

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-056-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

---

### **Apresentação**

No contexto dos desafios impostos pela necessidade de isolamento social em face da pandemia instaurada pela profusão do Covid 19, uma rica experiência foi proporcionada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito com a realização do Encontro Nacional em ambiente virtual. Foi nesse compasso que na tarde de sábado, 27 de junho de 2020, os estudiosos e pesquisadores do Direito Penal e do Processo penal, em abordagem integrada e transdisciplinar, reuniram-se para profícuo debate sobre as ciências penais no Brasil e no Mundo, representando as diversas instituições de ensino superior e os diversos programas de pós-graduação em Direito do país. Os temas, ecléticos que são e que o leitor perceberá ao longo da leitura, trazem à baila importantes reflexões sobre assuntos controvertidos e de grande envergadura e que doravante passam a ser apresentados.

O primeiro texto, de autoria de Mayra Lima Vieira, versa sobre “a coibição do crime de lavagem de capitais no Brasil: uma abordagem atual”, investiga a atualidade do tema e as suas nefastas consequências, afinal, o delito de lavagem de capitais tornou-se um dos principais desafios a serem enfrentados pelas autoridades policiais e governos das maiores potências do mundo, principalmente pela quantidade de recursos financeiros movimentados por este crime, nada menos que 600 bilhões anualmente, valor equivalente a 5% do Produto Interno Bruto mundial. Essa vultosa quantia é utilizada por toda sorte de organizações criminosas com o objetivo de transformar recursos originalmente ilegais em ativos aparentemente lícitos, através de transações financeiras para eliminar ou dificultar o rastreamento da origem ilegal desses recursos, permitindo sua utilização sem expor os criminosos.

O segundo texto, intitulado “ a falência do sistema penitenciário brasileiro: uma reflexão sobre a recuperação por intermédio da privatização”, das autoras Marina Calanca Servo e Ana Cristina Lemos Roque, tem por objetivo uma reflexão a respeito da falência do sistema penitenciário brasileiro que além de não atingir as finalidades previstas ao efetivar a sentença condenatória através da pena privativa de liberdade, consiste atualmente em afronta gritante aos direitos e garantias fundamentais. Em que pese inúmeras críticas à privatização, a mesma consiste em possível solução segundo as autoras. A pesquisa foi desenvolvida através de análise bibliográfica e de dados colhidos e apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça; o método histórico-evolutivo foi utilizado em conjunto com o dialético mediante diálogo entre as transformações da pena e a realidade.

O terceiro texto, intitulado “a limitação do direito penal através da ultima ratio no estado constitucional: aspectos garantistas e limitadores da pena”, de Wesley Andrade Soares, aborda, com base no princípio da ultima ratio do direito penal, o controle na produção, aplicação e legitimação da pena nos Estados modernos sob a ótica da Constituição. Afinal, a Constituição tornou-se o núcleo normativo exercendo controle sobre os demais ramos do direito, com reflexos sobre os poderes legislativo e executivo. O estudo busca compreender o funcionamento da ultima ratio como limitador principiológico que atua em todo o direito penal, alcançando os seus aspectos de forma abrangente e generalizada. A pesquisa usou a técnica bibliográfica e valeu-se do método de abordagem qualitativo, analisando literatura e legislação pertinente.

O quarto texto versa sobre “a negociação estaduadinense no processo penal: análise crítica e reflexão”, de autoria de Fabio Machado Da Silva, tem o objetivo de provocar a reflexão sobre a importância dos diálogos entre as múltiplas ordens jurídicas no processo de conhecimento da colaboração premiada. Para tanto, torna-se necessário compreender as discussões e normativas que podem fundamentar e inspirar o sistema brasileiro com diversos recortes metodológicos e perspectivas históricas, jurídicas e sociais. Com essa compreensão, reflete-se como o sistema brasileiro e as diversas legislações correlatas à colaboração premiada podem ter sido influenciadas nos diversos momentos sociais e jurídicos no país.

O quinto texto, intitulado “a remição da pena em razão da superlotação carcerária: viabilidade ou impossibilidade? Uma análise do Recurso Extraordinário n. 580.252- Mato Grosso do Sul”, dos autores Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa o Recurso Extraordinário n. 580.252 do Mato Grosso do Sul, ocasião em que foi discutida a possibilidade de conceder a remição da pena no lugar da prestação pecuniária. A pesquisa buscou verificar a possibilidade de conceder remição aos sentenciados que cumprem penas submetidos às graves violações aos direitos fundamentais. Conclui-se que não é possível conceder remição aos apenados em razão da responsabilidade civil do Estado e às custas de graves violações à dignidade da pessoa humana. O trabalho tem natureza compreensivo analítica, pois buscou reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O sexto texto, intitulado “a responsabilização jurídico penal pela não recuperação de áreas degradadas pela mineração”, dos autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Romeu Thomé e Amanda Rodrigues Alves, propõe analisar o artigo 55, parágrafo único, da Lei 9.605/98 e, por conseguinte, a obrigatoriedade de se recuperar áreas degradadas pela mineração. Para tanto, fez-se um resgate histórico dos diferentes sistemas de exploração mineral no Brasil,

até se chegar às previsões legais vigentes que obrigam a recuperação de áreas degradadas, para, após, analisar a responsabilidade penal do particular em casos de inércia e até mesmo descaso frente a tal obrigação imposta. O estudo foi desenvolvido utilizando-se de metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com análise doutrinária e jurisprudencial.

O sétimo texto, intitulado “a tutela cautelar no processo penal e o poder geral de cautela”, de autoria de Daniel Ferreira De Melo Belchior e Carlos Henrique Meneghel De Almeida, sustenta que, diante do contexto de combate à corrupção, a concepção das cautelares no âmbito do processo penal passou a assumir papel de destaque no cenário jurídico atual. Aliado a referido fator, a construção de novos precedentes com base no deferimento de cautelares atípicas em âmbito criminal e o advento do CPC 2015 como eixo do sistema processual pátrio reforçam a necessidade de reflexão casuística acerca de referidas medidas, bem como sobre os limites do poder geral de cautela do magistrado em contraponto aos direitos constitucionais dos investigados/acusados.

O oitavo texto versa sobre a “absolvição por juízo criminal incompetente e o princípio do ne bis in idem à luz da jurisprudência do STF e do STJ”, do autor André Luiz Nelson dos Santos Cavalcanti da Rocha. Referido trabalho apresenta uma análise da jurisprudência do STF e do STJ quanto aos efeitos da sentença criminal absolutória transitada em julgado proferida por juízo incompetente. Formando o decreto absolutório coisa soberanamente julgada, interessa verificar como as cortes superiores têm se comportado quando confrontadas com situações do tipo, especificamente qual o alcance por elas dado à garantia do ne bis in idem. Traz-se, assim, noções acerca do princípio do ne bis in idem, realizando-se, posteriormente, exame do instituto da coisa julgada no processo penal e, enfim, a investigação dos precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da questão.

O nono texto versa sobre “ações neutras para o direito penal”, de autoria de Gustavo Henrique Rocha de Macedo. O texto faz breve apanhado das chamadas ações neutras para o Direito Penal. Após a exposição do conceito e apresentação de alguns exemplos, colocam-se noções essenciais do concurso de agentes, e apresenta-se relato sobre as teorias objetivas, subjetivas e mistas que buscam justificar o instituto, assim como as críticas à sua existência como categoria dogmática autônoma. Analisa-se, brevemente, a discussão acerca dos honorários advocatícios “maculados” e sua tipificação como crime de lavagem de dinheiro.

O décimo texto, intitulado “análise reflexiva das alternativas penais à prisão”, de Carolina Carraro Gouvea, informa que o sistema prisional brasileiro se destaca pela superpopulação e violação aos direitos fundamentais dos reclusos, existindo uma preocupação nacional em implementar alternativas à prisão para reduzir contingentes carcerários. Orientando-se por

meio de revisão bibliográfica e levantamento de dados estatísticos secundários, a pesquisa buscou responder a seguinte questão: o desenvolvimento normativo das alternativas penais, visando reduzir o encarceramento, está em consonância com o princípio constitucional da intervenção penal mínima? Verificou-se que no Brasil está ocorrendo uma inflação na aplicação de tais medidas que, isoladamente, não causam o efeito pretendido de obter a diminuição do número de pessoas presas.

O décimo primeiro texto, intitulado “as inovações da Lei n.13.718/18 e os crimes contra a dignidade sexual”, do autor Thiago Gomes Viana, dispõe que a Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

O décimo segundo texto, intitulado os “aspectos controvertidos da redução da imputabilidade penal: uma reflexão à luz dos direitos humanos”, dos autores Igor Alves Noberto Soares e Camila de Almeida Miranda, tem por objetivo publicizar investigação científica que questionou a possibilidade de alteração da idade constitucionalmente indicada para a imputabilidade penal. A partir da leitura do art. 228 da Constituição da República de 1988, tem-se que a imputabilidade penal, no Brasil, começa aos dezoito anos. Por meio de pesquisa exploratória, utilizando de ampla revisão bibliográfica, foram discutidos argumentos contrários e favoráveis à redução, e concluiu-se que a redução da imputabilidade penal é inconstitucional e não encontra guarida na efetividade dos Direitos Humanos.

