LEI 13.718/18 - INTRODUZ MODIFICAÇÕES NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

1) INTRODUÇÃO

A Lei 13.718/18 introduz diversas modificações na seara dos crimes contra a dignidade sexual. Sua ementa "Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria causa de aumento de pena referente ao estupro coletivo e corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)."

Em resumo, inserem-se no Código Penal: a) o art. 215-A, que tipifica a importunação sexual; b) o art. 218-C, que trata da divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos; c) o § 5º no art. 217-A para tornar expresso na lei o fato de que o consentimento e a experiência sexual do vulnerável são irrelevantes para a caracterização do crime; d) o inciso IV no art. 226 para aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

Além disso, foram modificadas as redações dos artigos 225 e 234-A. No art. 225, a nova regra atinge a natureza da ação penal, que nos crimes contra a dignidade sexual passa a ser pública incondicionada. E, no art. 234-A, causas de aumento de pena foram reajustadas e ampliadas.

Vejamos a seguir em que consistem, exatamente, tais novidades.

2) IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

Considerações iniciais

O art. 215-A introduz em nosso ordenamento jurídico o crime de importunação sexual, consistente em:

"Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro". A pena é de reclusão de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Considerando a pena cominada, a infração pode ser considerada de médio potencial ofensivo, admitindo a possibilidade de suspensão condicional do processo.

Em virtude da inserção deste tipo penal, a Lei 13.718/18 revoga a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/41 (importunação ofensiva ao pudor). Não se pode falar, no entanto, em *abolitio criminis* relativa à contravenção, pois estamos, na verdade, diante do princípio da continuidade normativo-típica. O tipo do art. 61 da LCP é formalmente revogado, mas seu conteúdo migra para outra figura para que a importunação seja punida com nova roupagem.

Sujeitos do crime

Trata-se de crime comum, que não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, assim como pode vitimar qualquer pessoa.

Note-se apenas que praticar, na presença de alguém menor de quatorze anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, caracteriza o crime do art. 218-A do CP, punido com reclusão de dois a quatro anos.

Conduta

Consiste em *praticar* (levar a efeito, fazer, realizar) ato libidinoso, isto é, ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso.

O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local.

O preceito secundário do art. 215-A contém subsidiariedade expressa: aplicam-se as penas da importunação sexual se a conduta não caracteriza crime mais grave. Por isso, a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento, que aqui deve ser compreendido no sentido próprio que lhe confere o tipo do estupro – obrigar alguém à prática de ato de libidinagem –, não no sentido usual, de mal-estar, de situação embaraçosa, ínsita ao próprio tipo do art. 215-A e um de seus fundamentos.

O tipo penal abrange situações como a ocorrida, certa vez, na cidade de São Paulo, quando uma mulher se encontrava num ônibus e foi surpreendida pela conduta de um homem que, masturbando-se, ejaculou em seu pescoço. O agente foi preso em flagrante pela prática do crime de estupro porque, segundo a avaliação inicial da autoridade policial, havia constrangido a vítima a permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Houve, na época, grande repercussão, especialmente porque o agente foi posto em liberdade logo em seguida sob o argumento de que não se tratava de estupro, mas de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), o que não autorizava, isoladamente, a decretação da prisão preventiva (art. 313 do CPP). A decisão gerou intenso debate sobre a correta tipificação da conduta praticada, ou

seja, se efetivamente se tratava de infração de menor potencial ofensivo ou se havia crime hediondo de estupro. O art. 215-A sem dúvida contempla condutas semelhantes e lhes atribui punição intermediária.

Voluntariedade

É o dolo, consistente na vontade consciente de praticar o ato libidinoso contra alguém.

O tipo ainda contém um elemento subjetivo: o crime se tipifica somente se o agente atuar com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática do ato libidinoso. Apesar de teoricamente possível, na prática nos parece improvável a caracterização do *conatus*, pois, se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há de se reconhecer a consumação. Antes disso, ocorrem apenas atos preparatórios.

3) DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, E DE SEXO OU PORNOGRAFIA

Considerações iniciais

Têm sido comuns, já há alguns anos, situações em que pessoas são surpreendidas pela divulgação de imagens de sua intimidade na rede mundial de computadores. Seja em decorrência de colaboração involuntária da própria pessoa, que se deixa fotografar ou filmar, ou ainda envia imagens íntimas a alguém próximo, em caráter confidencial, e acaba surpreendida pela deslealdade, seja por violação da intimidade sem o conhecimento do interessado, são muitos os casos envolvendo anônimos e famosos que, repentinamente, veem-se envolvidos na constrangedora situação de ter sua intimidade exposta virtualmente a bilhões de pessoas. Há ainda os casos de estupros registrados pelos próprios autores e depois divulgados, o que certamente acentua a já gravíssima ofensa à dignidade sexual da vítima.

Um dos casos compreendendo uma personalidade de destaque inspirou a aprovação da Lei 12.737/12, que inseriu no Código Penal o art. 154-A para punir a invasão de dispositivo informático. Denominado informalmente "Lei Carolina Dieckmann", o diploma veio na esteira de uma conduta que vitimara a conhecida atriz, que teve seu computador pessoal violado para a subtração e posterior divulgação de fotos íntimas.

Ocorre, porém, que a variedade de condutas do mesmo gênero começou a demonstrar a insuficiência do tipo penal que se restringe a punir a invasão de

dispositivos eletrônicos, sem considerar outras situações em que a intimidade é violada por outros meios tão ou mais eficazes.

No que concerne a crimes na esfera da dignidade sexual, não havia nada que pudesse indicar uma conduta típica. Não obstante a divulgação ilícita de fotos de uma pessoa nua possa caracterizar ofensa à dignidade sexual em sentido amplo, o certo é que, na situação anterior à Lei 13.718/18, não havia amparo adequado a quem fosse vitimado por esta espécie de conduta (a maioria subsumia o comportamento apenas ao tipo da injúria majorada na forma do art. 141, inc. III, do CP – em razão de ter sido cometida por meio facilitador da divulgação da ofensa). Pois o art. 218-C do Código Penal introduz a punição de quem promove a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento dos envolvidos, bem como de quem possibilita a publicação de cenas reais de estupro ou de estupro de vulnerável:

"Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia". A pena é de reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A pena cominada denota mediana potencialidade ofensiva e admite a suspensão condicional do processo.

O dispositivo contém dois parágrafos. **No primeiro, a pena é aumentada de um a 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. O segundo traz causa excludente da ilicitude em determinadas circunstâncias em que as condutas são praticadas.**

Sujeitos do crime

O crime é comum, isto é, pode ser cometido por qualquer pessoa.

Também não se exige qualidade especial do sujeito passivo, mas, se a vítima mantém ou manteve relação íntima de afeto com o autor, aumenta-se a pena de um a dois terços (§1º.).

Além disso, tratando-se de vítima menor de dezoito anos, o comportamento do agente pode subsumir-se ao disposto nos arts. 241 ou 241-A, ambos do ECA, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Conduta

São nove as ações nucleares que compõem o tipo penal: *oferecer* (propor para aceitação), *trocar* (permutar, substituir), *disponibilizar* (permitir o acesso), *transmitir* (remeter de um lugar a outro), *vender* (ceder em troca de determinado valor) ou *expor à venda* (oferecer para a alienação), *distribuir* (proporcionar a entrega indeterminada), *publicar* (tornar manifesto) ou *divulgar* (difundir, propagar). Vê-se, portanto, que, ao contrário do que ocorre em figuras semelhantes tipificadas no ECA, não são punidas as condutas de aquisição, posse e armazenamento.

O tipo é misto alternativo, razão pela qual a prática de mais de uma ação nuclear, no mesmo contexto fático, configura apenas um crime, mas nada impede – aliás, recomenda-se – que o juiz analise eventual multiplicidade de condutas na aplicação da pena-base (circunstâncias do crime).

