

Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)

Capítulo I

Lei 13.769/18: A prisão domiciliar e a progressão de regime para presas gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência

Em fevereiro de 2018, a 2ª Turma do STF concedeu *habeas corpus* coletivo (HC 143.641/SP, j. 20/02/2018) no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

Analisando o mérito do *habeas corpus*, os ministros invocaram tanto a legislação nacional quanto a internacional para justificar a concessão da ordem.

Como apontou a decisão, as Regras de Bangkok estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa. Além disso, temos no plano interno o art. 227 da CF/88, que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças, e a manutenção de presas sem efetiva necessidade atinge o direito delas, que acabam sofrendo injustamente as consequências da prisão. E, por fim, o quadro revelado no processo demonstrava a necessidade de cumprir a lei sobre as políticas públicas para a primeira infância (Lei 13.257/16), que inclusive alterou o art. 318 do CPP nas disposições relativas à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até doze anos incompletos e homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

Pois bem, na esteira da decisão proferida pelo STF, a Lei 13.769/18 altera a legislação processual penal para disciplinar a matéria de forma expressa. Para tanto, a lei insere no Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B.

O art. 318-A estabelece que a prisão preventiva decretada sobre a “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a presa: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

A lei processual penal já estabelecia a possibilidade de conceder prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos no art. 318, incisos IV e V. Há, porém, uma diferença que certamente trará problemas na prática: o *caput* do art. 318 dispõe que o juiz **poderá substituir** a prisão preventiva pela domiciliar, ao passo que o *caput* do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva **será substituída**, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça.

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no *habeas corpus* coletivo, cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar. Nesta ressalva era possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardavam acentuada gravidade. O STJ, por exemplo, tem decisões nas quais se refere a situações excepcionalíssimas referentes à prática de tráfico de drogas:

“V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes.” (HC 471.503/RJ, j. 13/11/2018).

“O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (STJ – RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018).

“O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação, atualmente privado de sua liberdade – evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente

para evitar a prática delitiva no interior de sua residência, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (RHC 96.157/RS, j. 05/06/2018).

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a **necessidade** e com **adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato** e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às **regras gerais** para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é **adequada e suficiente** para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal.

O art. 318-B dispõe que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar pode ser efetuada com aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319. Considerando que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, da qual só pode ausentar-se com autorização judicial, a nosso ver são compatíveis as seguintes medidas estabelecidas no art. 319:

- *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;*
- *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;*
- *monitoração eletrônica.*

Além das regras a respeito da prisão domiciliar, a Lei 13.769/18 promoveu alterações em três dispositivos da Lei de Execução Penal.

O art. 112, que trata da progressão de regime, passa a contar com o § 3º para disciplinar de forma específica a progressão da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Neste caso, são requisitos **cumulativos** para a progressão:

I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V – não ter integrado organização criminosa.

A fração de pena a ser cumprida é menor do que a regra estabelecida no *caput* do art. 112 (um sexto da pena), mas há outros requisitos que devem ser atendidos **conjuntamente** e que não compõem a regra geral do sistema progressivo de pena, como a primariedade e a inexistência de violência ou grave ameaça.

O § 4º do art. 112 – também inserido pela Lei 13.769/18 – estabelece que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implica “a revogação do benefício previsto no § 3º”, ou seja, provoca a regressão de regime. Sem implicar na violação do princípio da presunção de inocência – ou de não culpa –, não se exige – assim como ocorre na regressão disposta no art. 118 da LEP – sentença condenatória transitada em julgado, bastando prova, no incidente próprio, de que a condenada praticou crime ou fato definido como falta grave.

Em tempo: a Lei 13.769/18 também alterou a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados se a condenada é gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Segundo a nova redação do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, a progressão de regime deve observar as regras estabelecidas nos §§ 3º e 4º do art. 112 da LEP. Cria-se, pois, uma progressão de regime mais branda para crimes de natureza hedionda tendo em consideração as condições pessoais da condenada.

Dada a redação do § 4º do art. 112, uma dúvida pode surgir: “revogação do benefício” quer dizer apenas a regressão de regime ou também a impossibilidade de que nova progressão seja concedida com base nas regras mais amenas? Trata-se, pensamos, de vedação a nova progressão de regime com base no § 3º do art. 112. Caso a condenada cumpra os requisitos do § 3º, progrida de regime e cometa novo crime ou falta grave, deverá regredir e cumprir os requisitos gerais – da LEP ou da Lei 8.072/90 – para que possa progredir de regime novamente. Assim é porque não faria sentido se referir a “revogação do benefício” se a intenção fosse apenas a regressão, que já uma consequência necessária do cometimento de crime ou falta grave durante a execução da pena, como estabelece o art. 118, I, da LEP. Como o § 3º do art. 112 estabelece uma forma de progressão especial, devem ser beneficiadas somente as condenadas que se mostrem aptas à ressocialização, pois, caso contrário, não se justifica o tratamento menos severo.

