

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28981-considera-es-pr-ticas-lei-12-015-09-no-t-tulo-vi-do-c-digo-penal>

Autore: Ana Karina França Merlo

Considerações práticas à Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal

Considerações práticas à Lei 12.015/09 no Título VI do Código Penal

Ana Karina França Merlo*

* Acadêmica de Direito da Faculdade 2 de Julho. Bacharel em Administração de Empresas com Ênfase em Marketing e Economia pela Faculdade de Tecnologia e Ciências - FTC. Atua como Assistente da Procuradoria Geral do Estado da Bahia na área judicial. É associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro do United Nations Volunteers (UNV) - órgão subsidiário da ONU, desde 2007. Blog pessoal: www.karinamerlo.blogspot.com

PALAVRAS-CHAVE

Crimes sexuais; estupro; lenocínio; assédio; corrupção de menores.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 entrou em vigor três dias após ser sancionada, alterando a redação do Título VI do Código Penal dedicado aos Crimes Contra os Costumes – atualmente, desde então, **Crimes Contra a Dignidade Sexual**.

A mudança do título foi uma resposta às inúmeras reivindicações dos doutrinadores brasileiros ao sustentarem que os crimes elencados no Título VI não atentavam contra a moralidade pública ou coletiva, mas sim contra a dignidade e a liberdade sexual das vítimas. A dignidade sexual encerra o conceito de intimidade e revela-se em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana – fundamento basilar da Constituição de 1988 (art. 1º, III).

O presente artigo visa antecipar alguns aspectos polêmicos da nova norma que serão detectados quando da sua efetiva aplicação a casos concretos, abordando com maior relevo os seguintes capítulos: Capítulo I – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual, Capítulo II – Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, Capítulo IV – Disposições Gerais e, por fim, Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual.

As modificações realizadas com a redação da Lei 12.015/09 põem fim às várias controvérsias aludidas nas tipificações anteriores. Em contrapartida, como toda e qualquer mudança, terminam por originar outras polêmicas discussões. Vale dar destaque a algumas delas em breve análise.

CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS ACERCA DA LEI 12.015/09 NO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL

Uma das alterações mais importantes resultou na união de dois tipos penais que já existiam - o estupro e o atentado violento ao pudor – que foram fundidos em um único tipo penal, sob a rubrica “Estupro”, vindo a íntegra da redação do tipo traduzir o crime no seu **sentido amplo**.

1ª CONSIDERAÇÃO: Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal é o *estupro* no **sentido estrito** do tipo, enquanto que constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é o *atentado violento ao pudor* que, agora, passa a ser uma **espécie** de estupro pela *novatio legis*, integrando o tipo do art. 213. Em vista disso, não há que se falar em extinção de crime (*abolitio criminis*).

O outro **ato libidinoso** é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere ao ato, ou seja, a uma realização física completa. Por exemplo: tocar no órgão sexual da vítima, realizar coito oral ou anal etc. Condutas mais leves como apalpar-lhe o corpo, agarrar ou dar beijos lascivos devem ser enquadradas como contravenção penal (art. 61, Lei de Contravenções Penais).

“CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR PROMOVIDA PELO JUÍZO MONOCRÁTICO RELATIVAMENTE AO PRIMEIRO FATO DELITUOSO. MANUTENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. PLEITO DE CONDENAÇÃO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA A SEGUNDA VÍTIMA. FORMA SIMPLES. DELITO HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA INCIDENTER TANTUM PELO PLENÁRIO DO STF. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I. Hipótese em que o recorrido foi condenado por importunação ofensiva ao pudor contra a primeira vítima e por tentativa de atentado violento ao pudor contra a

segunda vítima. II. Sendo a decisão que **desclassificou o crime de atentado violento ao pudor para a contravenção penal** de importunação ofensiva ao pudor motivada pela análise das provas dos autos, a pretensão de sua revisão esbarra no óbice da Súmula n.º 07 desta Corte. III. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Precedentes do STF e do STJ. *Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 17/08/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 11/09/2006 p. 344.*"

2ª CONSIDERAÇÃO: na legislação anterior, o estupro era um crime de mão própria no que se referia ao sujeito ativo (homem) e crime próprio em relação ao sujeito passivo (mulher). A partir da Lei 12.015/09, o estupro passa a ser um **crime comum** (tanto a mulher como o homem poderão ser sujeitos ativos ou passivos).