As condutas típicas podem ser praticadas pelas mais diversas formas. O tipo faz referência à expressão *qualquer meio* e ainda esclarece que se incluem aqueles de comunicação de massa ou sistemas de informática ou telemática, isto é, qualquer meio que permita a transmissão de arquivos de fotos ou vídeos (e-mail, Skype, WhatsApp, Messenger, etc.) ou que admita a transmissão audiovisual (*streaming*), inclusive em tempo real.

Os objetos materiais do crime são fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais que:

a) contenham cena de estupro ou de estupro de vulnerável: trata-se de violência sexual real, ao mesmo tempo registrada e depois difundida por qualquer meio. O tipo menciona também as cenas de estupro de vulnerável, mas devemos ter em mente que o vulnerável aqui é apenas quem, 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. Tratando-se de estupro de vulnerável menor de quatorze anos, a difusão das imagens não caracteriza este crime, mas um dos correlatos tipificados no ECA (arts. 241 ou 241-A), como veremos logo adiante;

b) façam apologia ou induzam a sua prática: não é necessário que as imagens veiculem cenas sexuais. O que se busca punir é a divulgação de material que de alguma forma faça apologia ou induza a prática de estupro, como um vídeo em que alguém defenda a legitimidade da prática ou de alguma forma a conclame.

Note-se que neste tipo penal não tem lugar, ao contrário do que ocorre no art. 287 do CP, a discussão sobre a necessidade de que a apologia se refira a crime já ocorrido. O art. 287 pune a apologia de *fato criminoso*, o que, para parcela da doutrina, restringe a abrangência do tipo a crimes já ocorridos, pois, do contrário,

há apenas incitação. O dispositivo em estudo, no entanto, não contém a expressão *fato criminoso*, referindo-se apenas à apologia do estupro.

c) consistam em registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima: não se trata de cenas de violência sexual, mas de sexo, nudez ou pornografia sem que a pessoa fotografada ou gravada tenha dado consentimento para a difusão. É o caso, por exemplo, do casal que grava a si mesmo, ou permite que outrem o faça, e um deles, ou terceiro, promove a difusão das imagens sem autorização.

O crime do art. 218-C é expressamente subsidiário, ou seja, tem lugar apenas se a conduta não constitui crimes mais graves, que, no caso, são os artigos 241 e 241-A do ECA. O art. 218-C, aliás, é uma combinação dos núcleos típicos que compõem os dois dispositivos que visam à proteção de crianças e adolescentes. Dessa forma, se a conduta consiste em vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual com cena envolvendo criança ou adolescente, o crime é o do art. 241 do ECA, punido com reclusão de quatro a oito anos. Tratando-se das demais condutas envolvendo menores de idade, o crime é o do art. 241-A, punido com reclusão de três a seis anos.

O § 2º estabelece excludente da ilicitude para as situações em que o fato é praticado em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que sejam adotados recursos que impossibilitem a identificação da vítima. Se, por exemplo, um jornal televisivo exibe cena de estupro que tenha sido gravada e divulgada pelo próprio autor do crime, e o faça para facilitar a identificação daquele indivíduo, preservando a identidade da vítima, não se cogita a ocorrência do crime.

Inserem-se também na justificante as condutas praticadas com prévia autorização de quem foi registrado nas imagens, desde que maior de dezoito anos. Se menor, o consentimento não tem relevância e incidem as regras do ECA.

Voluntariedade

É o dolo, consistente em praticar uma das ações nucleares típicas. Não se exige elemento subjetivo específico, nem mesmo finalidade de lucro nas condutas de vender e de expor à venda.

Consumação e tentativa

O crime se consuma no momento em que praticada uma das ações típicas.

Certas modalidades podem fazer com que o crime seja permanente, como a exposição à venda, a disponibilização (acesso permanente por meio de página em endereço eletrônico, por exemplo) e a divulgação (que também pode ser promovida continuamente por meio eletrônico).

