

Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito, por Silvia Chakian

Há cerca de um ano, o Brasil enfrentou o debate público sobre um dilema: Diego Ferreira de Novais havia sido preso, solto e preso novamente, na mesma semana, por *ejacular* numa passageira e *se esfregar* em outra, ambas dentro de um ônibus municipal. Integrantes do sistema de Justiça, ativistas e a população em geral se dividiram: crime de estupro ou mera importunação? Ele devia ou não ser mantido preso? Tratava-se de mais um atentado à liberdade sexual de uma mulher, semelhante aos que acontecem quase que diariamente, quando estão a caminho de casa, da escola ou do trabalho.

[\(Conjur, 04/10/2018 - acesse no site de origem\)](#)

Com a nova Lei 13.718/2018, sancionada no último dia 24, altera-se o Código Penal para definir no artigo 215-A o tipo penal da *importunação sexual*: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave”.

A iniciativa visa, portanto, sanar a lacuna legislativa que dificultava o enquadramento de determinadas condutas, como os divulgados casos de assédio em espaços públicos e nos meios de transportes, acompanhados ou não de “encoxadas”, “apalpadas” e até “ejaculação”, nas modalidades criminosas até então existentes: contravenção de importunação ofensiva ao pudor, infração de menor potencial ofensivo, com previsão de pena ínfima; ou crime de estupro, de natureza hedionda, cuja pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão.

Ao optar pela expressão “praticar contra”, preocupou-se o legislador em abranger todas essas modalidades, sem conflitar com o tipo penal do ato obsceno, que se configura quando o autor o pratica em local aberto ou exposto ao público, mas não *contra* pessoa determinada. A utilização da expressão “sem a sua anuência” também diferencia a importunação sexual do crime de estupro, onde há exigência de emprego de violência ou grave ameaça, além de haver menção expressa de que o tipo penal será subsidiário, caso o ato constitua crime mais grave.

Se, por um lado, o legislador não omite que o tipo penal foi pensado em resposta aos casos concretos que ganharam forte repercussão na mídia no ano de 2017, circunstância que alimenta o discurso de que, mais uma vez, o Legislativo teria cedido ao populismo penal, por outro, não há como ignorar que há tempos prevalecia nessas situações concretas a sensação de proteção deficiente do Estado, diante da falta de resposta adequada e impunidade dos autores.

O aprimoramento legislativo também seguiu a tendência das legislações penais de diversos países desenvolvidos, que contemplam o tipo penal intermediário em seus respectivos ordenamentos.

Por outro lado, a revogação expressa da contravenção de importunação ofensiva ao pudor do artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) deve trazer dificuldade no enquadramento legal de comportamentos mais brandos que aqueles previstos no novo tipo de importunação sexual, como é o caso das “cantadas” grosseiras ou grotescas, que atentam

contra a dignidade da ofendida, causando constrangimento e até temor.

A nova legislação também acrescenta ao artigo 217-A (estupro de vulnerável), o parágrafo 5º: “As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime”.

Vale lembrar que o artigo 217-A, *caput*, trata do estupro contra vítima menor de 14 anos; o parágrafo 1º prevê situações em que a vítima possui enfermidade ou deficiência mental que retirem dela o discernimento para o ato ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência; o parágrafo 3º trata do estupro que resulta lesão grave; e o parágrafo 4º, do resultado morte.

Nesse ponto a intenção do legislador certamente foi evitar que argumentos como experiência e antecedentes sexuais da vítima menor, sua ingenuidade, inocência, virgindade ou sua adesão ao ato autorizem a relativização da condição de vulnerabilidade. No que diz respeito à vítima com deficiência, permanece a exigência de que esta retire dela a capacidade de discernir, para que o estupro se configure.

De fato, tratando-se de crimes contra a dignidade sexual, não se desconhece que a relativização dessa condição, por força de argumentos preconceituosos e de exclusão social, por diversas vezes já representou a desproteção das vítimas menos favorecidas, justamente aquelas que, paradoxalmente, mais precisariam da tutela. É o caso de menores que, por situação de pobreza e/ou falta de estrutura familiar, circunstâncias que os colocam em situação de vulnerabilidade social ou econômica, acabam aderindo a propostas libidinosas.

A legislação também cria o tipo penal de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, no artigo 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”.

O dispositivo prevê causa de aumento de 1/3 a 2/3 se o crime for praticado por agente que mantenha ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação.

Também nesse aspecto, a despeito das críticas que possam ser feitas em relação à redação do tipo penal, que abrangeu no mínimo duas situações bem distintas, ou, mais uma vez, à casuística, já que é impossível não relacionar o tipo penal à divulgação das cenas do estupro coletivo de uma jovem no Rio de Janeiro, que ganharam as redes sociais em 2016, causando indignação, não há como deixar de reconhecer que havia a necessidade de aprimoramento da legislação penal.

Na era digital e globalizada, em que pessoas do mundo inteiro, conectadas, se comunicam e compartilham mensagens, textos, fotos e vídeos, a internet, as redes sociais e os grupos de conversa ou mensagens instantâneas também são terreno fértil para a prática de atos de discriminação e violência. E numa sociedade ainda patriarcal e marcada pela desigualdade de gênero é fácil constatar como as mulheres acabam sendo impactadas ainda mais

negativamente.

A violência de gênero praticada no ambiente virtual tem inegavelmente alcance maior, dada a capacidade de exposição da intimidade da vítima, que pode ser disseminada a um número elevado e indeterminado de usuários, em poucos segundos. É nesse cenário que ocorrem condutas como a disseminação indevida de conteúdo íntimo (*revenge porn*) e o *cyberbullying*, entre outras.