3ª CONSIDERAÇÃO: antes da vigência da Lei 12.015/09, se o sujeito ativo, em um mesmo contexto fático, praticasse o estupro e o atentado violento ao pudor contra uma determinada vítima, estaríamos diante da prática de dois crimes distintos, em concurso material. Essa era a posição majoritária, inclusive do STF e do STJ.

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E DE ESTUPRO, PRATICADOS DE FORMA INDEPENDENTE. CONFIGURAÇÃO DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES, E NÃO DE CONTINUIDADE DELITIVA. Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados contra a mesma vítima, não caracterizam a hipótese de crime continuado, mas encerram concurso material de crimes. Precedentes. Caso em que o crime de atentado violento ao pudor não foi praticado como "prelúdio do coito" ou como meio necessário para a consumação do estupro, a evidenciar a absoluta independência das duas condutas incriminadas. Ordem denegada. *Relator(a): CARLOS BRITTO. Julgamento: 17/12/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-01 PP-00135.*"

Após a união dos dois comportamentos em um só tipo no art. 213, as duas condutas foram convertidas em um só crime de ação múltipla ou conteúdo variado. Logo, se no mesmo contexto fático, o sujeito ativo mantiver conjunção carnal violenta com a vítima, vindo em seguida a praticar com ela outro ato libidinoso, ele responderá por um só crime. Caberá ao juiz, obviamente, considerar a pluralidade de núcleos na fixação da pena base: aquele que somente pratica uma das condutas do tipo será merecedor de uma pena bem menor do que o agente que venha a praticar as duas, no mesmo contexto fático, com a sua vítima.

Ao tornar-se crime único, ocorreu uma mudança benéfica na esfera penal, devendo a nova lei, por sua vez, retroagir para alcançar os fatos pretéritos. Assim, o

condenado anteriormente em concurso material por ter praticado as duas condutas nucleares do tipo, no mesmo contexto fático, será beneficiado com a alteração. Caso o agente já esteja cumprindo pena, competirá ao juiz da execução corrigi-la aplicando a lei mais benéfica (art. 66, I, da Lei de Execuções Penais, e Súmula n. 611¹ do STF).

“CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – CONCURSO FORMAL. Em sede de embargos infringentes, a Câmara concluiu que a Lei nº 12.015, ao alterar o CP, retirou a autonomia do crime de atentado violento ao pudor e tornou-se parte do tipo previsto no art. 213, agora considerado de ação múltipla. O relator asseverou que, por se tratar de norma mais benéfica, considerando que o agente que praticar diversas condutas criminosas deverá ser punido por somente uma, sua aplicação deve retroagir. Assim, segundo os Desembargadores, comprovado que o acusado agiu com vontade livre e consciente para praticar o crime de estupro contra vítimas diversas, além de violentar uma delas, deve ser condenado como incurso nas penas do art. 213, por duas vezes, em concurso formal. 20041010008702EIR, Rel. Des. Convocado RENATO SCUSSEL. Data do Julgamento 24/08/2009. 1ª Turma Criminal.”