A tentativa se afigura possível, exceto na conduta de *oferecer*, que não nos parece passível de fracionamento (até o ato de oferecimento, há apenas preparação).

Majorante

Segundo o § 1º, o crime tem a pena majorada de um a dois terços se cometido:

a) por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima: relação íntima de afeto pode ser o casamento, a união estável ou o namoro. Não se inserem nesta definição relações casuais, sem maior vínculo entre o agente e a vítima, situações que se subsumem à forma básica do *caput*. Afinal, o fundamento da punição mais severa é a traição da confiança normalmente existente entre pessoas que mantêm ou mantiveram um relacionamento por relevante período de tempo;

b) se tiver finalidade de vingança ou humilhação: no caso da finalidade de vingança ou humilhação, por outro lado, não há necessidade de prévia relação íntima de afeto, embora o mais comum seja que ela exista. Com efeito, trata-se aqui do denominado *revenge porn*, em que alguém, normalmente depois de terminado um relacionamento amoroso, divulga na internet imagens ou vídeos íntimos do ex-parceiro. Mas o aumento pode incidir ainda que o autor e a vítima tenham tido apenas um encontro casual.

4) IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO E DA EXPERIÊNCIA SEXUAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No art. 217-A do Código Penal a Lei 13.718/18 inseriu o § 5º, que assim dispõe:

"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 já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime."

Para bem compreender as implicações da nova disposição, façamos uma análise do tipo objetivo do estupro de vulnerável.

No art. 217-A pune-se o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima menor de quatorze anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) promoveu extensa alteração no tratamento dispensado pela lei à pessoa que

padece de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Como exemplo, temos a revogação dos incisos do art. 3º do Código Civil, que antes considerava absolutamente incapaz aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Atualmente, o indivíduo que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade é tratado como relativamente incapaz (art. 4º, inciso III).

Isso ocorre sobretudo por influência do art. 6º da Lei nº 13.146/15, segundo o qual a deficiência não "afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; **II – exercer direitos sexuais e reprodutivos [destacamos];** III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas".

No campo penal, a entrada em vigor do Estatuto suscitou dúvidas a respeito da influência do disposto no inciso II acima transcrito na caracterização do crime de estupro de vulnerável, especificamente no caso do § 1º do art. 217-A do Código Penal, que pune a conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. A dúvida é a seguinte: se o deficiente é plenamente capaz para "exercer direitos sexuais e reprodutivos", qual a razão para rotulá-lo como vulnerável e, portanto, incapaz de consentir para o ato sexual? Existe uma contradição entre os documentos legais?

Esse conflito era apenas aparente, mas, com a inserção do § 5º do art. 217-A, torna-se real. Vejamos.

Não por acaso, os sujeitos passivos do estupro de vulnerável são separados entre o *caput* e o § 1º do art. 217-A:

1) O menor de quatorze anos: Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto art. 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos. Havia, então, extenso debate a respeito da natureza da presunção, isto é, se relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar concretamente a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Com a edição da Lei 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no *caput*, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A clara disposição legal, no entanto, não foi capaz de impedir a continuidade do debate a respeito da presunção, agora de vulnerabilidade. Afirma, por exemplo, 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." (*Crimes contra a dignidade sexual*, p. 37-38)

Prevaleceu, no entanto, tese diversa. A maioria da doutrina já lecionava não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração. Tanto é assim que a justificação do projeto que originou a Lei 12.015/09 foi emitida nos seguintes termos:

"Esse artigo [217-A], que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, **destaca a vulnerabilidade de certas pessoas**, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; **sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática**" – grifamos.

E, atendendo ao propósito da lei, o STJ firmou orientação no sentido de afastar pretensões para apurar concretamente a vulnerabilidade, como se extrai do enunciado da súmula nº 593:

"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".