O décimo terceiro texto, intitulado “capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público”, de Jamir Calili Ribeiro e Jefferson Calili Ribeiro, tem por objetivo, como consignado no próprio título do artigo, discutir a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito público. Uma vez que o Direito Brasileiro tem admitido a possibilidade de condenação criminal das pessoas jurídicas, seria possível estendê-la às pessoas jurídicas de direito público? Seria possível ao próprio Estado se punir? Quais são os fundamentos jurídicos e os obstáculos que se opõe a essa capacidade? O trabalho concentrou-se na revisão bibliográfica e análise dos argumentos expostos por diferentes setores da doutrina. Concluiu-se que, sendo possível reconhecer a capacidade criminal da pessoa jurídica de direito privado, é preciso estendê-la ao reconhecimento daquela de direito público.

O décimo quarto texto, intitulado “crimes cibernéticos: o art. 154-A, do Código Penal, à luz dos princípios limitadores do direito penal”, de Luma Vilela Ramos Fonseca e Isabella Thalita Andretto Oliveira, analisa o art. 154-A do Código Penal, através dos princípios limitadores do Direito Penal, buscando esclarecer o possível conflito existente entre a nova norma incriminadora e os princípios da adequação social, lesividade e intervenção mínima. Para tanto adotou-se o método qualitativo e descritivo, que se baseia em análise de documentos legais, assim como bibliografias a respeito do tema para verificar que o novo delito previsto no art. 154-A se faz necessário para a proteção do Direito à intimidade frente às inovações tecnológicas, afastando assim qualquer conflito entre a Lei 12.737/12 e os referidos princípios limitadores.

O décimo quinto texto, intitulado “da inadequação do inquérito policial em uma democracia constitucional: a necessidade de um modelo de investigação preliminar compatível com o Estado Democrático de Direito”, do autor Irineu José Coelho Filho, sugere uma releitura da investigação preliminar no Brasil, com foco na necessidade de seu aprimoramento, impondo a construção de uma mentalidade democrática e rompendo-se de vez com o viés inquisitório do Código de Processo Penal de 1941. Propõe-se uma mudança de paradigma, abandonando-se o velho ranço do ultrapassado inquérito policial e primando-se por uma investigação como instrumento de respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado. A metodologia utilizada foi a revisão teórico-bibliográfica, análise documental e método dedutivo, sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

O próximo trabalho, o décimo sexto, intitulado “declaração incidental de inconstitucionalidade no HC 111840/ES a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da crítica dos princípios como álibi retórico da discricionariedade”, dos autores Rafael Alem Mello Ferreira e Leandra Chaves Tiago, analisa se a declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 111.840/ES, assegurou aos jurisdicionados o direito fundamental ao contraditório paritário, como também se houve a aplicação de princípio retórico ao caso como álibi da discricionariedade judicial. Assim, o estudo fez inferência indutiva, descritiva e adotou a revisão bibliográfica e documental como método, por meio do exame crítico aos votos proferidos, objetivando reconstruí-los a partir da aplicação da teoria do processo como procedimento em contraditório e da busca de uma Teoria da Decisão.

O décimo sétimo texto, intitulado “denúncia apócrifa no meio ambiente de trabalho do policial brasileiro”, do autor Rodrigo dos Santos Andrade, tem o objetivo de analisar o instituto da denúncia apócrifa assim como o seu impacto no meio ambiente de trabalho do

policial brasileiro e na esfera judicial, pesquisando aspectos positivos e negativos, fatores sociais e a atual posição sobre o tema no Supremo Tribunal Federal. Outro fator analisado foi o uso da denúncia apócrifa sendo, para tanto, realizada uma pesquisa de caráter descritivo a respeito do assunto. O método utilizado foi o indutivo, partindo de conceitos teóricos e análises práticas a fim de se extrair conclusões gerais sobre o tema.

O décimo oitavo artigo, intitulado “do inquisitório ao acusatório (?): a nova redação do artigo 28 do CPP, de autoria de Gamil Föppel El Hireche, analisa o artigo 28 do Código de Processo Penal, buscando responder em que medida a nova redação do dispositivo legal, dada pela lei 13.964/2019, insere um dado acusatório no processo penal brasileiro. Investiga-se, para tanto, os sistemas processuais penais, por meio de revisão bibliográfica, de maneira a concluir que a nova sistemática de arquivamento do inquérito representa, sim, em certa medida, o sistema acusatório, o qual ainda assim não resta definitivamente consagrado, haja vista que a leitmotiv do sistema inquisitorial (gestão da prova nas mãos do juiz) ainda é a uma realidade presente no processo penal brasileiro.

O décimo nono artigo, intitulado o “estudo hermenêutico da legítima defesa no estado democrático de direito: uma análise do parágrafo único do artigo 25 do Código Penal brasileiro, dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rayssa Rodrigues Lopes e Mirela Guimarães Gonçalves Couto, trata do parágrafo único no artigo 25 do Código Penal, que permite a defesa contra uma agressão injusta atual ou iminente usando moderadamente dos meios necessários, o que provoca a discussão acerca do real sentido da norma, se haveria um reforço do previsto ao descrever o incontestável ou se o legislador pretendeu legalizar o abate de seres humanos. Conclui-se ser o dispositivo inserido redundante, caracterizando um esforço que já estava previsto no caput do artigo 25 ao se entender que as controvérsias decorrentes de normas supérfluas somente colocariam em risco a aplicação razoável da lei.

O vigésimo artigo, intitulado “evolução histórica da pena e a ressocialização”, dos autores Francisco Clayton Brito Junior, Lia Mara Silva Alves e Lya Maria de Loiola Melo, tem como objeto de estudo o sistema penitenciário, como regra geral, um ambiente de privação de liberdade e que questiona se ressocializa o apenado. Analisa a evolução histórica da pena relacionando-a à importância da efetivação dos direitos constitucionais e legais no processo de ressocialização do apenado. Nesse contexto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e pura em razão de ampliar os conhecimentos, proporcionando uma nova posição acerca do assunto. A ressocialização, na acepção dos autores, é a função mais importante do sistema penitenciário, tornando-se fundamental sua efetivação; todavia, para que isso ocorra, o sistema penitenciário deve passar por mudanças.

O vigésimo primeiro artigo, que versa sobre “o juiz das garantias: o nascimento legislativo do juiz das investigações e sua constitucionalidade formal”, de Felipe Braga de Oliveira, estuda a constitucionalidade formal da Lei nº 13.964/2019, cognominada de “pacote anticrime”, que previu o juiz das garantias, figura judicial responsável pelo controle da legalidade dos atos de investigação criminal. Com o advento da lei, surgiram ações constitucionais buscando o reconhecimento da incompatibilidade do instituto com a ordem jurídica brasileira. O estudo, portanto, debruça-se sobre os argumentos autorizadores da constitucionalidade do juiz das garantias, em consonância com o pacto federativo e a garantia do juiz natural e imparcial.

O vigésimo segundo artigo, intitulado “o conceito de vulnerabilidade no direito penal: repercussões no Superior Tribunal de Justiça e nas práticas judiciárias”, de autoria de André Victor Pires Machado e Thiago Allisson Cardoso De Jesus, buscou demonstrar, por meio de análise doutrinária e de julgados, a tentativa do STJ de estabelecer um conceito objetivo para a vulnerabilidade e o descompasso judiciário protagonizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

O vigésimo terceiro artigo, intitulado “o controle da dosimetria da pena pela inteligência artificial”, de Matheus Felipe De Castro e Luciano Zambrotta, objetiva verificar se é possível utilizar ferramentas de inteligência artificial para fins de controle da dosimetria da pena na sentença penal condenatória, com objetivo geral de estimular o desenvolvimento de soluções tecnológicas para auxiliar o magistrado nesta atividade. Para tanto, foi examinado o cenário vivenciado nos Estados Unidos da América, bem como estudos e iniciativas nacionais para informatização da dosimetria da pena e outros processos decisórios do Poder Judiciário. Ao final, concluiu-se ser possível a utilização da inteligência artificial para controle da dosimetria da pena, pois existe viabilidade técnica e seria relevante para garantir direitos fundamentais dos condenados.

O vigésimo quarto artigo, intitulado “perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’”, dos autores Inezita Silveira da Costa e Bruno Rotta Almeida, estuda, por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, documentos e informações, a potencialidade da tutela penal com relação ao “stalking”. Indaga em que medida as propostas legislativas sobre a conduta de “stalking” contribuem para o combate à violência contra a mulher. O texto expõe, primeiramente, os aspectos sobre a violência contra a mulher no âmbito do cenário nacional. Após, exhibe as ferramentas jurídico-penais existentes no ordenamento pátrio de tutela da violência psicológica contra a mulher. Por fim, analisa proposições legislativas a respeito da conduta de perseguição, ou ‘stalking’.

O vigésimo quinto trabalho, intitulado “responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais: uma análise a partir da denúncia no caso Brumadinho”, dos autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Tamara Brant Bambirra, tem por escopo a análise da adoção da responsabilização da pessoa jurídica na esfera penal, apresentando as correntes antagônicas, analisando os principais posicionamentos acerca do tema e o seu desenvolvimento e inserção no sistema brasileiro. O trabalho analisa a denúncia feita pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso do rompimento da barragem em Brumadinho, ações e omissões, das empresas envolvidas, sem as quais o resultado não teria acontecido.