4ª CONSIDERAÇÃO: sabem-se existir duas exceções permissivas para o abortamento no Brasil, constantes no art. 128 do Código Penal. Um deles, no inciso II, é o abortamento sentimental *ou humanitário* para gravidez proveniente de estupro. A doutrina, em sua minoria, tentava a extensão do abortamento sentimental caso a gravidez fosse proveniente de atentado violento ao pudor. A alteração extinguiu esse impasse: o estupro, em sentido amplo (agora incluindo a espécie de atentado violento ao pudor no art. 213) permite o abortamento sentimental, tenha sido a gravidez resultante de conjunção carnal ou de qualquer outro ato libidinoso diferente desta. Ainda há de ser salientado que a redação do art.128, II do Código Penal por muitos anos teve a sua aplicação considerando-se a condição da vítima de estupro – a mulher - que contraiu a gravidez em decorrência do crime que lhe foi cometido (lembrando: àquela época, a mulher não poderia ser o agente do crime). Entretanto, à luz da nova lei, a mulher que constrange o homem, obrigando-o contra a sua vontade a ter relações sexuais, empregando de meios violentos ou a grave ameaça, poderá engravidar praticando o estupro como sujeito ativo do tipo. Como o inciso II do art. 128 não faz menção expressa à vítima, a interpretação deverá se restringir à época da sua edição, não podendo, assim, se aplicar à situação em que a mulher engravidou sendo ela o **sujeito ativo** do crime de estupro. A maioria dos doutrinadores entende essa exceção permissiva do art. 128, II como uma excludente

¹ Súmula 611 do STF “Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.” DJ de 29/10/1984, p. 18114; DJ de 30/10/1984, p. 18202; DJ de 31/10/1984, p. 18286.

de antijuridicidade para o médico que irá realizar o aborto na vítima que foi estuprada. Há quem considere tratar-se de uma *“hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”*.²

Quando a mulher intenta engravidar embriagando a sua vítima ou aproveitando-se da inexperiência de um menor de 14 (catorze) anos - o famoso “golpe da barriga” - se configurará o **estupro de vulnerável**. A gravidez nesses casos é inaceitável moralmente, não cabendo ao Direito Penal intervir ao ponto de interromper a gestação pelo fato da mãe ter cometido um ilícito penalmente relevante para alcançá-la, mesmo que ela tenha o intuito de obter vantagens econômicas futuras destinadas ao filho como: pensão alimentícia ou herança.

No estupro, o elemento subjetivo geral é o dolo, e o inciso II do art. 234-A aduz: *nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada de metade, se do crime resultar gravidez*. Assim, a mulher que pratica os tipos dos artigos 213 e 217-A, com o fim específico de gestação e desse seu intento consegue obter êxito, a sua gravidez não será apenas um exaurimento do crime de estupro, mas sim, objeto de apreciação para incidir nessa causa de aumento.

5ª CONSIDERAÇÃO: antes da Lei 12.015/09, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor eram qualificados se da violência resultasse lesão corporal grave ou morte. Com a inclusão do § 1º no art. 213, a qualificadora foi incrementada. O **estupro em sentido amplo** qualifica o crime se a vítima é menor 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos. Essa qualificadora não existia. Ela era uma circunstância que o juiz utilizava na fixação da pena base. Como é uma inovação que agrava a pena, deve-se atentar que essa qualificadora não poderá retroagir para alcançar fatos pretéritos.

6ª CONSIDERAÇÃO: o revogado art. 223 já previa a pena de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos, se da **violência** resultasse lesão corporal de natureza grave. Essa violência referia-se à violência que deixa vestígios físicos ou psíquicos, visíveis e irrefutáveis, não abrangendo a grave ameaça. O § 1º do atual art. 213 diz *“se da*

² GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte Especial*, Volume II, p. 255.

conduta resulta lesão corporal grave”, ou seja, abrange as duas circunstâncias do **caput**, não importando qual delas ocorreu.