Não obstante ter-se pacificado a matéria, decidiu o legislador inserir, no próprio tipo penal, disposição expressa de que manter relação sexual com menor de quatorze anos é sempre crime, ainda que a vítima tenha consentido, ou mesmo que se demonstre sua experiência sexual anterior.

Dessa forma, a nova disposição legal não modifica, na prática, a orientação que já vinha sendo adotada a respeito do estupro de vulnerável em razão da idade. Apenas torna inequívoca, pela via legislativa, a interpretação já consagrada sobre o *caput* do art. 217-A.

2) aquele 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: Esta situação, extraída do § 1º do art. 217-A, em tudo difere da anterior – daí porque dissemos não ter sido por acaso que o legislador cindiu o tipo penal entre o *caput* e o § 1º para tratar do sujeito passivo do crime.

Neste caso, assim como ocorria em relação ao menor de quatorze anos, o ordenamento anterior à Lei 12.015/09 presumia a violência por meio do mesmo art. 224 do Código Penal.

Uma vez em vigor a referida lei, o tipo do § 1º do art. 217-A passou a punir 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 pode oferecer resistência.

Iniciando pela última hipótese, em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência, podemos citar como exemplos as situações da pessoa que, embora não padeça de nenhuma anomalia mental, embriaga-se até a inconsciência e, inerte, é submetida ao ato sexual sem que possa resistir; ou da pessoa que é induzida, por meio de drogas, à inconsciência por alguém que tem o propósito de com ela manter relação sexual não consentida.

No caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso do menor de quatorze anos. Aqui caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, **em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento**. É imprescindível, portanto, ao contrário do que se verifica no *caput*, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato.

Nessa linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. As disposições do art. 6º do Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo.

No entanto, o acréscimo do § 5º no art. 217-A provoca efetivo conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Penal. Com efeito, se a disposição legal estabelece que se caracteriza o crime independentemente do consentimento da vítima, impede-se que se apure se a enfermidade ou a deficiência mental provoca a falta de discernimento para consentir, o que acaba restringindo a abrangência do estatuto que visa a garantir a maior autonomia possível às pessoas com deficiência.

A nova disposição contraria, ademais, o próprio § 1º, que, como demonstramos linhas acima, pressupõe, sem a menor sombra de dúvida, que o portador de enfermidade ou doente mental seja desprovido de capacidade de compreender a natureza do ato consentido. Ora, se é assim, a capacidade de consentimento deve afastar o delito.

Diante disso, parece-nos mais adequado interpretar restritivamente a regra inserida no § 5º, que deve se ater às situações que envolvam o *caput* do art. 217-A, ou seja, os menores de quatorze anos. No caso dos deficientes, faz-se interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual. Isto nada mais é do que a aplicação da teoria do diálogo das fontes, segundo a qual, diante de eventuais conflitos normativos, ao invés de simplesmente excluir-se uma norma pela outra deve-se buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada. Devemos ter em mente, ademais, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem inspiração na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York em 2007 e incorporada em nosso ordenamento jurídico com *status* supralegal. Segundo seu art. 19, os Estados subscritores "reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade (...)". Ora, diante de disposição tão clara, que se sobrepõe ao texto da lei ordinária, não há como admitir que a Lei 13.718/18 incida para limitar a liberdade de escolha de alguém que, não obstante seja deficiente, é capaz de se autodeterminar.

5) AÇÃO PENAL

Antes da Lei 12.015/2009, a ação penal regra nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225. Havia, contudo, quatro exceções:

a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;

c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;

d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Com a reforma de 2009, a regra passou a ser ação penal pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima fosse:

I – menor de 18 anos; ou

II – pessoa vulnerável

A Lei 13.718/18 altera novamente a sistemática da ação penal, que passa a ser **sempre pública incondicionada**.

Ora, a regra geral determina que os crimes são de ação penal pública incondicionada a não ser que a lei disponha em sentido contrário. Dessa forma, teria sido de melhor técnica a simples revogação do art. 225, que se tornou absolutamente desnecessário.

