública; dignidade sexual; estupro; processo penal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: giovannab.carvalho8@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Em 25 de setembro de 2018 foi promulgada pelo poder executivo a Lei 13.718/2018, de vigência imediata, que modificou o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848 de 1940), especificamente no Capítulo I – Dos crimes contra a dignidade sexual, seu processamento do Título VI, e promoveu mudanças na Lei de Contravenções Penais, que disciplinava sobre a importunação pública ao pudor. A Lei de 2018 tipificou os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, além de tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável. Estabeleceu, ainda, causas de aumento de pena para tais crimes, definidos como estupro coletivo e estupro corretivo.

É importante evidenciar que os crimes encontrados no Título VI do Código Penal são: estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215), assédio sexual (art. 216-A), registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B), estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B). Então, a nova lei inseriu o crime de importunação sexual (art. 215-A) e o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C).

Outrossim, a proposta original da referida Lei de 2018 partiu da necessidade de reavaliação da legislação relacionada aos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista que certas condutas ilícitas não possuíam pleno entendimento de qual tipo penal deveriam ser aplicados, fazendo com que, de acordo com o caso concreto, a penalidade adotada seria sujeita a compreensão do aplicador do Direito. Tal fato gerava a determinação de penas diversas para condutas criminosas semelhantes, o que resultava na insegurança jurídica quanto à subsunção legislativa para casos que são, infelizmente, recorrentes na realidade brasileira.

Inicialmente, a Lei 13.718/18, limitava-se à criação do tipo penal de “divulgação de cena de estupro”, além de acrescentar aumento de pena para a modalidade de estupro envolvendo coautoria e estupro coletivo. Todavia, o Parecer nº 524/2016, proferido pela relatora Senadora Simone Tebet, inseriu novas temáticas, fazendo com que o Projeto de Lei Senado nº 618/2015 fosse ampliado. Tais alterações demonstram o intuito do legislador

quanto ao aumento da proteção dos direitos das mulheres, da comunidade LGBTQIA+², das crianças, das pessoas com deficiência, e dos idosos.

Logo, o presente estudo tem por objetivo, analisar o contexto geral da legislação acerca dos crimes contra a dignidade sexual para concluir se, ao editar a norma, o Poder Legislativo levou em consideração a busca da sociedade por respostas punitivistas do Estado (*jus puniendi*), tendo em vista a repercussão nacional de diversos casos de violência sexual. E, ainda, se os direitos da vítima de crimes contra a dignidade sexual foram respeitados, uma vez que tais crimes podem causar traumas irreversíveis. Assim, submetê-la a esse processo de revitimização (*strepitus judicii*)³ pode ser mais danoso à ofendida do que a impunidade do criminoso.

2 EVOLUÇÃO DO TIPO PENAL AO LONGO DO TEMPO

Sabe-se que desde a época do Brasil Colônia, o patriarcalismo marcou a sociedade com a discriminação de gênero, tendo em vista que, naquela época, o homem era considerado como “senhor” de sua esposa. Assim, constata-se que a misoginia foi enraizada ao longo do processo de organização da sociedade civil. Relevantes fatos históricos sustentam tal afirmação, cita-se como exemplo: as mulheres não tinham direito de frequentar escolas básicas até o ano de 1827; não tinham direito de cursar o ensino superior até 1879; não podiam votar até o ano de 1932; até 1962 as mulheres que eram casadas tinham que pedir a permissão do marido para atividades básicas como trabalhar, viajar, abrir conta bancária, e receber herança (TEDESCHI, 2012). Trata-se de um processo histórico e cultural de múltiplas violências e abusos contra o sexo feminino que foram institucionalizadas pela sociedade.

Seguindo essa linha de pensamento, atitudes violentas praticadas contra o sexo feminino são estruturadas na visão machista sobre gênero, que resultou em mulheres sendo excluídas de posições políticas, trabalhos, cerceadas do direito a liberdade sexual, enquanto os homens sempre se mantiveram sob o aspecto de liderança nas demandas da sociedade, limitando-as ao ambiente doméstico e a capacidade reprodutiva. Dessa forma, afirma o historiador Losandro Antonio Tedeschi (2012) que “é através das relações de poder que se

² A sigla LGBTQIA+ faz referência às pessoas integrantes do movimento que luta por igualdade entre as diversas identidades de gênero e orientações sexuais existentes, trazendo visibilidade e representatividade para a causa.

³ Expressão em latim que significa o barulho/escândalo/repercussão do julgamento de fatos íntimos da vítima no processo.

justifica a desigualdade entre homens e mulheres, como oriunda de relações de dominação e subordinação”.

Vale observar o primeiro Código Penal do Brasil independente, elaborado em 1830 na época de Dom Pedro I, ao tratar do crime de estupro trazia o sujeito passivo como “mulher honesta”, demonstrando a fragilidade dos direitos femininos. Ademais, o texto disposto no artigo 268, §1º do referido Código dispunha como causa de diminuição da pena se o crime fosse praticado contra a mulher que tinha por profissão a prostituição, transcrito a seguir:

Da violencia carnal.

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

Pena – de prisão cellualar por um a seis annos.

§ 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta:

Pena – de prisão cellualar por seis meses a dois annos.

§ 2.º Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. (BRASIL, 1830)

Posteriormente, o Código Penal publicado no ano de 1890 classificava todas as condutas como “crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”. Indiscutivelmente, a sociedade passa por diversas transformações ao decorrer do tempo, em decorrência disso, a legislação deve acompanhar as mudanças. Por conseguinte, a redação originária do Código Penal de 1940 utilizava a denominação “crimes contra os costumes”.

Outrossim, as revoluções sociais mostram a luta para conquista da ascensão dos direitos das mulheres e como resultado disso, em 07 de agosto de 2009 foi publicada a Lei 12.015/09, que modificou o sujeito passivo dos crimes de violência sexual, substituindo o termo “constranger mulher” para “constranger alguém”. Além disso, o nome dado ao Capítulo I do Título VI do Código Penal mudou de “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, o que alterou o bem jurídico tutelado. Assim, apesar de aparentar mera alteração etimológica, essas mudanças modificaram a ideia primitiva de tutela à honra da família e do chefe de família para a proteção integral da liberdade da pessoa humana, em especial à mulher.