“HABEAS CORPUS. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º, V E 2º, § 1º, AMBOS DA LEI Nº 8.072/90. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. FORMAS SIMPLES E QUALIFICADA. ANÁLISE SISTÊMICA E GRAMATICAL. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. CONSEQUÊNCIAS BIOLÓGICAS, PSICOLÓGICAS E SOCIAIS DO ESTUPRO QUE FAZEM DELE UM COMPLEXO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE LEVAM À CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE ESTUPRO DO QUAL NÃO RESULTE LESÃO DE NATUREZA GRAVE. ESTATÍSTICAS. CONCEITO DE LESÃO CORPORAL. 1. A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, ao relacionar quais os delitos considerados hediondos, foi expressa ao referir o estupro, apondo-lhe, entre parênteses, a capitulação legal: art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único. Pretendeu o legislador, atento à efetiva gravidade do crime, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva, significar que são considerados hediondos: (1) o estupro em sua forma simples que, na definição legal, corresponde a: constringer mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça; (2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte a morte da vítima. 2. Revogação tácita, pela Lei nº 8.072/90, que impôs penas mais severas ao crime de estupro, do parágrafo único incluído no art. 213 do Código Penal pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). 3. Estupro: crime que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tamanha repulsa que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo, bem como que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semi-consciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas. Estatísticas de incidência que, somadas às consequências biológicas, psicológicas e sociais que acarreta, fazem desse crime um complexo problema de saúde pública. Circunstâncias que levam à conclusão de que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. 4. O conceito de lesão corporal, na lição de Nelson Hungria, não abrange apenas consequências de ordem anatômica, mas compreende qualquer ofensa à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico, o que abrange a desintegração da saúde mental. 5. Ordem denegada. HC 81360, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 19/12/2001, DJ 19-12-2002 PP-00071 EMENT VOL-02096-02 PP-00404.”

7ª CONSIDERAÇÃO: foi revogado o parágrafo único do art. 223 que previa “*se do fato resulta a morte*”. Em contrapartida, o § 2º do novo art. 213 expõe “*se da conduta resulta morte: pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos*”. Aqui, outro conflito na doutrina foi solucionado. Uma minoria defendia que a morte no estupro qualificava o crime, não importando se existiu um fator de grande violência ou de grave ameaça ou, se ainda, a morte proviesse de qualquer outro fato superveniente relativamente independente como, por exemplo, um atropelamento: ao fugir do seu estuprador a vítima vem a ser atropelada e morre. Entendia-se que, apesar da vítima não ter morrido em razão da violência e nem da grave ameaça, ela teria morrido em razão do **fato** e por isso incidiria a qualificadora. O STF vinha evitando tal excesso e,

por fim, o legislador o corrigiu, definitivamente, ao restringir a qualificadora somente à **conduta**.

8ª CONSIDERAÇÃO: alguns aspectos também chamam atenção no atual art. 215 que trata da **violação sexual mediante fraude** - o chamado *estelionato sexual*. A fraude é o ardil, o engano, o artifício, e se manifesta como um dos meios utilizados pelo agente para que tenha sucesso na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

O art. 215 inovou ao incluir a conduta através de *outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*. Não há que se confundir o cerceamento dessa manifestação de vontade com o vício da vontade do Direito Civil (coação), pois uma vez que a vítima fique impossibilitada de oferecer resistência, nós estaremos diante do mais novo tipo “estupro de vulnerável”. O desejo do legislador com a nova redação foi abarcar o que a doutrina tinha dificuldade de enquadrar: o temor reverencial - que não seria uma grave ameaça, mas apenas uma ameaça. A conjunção carnal praticada nessas circunstâncias, apesar de não retirar totalmente a capacidade de resistência da vítima, viciaria a livre manifestação da vontade da mesma. Certamente haverá doutrina defendendo que, neste caso, também poderá ser enquadrada a vítima embriagada moderadamente, lembrando-se, por sua vez que, se totalmente embriagada, a vítima estará incapacitada para oferecer resistência, tratando-se assim de estupro de vulnerável.

9ª CONSIDERAÇÃO: No art. 216-A, **assédio sexual**, houve a inclusão do § 2º estabelecendo que *a pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos*. Vale salientar que o sujeito ativo deve ter ciência da idade da vítima, com o propósito de evitar a responsabilidade penal objetiva. A aplicação dessa majorante – que tem o seu limite de aumento em até um terço - ficará a critério do juiz, não se permitindo retroagir aos fatos pretéritos. Isso não impedirá que o juiz, considerando as **circunstâncias** à ocasião do crime, a aplique na fixação da pena.