O vigésimo sexto trabalho, intitulado “sob custódia da morte: reflexão biopolítica da banalização estatal da morte no sistema penitenciário brasileiro”, dos autores Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Cleber Freitas do Prado, analisa a temática da banalização da morte no interior das prisões brasileiras, concebidas como verdadeiros campos, no âmbito dos quais a exceção se transforma em regra, viabilizando a produção de morte impune dos sujeitos encarcerados. Nesse sentido, as penitenciárias brasileiras acabam se transformando em locais nos quais os dispositivos de controle são levados até a última consequência. O estudo buscou responder ao seguinte problema: o Estado brasileiro se utiliza do campo biopolítico do sistema prisional para promover o exaurimento de vidas nuas (descartáveis)? O método empregado na investigação foi o qualitativo, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Por fim, o texto “tráfico de crianças e adolescentes no Brasil: uma análise das ocorrências à luz da doutrina da proteção integral”, das autoras Yasmim Pamponet Sá e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith, estuda o tráfico de crianças e adolescentes no Brasil considerando-se o Relatório Nacional sobre o Tráfico de Pessoas (2017). Analisa-se as possíveis finalidades das ocorrências no país em face da lacuna nos dados publicados. Realiza-se abordagem crítica do fenômeno considerando-se os postulados da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, para demonstrar em que medida se concretiza a proteção integral de crianças vítimas de tráfico de pessoas no contexto da política brasileira e do III Plano Nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental especializada.

Pontofinalizando, imperioso dizer que esta apresentação revela o quão rico e interessante está o livro, que proporcionará ao leitor navegar por diversos e atuais temas das denominadas ciências penais. Não restam dúvidas que fomos todos brindados com excelentes pesquisas e apresentações, produtos de uma articulação cuidadosa de marcos teóricos e metodológicos que reafirmam a função social da Universidade e da Ciência.

O texto acima é, portanto, um convite à leitura, a qual se espera seja proveitosa e instigante. Avante!

Brasil, inverno de 2020.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara/MG

Professor Doutor Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

UNIJUÍ e UNISINOS/ RS

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso De Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma/MA

Nota técnica: O artigo intitulado “Perseguição e violência psicológica contra a mulher: uma análise da contribuição da tutela penal com relação ao ‘stalking’” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.718/18 E OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

### THE INNOVATIONS OF LAW Nº 13.718/18 AND THE CRIMES AGAINST SEXUAL DIGNITY

Thiago Gomes Viana <sup>1</sup>

#### Resumo

A Lei nº 13.718/18 trouxe uma série de importantes modificações quanto aos crimes contra a dignidade sexual. Utilizando-se de base metodológica bibliográfica, o trabalho investiga, à luz da dogmática penal, tais inovações e sua repercussão penal e processual penal. Na primeira parte, são tecidas algumas considerações acerca dos crimes sexuais. Posteriormente, são analisadas as alterações da lei em comento. Por fim, explora-se se as alterações promovidas pela referida lei representam uma expansão criticável do Direito Penal simbólico, ou se contribuem para o aperfeiçoamento normativo da tutela penal de crimes de repercussão individual e coletiva.

**Palavras-chave:** Crimes contra a dignidade sexual, Direito penal simbólico, Lei nº 13.718/18, Política criminal

#### Abstract/Resumen/Résumé

The Law nº 13.718/18 brought a series of important changes regarding crimes against sexual dignity. Using a methodological bibliographic base, research work, in the light of criminal dogmatics, such innovations and their penal and penal procedural repercussions. In the first part, some considerations about sexual crimes are made. Subsequently, the amendments to the law in question are analyzed. Finally, it is explored whether the changes promoted by the referred law represent a critical expansion of symbolic criminal law, or whether they contribute to the normative improvement of the criminal protection of crimes with such individual and collective repercussions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Crimes against sexual dignity, Criminal policy, Law nº 13.718/18, Symbolic criminal law

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor da graduação e da pós-graduação da UNDB - Centro Universitário e da Faculdade Laboro. Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

O ano de 2018 foi palco de importantes novidades legislativas sobre o tema dos delitos sexuais com a aprovação das leis nº 13.718 e nº 13.772<sup>1</sup>. Entretanto, pelas limitações do trabalho, o objeto de análise será somente a Lei nº 13.718/18.

Inicialmente, traça-se um breve panorama sobre o contexto da tecnologia comunicacional, a qual tem servido de ferramenta não apenas para estreitar a comunicação entre as pessoas ou entre estas e empresas, órgãos estatais, mas também para a prática de condutas como o compartilhamento não autorizado de conteúdo sexual, agora criminalizada pela Lei nº 13.718/18.

Em seguida, analisa-se de forma tópica os delitos de importunação sexual (art. 215-A) e divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C), abordando os aspectos mais importantes de cada uma dessas figuras delitivas. Por fim, são tecidas algumas considerações político-criminais acerca das inovações legislativas e em que medida são ou não reflexo do Direito Penal simbólico.

## 2 AS INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.718/18

De início, é necessário lembrar que a questão do uso da internet, dos dispositivos eletrônicos e da exposição da intimidade sexual se tornou objeto de debate público no Brasil apenas em 2012, quando a atriz Carolina Dieckmann teve fotos íntimas e conversas de seu celular pessoal roubadas por *hackers*, que ameaçaram divulgar caso ela não pagasse a quantia em dinheiro por eles solicitada.

No mesmo ano, foi proposta e aprovada a Lei nº 12.737 (que recebeu o apelido de “Lei Carolina Dieckmann”), a qual criou o delito de “invasão de dispositivo informático”<sup>2</sup>. A lei é criticada, dentre outros motivos, porque tratou apenas da invasão em dispositivos

---

<sup>1</sup> Nesse mesmo contexto, foi aprovada a Lei nº 13.772, que, reconhecendo a violação da intimidade da mulher, configura violência doméstica e familiar, a incluiu como espécie de violência psicológica no inc. II do caput do art. 7º da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha – LMP), e criou o delito de registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado no art. 216-B, do CP: “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: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa” (BRASIL, 1940, não paginado).

<sup>2</sup> “Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. [...]” (BRASIL, 1940, não paginado).

informáticos, sem abarcar algumas condutas, como, após autorização parcial de acesso aos dados, a pessoa acessar outras pastas com informações, ou, ainda, a invasão em um dispositivo por agente que se prevaleça de vulnerabilidade preexistente (CUNHA, 2020, p. 278-279).

Com a Lei nº 13.718/18 não foi diferente. Foram casos de repercussão nacional que ensejaram a propositura da referida lei.

Em 29 de agosto de 2017, D. F. N, de 27 anos, foi preso após ejacular no pescoço de uma mulher dentro de um ônibus coletivo na cidade de São Paulo. O fato foi amplamente divulgado pela mídia e redes sociais, sobretudo após a notícia de que ele fora solto em audiência de custódia, na qual o magistrado entendeu que se tratava de contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61, da Lei de Contravenções Penais – LCP)<sup>3</sup>. Essa também foi a posição do promotor de Justiça do caso, e não de estupro, tal como havia entendido a autoridade policial no momento da prisão em flagrante – o juiz sofreu muitas críticas por parte de artistas e sociedade, indignados com a soltura de D. F. N menos de 24h após ser preso (ENTIDADES..., 2017).

Dias depois, em 02 de setembro do mesmo ano, D. F. N foi preso novamente por suspeita de ato obsceno contra uma mulher dentro de um ônibus, também em São Paulo. Contudo, na delegacia, a autoridade policial o indiciou por estupro, já que D. F. N esfregou o pênis no ombro da vítima, tentando impedi-la de fugir dele (ROSA; TOMAZ; REIS, 2017). A Secretaria da Segurança Pública de São Paulo, por meio de nota, informou que D. F. N foi preso pela quarta vez por suspeita de estupro, além de outras 13 vezes por ato obsceno e importunação ofensiva ao pudor, totalizando 17 passagens pela polícia (ROSA; TOMAZ; REIS, 2017)<sup>4</sup>.

Na justificativa do Projeto de Lei (PL) nº 8732/2017, de autoria do deputado Flavinho (PSB/SP), foram utilizados justamente esses fatos para tipificar o crime de importunação sexual. No entanto, a Lei nº 13.718/18 teve por base o PL nº 5452/16, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM).

Isso posto, analisa-se a seguir, de forma pormenorizada, as inovações que a lei em comento trouxe ao ordenamento jurídico-penal.

---

<sup>3</sup> “Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena - multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”. (BRASIL, 1941, não paginado).

<sup>4</sup> Importante salientar que, segundo a mãe de D. F. N, o filho sofreu um acidente e precisou passar por cirurgias no cérebro, que teve sequelas: teria perdido o olfato e o paladar, apresenta sangramentos nasais frequentes e virou um “garoto silencioso e agressivo”. A mãe acredita que o filho precisa de tratamento psiquiátrico (SAMORANO, 2017), o que ensejou o pedido de análise da insanidade mental do acusado pela autoridade policial (ROSA; TOMAZ; REIS, 2017).

## 2.1 A Lei nº 13.718/18: uma análise dogmática

Além de criar o delito de importunação sexual (art. 215-A), revogando o art. 61 da LCP, a Lei nº 13.718/18 criou também o de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C), além de outras alterações que serão adiante analisadas.

### 2.1.1 A criação do delito de “importunação sexual” (art. 215-A)

A Lei nº 12.015, de 2009, unificou os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor no art. 213 do CP, o que deu fim às controvérsias como continuidade delitiva entre essas duas figuras (GRECO, 2017, p. 1.123). Entretanto, essa unificação criou outro problema.

