

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROJETO DE LEI Nº 5.452, DE 2016

(Apensados os Projetos de Lei n. 5.798, de 2016; 2.265, de 2015; 5.435, de 2016; 5.710, de 2016; 5.796, de 2016; 5.649, de 2016; 6.971, de 2017; 8.403, de 2017)

Acrescenta os arts. 218-C e 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas.

Autor: SENADO FEDERAL

Relatora: Deputada SORAYA SANTOS

VOTO EM SEPARADO

(Do Sr. MARCOS ROGÉRIO)

I – RELATÓRIO

O projeto de lei nº 5.452, de 2016, proveniente do Senado Federal, busca acrescentar dois artigos ao Código Penal, sendo um para tipificar a “*divulgação de cena de estupro*” e outro para estabelecer uma causa de aumento de pena para os crimes de estupro e de estupro de vulnerável que forem cometidos em concurso de duas ou mais pessoas (denominado de “*estupro coletivo*”).

À proposição se encontram apensados os seguintes projetos:

- a) 2.265, de 2015, de autoria da Deputada Dâmina Pereira e outras, que “*acrescenta dispositivo ao art. 213 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para*

dispor sobre os casos de aumento de pena do estupro e estupro coletivo”;

- b) 5.435, de 2016, de autoria do Deputado Weverton Rocha, que *“acrescenta os artigos 213-A e 217-B ao Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 - Código Penal para dispor sobre o crime de estupro compartilhado e dá outras providências”;*
- c) 5.649, de 2016, de autoria do Deputado Mário Heringer, que *“considera crime estupro mediante fraude o uso de substância psicotrópica que altera o estado psíquico. Altera a Lei nº 8.072, de 1990”;*
- d) 5.710, de 2016, de autoria do Deputado Carlos Henrique Gaguim, que *“estabelece causa de aumento de pena para os crimes de estupro e estupro de vulnerável”;*
- e) 5.796, de 2016, de autoria da Deputada Tia Eron, que *“insere causa de aumento de pena nos crimes de estupro e de estupro de vulnerável, consistente na prática da conduta por duas ou mais pessoas – ‘estupro coletivo’”;*
- f) 5.798, de 2016, de autoria do Deputado Antonio Bulhões, que *“altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, para criminalizar a oferta, troca, disponibilização, transmissão, distribuição, publicação ou divulgação de conteúdo de caráter pornográfico ou erótico que faça apologia ou incite a prática de estupro, tortura, abuso ou violência sexual contra mulheres, adolescentes ou crianças do sexo feminino”;*
- g) 6.971, de 2017, de autoria da Deputada Tia Eron, que *“estabelece causa de aumento de pena para o crime de estupro corretivo”;* e
- h) 8.403, de 2017, de autoria do Deputado Vitor Valim, que *“acrescenta parágrafo ao art. 213 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.*

As proposições, que tramitam sob o regime ordinário e se sujeitam à apreciação do Plenário, foram distribuídas para análise e parecer à Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER) e à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (mérito e art. 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

A CMULHER opinou, no dia 05 de setembro do corrente ano, unanimemente, pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.452/2016 e dos apensados, **com Substitutivo**, nos termos do parecer da relatora, Deputada Laura Carneiro.

No dia 28 de setembro, a Deputada Soraya Santos proferiu seu parecer nesta CCJC, opinando pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação de todos os projetos de lei e do substitutivo adotado pela CMULHER, nos termos da subemenda substitutiva apresentada.

Em razão da complexidade da matéria, pedi vista para melhor estudar a questão.

É o Relatório.

II – VOTO

Quanto aos critérios de constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, concordamos que não há qualquer óbice que indique a inadmissão de qualquer das proposições.

Afinal, compete à União, através de lei ordinária, legislar sobre direito penal, e a iniciativa, nesse caso, é geral, sendo legítima a apresentação do projeto por qualquer parlamentar. Ademais, as proposições analisadas não afrontam as normas de caráter material constantes da Carta Magna, tampouco os princípios e fundamentos que informam o nosso ordenamento jurídico.