10ª CONSIDERAÇÃO: o novo tipo do art. 217-A foi acrescentado pela lei 12.015/09, e também merece destaque - o **estupro de vulnerável**.

Em síntese, na elaboração do tipo em comento ocorreu a soma dos antigos art. 213 e art. 214 quando praticados nas circunstâncias do revogado art. 224. Cabe a elucidação através de um exemplo: antes da lei 12.015/09, o agente que praticasse estupro ou atentado violento ao pudor com uma vítima de 13 (treze) anos responderia pelos respectivos crimes na modalidade qualificada pelo art. 224 (presunção de violência). Caso o agente empregasse violência real contra esse menor, responderia somente pelos antigos artigos 213 ou 214, sem a incidência da majorante. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência não chegavam a um consenso no debate sobre a violência real. Se a violência real não fosse empregada, então era presumida pelo art. 224. Questionava-se também se a presunção seria absoluta ou relativa. Atualmente, o juízo que prevalece nos tribunais é que se trata de violência absoluta - não admitindo prova em contrário. A redação do art. 217-A encerrou a questão: pouco importa se há violência ou não, e se essa presunção é absoluta ou relativa. Para a consumação do tipo é suficiente, **apenas**, que o agente mantenha conjunção carnal ou outro ato libidinoso com uma vítima menor de 14 (quatorze) anos, submetendo-se assim à pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

11ª CONSIDERAÇÃO: No crime de estupro simples o verbo constranger traduz a conduta do agente em obrigar a vítima a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. No estupro de vulnerável, o legislador foi omissivo quanto ao cerceamento da vontade da vítima. O legislador no art. 217-A restringiu a conduta **a ter ou praticar o ato com o menor de 14 (catorze) anos**. O comportamento do agente pode ser ativo ou passivo – ele praticando “no” menor ou, ainda, o menor praticando “nele”.

Tal omissão denota a incapacidade do adolescente menor de 14 (catorze) em possuir discernimento para a prática de atos sexuais. Nos dias de hoje, mais do que nunca, vê-se o amadurecimento precoce das crianças e adolescentes, que estão mais preparados para lidar com a sexualidade e para reagir às eventuais adversidades. O principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade há de ser a proteção contra o abuso e a violência sexual, e não contra atos sexuais que se baseiem em vontade livre e consciente e que decorram de consentimento não-viciado. Não é papel do Direito Penal limitar a liberdade sexual, mas garanti-la.

O Ministro Nilson Naves do STJ, proferiu no REsp-542.324, de 2005: *“Embora não se lhe negue a missão fundamental de tutelar bens jurídicos, a intervenção do Penal depende de efetiva lesão ou perigo (concreto) de lesão ao bem tutelado pela norma. O meu convencimento, e creio não me achar em erro, é que a liberdade sexual, bem jurídico que orienta a punição dos crimes sexuais, tem a ver com a livre disposição do corpo para fins sexuais, bem como com o direito de não ser a pessoa envolvida em atividades sexuais sem seu consentimento. Ora, se a relação sexual é consciente e validamente consentida, não há afetação real dessa liberdade; conseqüentemente, eventual punição do ato que não atingiu o bem jurídico violaria, na verdade, o princípio do nullum crimen sine injuria.”*

“ESTUPRO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA COM 13 ANOS E 11 MESES DE IDADE. INTERPRETAÇÃO ABRANGENTE DE TODO O ARCABOUÇO JURÍDICO, INCLUINDO O ECA. MENOR A PARTIR DOS 12 ANOS PODE SOFRER MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. [...] DESCARACTERIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA E, POIS, DO ESTUPRO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Se o ECA aplica medidas socioeducativas a menores a partir dos 12 anos, não se concebe que menor com 13 anos seja protegida com a presunção de violência. 2. Habeas corpus em que os fatos imputados sejam incontroversos é remédio hábil a desconstituir sentença condenatória. 3. Ordem concedida.