Desse modo, segundo o art. 225 da redação original do Código Penal de 1940, a ação penal nos “crimes contra os costumes” era privada, ou seja, somente se procedia através de queixa. Assim, o Estado preservava o direito de punir, mas transferia para a vítima o direito de acusar, pois o interesse da vítima, sobrepunha-se ao interesse público. Originalmente, a ação penal era pública incondicionada apenas nos crimes sexuais em que a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à

manutenção própria ou da família, ou ainda se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Como pode-se observar a seguir:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. (BRASIL, 1940)

A partir da vigência da Lei nº 12.015/09, ocorreu um avanço quanto à questão, tendo em vista que o art. 225 foi alterado e passou a prever que os crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI procediam-se mediante ação penal pública condicionada à representação, excetuando apenas o crime cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, onde a ação penal era pública incondicionada. Assim, passou a vigorar da seguinte forma:

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (BRASIL, 1940)

Para contextualizar a época do desenvolvimento da Lei objeto deste estudo, cita-se como exemplo o caso que ganhou repercussão nacional, através da veiculação da mídia em rede nacional, o episódio em que um homem ejaculou no corpo de uma passageira de ônibus na cidade de São Paulo no ano de 2017. O agressor foi indiciado pelo crime de estupro (art. 213, CP), ficando momentaneamente detido e pouco tempo depois foi colocado em liberdade. Na semana seguinte, praticou novamente o mesmo ato vitimando outra mulher (ROSA; TOMAZ; REIS, 2017). Tais fatos trouxeram a discussão sobre qual crime havia sido praticado, uma vez que não ocorreu o emprego de violência ou grave ameaça para ser caracterizado como estupro, assim tornou-se evidente a lacuna legislativa quanto ao enquadramento da conduta.

Ademais, casos semelhantes também causaram grande comoção em todo o país, manifestada através de protestos em prol dos direitos das mulheres. Outro exemplo a ser citado é o caso de repercussão nacional que foi o estupro coletivo de uma jovem de 16 anos ocorrido em uma comunidade da Zona Oeste no Rio de Janeiro em meados de 2016. A adolescente foi até a casa do nanorado com quem se relacionava há 3 anos após uma festa. Ela conta no depoimento à Polícia que ao acordar no dia seguinte estava dopada e nua. Posteriormente, descobriu que imagens suas, sem roupas e desacordada, circulavam na internet na companhia de 33 homens armados com fuzis e pistolas (RODRIGUES, 2016).

Atualmente, com a referida Lei nº 13.718/18, a ação penal, em todos os crimes contra a liberdade sexual (arts. 213 a 216-A, CP) e em todos os crimes sexuais contra vulnerável (arts. 217-A a 218-C, CP), passou a ser pública incondicionada. Sendo assim, o processo e o julgamento de todos os crimes contra a dignidade sexual, incluindo as diligências de natureza policial, independem da vontade da vítima, o que retira de sua competência o poder de decisão a respeito do alcance da legislação penal e, conseqüentemente, da punição estatal contra o predador sexual.

3 MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.718/18

3.1 Alterações no Código Penal

No âmbito do Direito Penal, a Lei 13.718/18 inovou ao tipificar condutas que anteriormente não tinham segurança jurídica, uma vez que, de acordo com o caso concreto, poderiam ser interpretadas de maneiras diversas pelos aplicadores do Direito.

3.1.1 A inserção do delito de importunação sexual

Com o advento do artigo 215-A, a Lei 13.718/18 trouxe o tipo penal intitulado como “importunação sexual” que consiste em crime de natureza dolosa, com requisito do não consentimento da vítima para sua consumação. Esse tipo penal originou-se devido às discussões de repercussão nacional quanto à lacuna legislativa em relação a atos sexuais praticados sem violência física ou grave ameaça. Assim, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 144) define “qualquer um que realize ato libidinoso com relação a outra pessoa (com ou sem

contato físico, mas visível e identificável), satisfazendo seu prazer sexual, sem que haja concordância válida das partes envolvidas (supondo-se a anuência de adultos)”. Então, foi incorporado ao Código Penal o seguinte texto:

Importunação sexual

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. (BRASIL, 1940)

Anteriormente à promulgação da Lei 13.718/18, a ocorrência de fatos dessa natureza estavam cobertos por outros tipos penais, como violação sexual mediante fraude (revogado pela Lei nº 12.015/2009) ou importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei de Contravenções Penais). Sobre tal matéria da L.C.P. não incorreu *abolitio criminis*, mas sim uma continuidade normativo-típica, como Greco (p. 111, 2015) elucida que “pode ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente ou mesmo criado por nova lei”.

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

O delito de importunação sexual pode entrar em conflito aparente de normas com o próprio crime de estupro (art. 213, CP), já que, naquele, também existe a possibilidade de perfazimento do crime com a prática de ato libidinoso, não só a conjunção carnal, desde que haja dissenso da vítima. Contudo, a discordância da vítima no crime de estupro emerge superada pelo emprego de violência ou grave ameaça, e na importunação sexual basta o seu dissenso, seu não consentimento. (PRADO, p. 565, 2019).

Vale ressaltar a figura do dissenso e diferenciar o crime em questão (art. 215-A) da prática de ato obsceno (art. 233, CP). Assim, deve-se distinguir os crimes quanto à vítima, que no caso do artigo 215-A é contra alguém - pessoa humana sem distinção de gênero, e sem a sua anuência - e a do artigo 233 é voltada à coletividade (NUCCI, 2019). Já diante do texto do Parecer Substitutivo nº 524/2016 do Senado Federal, torna-se claro que “[...] o ato libidinoso tipificado é aquele direcionado contra alguém, sem a sua anuência e objetificando satisfação

da lascívia do agente ou de terceiro”, objetivando esclarecer no tocante à subsunção da lei às condutas.

Outrossim, é importante mencionar que a conduta do crime consuma-se com a prática de ato libidinoso com a intenção de satisfazer lascívia própria ou de outrem, atos estes que segundo Nucci (p. 144, 2019) são “masturbar-se na frente de alguém de maneira persecutória; ejacular em alguém ou próximo à pessoa, de modo que esta se constranja; exhibir o pênis a alguém de maneira persecutória; tirar a roupa diante de alguém, igualmente, de maneira persecutória”.