Por fim, o art. 72 da LEP, que trata das atribuições do Departamento Penitenciário Nacional, passa a contar com o inciso VII, que impõe ao órgão a obrigação de “acompanhar a

execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais”. Pretende-se com isso, diante das regras menos severas para a progressão de regime, garantir que as finalidades da pena sejam cumpridas e que as intenções da execução penal mais moderada (cuidados com a gestação, o filho ou a pessoa dependente) sejam alcançadas.

E o § 2º do art. 72 – também inserido pela Lei 13.769/18 – dispõe que “Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça”. Considerando que as mulheres que são monitoradas já foram beneficiadas pela progressão mais branda, o que torna dispensável a avaliação da desnecessidade do regime fechado, a nosso ver este dispositivo cria um procedimento de política criminal em que a efetividade da ressocialização de mulheres que progrediram de regime com base na regra especial do § 3º do art. 112 pode indicar a desnecessidade de que se imponha o regime inicial fechado nas futuras condenações de outras mulheres que estejam na mesma condição e que tenham cometido crimes sem violência ou grave ameaça. Dessa forma, provando-se efetiva a progressão especial criada pela Lei 13.769/18, seria possível, mesmo diante da quantidade da pena aplicada, que o juiz afastasse o regime inicial fechado e determinasse desde logo o acompanhamento da condenada pelos órgãos incumbidos da fiscalização da execução penal.

Capítulo II

Lei 13.771/18: Altera majorantes no feminicídio

Com a entrada em vigor da Lei 13.104/15, o art. 121 do Código Penal passou a contar com a qualificadora do feminicídio (§ 2º, inc. VI). Sobre esta qualificadora podem incidir as majorantes estabelecidas no § 7º, que sofreu alterações pela Lei 13.771/18. Vejamos, em síntese, quais são as majorantes e o que se modifica em razão do novo diploma legal.

A pena do feminicídio pode ser aumentada de um terço à metade se o crime for cometido:

a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto: aqui não houve nenhuma alteração. Aplica-se a majorante desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento. O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não exatamente o feto.

O aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto.

b) contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental: ao se referir à idade da vítima (menor de catorze ou

maior de sessenta anos) o dispositivo repete o § 4º do art. 121. Ressalta-se, porém, que, nesta majorante, diferentemente daquela do § 4º, em que o aumento é fixo em um terço, o aumento é variável de um terço à metade.

Outra figura da causa de aumento contempla a vítima com deficiência (física ou mental). O conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelo art. 2º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. E, com a alteração promovida pela Lei 13.771/18, majora-se também a pena se a vítima tem alguma doença degenerativa que provoque limitação ou vulnerabilidade física ou mental, como esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica, Parkinson, Alzheimer, osteoporose, arteriosclerose, diabetes e alguns tipos de câncer.

c) na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima: expressa o texto legal que o comportamento criminoso ocorra na *presença* do ascendente ou do descendente da vítima. Diante do atual estágio de interação humana, em que ambientes de presença virtual são capazes de tornar a comunicação por meio de áudio e vídeo muito próxima da realidade, já sustentávamos, quando o § 7º foi incluído pela Lei 13.104/15, a possibilidade de interpretação extensiva do vocábulo *presença* para nele abarcar outras formas de interação que não a física, como chamadas com vídeo pela *internet* (Skype, por exemplo). Com a modificação promovida pela Lei 13.771/18, a majoração pela presença virtual é expressa.

d) em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha: por meio da Lei 13.771/18, inseriu-se nova majorante para as situações em que o homicida comete o crime apesar da existência de medidas protetivas contra si decretadas nos termos da Lei Maria da Penha. O inciso I do art. 22 estabelece a medida de suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o inciso II consiste no afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; e no inciso III temos a proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Desde a entrada em vigor da Lei 13.641, em abril de 2018, o descumprimento de medidas protetivas é crime punido com detenção de três meses a dois anos, mas, se ocorre no mesmo contexto da prática do homicídio, incide apenas a causa de aumento, afastando-se a figura criminosa autônoma diante do *bis in idem* provocado pela imputação simultânea.