HC 88664/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 23.06.2009, DJ 08.09.2009.”

O artigo 2º do ECA considera “menor” o adolescente dos 12 aos 18 anos de idade, podendo até sofrer medidas socioeducativas. E, como lembra Carlos Antônio Ribeiro, *“se o menor a partir de 12 anos pode sofrer medidas socioeducativas, por ser considerado pelo legislador, capaz de discernir a ilicitude de um ato infracional, tido como delituoso, não se concebe, nos dias atuais, quando os meios de comunicação em massa adentram em todos os locais, em especial nos lares de quem quer que seja, com matérias alusivas ao sexo, que o menor de 12 a 14 anos não tenha capacidade de consentir validamente frente a um ato sexual.”*³

E, efetivamente, *“não se pode admitir no ordenamento jurídico uma contradição tão manifesta, a de punir o adolescente de 12 anos de idade, por ato infracional, e aí válida sua vontade, e considerá-lo incapaz, tal como um alienado mental, quando pratique ato libidinoso ou conjunção carnal. Isto, quando já se sabe que o adolescente de hoje recebe muito mais informações sobre sexo do que o adolescente da década de 1940...”*⁴

³ RIBEIRO, Carlos Antonio R. *Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual*, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, número 12, pág. 216.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, pág. 67. São Paulo: Saraiva, 1990.

12ª CONSIDERAÇÃO: É oportuno destacar o **preterdolo** nas formas qualificadas pelo resultado previstas nos §§ 3º e 4º do art. 217-A. Antes da Lei 12.015/09, a doutrina e a jurisprudência tentavam chegar a um consenso sobre a possibilidade de aplicar as qualificadoras do antigo art. 223: *se da violência resultasse lesão corporal de natureza grave* (pena – reclusão, de 8 a 12 anos) ou *morte*, no parágrafo único (pena – reclusão, de 12 a 25 anos), tanto no estupro quanto no atentado ao pudor - ambos com violência presumida pelo art. 224. Nesse impasse, havia jurisprudência do STJ e do STF, que também defendia a aplicação do disposto no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, que diz que *“a pena será acrescida de metade, respeitando o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 do Código Penal”*.

Àquela época, tanto o estupro quanto o atentado violento ao pudor - ambos com violência presumida - tinham suas penas de reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Desse modo, aplicando-se o disposto no artigo 9º da Lei 8.072/90, elas tornar-se-iam de 9 (nove) a 15 (quinze) anos. Para o magistrado que adotava essa corrente, estará ele agora limitado em aplicar **somente** a pena do art. 217-A, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, pois a revogação do art. 224 do Código Penal fez com que o parágrafo 9º da Lei 8.072/90 perdesse seu sentido. Nesse caso, para os apenados com base no aumento da Lei de Crimes Hediondos, a Lei 12.015/09 é melhor e deverá retroagir em benefício do preso.

“ESTUPRO. RETROATIVIDADE. LEI. Este Superior Tribunal firmou a orientação de que a majorante inserta no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, nos casos de presunção de violência, consistiria em afronta ao princípio *ne bis in idem*. Entretanto, tratando-se de hipótese de violência real ou grave ameaça perpetrada contra criança, seria aplicável a referida causa de aumento. Com a superveniência da Lei n. 12.015/2009, foi revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, *ex vi* do art. 2º, parágrafo único, do CP. REsp 1.102.005-SC, *Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 29/9/2009.*”

Caso o crime do art. 217-A tiver sido praticado com emprego de violência física, ou até mesmo da grave ameaça (elementares que não integram o estupro de vulnerável como ocorre com o crime de estupro do art. 213), será possível identificar

o **concurso material** dos crimes de estupro de vulnerável com o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), assim também como a ameaça do art. 147.