Vê-se que, diante de todas as formas de conduta supracitadas, estas possuem a finalidade de satisfação da lascívia do agente ativo, o que constitui requisito necessário para a ocorrência do tipo delituoso. Seguindo essa linha de pensamento, vale a análise julgados e a alerta sobre a não necessidade de contato físico entre o agressor e a vítima, é o exemplo do caso julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 02/08/2016, Recurso em Habeas Corpus nº 70.976-MS, que decidiu acerca da irrelevância do contato físico para a ocorrência de crimes como estupro e estupro de incapaz, no qual aproxima-se do crime de importunação sexual, mas sua diferenciação está nas peculiaridades do caso concreto, transcrito a seguir:

DIREITO PENAL. DESNECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO PARA DEFLAGRAÇÃO DE AÇÃO PENAL POR CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. No caso, cumpre ainda ressaltar que o delito imputado encontra-se em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016) (Informativo nº 587).

3.1.2 Alteração no crime de estupro de vulnerável

A princípio deve ser observado o texto legislativo da Lei 13.718/2018, atentando para o acréscimo do §5º no artigo 217-A do Código Penal:

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

[...]

§5º As penas previstas no caput e nos §§1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (BRASIL, 1940)

Tal modificação expõe a irrelevância do consentimento e da experiência sexual anterior da vítima para a aplicação da pena aos casos previstos nos §§1º, 3º e 4º do artigo em questão, que respectivamente tratam das pessoas enfermas ou deficientes mentais, casos de lesão corporal de natureza grave e gravíssima e por fim da conduta que resulta em morte. Neste ponto, a legislação é clara e objetiva, tendo em vista que a novação legal trouxe segurança para a vítima na tipificação penal, ao excluir a possibilidade do aplicador do Direito utilizar-se de elementos subjetivos da vida pregressa da vítima.

Nesse sentido, a intenção do legislador foi conferir maior proteção à pessoa vulnerável, decretando assim na lei o fundamento da vulnerabilidade absoluta. Logo, a alteração representa uma mudança de paradigma em relação à relatividade da vulnerabilidade, tese historicamente observada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme acórdão proferido no Habeas Corpus, nº 73.662/MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado em 20 de setembro de 1996, segundo o qual a presunção da vulnerabilidade não seria absoluta e dependeria das peculiaridades de cada caso. Todavia, esse entendimento não perdurou, uma vez que a Súmula nº 593 do Superior Tribunal de Justiça de 2017, que precede a legislação em discussão, dispõe:

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

É possível observar que o legislador, no corpo da Súmula, trata da prática do crime contra vítima menor de 14 anos e, no corpo do texto adicionado ao Código Penal, dispõe sobre a figura do indivíduo vulnerável, uma vez que o §5º possui aplicação direta ao §1º, que se direciona aos enfermos e deficientes, incapazes de discernir a natureza do ato sexual (NUCCI, 2019). Assim, além de conferir estabilidade para a aplicação, a novação legislativa ampliou a abrangência do conceito de vulnerabilidade absoluta.

Sendo assim, a alteração de 2018 veio para ratificar a aplicação e entendimento da Súmula, bem como evitar entendimentos diversos. Desse modo, a partir de 2018 a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos e com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, falta o discernimento para a prática do ato ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, independe do consentimento e da experiência sexual anterior da vítima.

3.1.3 Inserção do delito de divulgação de cenas de estupro, estupro de vulnerável, sexo ou pornografia

É inegável que na atual era digital e globalizada, em que pessoas ao redor do mundo estão conectadas, se comunicam e compartilham mensagens, textos, fotos e vídeos, a internet, as redes sociais e os grupos de conversa ou mensagens instantâneas também são terreno fértil para a prática de atos de discriminação e violência. E, apesar das revoluções feministas, a sociedade ainda se mantém patriarcal e marcada pela desigualdade de gênero, sendo de fácil constatação o modo como as mulheres acabam sendo impactadas negativamente.

Nesse sentido, constata-se que a violência de gênero praticada no ambiente virtual possui um alcance indiscutivelmente maior, uma vez que a possibilidade de exposição da intimidade da vítima na maioria das vezes é compartilhada com um número indeterminado de usuários, em poucos segundos. Assim, é exatamente nesse cenário que acontecem práticas como a disseminação indevida de conteúdo íntimo, o *cyberbullying*⁴, entre outras (BORTOT, 2017).

A inserção do artigo 218-C no Código Penal foi matéria de inovação jurídica em razão da utilização de meios eletrônicos para a prática de crimes cada vez mais comuns, não sendo único meio, mas expressivo a partir da era da informatização dos anos 2000. Dessa forma, o legislador buscou a prevenção e punição dos diversos casos criminosos digitais, tendo em vista que anteriormente à Lei 13.718/18, não havia o amparo adequado para as vítimas desta espécie de conduta, como se conclui na leitura do trecho da obra de Bach e Stoco (p. 6, 2017):

Inobstante a falta de previsão legislativa específica, a prática da pornografia de vingança normalmente é enquadrada pelos tribunais brasileiros como crime de difamação ou injúria, previstos respectivamente nos artigos 139 e 140 do Código Penal, ou, ainda, crime de ameaça, constante do artigo 147 da mesma legislação. Os tribunais admitem, ainda, a possibilidade de aplicação

⁴ Comportamento repetido, com intuito de assustar, enfurecer ou envergonhar aqueles que são vítimas por meio das tecnologias digitais. Pode ocorrer nas mídias sociais, plataformas de mensagens, plataformas de jogos e celulares (UNICEF, 2020).

das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, vez que em seu artigo 7º, há a previsão de cinco espécies de violência, com destaque para o inciso II, que trata da “violência psicológica”, que muitas vezes pode ocorrer na modalidade virtual. (BACH, STOCO, 2017)

É importante ressaltar que nos casos de compartilhamento indevido de conteúdo íntimo, a situação que mais ocorre é o do ex-companheiro que, após ter acesso permitido a fotografias e vídeos de conteúdo íntimo da até então parceira, quando há o rompimento da relação, inconformado, decide divulgá-los, sem o seu consentimento, com a intenção de constrangê-la e causar danos à sua imagem. Para as autoras Bach e Stoco (p. 3, 2017), essa conduta é denominada como “*revenge porn*”.

Vale mencionar que a Constituição Federal prevê expressamente a responsabilização pela violação do direito à imagem, em seu artigo 5º, inciso X, que assim dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse sentido, a iniciativa do legislador buscou acompanhar a evolução da tecnologia ao ordenamento jurídico, objetivando suprir a dificuldade de enquadramento desses comportamentos em tipos penais de pena compatível com a gravidade de suas consequências, que são devastadoras.