Capítulo III

Lei 13.772/18: Criminaliza o registro não autorizado de cena de nudez ou ato de libidinagem de caráter íntimo e privado

Considerações iniciais: A Lei 13.772/18 insere no Código Penal o art. 216-B, que tipifica as condutas de produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes. E, segundo o parágrafo único, incorre na mesma pena quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

O crime é de menor potencial ofensivo, pois a pena cominada é de detenção de seis meses a um ano, além da multa.

Objetividade jurídica: A objetividade jurídica é a tutela da intimidade, tanto que a mesma lei que insere o art. 216-B institui nos crimes contra a dignidade sexual um capítulo denominado “Da exposição da intimidade sexual”.

O tipo preenche a lacuna que existia em relação à punição da conduta de indivíduos que registravam a prática de atos sexuais entre terceiros. Foi grande a repercussão quando, em janeiro de 2018, um casal alugou um apartamento para passar alguns dias no litoral de São Paulo e, depois de se instalar, percebeu uma pequena luz atrás de um espelho que guarnecia o quarto. O inusitado sinal faz com que um deles vistoriasse o espelho e, espantado, descobrisse que ali havia uma câmera instalada. O equipamento foi imediatamente desligado e, logo em seguida, o casal recebeu uma ligação do proprietário do imóvel, que indagou se havia ocorrido algum problema, o que indicava que as imagens estavam sendo transmitidas em tempo real.

Embora se tratasse de conduta violadora da intimidade e que inequivocamente dava ensejo a indenização por danos morais, o ato – não tão incomum – de quem instalava um equipamento de gravação nas dependências de um imóvel para captar imagens íntimas sem o consentimento dos ocupantes não se subsumia a nenhum tipo penal. A partir de agora, é classificado como crime contra a dignidade sexual.

Sujeitos: Não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, tampouco do sujeito passivo, razão por que o crime pode ser considerado bicomum.

Conduta: No *caput* do dispositivo são quatro as condutas típicas: *produzir* (pôr em prática, levar a efeito, realizar), *fotografar* (imprimir a imagem de alguém por meio da fotografia), *filmar* (registrar a imagem de alguém por meio de vídeo) e *registrar* (alocar em bases de dados) cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Entende-se como cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado qualquer situação íntima que envolva uma ou mais pessoas em ambiente restrito, não acessível ao público. É evidente que se o ato de caráter sexual ocorre em local acessível ao público o bem jurídico tutelado (intimidade) é exposto pelo próprio titular, razão pela qual não pode ser considerado violado pelo terceiro que captura a imagem.

Note-se que embora a lei utilize a expressão *participantes* – no plural – não se exclui da incidência do tipo o registro não autorizado de apenas uma pessoa em momento de intimidade.

Trata-se, no mais, de tipo misto alternativo, ou seja, se o agente, no mesmo contexto fático, incorrer em mais de uma ação nuclear típica (fotografar, filmar e registrar, por exemplo), responderá por apenas um crime, embora isso possa se refletir na aplicação da pena.

A conduta equiparada do parágrafo único não envolve propriamente a violação da intimidade, pois não consiste na captura de imagens reais de alguém nu ou praticando um ato sexual. Trata-se de montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual.

Há atualmente *softwares* capazes de simular com muita verossimilhança a participação de alguém em ato sexual praticado por terceiros. Durante as eleições de 2018

foi amplamente divulgado o caso envolvendo um candidato que, segundo se apurou à época, foi vítima deste tipo de conduta, que não encontrava correspondência típica específica, embora pudesse, conforme as circunstâncias, se subsumir à injúria, assim como ocorria com a divulgação de imagens de sexo, nudez ou pornografia, hoje tipificada no art. 218-C do Código Penal.

Por fim, caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material.

Voluntariedade: Consiste no dolo de praticar uma das condutas sem autorização dos participantes. Não se exige finalidade especial, nem mesmo a satisfação da lascívia.

Consumação e tentativa: O delito se consuma com a prática de uma das ações típicas, que podem ser fracionadas e admitem a tentativa. Suponhamos que o equipamento esteja instalado e, antes de ser registrada, a vítima perceba e evite o constrangimento. Neste caso o agente responde por tentativa.

Ação penal: Seguindo a regra estabelecida pela Lei 13.718/18, que modificou a redação do art. 225 do Código Penal, a ação penal é pública incondicionada.