A técnica legislativa utilizada também se encontra em consonância com o que determina a Lei Complementar nº 95, de 1998.

No que tange ao mérito, apesar de concordarmos que as proposições se apresentam convenientes e oportunas, **não concordamos com a integralidade das mudanças que foram sugeridas na subemenda substitutiva apresentada pela nobre Relatora, tampouco no substitutivo aprovado na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.**

Dessa forma, entendemos que os projetos e o substitutivo aprovado na CMULHER devem ser aprovados, **mas na forma da subemenda que ora se sugere.**

Em primeiro lugar, assim como aprovado na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, cremos que a **criação de um novo tipo penal** é a melhor opção para punir de forma adequada casos como o ocorrido recentemente no interior de transporte público em São Paulo.

Desconstruir o tipo penal do estupro (art. 213), retirando o elemento objetivo consistente em “*constranger alguém, com violência ou grave ameaça*”, mas mantendo-se incólume a pena atualmente prevista – de seis a dez anos de reclusão –, **parece-nos ferir a proporcionalidade.**

Não se olvida que a Relatora sugeriu, também, uma forma privilegiada do crime (cominando uma pena de dois a cinco anos de reclusão), caso praticado sem o emprego de violência física ou grave ameaça. **Isso, todavia, não altera o fato de que o caput deixou de exigir o emprego de violência ou grave ameaça e, mesmo assim, manteve a pena inalterada.**

Mesmo que essa incongruência tenha sido corrigida na complementação de voto apresentada, deve-se levar em conta, também, que **o texto sugerido pode não alcançar a conduta que motivou a sua elaboração!** Com efeito, a redação proposta exige, para a configuração do crime, que o ato libidinoso seja praticado “**com** alguém”, o que pressupõe uma interação entre o autor e a vítima, o que não ocorreu no caso de São Paulo.

Além disso, não nos parece tecnicamente adequado criar uma **forma privilegiada** do crime de estupro retirando os elementos que constituem o próprio tipo (violência ou grave ameaça). Nesses casos, a melhor técnica recomenda a elaboração de tipos autônomos. No próprio Código Penal existem

exemplos claros disso: o furto (tipo autônomo, descrito no art. 155) nada mais é que o roubo (art. 157) sem os elementos violência ou grave ameaça. As formas privilegiadas devem ser reservadas àqueles casos em que, **mesmo que presentes todos os elementos do crime**, existem circunstâncias que diminuem a reprovabilidade da conduta do agente (a exemplo do que ocorre nos seguintes dispositivos do Código Penal: 242, parágrafo único; 289, § 2º).

Por essas razões, concordamos com a sugestão proposta no Substitutivo da CMULHER, de inserir um novo tipo no Código Penal para punir essas condutas, sem que seja necessário alterar o art. 213. Quanto à posição topográfica desse novo tipo penal, todavia, sugerimos incluí-lo como art. 215-A, para manter a coerência do Código Penal.

No que tange à inserção de uma causa de aumento de pena relativa ao “*estupro mediante extorsão virtual*”, também sugerida pela nobre Relatora, deve-se ressaltar que a “*ameaça de divulgação de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de sexo, nudez ou pornografia envolvendo a vítima*” **já configura a “grave ameaça” que, hoje, é exigida para a configuração do crime de estupro** (e que já prevê, em seu preceito secundário, uma pena considerável, sobretudo se levarmos em conta que a pena mínima é a mesma cominada para o crime de homicídio).

Ademais, **não vemos razão para valorar de forma diferenciada essa modalidade de ameaça**. Do contrário, estar-se ia dizendo que a ameaça de divulgar os materiais ali referenciados é mais grave que qualquer outro tipo de ameaça (inclusive a de morte) **e, até mesmo, mais grave que a violência física**.

