

Lei 13.718/18 e o pretense recrudesimento dos crimes sexuais

Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Osvaldo Evangelista Junior

A recente Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018, operou mudanças no tratamento legal dos crimes sexuais do Código Penal ao inserir dois novos tipos criminais, acrescer e reajustar majorantes, além de alterar a natureza da ação penal e revogar a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor do artigo 61 do Decreto-lei 3.688/41.

Trata-se da oitava reforma dos delitos sexuais nas quase oito décadas de vigência do Diploma Criminal, que, em dezembro de 2018, completa 78 anos.

Num resumo cronológico das alterações, observa-se que iniciaram na década de 90, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao introduzir qualificadoras nos à época distintos estupro e atentado violento ao pudor (Lei 8.069/90, art. 263). A seguir alguns crimes sexuais passaram por aumentos nos patamares de pena promovidos pela Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90, art. 6º) e depois houve revogações pontuais com a Lei 9.281/96. A partir do ano 2000, o assédio sexual foi inserido no artigo 216-A pela Lei 10.224/2001; e a Lei 11.106/2005 suprimiu a discriminatória expressão *mulher honesta* do delito de posse sexual mediante fraude, figura depois revogada pela Lei 12.015/2009, responsável pela maior reestruturação legislativa, com expressivas modificações penais e renomeação do Título VI do Código Penal para *crimes contra a dignidade sexual*, superando a vetusta designação *crimes contra o costume*. Houve ainda singela substituição do *nomen juris* do artigo 218-B pela Lei 12.978/2014, até o advento da novel Lei 13.718/18, ora comentada.

De início, a Lei 13.718/18 chama a atenção por ter sido sancionada por Autoridade do Poder Judiciário, o Ministro José Antônio Dias Toffoli, atual dirigente do Supremo Tribunal Federal, quarto na linha sucessória, em virtude de viagem internacional do Presidente da República Michel Temer, visto que o país encontra-se sem vice-presidente, e ainda por conta da ausência dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Rodrigo Maia e Eunício Oliveira, segundo e terceiro sucessores, por concorrerem à reeleição no pleito nacional de outubro, para evitar a inelegibilidade.⁽¹⁾

Com efeito, a primeira inovação da Lei 13.718/18 emerge da nova figura criminal intitulada *importunação sexual*,⁽²⁾ incluída no artigo 215-A do Código Penal e sancionada com reclusão, de um a cinco anos, que pune o ato libidinoso contra alguém sem anuência, com o objetivo de satisfazer lascívia própria ou de terceiro.

O novo tipo penal, expressamente subsidiário, pretende substituir a agora revogada contravenção de importunação ofensiva ao pudor e suplantará controvérsias envolvendo a classificação penal de casos lamentáveis que se tornaram frequentes, alcunhados *ejaculação de inopino*,⁽³⁾ em que indivíduos se masturbam e ejaculam em vítimas sem consentimento ou percepção prévia destas, grande parte no interior de veículos de transporte coletivo como ônibus e trens ou em eventos com aglomeração de pessoas.

Discutia-se se tais episódios configuravam a mencionada contravenção do artigo 61 do Decreto-lei 3.688/41, reprimida apenas com multa, ou ainda os crimes de estupro (CP, art. 213)⁽⁴⁾ ou de violação sexual (CP, art. 215).⁽⁵⁾

Outra novidade da Lei 13.718/18 consiste na introdução do delito de *divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia*, no artigo 218-C do Diploma Criminal, também apenada com reclusão, de um a cinco anos.

O tipo penal prevê nove ações nucleares (*oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar*), realizáveis por qualquer meio, em especial via sistemas informáticos ou telemáticos ou de comunicação de massa, que tenham por objeto fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual contendo cena de estupro ou estupro de vulnerável, bem como a apologia ou induzimento a tais práticas ou, ainda, conteúdo de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.

O § 1º do dispositivo prevê causa de aumento de um a dois terços se o crime for praticado por quem mantém ou manteve relação íntima de afeto com a vítima ou visando vingança ou humilhação.

A figura penal do novo artigo 218-C intenta coibir a chamada *revenge porn*, ou pornografia da vingança, pelo compartilhamento

não consentido de material de cunho íntimo ou lascivo voltado a achincalhar a vítima e que costuma ser praticado por intermédio de aplicativos de equipamentos eletrônicos, notadamente aparelhos de telefonia celular móvel (*smartphones*), que não se confundem mas podem decorrer de conversas por meio eletrônico com trocas consensuais de arquivos eróticos, batizadas *sexting*, termo inglês resultante da junção das palavras *sex* (sexo) e *texting* (envio de mensagens),⁽⁶⁾ que são, como regra, indiferentes penais.