Tomando como exemplo o caso de D. F. N, em razão de o estupro ter pena mínima de seis anos, a infração penal foi a de contravenção penal por importunação ofensiva ao pudor, com pena de multa. Ocorre que, sob a ótica da regra da proporcionalidade<sup>5</sup>, se na tipificação da conduta ou na cominação da pena o legislador não pode se exceder na tutela do bem jurídico-penal (proibição de excesso - *übermassverbot*), ele também não pode tutelá-lo de forma insuficiente (*untermassverbot*), o que era exatamente o problema de encaixar o referido caso ou outros de média gravidade no art. 61 da LCP<sup>6</sup>.

Havia, portanto, inclusive na jurisprudência<sup>7</sup>, a defesa da necessidade de um tipo penal intermediário. Tal situação somente foi sanada com a criação do delito de importunação

---

<sup>5</sup> “O chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações. [...] Alexy enquadra-o, sim, em outra categoria, pois classifica-o explicitamente como regra. [...] Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade ‘devem ser classificados como regras’, e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate, segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção” (SILVA, 2002, p. 25-26).

<sup>6</sup> Em outros casos, embora ausente o cunho sexual, eram capitulados na seguinte contravenção penal: “Art. 65. Molestar alguém (sic) ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovavel (sic): Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis” (BRASIL, 1941, não paginado).

<sup>7</sup> Por todos, este julgado em sede de apelação criminal no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP): “[...] No presente caso, entretanto, tratou-se de um apalramento, de brevíssima duração, valendo-se unicamente da desatenção da vítima. Entendo, portanto, deva ser a conduta desclassificação para importunação ofensiva ao pudor, uma vez que a conduta do apelante foi suficiente tão somente para abalar o sentimento de vergonha da ofendida, não chegando a imiscuir-se em sua liberdade sexual. Por outro lado, **carece a legislação penal brasileira de um tipo penal intermediário, entre o estupro e a importunação ofensiva ao pudor, possivelmente o quadro ocorrido neste processo. À falta disso, mais adequado optar-se pela situação favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo* [...]**” (SÃO PAULO, 2012, p. 3, grifo nosso).

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”, com pena de 1 a 5 anos de reclusão, salvo se o ato constitui crime mais grave. (BRASIL, 1940, não paginado).

Relativamente ao texto do dispositivo, conforme alerta Cezar Bitencourt (2018, grifo do autor), a redação foi aprovada pelo Congresso Nacional nos seguintes termos: “*Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*”. No entanto, o conteúdo encaminhado ao Poder Executivo para sanção presidencial teve a seguinte redação, atualmente vigente: “**Praticar contra alguém** e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (BRASIL, 1940, não paginado, grifo nosso). Praticar “na presença de alguém” e “praticar contra alguém” têm sentidos distintos.

Tecnicamente, a redação aprovada no Congresso Nacional é mais acertada, porque a conduta de “praticar ato libidinoso” pode se efetivar quer a vítima perceba ou não a prática, a qual vai ocorrer em detrimento da anuência da vítima. Um exemplo para deixar mais compreensível: se, num vagão de metrô lotado, um homem se esfrega e se masturba aproveitando estar atrás de uma mulher, sem que esta perceba os atos libidinosos, ou, ainda que os perceba, não dá consentimento a eles, está configurado o crime. A expressão “praticar contra” sofre do mesmo problema do verbo “constranger”, apontado por Lívia Paiva e Ana Lúcia Sabadell (2018, p. 124): o termo “[...] indica que o estupro, em uma perspectiva patriarcalista, deve ocorrer de duas formas. A vítima deve ‘opor’ uma forte resistência contra o seu agressor. Se ela não o faz, não se caracteriza a grave ameaça ou violência”<sup>8</sup>. Desse modo, para corrigir tal equívoco, deve a alteração ser “anulada e republicada com a *reratificação* necessária para corresponder àquele texto aprovado pelo Parlamento nacional” (BITENCOURT, 2018, grifo do autor). Assim:

Com efeito, o texto da Lei 13.718/18, tal como foi publicado, pode impedir a tipificação dessas condutas por que, a rigor, não são praticadas contra alguém, mas sobre alguém, na presença de alguém ou em alguém, desavisadamente. Na realidade, a redação alterada para “contra alguém” terá o inconveniente de muitas condutas semelhantes que forem praticadas “na presença de alguém” poderem ser consideradas atípicas sob o argumento de que não o foram praticadas “contra alguém”, que é uma locução mais abrangente [...]. (BITENCOURT, 2018).

---

<sup>8</sup> O termo “constranger” abre portas para o subjetivismo do intérprete. Com efeito, a título de exemplo, pode-se citar este emblemático julgado: em 2013, a desembargadora Bernadete Coutinho Freidrich, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi relatora de uma apelação criminal em que a vítima de estupro foi uma adolescente de 14 anos; de acordo com os autos, o acusado agarrou a adolescente pela cintura, jogou-a em um matagal, ameaçou bater em sua cabeça se ela gritasse e a imobilizou com seu corpo. O tipo de violência foi considerado “fraco” pela relatora e demais desembargadores, além de irrelevantes as lesões constantes no exame de corpo de delito (hematomas, escoriações no corpo, nas coxas e na região da genitália) - a violência não “foi tamanha” ao ponto de “impedir a vítima de se desvencilhar de seu algoz” (MASCARENHAS, 2019, p. 120).

A conduta incriminada consiste em *praticar*, vale dizer, realizar, fazer, levar a efeito. Exige-se que tal conduta seja praticada contra uma pessoa ou grupo de pessoas em específico, de modo a não confundir tal infração penal com a de ato obsceno, já que este é crime vago e o sujeito passivo é a coletividade (CUNHA, 2020, p. 530; BITENCOURT, 2019, p. 80).

Não andou bem o legislador ao redigir a conduta típica, violando, assim, alguns princípios penais:

[...] o legislador ignorou o princípio da taxatividade e agiu irracionalmente (sob o ponto de vista da técnica jurídica) ao não delimitar o alcance dos delitos contra a dignidade sexual em tela – estupro e importunação sexual –, haja vista ele não ter reservado ao delito mais grave (estupro) as categorias de atos libidinosos inspiradoras de maior juízo de reprovação. Em razão disso, permitiu que a reprovabilidade penal imputada à conjunção carnal prossiga sendo equiparada, muitas vezes, a qualquer outro ato libidinoso que possa vir a ostentar reprovabilidade social sensivelmente inferior. E, como consequência, ignorou o princípio da proporcionalidade ao também permitir a aplicação das mesmas penas a casos que ensejam reprovações diametralmente opostas (MARTINS, 2018, não paginado).

Cumprir destacar que a prática do chamado *frouterismo* (prática em que a excitação sexual decorre do contato ou fricção de genitais no corpo de uma pessoa desconhecida, geralmente em locais com aglomeração de pessoas, como transporte coletivo, multidões etc.) tem por vítimas sobretudo mulheres. A campanha “Fiu Fiu”, idealizada para alertar sobre o direito de cada mulher caminhar pelas ruas ou utilizar o transporte público sem receio, realizou uma pesquisa entre os meses de julho e agosto de 2013, da qual participaram cerca de sete mil e setecentas mulheres: 99,6% (noventa e nove vírgula seis por cento) delas já haviam sido assediadas; 81% (oitenta e um por cento) disseram ter, por receio de sofrer assédio, deixado de sair para algum lugar; 90% (noventa por cento) trocaram de roupa por receio de sofrer assédio (MACIEL, 2014).

Por ato libidinoso entenda-se todo “ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás libidinosos é espécie do gênero *atos de libidinagem*, que envolve, inclusive, a *conjunção carnal (que, por sua gravidade e natureza, não integra este tipo penal)*” (BITENCOURT, 2019, p. 83, grifo do autor). Como exemplos, citam-se o próprio caso de D. F. N, que ejaculou no pescoço de uma passageira no coletivo, um “beijo roubado” ou o apalpe em regiões como seios, nádegas etc.

Há expressa subsidiariedade no preceito secundário ao falar que o delito em tela se configura se e somente se o ato não constituir crime mais grave, de modo que 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 de estupro [...], não no sentido usual, de mal-estar, de situação embaraçosa, ínsita ao próprio tipo do art. 215-A [...]”.

(CUNHA, 2020, p. 531).

Antes de prosseguir, é importante pontuar o debate acerca da possibilidade da prática de atos libidinosos contra vulneráveis: um beijo lascivo, por exemplo, em um adolescente de 13 anos configura estupro de vulnerável (art. 217-A) ou importunação sexual (art. 215-A)? Tal questão já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No STJ, no agravo regimental na petição do Recurso Especial nº 1.684.167/SC, assim votou o ministro relator Reynaldo Soares da Fonseca:

[...] De fato, no que concerne à possibilidade de desclassificação do crime do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código penal, registro, de início, que o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Dessa forma, tenho dificuldades em identificar, de pronto, óbice à possibilidade de desclassificação, porquanto é possível que o caso concreto, pela ausência de expressiva lesão ao bem jurídico tutelado, não demande a gravosa punição trazida no art. 217-A do CP. Com efeito, não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade. 4. O Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do *Habeas Corpus* n.134.591/SP, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual o Ministro Luís Roberto Barroso, em voto-vista, se manifestou no sentido da possibilidade de se desclassificar a conduta do art. 217-A para a do art. 215-A, ambos do Código Penal. Consignou que *o problema real é que na prática como o tipo do art. do 217-A não distingue condutas mais ou menos invasivas, com frequência, como aconteceu aqui, os juízes desclassificavam. Portanto, o meio caminho talvez seja uma solução melhor que um dos dois extremos. Além do que, com todo respeito, acho que um réu primário de bons antecedentes que deu um beijo lascivo numa criança, gravíssimo, não merece oito anos de cadeia, que é uma pena superior a um homicídio*. 5. Nesse encadeamento de ideias, **ressalvo meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do art. 217-A para o do art. 215-A, ambos do Código Penal**, porém mantenho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos, em razão do argumento central de presunção de violência. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. Ressalva da oposição pessoal do Relator. (BRASIL, 2019, não paginado, grifo no original)

É, portanto, “[...] inaplicável o art. 215-A do CP para a hipótese fática de ato libidinoso diverso de conjunção carnal praticado com menor de 14 anos, pois tal fato se amolda ao tipo penal do art. 217-A do CP, devendo ser observado o princípio da especialidade” (BRASIL, 2020, não paginado)<sup>9</sup>.