Na disseminação indevida de conteúdo íntimo, o contexto mais frequente é o do (ex) parceiro que, após ter acesso permitido a fotografias e vídeos de conteúdo íntimo da ofendida, porque inconformado com o rompimento da relação, decide divulgá-los, sem o seu consentimento, com o intuito de constrangê-la e causar danos à sua imagem.

Dessa maneira, a iniciativa busca adequar o ordenamento à evolução da tecnologia, suprindo a dificuldade de enquadramento desses comportamentos em tipos penais de pena compatível com a gravidade de suas consequências, devastadoras, na maioria dos casos.

De qualquer forma, inobstante o acerto da iniciativa, não se pode perder de vista a necessidade de avançarmos também na mudança de posturas sobre a forma como a sexualidade feminina é julgada, a partir de uma dupla moral, para homens e mulheres, na qual delas se espera, ainda hoje, o papel do recato, do comportamento sexual “adequado”, discreto e tradicional.

São essas expectativas sobre o “comportamento feminino adequado”, criadas ao longo de séculos de dominação masculina, que têm autorizado a absurda responsabilização da mulher pela própria violência que a vitimou, como se tivesse “contribuído” para sua ocorrência, ao mesmo tempo em que tem a vida exposta e devastada na rede.

Portanto, evidentemente o novo tipo legal não basta para coibir essas práticas, se não forem implementadas outras políticas, inclusive de conscientização para prevenção desse tipo de violência.

A nova lei também acrescenta às causas de aumento do artigo 226 do Código Penal a previsão de elevação de 1/3 a 2/3 quando o estupro for praticado mediante concurso de dois ou mais agentes (estupro coletivo) ou quando praticado para controlar o comportamento social ou sexual da vítima (estupro corretivo).

Trata-se de reconhecimento de maior grau de reprovabilidade da violência praticada por vários agentes, mais uma vez em resposta ao referido caso de estupro coletivo que ganhou forte repercussão em 2016, ou dos casos de estupro de mulheres lésbicas, praticados como forma de “correção de sua orientação sexual”.

Nesse aspecto, é possível argumentar que tais situações já poderiam encontrar resposta penal adequada em nosso ordenamento, considerando o disposto no artigo 29 e parágrafos do Código Penal, que trata do concurso de agentes, assim como no artigo 59 do mesmo diploma, que exige a análise da culpabilidade, conduta social e personalidade do agente, além das circunstâncias do crime, para a fixação da quantidade de pena, entre o patamar mínimo e máximo legal (6 a 10 anos de reclusão). Ainda assim, pretendeu o legislador recrudescer a reprimenda para essas modalidades criminosas — reconhece-se —, causadoras de forte indignação social.

No artigo 234-A, inciso III, o legislador prevê o aumento de 2/3 da pena, na hipótese do

estupro resultar em gravidez, e, no inciso IV, de 1/3 a 2/3, quando o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador, ou se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência.

Por fim, houve modificação da natureza da ação penal também para os casos de estupro previstos no artigo 213, que até então se processavam mediante autorização da vítima (representação) e que agora passam a se processar mediante ação penal pública incondicionada.

A questão sempre foi controversa, mas a despeito de todas as justificativas relacionadas à autonomia da mulher (maioria dentre as vítimas desse tipo de crime) e necessidade de combate à sua revitimização, em todas as esferas, não parecia razoável admitir a exigência de sua autorização para a ação penal apenas nesses casos, e não para o estupro de vulnerável (mesmo quando a vítima é adulta) nem para a lesão corporal praticada no contexto de uma relação doméstica, familiar ou de afeto, dentre outros crimes.

A distinção nesse caso parecia não ter outra justificativa que não a relação direta com a concepção discriminatória do *strepitus judicis* — escândalo do processo —, ou seja, a avaliação de que o ajuizamento da ação provocaria na ofendida mal maior que a impunidade do criminoso^[1].

Prova disso é que a violência sexual sempre significou, historicamente, a diminuição da honra da mulher, de sua valorização perante a sociedade. A manutenção dessa exigência fortalecia a ideia de que, ainda hoje, ser vítima de violência sexual configura vergonha, como se fossem as ações da vítima, e não as do agressor, determinantes para a prática da violência. Um paradigma que precisa se alterar, inclusive para que esses crimes sejam finalmente processados e julgados, sem o julgamento moral e a discriminação da própria vítima.

Por fim, ainda que a recente alteração legislativa possa ser considerada avanço no tocante aos crimes sexuais, a proteção eficiente da dignidade e liberdade sexual não será possível sem que a aplicação dos dispositivos penais venha acompanhada do que se convencionou chamar de perspectiva de gênero na aplicação do Direito: olhar cuidadoso para a vítima, sabidamente, em sua grande maioria, meninas e mulheres.

[1] A esse respeito, tese apresentada por Mariana Bazzo e Silvia Chakian em congresso do Ministério Público em 2016, disponível em [http://www.compromissoeatitudo.org.br/tese-sobre-estupro-e-reforma-legislativa-vence-7o-congresso-virtual-do-mp](http://www.compromissoeatitude.org.br/tese-sobre-estupro-e-reforma-legislativa-vence-7o-congresso-virtual-do-mp), acessado em setembro de 2018.

Silvia Chakian de Toledo Santos é promotora de Justiça do Grupo de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do MP-SP.