No mais, a mudança, a nosso ver, é mais negativa do que positiva.

Como ponto positivo, tem-se, em primeiro lugar, que se encerra a discussão sobre o tipo de ação penal nos crimes agravados pelo resultado.

Com efeito, há casos, como no crime de estupro, em que da violência pode resultar na vítima lesão grave ou morte.

Quando entrou em vigor a redação dada ao art. 225 pela Lei 12.015/09, o Procurador-Geral da República, acolhendo manifestação da Subprocuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, ingressou com ADI (4.301), junto ao STF, solicitando o reconhecimento (inclusive liminar) da inconstitucionalidade do art. 225 do CP (sem redução de texto), para estabelecer que a ação penal no estupro com resultado morte ou lesão corporal grave deveria ser pública incondicionada. Três foram os fundamentos invocados: 1º) ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; 2º) ofensa ao princípio da proteção eficiente (que nada mais significa que um dos aspectos do princípio da proporcionalidade); 3º) a possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento (de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave), porque passariam a exigir representação (sob pena de decadência).

Tornando-se pública incondicionada a ação, a discussão perde completamente o objeto.

Ainda como ponto positivo, supera-se definitivamente o debate a respeito da eficácia da Súmula 608 do STF: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada."

Eram várias as vozes segundo as quais a súmula permanecia eficaz mesmo após a redação conferida ao art. 225 do CP pela Lei 12.015/09. Segundo Cezar

Roberto Bitencourt, por exemplo, as disposições da súmula, apenas um reforço ao disposto no art. 101 do CP a respeito da ação penal nos crimes complexos, continuavam aplicáveis exatamente por esse motivo:

"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. 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." (Disponível em http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-sumula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876)

Sob a vigência da Lei 13.718/18, não há mais razão para invocar a súmula.

Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança.

O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável –, a ação penal deveria permanecer

condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*.

Preocupado com a revitimização, aliás, já decidiu o STJ pela separação da vulnerabilidade permanente da vulnerabilidade ocasional. Em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos de libidinagem, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos – ou seja, que não é propriamente vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima (HC 276.510/RJ, j. 11/11/2014). Essa decisão, repise-se, buscou evitar que o Estado "atropelasse" direitos e garantias das vítimas em crimes dessa natureza.

Há quem defenda a alteração promovida pela Lei 13.718/18 sob o argumento de que quando a ação penal era privada – e, depois, pública condicionada –, as vítimas – mulheres em especial – passavam por constrangimentos e muitas vezes deixavam de comunicar o crime e de buscar a punição do agressor por medo de represálias, principalmente nas situações em que os fatos ocorriam no âmbito familiar. Isso fazia com que se multiplicassem casos de impunidade diante da extinção da punibilidade pela decadência. Argumenta-se que, diante de todo o avanço havido ao longo de décadas em relação ao papel social da mulher – o que, aliás, possibilitou um imenso incremento no sistema de proteção de mulheres vítimas de violência –, não há sentido na manutenção de uma regra que dificulta o ajuizamento da ação penal.

Mas, a rigor, os mencionados avanços serviriam mesmo para justificar a manutenção da regra que confere à vítima maior poder de decidir se deseja ou não processar o agressor e se submeter ao constrangimento característico de um processo dessa natureza. Ora, 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.

6) ESTUPRO COLETIVO E ESTUPRO CORRETIVO

O art. 226 do Código Penal contém majorantes relativas aos crimes contra a dignidade sexual.

O inciso I aumenta a pena de quarta parte se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas, ao passo que o inciso II majora de metade a pena se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A Lei 13.718/18 inseriu no dispositivo o inciso IV (o III já havia sido revogado pela Lei 11.106/05), que aumenta de um a dois terços a pena nas formas coletiva e corretiva do estupro. A forma coletiva se caracteriza pelo concurso de dois ou mais agentes; a corretiva é cometida com o propósito de controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

Notamos inicialmente que o estupro coletivo nada mais é do que uma forma de concurso de pessoas, já existente no inciso I e cuja única diferença é a fração de aumento. Trata-se de deslize do legislador? Pode ser, mas, a nosso ver, é plenamente possível compatibilizar ambos os dispositivos.