O *habeas corpus* (HC) citado acima foi julgado no STF pela 1ª Turma, que decidiu ser

---

<sup>9</sup> No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.225.717/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 6/3/2019; REsp n. 1.320.924/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/08/2016, DJe de 29/08/2016; AgRg no AREsp n. 1.361.865/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 07/02/2019, DJe 01/03/2019; Habeas Corpus nº 530.131 - SP (2019/0257651-7). Em sentido diverso, a 16ª câmara de Direito Criminal do TJ/SP entendeu pela desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, reduzindo a pena imposta em 1º grau para um ano e seis meses de reclusão. (TJ/SP..., 2019).

incabível a desclassificação. O paciente do HC nº 134.591/SP fora condenado a oito anos de reclusão pelo delito de estupro de vulnerável, com base no *caput* do art. 217-A do CP e no remédio constitucional, que pleiteava a desclassificação para a conduta prevista no art. 65 da LCP:

Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes (redator para o acórdão), que considerou que, para determinadas idades, a conotação sexual é uma questão de poder, mais precisamente de abuso de poder e confiança. Entendeu presentes, no caso, a conotação sexual e o abuso de confiança para a prática de ato sexual. Para ele, não há como desclassificar a conduta do paciente para a contravenção de molestamento – que não detém essa conotação. [...] Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que concedeu a ordem para enquadrar a conduta do paciente na contravenção penal de molestamento, e o ministro Roberto Barroso, que denegou o habeas corpus, mas concedeu a ordem de ofício para que o juízo de origem aplicasse ao caso o tipo previsto no art. 215-A do CP (4), incluído pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018 (BRASIL, 2019, não paginado).

Defende-se, no atual panorama legislativo, ser acertado o entendimento pela impossibilidade de desclassificação de estupro de vulnerável para importunação sexual, pois o tipo do 215-A criminaliza tão-só a prática de atos libidinosos contra a vítima. Assim, considerando também a singular proteção constitucional e convencional da criança e do adolescente, a especialidade do art. 217-A prevalece.

Há, no entanto, que se ponderar que, no mesmo sentido das críticas de José Renato Martins (2018) ao art. 215-A, que um beijo lascivo num menor de 14 anos é conduta grave, mas não a ponto de ser equiparada à conjunção carnal contra ele praticada, sugere-se, *de lege feranda*, o acréscimo de um parágrafo único ao art. 217-A sobre os atos libidinosos de média e baixa gravidade. Com proibição de benefícios da Lei nº 9.099/95 e pena menor do que a cominada para o *caput*, reserva-se a este a conjunção carnal e outros atos libidinosos de maior juízo de reprovação. Desse modo, a regra da proporcionalidade<sup>10</sup> restará respeitada.

Quanto ao elemento subjetivo, tem-se o dolo de praticar ato libidinoso sem a anuência de alguém e contra este, com o fim especial de autossatisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

Por fim, é louvável a tipificação penal constante no art. 215-A para abarcar a prática

---

<sup>10</sup> Juarez Cirino dos Santos (2006), destrinchando a regra da proporcionalidade na seara penal, fala da divisão em três ramos, a saber: (1) sub-regra da adequação, (2) sub-regra da necessidade e (3) sub-regra da proporcionalidade *stricto sensu*. Essas sub-regras funcionam da seguinte maneira: as duas primeiras (sub-regras da adequação e da necessidade) aspiram às “possibilidades da realidade, do ponto de vista da adequação e da necessidade dos meios em relação aos fins propostos”, daí salutar perquirir “(1) a pena criminal é um meio adequado (entre outros, para realizar o fim de proteger um bem jurídico?” e “(2) a pena criminal (meio adequado, entre outros) é, também, meio necessário (outros meios podem ser adequados mas não seriam necessários) para realizar o fim de proteger um bem jurídico?”; por último, na aplicação da sub-regra da proporcionalidade, em sentido estrito, pergunta-se, fincado nas “possibilidades jurídicas”, se a “pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é proporcional em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?”. A pena de 08 anos para um beijo lascivo, por mais reprovável que seja tal conduta, não se mostra proporcional.

de atos libidinosos com gravidade intermediária, os quais não chegam a merecer a reprimenda severa do art. 213 do CP. Contudo, pelas críticas apresentadas, a redação poderia ser melhorada para delimitar de forma mais precisa os atos libidinosos de média gravidade, estabelecendo um *distinguo* entre os atos libidinosos relativos ao crime de estupro.

2.1.2 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)

Conforme aponta Bitencourt (2019, p. 80), esse foi um dos delitos trazidos pela Lei nº 13.718/18, a qual traz condutas que “[...] não encontravam adequação típica nas molduras penais em vigor, vagando no universo sociojurídico brasileiro à procura de um tipo penal até então inexistente”.

De fato, se se pensar no avanço tecnológico proporcionado pelos *smartphones* e redes sociais no aspecto da comunicação, a prática de compartilhar conteúdos de cunho sexual (vídeos, fotografias etc.), sem o consentimento dos participantes, tem sido cada vez mais comum. Em razão desse grave fenômeno, criou-se o delito:

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 (BRASIL, 1940, não paginado).

Trata-se de tipo misto alternativo, com nove verbos nucleares:

[...] *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 alienação), distribuir (proporcionar a entrega em indeterminada), publicar (tornar manifesto) ou divulgar (difundir, propagar) (CUNHA, 2020, p. 564).

Não há previsão das condutas de aquisição, posse e armazenamento, tal como se faz no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (CUNHA, 2020, p. 564), o que não se mostra acertado, uma vez que comprar, ter em posse ou armazenar vídeos são condutas que violam de forma continuada e igualmente grave a dignidade sexual da vítima.

As fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais de cenas de estupro de vulnerável, que façam apologia ou que induzam à sua prática podem se dar, quantos aos verbos, mediante “qualquer meio”, entre os quais mensagens no WhatsApp, Telegram, Instagram, Facebook, Skype, Snapchat, TikTok, *streaming*, *gifs*, e-mail etc.

É importante pontuar que fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais de cenas de estupro de vulnerável ou cena de sexo, nudez ou pornografia envolvendo vulnerável não se amoldam ao tipo penal em questão, já que o preceito secundário é cristalino quanto ao fato de se tratar de tipo penal aplicável somente quando não se configurar delito mais grave. Logo, quando a vítima for menor de 14 anos ou adolescente, haverá prática dos crimes nos arts. 241 e 241-A<sup>11</sup> do ECA e não no art. 218-C do CP. Nesse dispositivo, a figura do “vulnerável” é o indivíduo que, por enfermidade ou deficiência intelectual, carece de necessário discernimento para a prática do ato, e, ainda, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, tal como definido no § 1º do art. 217-A.

Relativamente à conduta de fazer apologia ou induzir à prática dos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, o que se pune é a defesa da “legitimidade da prática ou [o que] de alguma forma a conclame”, o que é distinto da figura do art. 287, porque este fala em “fato criminoso”, portanto fato pretérito, conforme doutrina majoritária. O tipo *sub examine* fala apenas em fazer apologia ao estupro ou estupro de vulnerável (CUNHA, 2020, p. 565).

Cabe aqui lembrar o caso de Marcelo Valle Silveira Mello, que, por anos a fio, se valeu de *fakes* (perfis falsos) na *internet* para incitar crimes de lesão corporal, estupro, pedofilia e ultraje a culto religioso. Marcelo Valle foi condenado à pena de 41 anos de prisão por crimes como racismo, terrorismo e divulgação de pedofilia na *internet* – ele, inclusive, foi um dos que por anos perseguiu e ameaçou, de diversas formas e em várias ocasiões, a blogueira feminista e professora Lola Aronovich, cujo caso deu ensejo à aprovação da Lei nº 13.642/18, também conhecida como Lei Lola, em homenagem a ela<sup>12</sup>.

Nesse contexto, destaca-se que tais práticas são comuns dos chamados *incels*

---

<sup>11</sup> “Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”; “Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. [...]” (BRASIL, 1990, não paginado).