Ademais, o crime pode ser praticado de forma livre, uma vez que no caput do tipo penal a prática do verbo aduz expressamente que pode ser realizada “por qualquer meio”. Assim, o crime pode ser consumado nas diversas formas citadas no texto legislativo. Além disso, existe a possibilidade de tentativa, tendo em vista que o agente, na prática do fato antijurídico, pode ser interrompido por circunstâncias alheias à sua vontade (NUCCI, 2019).

Outrossim, na causa de aumento de pena de 1/3 até 2/3 o legislador evidenciou as situações de divulgação de conteúdo sexual da vítima tendo por motivação a represália em relação a um relacionamento com o agente ativo anterior ou atual ao momento do ato ilícito. Vê-se que tal fato causa maior reprovabilidade da conduta criminosa, e a pena deve ser definida de acordo com a proporcionalidade. Nucci (p. 214, 2019) cita dois exemplos para melhor compreensão: no caso de divulgação indevida por um parceiro sexual casual de uma única noite da vítima e no caso de divulgação indevida por um agente que mantém relação de afeto com a vítima (como noivado ou casamento), o primeiro caso seria digno de aumento de 1/3 e o segundo de 2/3 da pena.

Além disso, há a previsão da exclusão de ilicitude, que ocorre quando a pessoa maior de 18 anos concorda com a divulgação para fins jornalísticos, científicos, artísticos e acadêmicos, com o requisito de possuir recursos que impossibilitem a sua identificação. Prado (p. 582, 2019) acrescenta que mesmo se o conteúdo for de natureza criminosa, pode ser

considerado fato típico, mas não se trata de ilícito. Ademais, cabe a análise da expressão “[...] se o fato não constitui crime mais grave”, incluída pelo legislador para limitar a aplicação punitiva do Código Penal frente à vítima menor de 14 anos que é protegida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em sua forma especial.

Sendo assim, com a vigência da Lei 13.718/18, o Código Penal passou a vigorar com o seguinte texto:

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

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.

Aumento de pena

§ 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.

Exclusão de ilicitude

§ 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. (BRASIL, 1940)

De todo modo, é preciso evidenciar a necessidade de avanços na mudança de posturas da sociedade sobre a forma como a sexualidade é enxergada e julgada, sob a ótica de duas medidas, uma para homens e outra para mulheres, onde do sexo feminino é esperado, ainda hoje, o lugar “adequado”, do comportamento sexual recatado, tradicional e discreto. Tais expectativas, criadas ao longo de séculos de dominação masculina, geram a absurda responsabilização da mulher pela própria violência que a vitimou, como se tivesse “contribuído” para sua ocorrência, ao mesmo tempo em que tem a vida exposta e devastada na rede.

3.1.4 Causa de aumento de pena em caso do agente possuir autoridade sobre a vítima

Pode-se afirmar que a Lei 13.718/2018 incluiu ao artigo 226 do Código Penal o inciso II, que prevê a causa de aumento de pena, passando o dispositivo legal a vigorar com a seguinte disposição de um rol taxativo: “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”.

Verifica-se que a intenção do legislador foi a busca pelo agravamento da punição dos crimes contra a dignidade sexual praticados contra a vítima que deveria receber cuidados do agente que possui algum tipo de parentesco ou relação próxima, como é o caso da figura do ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor e curador. Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento de uma Apelação Criminal: “Incide no caso a causa especial de aumento de pena do art. 226, II, do mesmo Código, porque o apelante era amásio da mãe das vítimas e, nessa condição, tinha autoridade sobre elas” (TJSP — AC. 107.603-3 — Rel. Jarbas Betanho).

Outrossim, vale a análise da figura, mencionada no novo inciso, do preceptor⁵. É inegável a existência de autoridade em muitas situações que envolvem essa relação de professor e aluno. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a majorante do artigo 226, inciso II, do CP não possui sua aplicação restrita apenas às relações afetivas, mas toda aquela que, de alguma forma, imponha reverência e temor, como no caso apresentado nos autos. 2. Reconhecida a autoridade que o acusado exercia sobre a vítima, considerando a sua condição de professor, incide a causa de aumento prevista no inciso II do artigo 226 do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg nos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.699.724/SP, j. 19/03/2019).

Quanto à figura do agente empregador da vítima, Nucci (p. 157, 2019) aduz que não se aplica a causa de aumento, uma vez que já faz parte do tipo penal disposto no artigo 216- A do Código Penal, para não ferir o princípio “*bis in idem*”⁶. Pode não ser aplicável, ainda, na dosimetria da pena, a circunstância de ter, por qualquer outro título, autoridade sobre a vítima, desde que essa autoridade seja proveniente da relação de superioridade ou ascendência da relação laboral, pois é a característica do tipo básico.

3.1.5 Causas de aumento de pena para estupro coletivo e corretivo

⁵ Professor responsável pela educação individualizada de menores.

⁶ Proíbe a repetição de sanção decorrente do mesmo delito.

Observa-se que as novas causas de aumento de pena foram inseridas no inciso IV do artigo 226 do Código Penal, trazendo duas hipóteses: o caso de estupro coletivo “mediante concurso de duas ou mais pessoas” e o estupro corretivo “para controlar o comportamento social ou sexual da vítima”. Desse modo, a redação do referido tipo penal passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 226. A pena é aumentada:

[...]

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado:

Estupro coletivo

a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;

Estupro corretivo

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima (BRASIL, 1940).

É importante diferenciar a aplicação do inciso IV na hipótese de concurso de agentes do inciso I que também trata do mesmo tema. De acordo com Prado (2019), a ideia do legislador foi definir a hipótese do inciso IV para os casos de crimes de estupro e estupro de vulnerável, enquanto que o inciso I é aplicado nos demais crimes contra a dignidade sexual, diferenciando-os na reprovabilidade da conduta gravosa, como assim dispõe: “esta agravante atua na medida do injusto, implicando maior desvalor da ação, visto que o concurso de pessoas propicia maior facilidade e eficiência na concreção do delito”.

Ademais, segundo Nucci (2019), no concurso de duas ou mais pessoas que está previsto no inciso I não é necessário que todos sejam coautores, podendo-se incluir nesse contexto, para a configuração da causa de aumento, os partícipes. O autor assim dispõe: “se duas ou mais pessoas tomaram parte na prática do delito, antes ou durante a execução, é suficiente para aplicar a elevação da pena”. Quanto à variável de 1/3 a 2/3, o autor sugere que o aumento deve pautar-se pelo número de pessoas envolvidas. Se duas, aumento de 1/3; se muitas, elevação de 2/3.