Até então, os compartilhamentos desautorizados de tais conteúdos implicavam meros delitos contra a honra, de menor potencial ofensivo e apurados via termo circunstanciado, procedimento investigatório legal vocacionado para tais infrações e direcionados à aplicação das benesses do Juizado Especial Criminal da Lei 9.099/95.

Ressalta-se que, se a vítima for coagida, não há prejuízo da caracterização, ainda que na forma tentada, de delitos mais graves como extorsão, pela denominada *sextorsão*, neologismo derivado da aglutinação dos vocábulos *sexo* e *extorsão*, ou do apelidado *estupro virtual* (na verdade estupro cometido por meio virtual ou eletrônico), consubstanciado no constrangimento de uma pessoa a realizar ato libidinoso sob chantagem de injusta divulgação em ambiente virtual de material íntimo com imagens ou vídeos de nudez ou sexo.

Outrossim, se a conduta envolver criança ou adolescente, haverá subsunção às figuras penais especiais do Estatuto da Criança e do Adolescente, mormente dos artigos 241 e 241-A, dotadas dos mesmos verbos típicos e com reprimendas mais severas.

De outra banda, atos intermediários, como o registro sorrateiro de fotos ou vídeos de partes íntimas do corpo sob as vestes das vítimas, prática não incomum em espaços públicos, poderão configurar a contravenção de perturbação da tranquilidade do artigo 65 do Decreto-lei 3.688/41, numa migração do enquadramento jurídico diante da supressão da importunação ofensiva ao pudor e da incompatibilidade ou desproporção da recém-chegada importunação sexual.

Ainda quanto ao novo artigo 218-C do Código Penal, em seu § 2º, foi inserida excludente de ilicitude nas condutas em sede de publicação jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que empregado recurso que não identifique a vítima ou mediante prévia autorização nos casos de maiores de dezoito anos.

Outro ponto relevante da Lei 13.718/18 foi a inserção do § 5º no artigo 217-A do Código Penal, que trata do crime de estupro de vulnerável, e consolida posicionamento segundo o qual há vulnerabilidade independentemente do consentimento ou de experiências sexuais anteriores da vítima, nas três hipóteses legais, vale lembrar, menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais sem discernimento para a prática sexual e impossibilitados de oferecer resistência, em consonância com a orientação jurisprudencial firmada na Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça,⁽⁷⁾ em tese afastável somente por eventual e justificado erro de tipo em casos concretos, com base no artigo 20 do próprio Diploma Criminal.

Mais uma séria inovação ocorre na estipulação como pública incondicionada da natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, pela nova redação do artigo 225 do Código Penal, em substituição à regra da ação condicionada à representação, até então excepcionada apenas nos casos de menores de 18 anos ou

vulneráveis, antes prevista no parágrafo único do dispositivo, que foi revogado pela Lei 13.718/18.

Não se olvida da preocupação acerca da ingerência estatal de ofício em tais situações, em face da desconsideração da autonomia de vontade das vítimas, que antes podiam optar por não se submeter às cerimônias e desgastes da persecução criminal em juízo, exigindo cuidados, que o aparato público não costuma oferecer, para evitar a revitimização e traumas, o que pode fomentar a cifra negra e atos consecutórios como abortos clandestinos, e potencializar o risco à vida e à saúde das vítimas.

Anota-se que as mudanças legislativas repercutirão de pronto no exercício da atividade de polícia judiciária, no limiar extrajudicial do processo penal, visto que as penas dos novos delitos sexuais ensejam apuração via inquérito policial e não mais termos circunstanciados, e a padronização da ação penal incondicionada para as infrações penais deve impactar ainda mais no volume de demandas a serem atendidas pelas instituições públicas, há muito carentes de recursos humanos e materiais para o desempenho de suas atribuições.

Destarte, na avaliação dos casos noticiados, quando o delegado de polícia responsável decidir pela configuração dos novos delitos sexuais, decretará a prisão em flagrante dos indivíduos apresentados se reputar presente o requisito temporal (CPP, art. 302) somado à fundada suspeita, requisito probatório da custódia flagrancial (CPP, artigo 304, § 1º).⁽⁸⁾ Ademais, a pena máxima cominada aos referidos crimes, acima de 4 anos, afasta o arbitramento de fiança extrajudicial ante o incoerente limite do artigo 322 do CPP.⁽⁹⁾

Lado outro, as penas mínimas cominadas às novas figuras típicas admitem o benefício da suspensão condicional do processo, pelo artigo 89 da Lei 9.099/95, de maneira que os criminosos poderão ser autuados e custodiados em flagrante delito, porém em muitos casos sequer serão processados em juízo.