<sup>12</sup> “Em outubro de 2015, Marcelo inovou e criou um site com discurso de ódio no meu nome. Havia fotos minhas, link pro meu currículo Lattes, meu endereço e telefone residenciais em cada post. O objetivo confesso de Marcelo era que o ‘gado’ me reconhecesse na rua e me linchasse. O site pregava coisas que eu jamais defenderia: aborto para fetos masculinos, infanticídio e castração de meninos, queima de bíblias, racismo. Num post ‘eu’ (já que o blog era escrito em primeira pessoa, com meu nome) me vangloriava de ter realizado um aborto numa aluna em sala de aula, na UFC. O site viralizou, graças à divulgação de figuras reacionárias conhecidas, como o guru da extrema-direita Olavo de Carvalho e Roger Moreira, do Ultraje a Rigor. Eles sabiam que o site era falso e o divulgaram mesmo assim. Antes disso, na mesma semana em que o site foi lançado, Emerson, que havia reatado a amizade com seu ex-comparsa Marcelo, me denunciou ao Ministério Público como autora do site – e o MP acatou a denúncia. Foi surreal.” (ARONOVICH, 2018). A Lei Lola inclui, na Lei nº 10.446/02, dentre as competências da Polícia Federal a investigação de “quaisquer crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógeno, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres.” (BRASIL, 2018, não paginado).

(contração de *involuntary celibates* – celibatários involuntários), ou seja, grupos que se reúnem em fóruns e grupos virtuais para defender o modelo de masculinidade com valores machistas, incluindo defesa de estupro e pedofilia, discurso de ódio contra pessoas LGBTI, negros, judeus e, sobretudo, mulheres – as feministas, como a blogueira e professora Lola Aronovich, são, neste último grupo, alvo preferencial. Vale lembrar que, até a edição da Lei nº 13.718/18, a divulgação de cenas de estupro ou de nudez, ou, ainda, a apologia ou induzimento ao estupro (aqui de forma específica) não encontravam adequada tipificação penal.

Ainda nesse contexto, foi pensada a causa de aumento de pena do § 1º 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” (BRASIL, 1990). Aqui, o dolo específico de realizar qualquer um dos verbos nucleares, com o objetivo de vingança ou humilhação, se traduz no chamado *revenge porn* (pornografia de vingança), ou seja, a prática de divulgar material de conteúdo íntimo, obtido consensualmente ou não, como forma de extorquir a vítima ou de obrigá-la a permanecer num relacionamento abusivo. A vítima típica é a mulher. Constitui-se, assim, também como modalidade de violência doméstica, afinal, tem por objetivo a vingança ou humilhação da “ex” pelo fim do relacionamento, ciúmes.

Segundo pesquisa do UNICEF com 14 mil adolescentes entre 13 e 18 anos, do sexo feminino, constata-se que os resultados dão a dimensão do problema: 35% já mandaram fotos ou vídeos íntimos a alguém (chamado de *sexting* – junção de *sex* e *texting*, daí a tradução “sexo por mensagem”); mais de 70% já receberam *nudes* de alguém sem solicitar; 80% já receberam pedidos de alguém para enviar *nudes*; menos de 20% disseram já ter solicitado *nudes* a alguém; 55% disseram que essas práticas costumam ocorrer por mensagens do WhatsApp; 25% afirmaram que o *sexting* ocorre pelo aplicativo Snapchat (UNICEF, 2019, p. 13). Quanto aos casos de vazamento (10% do total), levantou-se: 35% não contaram a ninguém; 31% falaram para uma amiga; 16% compartilharam o problema com alguém da família; 2% conversaram com docentes na escola (UNICEF, 2019, p. 15). Nesses casos de vazamento, as vítimas relataram que: 80% sentiram-se culpadas; 30% disseram ter se sentido triste e sozinha; 26% cogitaram fazer algum dano ao próprio corpo; 3,8% mudaram de escola; 1% disse ter mudado de cidade (UNICEF, 2019, p. 15).

Esses dados são corroborados pelo projeto “Vazou”, que recebeu 141 depoimentos anônimos, sendo 84% de mulheres: em média, as mulheres tinham 24 anos quando responderam à pesquisa, mas 19 anos quando o fato ocorreu; 81% informaram conhecer quem

vazou o conteúdo íntimo, sendo que destes 84% eram homens com idade média de 23 anos à época da gravação; o WhatsApp (70%) e o Facebook (26%) foram as redes utilizadas para divulgar a maioria dos casos de vazamento; 82% das vítimas relataram ter tido algum tipo de relacionamento afetivo com a pessoa responsável pelo vazamento; 60% sabiam da gravação e a haviam autorizado/fornecido; por volta de 44% acreditam que o motivo do vazamento foi vingança; em 82% dos casos não houve investigação policial e nem processo judicial (86%) (GRUPO DE ESTUDOS EM CRIMINOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS, 2019). No tocante aos efeitos sobre as vítimas, têm-se: ansiedade (63%), isolamento do contato social (58%), depressão (56%), transtorno de estresse pós-traumático (33%), automutilação e pensamentos suicidas (32%), assédio em lugares públicos (27%), abandono de escola/curso/faculdade (16%), mudança de residência (11%), agressões (7%), perda do emprego (6%) e dificuldade para conseguir novo emprego (5%) (GRUPO DE ESTUDOS EM CRIMINOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS, 2019).

Por fim, cabe mencionar a hipótese de exclusão de ilicitude: não haverá crime quando as condutas do *caput* forem realizadas em “artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima” (BRASIL, 1940, não paginado), com a ressalva de prévia autorização desta e desde que maior de 18 (dezoito). Assim, pode-se presumir autorização em certos desfiles e bailes de Carnaval, peças de teatro (CUNHA, 2020, p. 565), casas de *striptease* ou saunas eróticas (quando no local há autorização para tanto).

### 2.1.3 A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: o retorno de uma polêmica

De 1940 (início da vigência do CP) até 2009, a redação do art. 225 do CP definia como regra que a ação penal dos então “crimes contra os costumes” seria procedida mediante queixa, salvo as seguintes hipóteses: a) mediante representação, se a vítima ou seus pais não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (inc. I); b) incondicionada, em caso de o crime ter sido cometido com abuso de “pátrio poder” (poder familiar), ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (inc. II).

A Lei nº 12.015, em 2009<sup>13</sup>, dentre outras alterações, definiu como regra a ação penal

---

<sup>13</sup> Alterou o Título VI da parte especial do CP, unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, de violação sexual mediante fraude e de posse sexual mediante fraude, criou o delito de estupro de vulnerável como figura autônoma, estabeleceu aumento de pena no delito de assédio sexual, introduziu os delitos de corrupção de

pública condicionada à representação, salvo se a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, hipótese em que a ação penal seria pública incondicionada. A controversa súmula 608, de 1984<sup>14</sup>, do STF, despertava controvérsia: de um lado, autores como Guilherme Nucci, Cleber Masson, Luiz Flávio Gomes defendiam que fosse abandonada a súmula; de outro, Rogério Greco e Cezar Roberto Bitencourt sustentavam a aplicação do entendimento sumulado.

A Lei nº 13.718/18 alterou o art. 225, definindo que as ações referentes aos crimes dos capítulos I (dos crimes contra a liberdade individual) e II (dos crimes sexuais contra vulnerável) serão procedidos mediante ação penal pública incondicionada. Dessa forma, não mais subsiste razão para uso da referida súmula.

O dispositivo, todavia, desperta duas questões que devem ser abordadas.

A primeira é quanto à temática do direito intertemporal. Aqui, pergunta-se: pode a Lei nº 13.718/18 retroagir para alcançar casos anteriores à sua vigência? A resposta só pode ser negativa. Com efeito, considerando que a lei penal não retroage salvo para beneficiar o réu (art. 2º, § único, do CP e art. 5º, XL, da Constituição Federal), não se está diante de uma norma meramente processual, caso em que a aplicação seria imediata (*tempus regit actum*), mas sim de norma híbrida, que, conforme leciona Taipa de Carvalho (2008, p. 362 e ss.), embora processuais, são também elas plenamente materiais (ou substantivas). Portanto, devem ser aplicados na sucessão de leis processuais penais materiais os princípios da irretroatividade da lei desfavorável e da retroatividade da lei favorável. Assim, aos delitos praticados antes da vigência da lei em comento, permanece a exigência de representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal, salvo se se tratar de menor de 18 anos ou vulnerável. No mesmo sentido, entendem Rogério Sanches Cunha (2020, p. 574) e Rogério Greco (2020, p. 162-163).

A segunda tem caráter mais político-criminal. Anteriormente à mudança realizada pela Lei nº 12.015/09, que estabelece como regra da ação penal a condição da representação, haviam críticas ao art. 225 por determinar que a ação penal privada seria a regra (BITENCOURT, 2019, p. 189). Após a reforma em 2009, entende-se que entre os extremos da ação penal privada e da ação penal pública incondicionada, o meio caminho da representação da vítima é o mais salutar, uma vez que respeita sua autonomia de decidir se

---

menores, de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente e de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, dentre outras alterações.

<sup>14</sup> “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (CUNHA, 2020, p. 571).

pretende ou não se submeter à via-crúcis de uma ação penal por violência sexual no sistema de justiça, que comumente a revitimiza, contribuindo para a impunidade de tais casos. Desse modo, não andou bem o legislador ao definir ação penal pública incondicionada a absolutamente todos os casos de crimes contra os costumes. Melhor solução seria definir ação penal pública incondicionada para os delitos com violência ou grave ameaça e condicionada ou privada para os casos de delitos cometidos sem tais fatores.

Rogério Sanches Cunha (2020) lembra que defensores dessa alteração mencionam os avanços sociais e de direitos conquistados pelas mulheres na luta pela igualdade em relação aos homens. Todavia, como o autor sustenta, justamente em razão dessas conquistas pela igualdade de gênero é que se “deve pressupor que a mulher vítima de um crime sexual tem, como todo homem, plenas condições de decidir sobre os seus interesses” (CUNHA, 2020, p. 574)<sup>15</sup>.