Com relação ao estupro corretivo, Nucci (2019) descreve o tipo penal como a busca pelo controle de comportamento da vítima, isto é, com a intenção de reprimir a sexualidade homoafetiva, como o autor dispõe: “o objetivo da violência sexual é corrigir o ‘pretenso’ erro na demonstração de sua orientação sexual, ou seja, estupra-se a mulher lésbica para que ela ‘entenda’ ser ‘mulher’”. Tal exemplo demonstra a motivação da criação dessa causa de aumento de pena do crime motivado puramente por preconceito, ódio e consumado com requintes de crueldade.

O estupro corretivo, portanto, mostra uma face mais profunda e sombria da violência do agente ativo contra a vítima, tendo em vista que não é somente o ato sexual por si, mas traz intrinsecamente motivos e intenções mais complexos. Isso ocorre baseado em pensamentos machistas e retrógrados, originados nos primórdios de uma sociedade ignorante. Nesse contexto, o crime de estupro torna-se um instrumento utilizado a fim de repreender o comportamento da vítima.

3.1.6 Causa de aumento de pena por resultado gravidez, doença sexualmente transmissível e vítima idosa ou com deficiência

Inicialmente, vale esclarecer que a pessoa idosa, de acordo com o artigo 1º da Lei 10.741/03, para fins de interpretação jurídica, é a pessoa com idade igual ou superior a 70 anos. Por outro lado, a pessoa com deficiência é descrita no artigo 2º da Lei 13.146/15 (Lei Brasileira de Inclusão 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 (BRASIL, 2015).

O artigo 234-A do Código Penal, em seus incisos III e IV, versa sobre o aumento de pena em geral pelo resultado ou agente passivo específicos. Logo, substituiu a legislação anterior, alterando a pena majorada ao resultado gravidez de 1/2 para 2/3 da pena cominada, e de 1/6 até 1/2 para de 1/3 a 2/3 na hipótese de transmissão de Doença Sexualmente Transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se vítima for idosa ou pessoa com deficiência.

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

[...]

III - de metade a 2/3 (dois terços), se do crime resulta gravidez;

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, um aspecto que deve ser analisado é a possibilidade de ocorrência de *bis in idem* (penalidade em dobro por uma única conduta delituosa) quanto ao inciso IV do artigo 234-A e na hipótese do estupro de vulnerável (artigo 217-A, §1º, CP), onde a figura da vítima vulnerável é prevista em razão de enfermidade ou deficiência.

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 (BRASIL, 1940).

Assim, o artigo 217-A dispõe sobre a proibição de manter relação sexual (conjunção carnal ou outros atos libidinosos) com pessoa que é vulnerável, de tal modo que o crime é caracterizado mesmo que não tenha ocorrido violência ou grave ameaça. Como afirma Nucci (p. 695, 2019):

A relação sexual pode ter sido “consentida” pelo ofendido, que, após, não reclama e pode até ter apreciado. Entretanto, por regras de experiência, captadas pelo legislador, é vedada a prática sexual com tais pessoas, visto que a maioria não tem discernimento suficiente, nem condições de autorizar o ato, logo, a vulnerabilidade de suas situações indica a presunção de ter sido violenta a prática do sexo (NUCCI, 2019).

Sobre essa discussão, Márcio André Lopes Cavalcante (2018) afirma que não deve ser aplicada essa causa de aumento de pena do art. 234-A, IV, do CP. Isso porque haveria a ocorrência do *bis in idem* considerando que, com outras palavras, o fato de a vítima ser pessoa com deficiência é uma das elementares do tipo do art. 217-A, §1º do CP.

Do mesmo modo, Renato Marcão (2018) aduz que no crime de estupro de vulnerável apenas a elementar do artigo 217-A seja levada em consideração, ao invés da imputação da forma majorada do inciso IV do artigo 234-A, uma vez que o tipo penal possui previsão exclusiva, almejando a punição proporcional ao grau de reprovabilidade.

Outro aspecto importante a ser discutido é o crime de estupro que resulta gravidez, tendo em vista que o sofrimento decorrente da violência por si só já acarreta diversos comprometimentos a níveis de saúde mental e física, relacionamentos sociais e prejuízos dos projetos de vida, ainda mais quando a vítima gera em seu útero o fruto do trauma vivenciado.

Dessa forma, a vítima, na maioria dos casos, rejeita o feto e busca a realização do abortamento⁷, processo esse que, mesmo legalizado no caso de estupro, gera consequências emocionais, físicas e psicológicas. Além disso, a mulher fica sujeita ao julgamento moral tão recorrente - muitas vezes influenciado pelo moralismo da religião - da família e dos profissionais médicos⁸ e jurídicos, o qual é submetida durante o processo.

Para Nucci (p. 293, 2019), o aumento da sanção penal tem por finalidade desestimular a ejaculação sem preservativo, com o risco de gravidez e, a partir disso, ocorrer um eventual aborto (art. 128, II, CP). Entretanto, se houver casamento entre o agente e a vítima, a causa de aumento torna-se desnecessária, embora a lei a tenha criado com o caráter de obrigatoriedade. Assim, caberá ao magistrado, se ocorrer o matrimônio, considerar inaplicável o aumento, uma vez que o motivo da existência dessa circunstância majorante não se confirmou (o trauma de gerar um filho não aceito, partindo para possível aborto). Vale lembrar que, no passado, o casamento da ofendida com o agente permitia até mesmo a extinção da punibilidade.

3.2 Alteração na modalidade da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual

Sabe-se que a violência sexual sempre significou, historicamente, a diminuição da honra da mulher perante a sociedade. Ao longo do tempo, essa conclusão coletiva fortaleceu a ideia de que, ainda hoje, ser vítima de violência sexual é motivo de vergonha, como se as ações da vítima fossem determinantes para a prática da violência e não as do agressor. Esse é o retrato de um estigma antigo da sociedade patriarcal que precisa ser mudado, até para que esses crimes possam ser processados e julgados, sem discriminação e julgamento moral sobre a própria vítima, que acaba passando pelo processo de revitimização.