Aponte-se, por oportuno, que, evidentemente, **não estamos negando a gravidade desse tipo de ameaça**. Só estamos ponderando que a pena hoje prevista para o crime de estupro já contempla, de forma proporcional, essa agressão.

Em relação ao crime de **estupro de vulnerável**, ao invés de se criar um parágrafo para dizer que o crime se configura independentemente do consentimento da vítima, **sugerimos promover essa alteração no próprio caput do art. 217-A**. A intenção é deixar claro que, para fins penais, o

consentimento do menor de quatorze anos para o ato sexual **é indiferente** para a configuração do crime de estupro de vulnerável, por lhe faltar maturidade para decidir. Assim, pouco importa, para a configuração delitiva, que o menor tenha consentido. E se o menor de quatorze anos não pode, **em nenhuma hipótese**, consentir com o ato, é irrelevante o fato de ter tido experiências sexuais anteriores (de forma que essa ressalva sequer precisa constar do texto legal).

Em relação à alteração proposta na complementação de voto, de criar uma **forma privilegiada** do crime de estupro de vulnerável, para as hipóteses em que “*o crime não causa grave dano psicológico ou físico à vítima*”, entendemos temerária a sua aprovação. Isso porque o texto é muito aberto (o que é grave dano psicológico? Se houver dano psicológico para o vulnerável, mas ele não for considerado “grave”, então se permitirá a aplicação da pena reduzida?). Pensamos que, por melhor que tenha sido a intenção ao elaborar essa sugestão, ela pode ir no sentido contrário do que se está pretendendo, e autorizar a aplicação de penas menores a muitos dos casos que hoje se enquadram perfeitamente no crime de estupro de vulnerável.

Quanto ao chamado “*estupro coletivo*”, concordamos com o Substitutivo aprovado na CMULHER, que aumenta a fração de aumento de pena, no art. 226 do Código Penal, para todos os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulnerável cometidos em concurso de duas ou mais pessoas, ao invés de criar causas de aumento de pena específicas para os crimes de estupro e de estupro de vulnerável.

Em relação ao crime de “*divulgação de cena de estupro e estupro de vulnerável, e de sexo explícito ou pornografia*”, mantemos a redação do tipo proposta pela nobre Relatora. Todavia, no preceito secundário, sugerimos a redução da pena proposta para “*reclusão, de um a quatro anos, ou multa*”, por reputá-la mais proporcional. Ressalte-se que incluímos a possibilidade de se aplicar a pena de multa de forma alternativa, tendo em vista que, a depender da conduta praticada, a pena privativa de liberdade pode ser considerada assaz rigorosa. Além disso, incluímos a ressalva de que esse artigo apenas deve ser aplicado “se o fato não constitui crime mais grave”. Isso

é de suma importância, para que se mantenha íntegra a aplicabilidade do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (que prevê uma pena mais grave, de três a seis anos de reclusão).

No que tange aos novos tipos penais de “*induzimento, instigação ou auxílio a crime contra a dignidade sexual*” e de “*incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual*”, que tanto a CMULHER quanto a subemenda apresentada nesta CCJC pretendem inserir no Código Penal, algumas considerações devem ser feitas.

Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que, nos termos do art. 29 do Código Penal, “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”. Diz o § 1º desse mesmo dispositivo que, “*se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço*”. Dessa forma, tanto o autor quanto o partícipe (ou seja, aquele que exerce uma posição de auxílio material ou suporte moral – onde se inclui, conforme leciona Guilherme de Souza Nucci, “*o induzimento, a instigação ou o auxílio*”¹), incidem nas penas cominadas para o delito.