Passa-se, enfim, a abordar as demais mudanças operadas pela lei.

#### 2.1.4 Outras alterações

A Lei nº 13.718/18 incluiu o § 5º no art. 217-A, determinando que se configura o delito de estupro de vulnerável independentemente do consentimento da vítima, ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. A redação legal é semelhante à da súmula 593 do STJ<sup>16</sup>, editada em 2017, e, ao menos na via legislativa, tornou inequívoca a interpretação já consolidada no STJ e STF sobre o art. 217-A, embora autores como Nucci (2020, p. 793-794) sustentem a necessidade de, no caso concreto, analisar a vulnerabilidade da vítima.

O inc. II do art. 226 previa aumento da quarta parte quando o crime era cometido “ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”, de modo que a novel legislação nesse dispositivo excluiu “pai adotivo”, implícito na categoria “ascendente” (BRASIL, 1940, não paginado).

A lei em tela incluiu, de forma louvável, duas causas de aumento de pena.

A primeira tem por *nomen iuris* “estupro coletivo” (inc. IV, alínea “a”), aumentando de 1/3 (um terço) para 2/3 (dois terços) se o crime for praticado mediante concurso de 2 (dois)

---

<sup>15</sup> No mesmo sentido, Bitencourt (2019, p. 190) e Greco (2020, p. 162).

<sup>16</sup> “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.” (CUNHA, 2020, p. 547).

ou mais agentes<sup>17</sup>.

O inc. I do art. 226 fala em aumento da quarta parte se o crime for cometido com o concurso de duas ou mais pessoas. Como se vê, a diferença entre esses dois dispositivos é apenas a fração atribuída para aumento. Pode, sem dúvida, ter o legislador cometido um deslize, porém, como bem leciona Rogério Sanches Cunha (2020, p. 576), é possível compatibilizá-los: a) o Senado rejeitou alteração de aumento de pena em razão do local ou do horário em que fosse cometido o crime, não havendo qualquer menção sobre a revogação do inc. I, o que leva a concluir que tal dispositivo permanece vigente junto ao inc. IV; o *nomen iuris* é específico para os delitos de estupro e de estupro de vulnerável, de modo que sobre eles incidirá a majorante do inc. IV, alínea “a” e, aos demais delitos contra os costumes, aplica-se o inc. I do art. 226. Masson (2020, p. 108), quanto a esse último ponto, ressalta que a majorante aplica-se apenas ao art. 213 e não ao 217-A, sob pena de incorrer em analogia *in malam partem*.

A segunda foi o “estupro corretivo”, criminalizando a prática de, por meio da violência sexual, “corrigir” a conduta sexual (primeira parte), ou a orientação sexual, ou identidade de gênero, sobretudo de lésbicas, mulheres e homens trans (segunda parte). No primeiro caso, Nucci (2020, p. 168) cita o exemplo em que a vítima, moradora de área dominada pelo tráfico de drogas, começa a namorar escondido um policial; essa relação é descoberta, o traficante estupra a mulher sob o argumento de que não se namora policial e que, na comunidade, há homens suficientes para ela. No segundo, a vítima lésbica, por exemplo, sofre o estupro para “aprender a gostar de homem”, frase bem comum dita pelos autores desse tipo de crime - no ano de 2012, 6% das vítimas de estupro que procuraram o Disque 100, do governo federal, eram lésbicas vítimas dessa violência (DUARTE, 2013)<sup>18</sup>.

Por fim, criado pela Lei nº 12.015/09, o art. 234-A teve redação alterada para aumentar a pena da metade até 2/3 (anteriormente, era até a metade). No inc. IV, agravou-se a pena de 1/3 (um terço) para 2/3 (dois terços), em hipótese de o agente transmitir infecção

---

<sup>17</sup> No Piauí, estado onde de 2011 a 2014 foram registrados 207 casos de estupro coletivo nos hospitais, no ano de 2015, em Castelo (PI), quatro adolescentes foram amarradas, estupradas, apedrejadas, torturadas e, após o crime, jogadas de um penhasco; três sobreviveram, uma não resistiu; os autores foram quatro adolescentes, dos quais um foi linchado por ter delatado o grupo, que cumpriu as medidas socioeducativas, e um adulto (COLLUCCI, 2017), que foi condenado em 2019 à pena de 41 anos de prisão. Outro caso foi o da jovem de 16 anos, que foi violentada por, pelo menos, 30 homens, na zona oeste do Rio de Janeiro; ela relatou que foi visitar um rapaz com quem se relacionava há três anos, ficou a sós com ele e, depois disso, só lembra que acordou no dia seguinte, em outra casa, na mesma comunidade, com 33 homens armados com fuzis e pistolas; dias depois, a vítima descobriu que circulava na *internet* imagens suas, nua e desacordada (VÍTIMA..., 2016).

<sup>18</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos já reconhece o “estupro corretivo” como “manifestação extrema de preconceito contra orientações e identidades sexuais de gênero diversificado e perpetrados especialmente contra mulheres lésbicas ou bissexual”, sob a “concepção perversa e errônea de que a mulher, sendo penetrada por um o homem se tornará ‘normal’ novamente” (OEA, 2014, p. 119, tradução nossa).

sexualmente transmissível (IST)<sup>19</sup> à vítima, que sabe ou deveria saber que convive, e, ainda, se a vítima for idosa ou pessoa com deficiência (BRASIL, 1940, não paginado).

### **3 LEI Nº 13.718/18: NECESSIDADE POLÍTICO-CRIMINAL OU DIREITO PENAL SIMBÓLICO?**

De início, é necessário desfazer certos equívocos terminológicos que ignoram que o “simbólico” é parte indissociável de toda e qualquer norma do próprio Direito. No tocante à seara penal, o termo está atrelado às funções da pena (prevenção geral e especial), como sustenta Cancio Meliá (2003, p. 67, tradução nossa): é “equivocado o discurso do ‘Direito penal simbólico’ como fenômeno estranho ao Direito Penal. [...] os elementos de interação simbólica são da essência mesma do Direito penal”.

Assim, não é correta a afirmação de José Luis Díez Ripollés (2002, p. 87, tradução nossa), quando, ao falar das espécies de leis exemplificativas do Direito Penal simbólico, cita as “leis reativas”: nestas “[...] predomina o objetivo de demonstrar a rapidez dos reflexos de ação do legislador ante o aparecimento de problemas novos”. Ripollés (2002) cita o caso do Código Penal espanhol, que, no art. 161.2, criminaliza a clonagem humana, o que, no atual estágio de desenvolvimento científico, é impossível de realizar ou de muito difícil realização.

Se é verdade que tal crítica poderia ser levantada contra projetos que pulularam no Congresso Nacional em virtude do caso Neymar Jr.<sup>20</sup>, o mesmo não se pode dizer da criação do art. 215-A, que considera que a pena de multa do art. 61 da LCP não era proporcional à gravidade de condutas como a do caso D. F. N., ou a anomia em relação ao *revenge porn*, que tem se avolumado e foi motivo de diversos casos de suicídios de vítimas, ou, ainda, em relação ao chamado estupro corretivo.

Com efeito, se está diante de fatos sociais cujos dados a respeito mostram elevada gravidade, cumprindo aqui a ideia de pensar a política criminal em umbilical relação com os dados criminológicos, além da própria dogmática penal, tal como proposto pelo funcionalismo teleológico de Roxin (2000, p. 82). Os demais ramos jurídicos não são capazes de tutelar adequadamente tais situações, fazendo-se necessário que o Estado se valha da *ultima ratio*, que é o Direito Penal como forma de proteção dos bens jurídicos da dignidade

---

<sup>19</sup> É equívoco terminológico do legislador falar em “doença sexualmente transmissível”, quando, desde fins de 2016, o termo adotado pelo Ministério da Saúde é “infecção sexualmente transmissível” (IST). (BRASIL, 2016).

<sup>20</sup> Durante os meses em que uma mulher disse ter sido vítima de estupro cometido pelo jogador, que, ao final, não foi indiciado ou mesmo denunciado pelo Ministério Público, foram apresentados, ao menos, cinco projetos na Câmara dos Deputados: PL’s nº 3361/2019, 3369/2019 – este famigeradamente apelidado pelo autor como “Neymar da Penha” –, 3375/2019, 3379/2019 e 3388/2019.

sexual, da saúde mental.

Pode-se apontar um direito penal **meramente** simbólico na questão da pena cominada aos arts. 215-A e 218-C, de 1 a 5 anos, que foi mal dimensionada:

[...] fixou no tipo penal uma pena de reclusão de 1 a 5 anos ao delito de importunação sexual, estabelecendo um mecanismo de prisão automática na fase policial, utilizando-se do limite inconveniente previsto no artigo 322 do CPP. [Assim] [...] o delegado de polícia não poderia conceder liberdade provisória, e o detido seria encaminhado à audiência judicial de custódia, para ter efetivado seu direito de liberdade provisória ou não, em razão do delito ser de médio potencial ofensivo e admitir suspensão do processo, por força do artigo 89 da Lei 9.099/95, aplicável a qualquer delito cuja pena mínima seja igual ou inferior a 1 ano ou, como já pronunciou o STF, houver previsão de pena alternativamente de multa, ainda que a pena mínima seja superior à 1 ano. Por oportuno, se a pena de 1 a 5 anos definiu uma resposta penal intermediária entre o estupro, como crime hediondo, e a contravenção penal, de menor potencial ofensivo, por outro lado, avaliza o costumeiro viés simbólico do Direito Penal ao manipular a pena máxima para que se dificulte a liberdade em sede policial (BARBOSA; MAGALHÃES, 2018, não paginado).