O projeto que originou a Lei 13.718/18 propunha nova redação ao inciso I, que passaria a ter duas alíneas majorando a pena para os crimes cometidos: a) em local público, aberto ao público ou com grande aglomeração de pessoas, ou em meio de transporte público; b) durante a noite, em lugar ermo, com o emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima.

O Senado, no entanto, rejeitou a alteração sob o argumento de que não seria razoável estabelecer punição mais severa apenas em razão do local ou do momento do dia em que o crime fosse cometido. Se a redação que seria conferida ao inciso I foi rejeitada, e não houve menção à revogação do dispositivo, resta-nos a conclusão de que a majorante do concurso de pessoas nele veiculada permanece em vigor juntamente com o novo inciso IV, que pune com ainda maior severidade o estupro coletivo.

É possível, todavia, compatibilizar as disposições dos incisos I e IV.

O inciso I, com efeito, nunca se restringiu ao crime de estupro, aplicando-se a quaisquer das figuras tipificadas nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual. O inciso IV, por sua vez, é específico para os crimes de estupro (inclusive de vulnerável). Logo, a partir da Lei 13.718/18, o concurso de pessoas pode ensejar causas de aumento diversas a depender da natureza do crime praticado: se estupro, aumenta-se a pena de um a dois terços segundo o inciso IV; nos demais casos, o aumento é de um quarto, conforme determina o inciso I.

É bem-vinda a elevação da causa de aumento para o estupro coletivo, tendo em vista que, neste caso, as lesões sexuais e não sexuais causadas na vítima são muito mais graves, desumanizando-a num grau extremo.

Já a majorante do estupro corretivo abrange, em regra, crimes contra mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, no qual o abusador quer "corrigir" a orientação sexual ou o gênero da vítima. A violação tem requintes de crueldade e é motivada por ódio e preconceito, justificando a nova causa de aumento. A violência é usada como um castigo pela negação da mulher à masculinidade do homem. Uma espécie doentia de 'cura' por meio do ato sexual à força. A característica desta forma criminosa é a pregação do agressor ao violentar a vítima. Os meios de comunicação indicam casos em que os agressores chegam a incitar a "penetração corretiva" em grupos das redes sociais e sites na internet (o que, isoladamente,

pode caracterizar o crime do art. 218-C – apologia ou induzimento à prática do estupro – caso sejam veiculados fotografias ou registros audiovisuais).

7) GRAVIDEZ, DOENÇA SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEL E VÍTIMA IDOSA OU DEFICIENTE

Finalmente, a Lei 13.718/18 altera os incisos III e IV do art. 234-A do Código Penal.

O inciso III antes aumentava de metade a pena nos crimes contra a dignidade sexual dos quais resultasse gravidez. Agora o aumento passa a ser de metade a dois terços.

O legislador busca, com a presente majorante, punir mais severamente o comportamento do autor, considerando, para tanto, a nefasta consequência do crime para a vítima (e familiares). Cuidando-se de consequência da infração penal, parece claro não necessitar ser alcançada pelo dolo (vontade consciente) do agente.

O inciso IV antes majorava de um sexto até a metade a pena se o agente transmitisse à vítima alguma doença sexual de que sabia ou devia saber ser portador. Agora, além de a majoração ser maior (de um a dois terços), há outras circunstâncias que se agregam à transmissão de doença sexualmente transmissível: a condição da vítima idosa ou deficiente.

Para os efeitos da majorante, idoso é quem conta ao menos sessenta anos de idade, conforme estabelece o art. 1º da Lei 10.741/03. O conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelo art. 2º da Lei nº 13.146/15, *in verbis*:

"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.