O texto proposto, todavia, busca criar um tipo penal autônomo para punir aquele que, induz, instiga ou auxilia “*alguém a praticar crime contra a dignidade sexual*”. É dizer, se alguém auxiliar outrem a praticar um crime de estupro, responderá por esse crime específico (cuja pena proposta é de reclusão, de dois a cinco anos), **e não mais como coautor ou partícipe do crime de estupro, conforme determina o art. 29 do Código Penal**. Receberá, portanto, uma sanção menor!

Por outro lado, por englobar todos os crimes contra a dignidade sexual, aquele que induzisse, instigasse ou auxiliasse alguém a praticar o crime de assédio sexual (cuja pena é de detenção, de um a dois anos), **receberia uma reprimenda maior que a aplicada ao próprio autor do crime**.

Não fosse só, **a proposta geraria desproporções inaceitáveis**. Afinal, fazer apologia a um crime de homicídio ou ao crime de terrorismo seria punível com uma pena de “*detenção, de três a seis meses, ou*

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 320.

multa” (art. 287 do Código Penal), enquanto fazer apologia a qualquer crime contra a dignidade sexual seria punível com uma pena de reclusão, de dois a cinco anos.

Dessa forma, e para evitar tais distorções, sugerimos que, ao invés de se criar um tipo penal específico de apologia de crime contra a dignidade sexual, se criem formas qualificadas dos crimes de *“incitação ao crime”* (art. 286 do Código Penal) e de *“apologia de crime ou criminoso”* (art. 287 do Código Penal), cominando-se uma reprimenda maior (detenção, de um a três anos e multa) *se o crime incitado é punível com reclusão ou se o crime objeto de apologia é punível com reclusão.*

Afinal, nos parece adequado que as penas aplicadas a esses crimes estejam de alguma forma relacionadas à gravidade do crime incitado ou objeto de apologia. Aponte-se, por fim, que essa diferenciação não é uma novidade no direito pátrio, já sendo prevista no crime de favorecimento pessoal (art. 348 do Código Penal).

Em relação ao art. 225, concordamos com a redação proposta tanto pelo Substitutivo aprovado na CMULHER quanto pela subemenda substitutiva apresentada pela ilustre Relatora, tendo em vista que a gravidade dos crimes contra a dignidade sexual impõe, de fato, que esses delitos sejam processados mediante ação penal pública incondicionada, como forma de tentar reduzir a impunidade a eles relacionada.

No que tange às causas de aumento de pena que se pretende incluir no art. 226 do Código Penal, não concordamos com a que prevê um aumento de um a dois terços se *“o agente pratica a conduta de forma reiterada com a mesma vítima, ou com ela pratica sequencialmente crime contra a dignidade sexual diverso da primeira conduta ou outro crime”*, por entendermos que tais situações devem ser resolvidas na forma dos artigos 69 (concurso material), 70 (concurso formal) e 71 (continuidade delitiva), todos do Código Penal. Ressalte-se que no concurso material, **o Código prevê a soma das penas** (critério mais rigoroso, portanto, que a mera aplicação de fração de aumento sanção). Ou seja, as alterações propostas podem acabar beneficiando os indivíduos que cometem vários crimes em concurso material.

Também não concordamos com a inserção de uma causa de aumento de pena para o caso de o crime ter sido “*praticado mediante o uso de substância psicotrópica ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima ou altere seu estado psíquico*”. Isso porque já existe um tipo penal autônomo, previsto no art. 215 do Código Penal (violação sexual mediante fraude) que já pune a conduta de “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*”. Ademais, ainda que a expressão “*mediante o uso de substância psicotrópica*” tenha sido utilizada, aparentemente, como mera exemplificação de meio que impede ou dificulta a livre manifestação da vontade da vítima, essa não nos parece a melhor técnica. Se a ideia era incluir todo meio que impede ou dificulta a livre manifestação da vontade da vítima, bastava fazer essa menção genérica, sem necessidade de detalhar um meio específico (pois isso acaba, com frequência, tornando a legislação antiquada com o passar do tempo). Sobre esse assunto, lapidar é a lição de Andrei Zenkner Schmidt:

“Jamais deve o legislador construir orações exemplificativas, visto que, ou a ambiguidade do termo foi notada de tal forma que se viu ele obrigado a exemplificá-lo, ou está apenas explicitando a ‘resposta’ penal a um fato de grande repercussão social noticiado recentemente pela mídia. Um tipo penal incriminador deve ser uma norma genérica, e isso, por certo, demonstra que o emprego de um termo que necessita de exemplificação é de todo inconveniente, ou por não ser este suficientemente claro, ou por dirigir-se a casos determinados.”²

Concordamos, porém, com a previsão de uma causa de aumento de pena para as hipóteses em que o crime é cometido “*para controlar o comportamento social ou sexual da vítima*” (previsto tanto no Substitutivo aprovado na CMULHER quanto na subemenda apresentada nesta Comissão). Afinal, conforme apontado pela autora do Projeto de Lei n. 6971/2017 (um dos apensados), Deputada Tia Eron, “*hoje em dia se registram com frequência os casos que têm sido chamados de ‘estupros corretivos’. Basicamente eles têm ocorrido de duas maneiras: tendo como vítimas mulheres lésbicas, para haver uma ‘correção’ de sua orientação sexual ou para ‘controle de fidelidade’, em*

² SCHMIDT, Andrei Zenkner. O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 245.

que namorados ou maridos ameaçam a mulher de estupro por todos os amigos ou membros de gangues se forem infiéis a seus ‘companheiros’.

Por fim, concordamos com a majoração das frações de aumento de pena previstas nos incisos III (se do crime resultar gravidez) e IV (se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível) do art. 234-A do Código Penal.

Diante do exposto, nosso voto é pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação dos Projetos de Lei nos 5.452, de 2016, 5.798, de 2016, 2.265, de 2015; 5.435, de 2016, 5.710, de 2016, 5.796, de 2016, 5.649, de 2016, 6.971, de 2017, 8.403, de 2017, e do substitutivo adotado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, nos termos da subemenda substitutiva em anexo.

Sala da Comissão, em 10 de outubro de 2017.

Deputado MARCOS ROGÉRIO

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

SUBEMENDA SUBSTITUTIVA AO SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N. 5.542, DE 2016, ADOTADO PELA COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER

Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; e cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; alterar para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes; e criar formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso.

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte Art. 215-A:

“Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar, na presença de alguém e sem a sua anuência, ato libidinoso, com o objetivo de satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos.”

Art. 3º O art. 217-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com menor de 14 (catorze) anos, independentemente de consentimento:

.....” (NR)

Art. 4º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 218-C:

“Divulgação de cena de estupro e estupro de vulnerável, e de sexo explícito ou pornografia.

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 estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena – detenção, de um a quatro anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação.

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, se ela for maior de dezoito anos.”

Art. 5º O art. 225 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título se procede mediante ação penal pública incondicionada.”

Art. 6º O art. 226 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 226. A pena é aumentada de:

I – um terço, se o crime é cometido:

a) em local público, aberto ao público ou com grande aglomeração de pessoas, ou em meio de transporte público;

b) durante à noite, em lugar ermo, com o emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima.

II – um a dois terços, se o crime é praticado:

a) em concurso de dois ou mais agentes;

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

.....
IV – metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.” (NR)

Art. 7º O art. 234-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 234-A.

III – de metade a dois terços, se do crime resultar gravidez;

IV – de um terço a dois terços, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.” (NR)

Art. 8º O art. 286 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 286.

.....
Parágrafo único. Se o crime incitado é punível com reclusão:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.” (NR)

Art. 9º O art. 287 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 287.

.....
.....

Parágrafo único. Se o crime objeto de apologia é punível com reclusão:

Pena – detenção, de um a três anos, e multa.” (NR)

Art. 10. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em 10 de outubro de 2017.

Deputado MARCOS ROGÉRIO