É interessante notar que, em que pese a *mens legis* ter sido punitivista no sentido de impedir a concessão de fiança pela autoridade policial, houve duplo efeito, porque o art. 215-A revelou-se, também, *novatio legis in melius*, como já reconhecido no STJ em sede do julgamento de agravo regimental no Recurso Especial nº 1.730.341/PR, de relatoria da ministra Laurita Vaz:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N.º 3.688/1941. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO. FATOS INCONTROVERSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. SUPERVENIÊNCIA DE LEI PENAL MAIS BENÉFICA: LEI N.º 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018. PENA MAIS BRANDA. RETROATIVIDADE. READEQUAÇÃO DO TIPO: CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. [...] 3. **Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/09/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça.** 4. Agravo regimental desprovido, mas com a concessão de habeas corpus, de ofício, a fim de readequar a classificação do tipo penal, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu (Lei n.º 13.718, de 24 de setembro 2018 – crime de importunação sexual – art. 215- A do Código Penal), e, por conseguinte, ajustar sua pena, tornada definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, cabendo ao juízo das execuções penais realizar a detração (BRASIL, 2018, não paginado, grifo nosso)

Certamente, há aspectos que merecem críticas, muitas destas aqui feitas, à Lei nº 13.718/18. Contudo, no geral, foi uma acertada medida político-criminal, que, por óbvio, não isenta o Estado de formular e implementar políticas públicas de educação, campanhas de conscientização (na época do Carnaval, por exemplo) acerca da igualdade de gênero, do

respeito à dignidade sexual, à orientação sexual e identidade de gênero das pessoas. Somente por meio da educação crítica e do respeito aos direitos humanos, é que se pode construir uma sociedade realmente livre em que as pessoas possam exercer, de forma responsável, sua liberdade sexual e respeitar o exercício da sexualidade alheia.

#### 4 CONCLUSÃO

A relação entre Direito Penal e crimes sexuais sempre foi controversa, passando desde a tutela de “costumes” até a atual preocupação, ao menos do ponto de vista normativo e declarado como *mens legislatoris*. A esse panorama, veio se somar a problemática das redes sociais, *sites* etc., que permitem a proliferação de conteúdo íntimo divulgado, em muitos casos, sem autorização.

Partindo desse contexto, em primeiro lugar, este trabalho analisou, sob o ponto de vista dogmático e político-criminal, todas as inovações trazidas pela Lei nº 13.718/18, notadamente os crimes de importunação sexual (art. 215-A) e divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C), bem como a alteração quanto à titularidade da ação penal nos crimes sexuais.

Em seguida, explorou-se a questão de a Lei nº 13.718/18 representar ou não mais de um exemplo dentre os inúmeros que existem na pródiga legislação penal pátria, de uso meramente simbólico do Direito Penal.

Concluiu-se que, embora muitas das críticas apresentadas no trabalho mereçam, de fato, ser acolhidas, é inegável o avanço na matéria promovida pela lei para a adequada tipificação penal de condutas que violem a dignidade sexual das pessoas.

#### REFERÊNCIAS

ARONOVICH, Lola. ‘O dia em que o cara que quis me destruir foi condenado a 41 anos de prisão’. **The Intercept Brasil**. 21 dez. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/12/21/prisao-do-misogino-marcelo-mello/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BARBOSA, Ruchester Marreiros; MAGALHÃES, Illyana. A Lei 13.718/18 é quase proporcional e mantém importunação antiga. **Consultor Jurídico**. 16 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-16/academia-policia-lei-1371818-proporcional-mantem-importunacao-antiga>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Governo suprime parte da Lei que torna crime importunação sexual. **Consultor Jurídico**. 16 out. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-out-16/bitencourt-governo-suprime-parte-lei-importunacao-sexual>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 4.

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais. **Departamento passa a utilizar nomenclatura “IST” no lugar de “DST”**. Brasília, 17 nov. 2016. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/departamento-passa-utilizar-nomenclatura-ist-no-lugar-de-dst>. Acesso em: 07 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm). Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.642, de 3 de abril de 2018**. Altera a Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002, para acrescentar atribuição à Polícia Federal no que concerne à investigação de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores que difundam conteúdo misógino, definidos como aqueles que propagam o ódio ou a aversão às mulheres. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/Lei/L13642.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13642.htm). Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 954**. Brasília: STF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo954.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.859.721 - RS (2020/0020681-9)**. Recorrente: JEDACS. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Jorge Mussi, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106488440&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202000206819&data=20200221&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=106488440&tipo_documento=documento&num_registro=202000206819&data=20200221&formato=PDF). Acesso em: 02 mar. 2020.

CARVALHO, Taipa de. **Sucessão de Leis Penais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 219-220.

COLLUCCI, Cláudia. Após estupro coletivo, jovem de 18 anos do PI nunca mais saiu sozinha. **Folha de São Paulo**. Teresina, 20 ago. 2017. Disponível em:

<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/08/1911347-apos-estupro-coletivo-jovem-de-18-anos-do-pi-nunca-mais-saiu-sozinha.shtml>. Acesso em: 02 mar. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

DUARTE, Rachel. ‘Estupro corretivo’ vitimiza lésbicas e desafia poder público no Brasil. **Sul 21**, 4 jun. 2013. Disponível em: <http://www.sul21.com.br/jornal/2013/06/estupro-corretivo-vitimiza-lesbicas-e-desafia-autoridades-no-brasil/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ENTIDADES defendem juiz após libertação de homem que ejaculou sobre mulher em ônibus na Paulista. **G1**. São Paulo, 01 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/entidades-defendem-juiz-apos-libertacao-de-homem-que-ejaculou-sobre-mulher-em-onibus-na-paulista.ghtml>. Acesso em: 02 mar. 2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. v. 3. 17. ed. Niterói: Impetus, 2020.

GRUPO DE ESTUDOS EM CRIMINOLOGIAS CONTEMPORÂNEAS. **Vazou**, 2019. Disponível em: <https://www.crimlab.com/projetovazou/resultado.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MACIEL, Camila. Campanha Chega de Fiu Fiu quer o fim do assédio amulheres em locais públicos. **Agência Brasil**. São Paulo, 7 dez. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/domcampanha-chega-de-fiu-fiu-quer-o-fim-do-assedio-mulheres-em-locais-publicos>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MARTINS, José Renato. O novo delito de importunação sexual: um avanço relativo. **Migalhas**. 2 out. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/288400/o-novo-delito-de-importunacao-sexual-um-avanco-relativo>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MASCARENHAS, Rauali Kind. O delito de estupro diante das teorias feministas do Direito. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, v. 7, n. 1, p. 116-136, 2019. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/92200/54034>. Acesso em: 02 mar. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 359-H). v. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MELIÁ, Manuel Cancio. ¿‘Derecho penal’ del enemigo? *In*: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del enemigo**. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 57-102.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Violencia contra personas LGBTI** – una mirada a la un registro que documenta

actos de violencia entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de marzo de 2014. Washington, DC: CIDH, 17 dez. 2014. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/igtbi/docs/Anexo-Registro-Violencia-LGBTI.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PAIVA, Lívia de Meira Lima; SABADELL, Ana Lúcia. O crime de estupro à luz da epistemologia feminista: um estudo de casos no STF. **DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, p. 110-155, 2018. Disponível em: <http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/64/42>. Acesso em: 02 mar. 2020.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y lo efectos de la pena. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, ano XXXV, n. 103, p. 63-97, enero-abril 2002. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/103/art/art3.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020..

ROSA, André; TOMAZ, Kleber; REIS, Vivian. Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira. **G1**. São Paulo, 02 set. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obsceno-contra-mulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 118 p.

SAMORANO, Carolina. “Escolho a que estiver mais perto”, diz ejaculador de ônibus à polícia. **Metrópoles**. 2 set. 2017. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/escolho-a-que-estiver-mais-perto-diz-ejaculador-de-onibus-a-policia/amp>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** – Parte geral. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação criminal nº 990.10.102276-1**. Relator: Souza Nucci. 16ª Câmara Criminal. São Paulo, 17 de abril de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21672960/apelacao-apl-54537920098260286-sp-0005453-7920098260286-tjsp/inteiro-teor-110429687>. Acesso em: 05 mar. 2020.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TJ/SP: Condenação por estupro de vulnerável é alterada para importunação sexual. **Migalhas**. 29 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/303284/tj-sp-condenacao-por-estupro-de-vulneravel-e-alterada-para-importunacao-sexual>. Acesso em: 15 mar. 2020.

UNICEF. **Projeto Caretas** - Adolescentes e o risco de vazamento de imagens íntimas na internet. [Brasília]: UNICEF, 2019. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes\\_e\\_o\\_risco\\_de\\_vazamento\\_de\\_imagens\\_intimas\\_na\\_internet.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/1671/file/Adolescentes_e_o_risco_de_vazamento_de_imagens_intimas_na_internet.pdf). Acesso em: 15 mar. 2020.

VÍTIMA de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua. **G1**. Rio de Janeiro, 26 maio 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>. Acesso em: 15 mar. 2020.