A Lei 13.718/18 modificou a natureza da ação penal para os casos de estupro previstos no artigo 213 do C.P., que anteriormente se processavam mediante representação da vítima (visto que envolve a intimidade e a honra) e, então, passaram a proceder-se mediante ação penal pública incondicionada. A questão sempre foi motivo de discussões controversas, uma vez que tem relação direta com a autonomia da mulher (maioria das vítimas nesse tipo de crime) e, por outro lado, a necessidade estatal de combater a impunidade do agressor.

⁷Processo de interrupção da gestação de fetos de até 20 ou 22 semanas, com peso previsto de até 500 gramas, sendo que a interrupção da gestação após esse período se chama antecipação do parto. Nos casos previstos em lei pela legislação brasileira, o aborto é conhecido por aborto legal.

⁸Equipe multidisciplinar formada por: médico ginecologista e/ou obstetra, anestesista, enfermeiro, psicólogo e/ou assistente social (Lei 12.845/2013).

Quanto a matéria da alteração do artigo 225 do CP, é importante mencionar a evolução específica do tipo penal a partir das alterações trazidas pela Lei 12.015/2009. Anteriormente à sua publicação, prevalecia a ação penal privada, com exceção imposta pela súmula 608 do STF que previa: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”. Assim, a Lei de 2009 inseriu a forma de ação penal pública condicionada à representação, com duas exceções, que eram: vítimas menores de 18 anos e vulneráveis, onde cabia a modalidade de ação pública incondicionada. A partir da Lei 13.718/18, passou a vigorar o seguinte texto no artigo 225 do Código Penal: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”.

Vale ressaltar que antes da Lei 12.015/09 - que trouxe a forma condicionada à representação - prevalecia a ação penal privada, a qual foi alvo de críticas devido à enorme quantidade de impunidade quanto aos agressores que não eram denunciados, tendo em vista que muitas vítimas temiam possíveis represálias, situação que constata-se predominante nos casos em que os crimes ocorriam em ambiente doméstico (NUCCI, 2019).

Com o advento da Lei de 2018, observa-se no texto do Parecer nº 524/2016 do Senado Federal, o objetivo do legislador de impossibilitar a ocorrência de impunidade do agente criminoso nos casos de crimes de natureza sexual, fazendo com que não fosse mais requisito a representação da vítima para o oferecimento da denúncia nas hipóteses em que antes era indispensável.

Além disso, a intenção do legislador foi conferir ao Estado, através do Ministério Público, a tutela e dominância sob o rito e processo, com o objetivo que fossem assegurados os processos dos crimes em estudo, afastando casos de inobservância legal com o pressuposto que, por não ser mais necessária a concordância da vítima para instauração do processo, menos agressores ficassem impunes pela falta de representação. Desse modo, observa-se a tendência do legislador de concentrar o impulso processual sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

4 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O MENOR E O INDIVÍDUO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

Inicialmente, a indagação de Nucci (2019) quanto ao antagonismo da autonomia das pessoas com deficiência consagrada pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com

Deficiência) e a sua vulnerabilidade presumida pelo Código Penal gera a presente discussão. O autor sugere que seja aplicada a irrelevância do consentimento, como vulnerabilidade absoluta, exclusivamente nos casos contra a figura do menor de 14 anos. Assim, é preciso analisar a figura das pessoas com deficiência, pela razão de estas serem capazes de consentir com o ato sexual. Sabe-se que a legislação vigente busca garantir condições de igualdade à pessoa com deficiência, assegurando seus direitos fundamentais, além de prevenir e punir a discriminação. De tal modo que a pessoa com deficiência possui plena capacidade civil, sendo possível contrair matrimônio e, neste sentido, exercer sua liberdade sexual e reprodutiva.

Por outro lado, Prado (2019) discorre sobre a incapacidade de compreensão por parte da vítima de discernir sobre o ato atentatório contra sua liberdade sexual. O autor dispõe que o instituto da vulnerabilidade destacado no âmbito do §5º do artigo 217-A merece uma análise comparativa, com o disposto no artigo 26 do mesmo diploma penal, que trata dos inimputáveis:

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

Nesse sentido, Marcão (2018) aborda o assunto utilizando a interpretação sistemática, ao esclarecer o objetivo do legislador quando da criação da norma jurídica:

Tutela-se, de maneira ampla, a dignidade sexual da pessoa vulnerável e não mais a sua liberdade sexual, na medida em que, estando nessa condição, a vítima é considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter sexual. Pode-se dizer que, especificamente, o bem tutelado é a própria vulnerabilidade, no campo sexual, das pessoas tidas por vítimas do delito (MARCÃO, 2018).

Outrossim, Nucci (2019) conclui que, diante dessa contraposição normativa, deve-se tentar encontrar uma conciliação coerente e que esteja de acordo com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

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

Além disso, a doutrina traz a discussão sobre a vulnerabilidade temporária, quando a vítima encontra-se embriagada. Nesse sentido, Marcão (2018) aduz que pode ser sujeito passivo dessa modalidade de estupro, desde que esteja privada da possibilidade de discernir ou de resistir. Essa vulnerabilidade deverá ser avaliada de acordo com o momento da infração, o que repercute na modalidade de ação penal. Assim, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o assunto, entendendo a 5ª Turma Criminal que:

Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito” (STJ, HC 389.610/SP, 5ª Turma, rel. Min. FELIX FISHER, j. 8-8-2017).

Retomando Nucci (2019), outra antinomia jurídica é questionada: a definição de criança delimitada pelos 12 anos e de adolescente até os 18 anos pelo art. 2º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que se contrapõe à ideia do menor previsto no Código Penal, que o descreve com idade igual ou inferior a 14 anos em relação a crimes de natureza sexual, e menor de 18 anos quanto à prossecução penal. Vale mencionar a revogação do artigo 224 do Código Penal pela Lei 12.015/09 que tratava da presunção de violência nos crimes sexuais contra menores de 14 anos, presumindo-se ter havido violência, o que validava a relativização do conceito de vulnerabilidade na análise de cada caso concreto.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt (2019) afirma que tornar a presunção em absoluta para estes casos é incompatível com o Direito, uma vez que traz a possibilidade de fatos pouco significativos praticados entre os próprios adolescentes poderiam levar a imposições indevidas de medidas socioeducativas. Bittencourt alega, ainda, a violação do princípio da ofensividade quando inserida a vulnerabilidade absoluta ao caso, como explicita:

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

Seguindo essa linha de raciocínio, Nucci (2019) concorda com a incompatibilidade das normas jurídicas relativas à delimitação da idade do menor. Além disso, critica a falta de iniciativa do legislador ao não equipar a legislação penal com a legislação específica da Criança e do Adolescente. Como assim dispõe:

O legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança ou adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto (NUCCI, 2019).