A novel legislação ainda pretendeu elevar, para um a dois terços, a majorante nas hipóteses de concurso de dois ou mais agentes, influenciada por deploráveis episódios conhecidos como *estupro coletivo*, expressão que dá nome à causa de aumento inserida na alínea “a”, do novo inciso IV, do artigo 226 do Código Penal. Entretanto, foi mantido o inciso I do mesmo dispositivo, que estabelece majorante mais branda, de quarta parte, para a mesma circunstância. De toda sorte, para conciliar as duas causas de aumento, uma solução será restringir a mais recente do inciso IV aos crimes de estupro (incluindo o de vulnerável), e aplicar o inciso I aos demais delitos sexuais.

Ainda no citado artigo 226, foi acrescida causa de aumento, também de um a dois terços, intitulada *estupro corretivo*, quando o crime sexual for praticado para controlar o comportamento social ou sexual⁽¹⁰⁾ da vítima.

Por derradeiro, foram ampliadas as majorantes já existentes dos incisos III e IV do artigo 234-A do Código Penal, tanto a proveniente da gravidez da ofendida, antes somente aumentada da metade e agora de metade a dois terços, quanto em decorrência do contágio de doença sexualmente transmissível ou por delito contra pessoa idosa ou deficiente, anteriormente de um sexto até a metade e agora de um terço a dois terços.

À luz do dramático quadro brasileiro, com estatísticas anuais próximas aos cinquenta mil registros de estupro,⁽¹¹⁾ sem considerar as subnotificações, a despeito das ponderações preliminares

lançadas, espera-se que a reforma legislativa ao menos alerte para a premente necessidade de maior atenção nas políticas destinadas à tutela da dignidade sexual, como pauta essencial nas agendas de Segurança Pública e Justiça Criminal.

Notas

- (1) POMPEU, Ana. Como presidente interino, Toffoli sanciona lei que torna crime importunação sexual. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 set. 2018.
- (2) O Código Penal Português prevê em seu artigo 170º o crime de *importunação sexual* com a seguinte redação: “Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de caráter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.
- (3) GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto. Divergências sobre o tratamento criminal da ejaculação de inopino. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LT, 2018. p. 37-45.
- (4) Para sustentar a configuração de estupro, argumentava-se que a suposta violência consistiria no próprio ato de ejacular na vítima e não no emprego de força física contra a ofendida para viabilizar o ato libidinoso.
- (5) Em que pese o *nomen juris* do artigo 215 do CP sugerir prática a título de *estelionato sexual*, a literalidade do tipo penal não se restringe à conduta por meio de fraude, porquanto dispõe que o ato libidinoso pode ser cometido *por outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*, o que gerou discussão em fatos que a ofendida não estava ciente da atitude do agente, que ejaculou de modo inesperado e ultrajante, impedindo qualquer reação ou manifestação, com mera participação passiva da vítima. Houve casos concretos enquadrados no referido dispositivo penal (Processo nº 325-30.2016.811.0002, 2ª Vara Criminal da Comarca de Várzea Grande/MT).
- (6) FREITAS, Bruno Gilaberte. Lei 13.718/18: importunação sexual e pornografia de vingança. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, 25 set. 2018; MARAFANTI, Thais. A questão do *nudes* no direito brasileiro no aspecto constitucional, civil e criminal. In: GIORDANI, Manoel Francisco de Barros da Motta Peixoto; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de (Coord.). *Estudos contemporâneos de polícia judiciária*. São Paulo: Editora LT, 2018. p. 140-153.
- (7) STJ, Súmula 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.
- (8) MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delicto constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 160-168.
- (9) BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia (garantia) e o sistema da dupla cautelardade como direito humano fundamental. In: GUSO, Rodrigo Bueno; SOUZA, David Tarciso Queiroz de (Org.). *Estudos sobre o papel da Polícia Civil em um Estado Democrático de Direito*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 174-175.
- (10) Na França os crimes sexuais eram qualificados quando praticados em razão da orientação sexual da vítima, conforme previa o parágrafo 9º do artigo 222-24 do Código Penal Francês, que acabou revogado pela Lei 2018-703, de 3 de agosto de 2018.
- (11) Em 2016 foram registrados 49.497 casos de estupro no Brasil, enquanto no Sistema Único de Saúde foram cadastrados 22.918 incidentes dessa natureza, o que representa menos da metade das notificações às instituições policiais. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Atlas da Violência 2018*, p. 56. Rio de Janeiro, jun. 2018.

Rafael Francisco Marcondes de Moraes

Mestre em Direito Processual Penal pela USP.
Professor concursado da Academia da Polícia Civil
do Estado de São Paulo (Acadepol).
Delegado de Polícia.

Oswaldo Evangelista Júnior

Especialista em Direito Processual Penal pela
Universidade Estadual de Londrina.
Professor da Faculdade Eduvale de Avaré
e da Universidade Anhanguera.
Delegado de Polícia.