5 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À EXPOSIÇÃO DA MULHER

Inicialmente, é preciso destacar que mais de 85% das vítimas de crimes sexuais, são mulheres, conforme dados retirados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021⁹. Logo, resta evidenciado que a dignidade sexual da vítima desse tipo de crime é violada no momento dos fatos, além disso vê-se que o Estado continua a violação no momento em que retira sua autonomia no direito de escolher se quer ou não ter sua vida exposta ao revelar os abusos que sofreu para estranhos. Ademais, constata-se uma contraposição quando o Estado reconhece a liberdade sexual da vítima, todavia entende que ela não pode decidir quanto a persecução penal adotada ao ter essa liberdade sexual ofendida

Sobre a matéria da alteração do artigo 225 do Código Penal, que alterou a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual, Nucci (2019, p. 221) critica que “não andou bem o legislador ao padronizar a publicidade da ação penal. O ideal seria considerar casos violentos como ação pública incondicionada; casos sem violência, ação pública condicionada ou privada”. Desse modo, o autor conclui que “a pessoa sexualmente ofendida não pode mais abafar o caso, evitando especulações inconvenientes”. Assim, para o autor, o processo de investigação, colhimento de provas e a audiência afeta ainda mais a esfera de intimidade da vítima, já violada, gerando a revitimização (*strepitus iudicii*).

Vale evidenciar o pouco caso do legislador para com a redação do Parecer nº 524/2016: “[...] receio de eventual ‘escândalo no processo’ seja motivo bastante para evitar a

⁹ <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>

persecução penal de crimes tão bárbaros”. Logo, Nucci contrapõe esse argumento: “Desse modo, o denominado escândalo do processo foi colocado em segundo plano”, tendo em vista que a vontade da vítima em processar o agente no âmbito dessa espécie de criminalidade sempre foi determinante, uma vez que envolve a honra e a intimidade. Nesse sentido, a vítima sujeita-se a relatar para os profissionais do atendimento da saúde¹⁰ e do judiciário, durante o rito processual, revivendo assim momentos de grande aflição, tristeza e constrangimento gerados a partir da prática do crime.

Outrossim, o promotor de justiça Rogério Sanches Cunha reitera as consequências negativas da alteração do art. 255 ao ressaltar que

O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii* (CUNHA, p. 13, 2018).

Por outro lado, existem aqueles que defendem o posicionamento contrário, utilizando o argumento de que quando a ação penal era privada e, depois, pública condicionada, os casos de impunidade eram alarmantes, devido a extinção da punibilidade pela decadência. Isso porque, uma vez que as vítimas são submetidas a tanto constrangimento, na maioria das vezes, deixavam de buscar a punição do agressor por medo de julgamentos e represálias, dificultando o ajuizamento da ação penal (CUNHA, 2018).

Ademais, argumenta-se que todos os avanços revolucionários quanto ao papel da mulher (principal vítima desses crimes) na sociedade contribuíram para a melhoria no sistema de proteção de mulheres vítimas de violência. Por isso, pelo ponto de vista daqueles que defendem a mudança da natureza da ação penal, através da alteração feita no artigo 225 pela lei 13.718/18, essa modificação foi coerente com a luta das mulheres e facilitou a resolução de tais crimes. Entretanto, Rogério Sanches Cunha rebate tais argumentos ao explicar que

[...] justamente porque se identifica a tomada de consciência a respeito da igualdade entre homens e mulheres é que se deve pressupor que a mulher vítima de um crime sexual tem, como o homem, plenas condições de decidir sobre seus interesses. O argumento que agora trazem para estabelecer que a ação penal seja pública incondicionada serviria para algumas décadas atrás. Hoje o raciocínio deveria ser exatamente inverso (CUNHA, p. 14, 2018).

¹⁰ Primeiro, a mulher será ouvida por assistente social e/ou psicólogo, que irão orientar os trâmites para a realização do procedimento. Após essa conversa, a mulher será encaminhada para avaliação junto a um médico. A decisão sobre o aborto, após as entrevistas, será tomada por no mínimo três pessoas da equipe de saúde multiprofissional (Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, 2005).

De todo modo, vale discorrer sobre a participação da vítima no sistema penal, uma vez que não tem lógica dar prosseguimento a uma ação penal desconsiderando o interesse e a vontade da vítima. Vê-se que a autonomia da mulher foi ignorada pelo legislador quanto a sobreposição de uma lei que tenha utilidade social em detrimento da própria pessoa ofendida. Nesse sentido, a norma fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) .

Pode-se afirmar que as leis devem atender aos anseios da sociedade. Entretanto, as mulheres vítimas de violência sexual não devem ter os seus direitos duplamente violados pelo Estado em cumprimento de legislações que ferem gravemente a sua autonomia no direito de escolha. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro precisa ser o referencial de tutela a estas vítimas e não uma as impor passar por um processo de revitimização. Sendo assim, a mulher deve ter seu direito de escolha respeitado, tendo em vista se tratar de um assunto que afeta sua intimidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a responsabilidade do Estado quanto ao direito à segurança, liberdade e proteção dos indivíduos, com o dever de se atentar quanto à prevenção de delitos que atinjam tais direitos e a garantia fundamental de dignidade da pessoa humana. Desse modo, o Código Penal e o Código de Processo Penal devem se manter em equilíbrio e harmonia com relação às tarefas de cominar, aplicar e executar as penas. Ademais, o ordenamento jurídico precisa se atualizar regularmente, de acordo com o contexto social vivenciado. De acordo com as proporções das ilicitudes e ocorrências, deve-se levar em consideração a função preventiva e punitiva do Direito Penal (material e processual), tendo em vista que este atua como último recurso estatal. Assim, a existência de lacunas em seu corpo legal é incoerente, uma vez que é expressamente proibida a vingança privada.

A promulgação da Lei nº 13.718/18 tipificou determinadas condutas ilícitas anteriormente não abarcadas pelo Código Penal, alterou para ação penal pública incondicionada as modalidades do crimes de estupro e estabeleceu novas causas de aumento de pena para certos tipos penais. Vê-se que as mudanças que a Lei de 2018 trouxe visam fortalecer a proteção aos direitos humanos, especialmente os dos grupos mais vulneráveis, marcados pelo histórico de uma sociedade preconceituosa e desigual. Dentre eles, se enquadram: as mulheres, a comunidade LGBTQIA+, e ainda aqueles que por sua natureza requerem um maior cuidado e proteção, como as crianças, as pessoas com deficiência e os idosos.

Nota-se que a inserção do artigo 215-A no Código Penal, que trouxe o crime de importunação sexual, tipificou condutas que não se enquadravam no crime de estupro (art. 213, CP), em decorrência da ausência de violência ou grave ameaça - elementar do crime -. Além disso, integrou características do antigo atentado violento ao pudor (art. 214, CP – revogado). Tais mudanças vieram para possibilitar que sejam punidas um rol maior de condutas que antes não eram atingidas pela legislação, resultando no fortalecimento da função preventiva das leis penais e proporcionando uma maior segurança jurídica.

Quanto à incorporação do artigo 218-C ao Código Penal, a lei tipificou a divulgação de cenas de estupro ou de cenas de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. Tal conduta representa o desrespeito ao direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas garantidos pela Constituição Federal de 1988. Assim, este tipo penal possui grande importância em relação ao contexto da atualidade, onde as relações sociais tornaram-se cada vez mais virtuais.

Nos casos de aumento de pena para estupro coletivo e estupro corretivo, observa-se a clara intenção do legislador ao agravar a punição das condutas mais gravosas e com alto grau de reprovabilidade, respeitando o princípio da proporcionalidade ao definir a pena de acordo com a gravidade da conduta. Do mesmo modo, o aumento de pena nos crimes que resultam em gravidez trouxe uma mudança assertiva que auxilia na prevenção e punição devida para tais condutas, tendo em vista que as consequências do crime impactam negativamente a vida da vítima que, além dos traumas, carrega em seu ventre o fruto da violência.

Outrossim, a Lei nº 13.718/18 discorre sobre os grupos mais vulneráveis com a devida proteção às liberdades individuais ao não provocar limitação excessiva quanto à liberdade de escolha das mesmas, considerando assim o ato julgado no caso concreto, independentemente do passado da vítima e com o objetivo de equilibrar a subsunção da norma ao fato. Do mesmo modo, o legislador se preocupou com o amadurecimento dos menores de 14 anos, que, por razões biológicas, não possuem senso crítico e sexual completamente desenvolvidos.

Ademais, a causa de aumento de pena em caso do agente possuir relação de autoridade sobre a vítima nos crimes contra a dignidade sexual corrobora a importância da responsabilidade das pessoas que detém a guarda e o dever de cuidado para com a vítima, evidenciando a importância dos laços familiares (sejam consanguíneos, afetivos ou legais) na proteção dos direitos da pessoa humana, sob a luz do princípio constitucional da solidariedade familiar.

Com a finalidade de reforçar a proteção aos grupos vulneráveis e agravar a punição dos atos mais graves, a Lei de 2018 alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual, ao retirar seu caráter facultativo e torná-la pública incondicionada, fato este que impõe o dever ao Estado de iniciar a persecução penal, impedindo que tais condutas fiquem impunes devido ao medo da denúncia. Todavia, o legislador ignorou que o fardo do rito processual para a vítima pode ser mais pesado do que o crime em si. Assim, a alteração legislativa, ainda que bem intencionada, retirou da vítima sua liberdade de escolha e acabou por violar duplamente os seus direitos. Ora, a vítima já teve sua liberdade (sexual) violada pela prática do crime e posteriormente, tem sua liberdade novamente violada pelo próprio Estado que menospreza sua decisão que afeta diretamente sua intimidade e liberdade sexual.

Conclui-se, portanto, que a Lei nº 13.718/18 agravou a punição dos crimes contra a dignidade sexual em relação ao sistema anterior, motivado pela necessidade de respostas ao clamor público. Nesse sentido, constata-se que as mudanças nas legislações acompanham as transições da sociedade e buscam atender as expectativas populares. Outrossim, a referida lei visou o preenchimento de lacunas legais que resultavam em grande insegurança jurídica para

os cidadãos e obstavam o enquadramento de tais condutas que eram praticadas, todavia não estavam tipificadas na lei.

REFERÊNCIAS

- BACH, Marion; STOCO, Isabela Maria. **A Mulher como Vítima de Crimes Virtuais: a Legislação e a Jurisprudência Brasileira**. FAE Centro Universitário | Núcleo de Pesquisa Acadêmica - NPA. 2017. Disponível em: <https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic/article/view/311/280>. Acesso em: 07 jul. 2022.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime de estupro: o conceito de vulnerabilidade e a violência implícita**. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita#top>. Acesso em: 01 jun. 2022.
- BORTOT, Jessica Fagundes. **Crimes Cibernéticos: Aspectos Legislativos e Implicações na Persecução Penal com Base nas Legislações Brasileira e Internacional**. VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 338-362, 1º sem. ISSN - 1678-3425. 2017. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15745/15745-56007-1>. Acesso em: 08 jul 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.
- BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Diário Oficial da União, Brasília.
- BRASIL. **Parecer nº 524/2016 do Senado Federal, ao Projeto de Lei do Senado nº 618/2015**, apresentado em 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777168&disposition=inline>. Acesso em: 30 jun 2022.
- BRASIL. **Recurso desprovido**. (RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016, DJe 10/8/2016).
- CAVALCANTE. Márcio André Lopes. **Legislação: As mudanças nos crimes sexuais promovidas pela Lei nº 13.718/2018**. Ministério Público do Paraná. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2165.html>. Acesso em: 05 jun. 2022
- CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.718/18: Introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual**. Meu Site Jurídico, 2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contradignidade-sexual/>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- TEDESCHI, Losandro Antonio. **As mulheres e a história : uma introdução teórico metodológica**. / Gráfica e Editora Pallotti. Dourados, MS: Ed. UFGD, 2012.
- MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo. (SP). Ed. Método, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito: parte especial - arts. 213 a 361 do código penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial – arts.121 a 249 do CP, volume 2** / Luiz Regis Prado. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Matheus. “**Vítima de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua**”. G1 Rio. 26 de maio de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>. Acesso em 02 jul. 2022.

ROSA, André; TOMAZ, Kleber; REIS, Vivian. “**Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira**”. TV Globo e G1 SP. 02 de setembro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obsceno-contramulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2022.