13ª CONSIDERAÇÃO: o crime de **corrupção de menores** do art. 218 revela aspectos intrigantes na sua redação, *induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem*: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

A novidade é o lenocínio especial que se limitou à especialidade caso a vítima seja menor de 14 (catorze) anos. O lenocínio é o crime de explorar, estimular ou facilitar a prostituição ou a devassidão de alguém. Por conseguinte, estamos abordando um tipo que inclui os seguintes personagens: **o lenão**, que é o mediador entre a pessoa que vai ser satisfeita com a vítima induzida; **a vítima**, que é menor de 14 (catorze) anos; e por fim, **o consumidor**: aquele que é destinatário do induzimento à satisfação da lascívia. A falha técnica do tipo em comento é que o art. 218 só pune o lenão – que é o mediador.

Se a lascívia de outrem consistir em conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, estaremos diante de um estupro de vulnerável. Por consequência, não há que se falar em lenão para esse caso, tratando-se, assim, de concurso de agentes para estupro de vulnerável: o destinatário estuprou e o mediador da concordou de qualquer modo. Porém, haverá corrente que defenderá uma provável **exceção pluralista da teoria monista**, na qual duas pessoas concorrem para o mesmo crime, mas respondem por tipos diversos: o **mediador** responderia pela **corrupção de menores** do art. 218 (com pena menor e direito a sursis) e o **destinatário da lascívia** responderia pelo **estupro de vulnerável** do art. 217-A (crime hediondo e pena maior). Desse modo, essa corrente conseguiria retirar do mediador a hediondez de um crime viabilizado por ele.

O grau do comportamento na satisfação da lascívia será determinante na aplicação do tipo do art. 218. Tendo o destinatário apenas um comportamento contemplativo – por exemplo, aquele que induz a vítima a fazer um *streap-tease* para outrem - será punido o lenão pelo crime de corrupção de menores, enquanto que o destinatário (outrem) não sofrerá nenhuma punição.

14ª CONSIDERAÇÃO: a criação do art. 218-A, **satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente**, também inovou ao tipificar algumas

condutas estabelecendo núcleos alternativos. Agora é crime *praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem*. Note-se que o menor de 14 (catorze) anos não participa do ato (senão, estaríamos diante de estupro de vulnerável).

No crime em comento, temos os seguintes comportamentos a serem analisados para a sua consumação: **I** - o agente mantém a conjunção carnal ou o ato libidinoso percebendo a presença do menor que está por perto. Ele aceita ser observado e é isso que satisfaz a sua lascívia; porém, se o menor já está vendo, o crime só se consuma quando o agente pratica o ato de libidinagem. **II** - o agente não só percebe a presença do menor como, ainda assim, o induz a presenciar o ato de libidinagem. A consumação ocorre no induzimento do menor para ver o ato, vindo esse a ocorrer ou não. Porém, se o ato libidinoso ocorre, será considerado um mero exaurimento do tipo.

15ª CONSIDERAÇÃO: o crime de **favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável** do art. 218-B estabelece “*submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.*”⁵

Aqui, o legislador negligenciou um possível conflito entre o art. 218-B e as qualificadoras do art. 228, § 1º que se encontram inseridas no Capítulo V. Por exemplo, se o agente tem alguma ligação mais estreita com a vítima, ou seja, se ele é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância para com essa vítima menor e a submete à prostituição, ele poderá responder pelo crime do art. 228, § 1º - **favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual** – submetendo-se a penalidade bem menor: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. Tal incoerência afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

⁵ Tem correspondência ao tipo penal previsto na Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual: Pena - reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa”.

16ª CONSIDERAÇÃO: a Lei 12.015/09 determina que a **ação penal** pública condicionada à representação será a regra geral para os crimes contra a dignidade sexual. A ação pública incondicionada será exceção, sendo aplicada somente para os casos em que a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.⁶

Por conseguinte, fica abolida a ação penal de iniciativa privada nos crimes sexuais, *salvo* a ação penal privada subsidiária da pública, por se tratar de uma garantia constitucional do indivíduo (Constituição Federal, art. 5º, LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal).

O conflito aqui percebido é quanto à ação que realmente deverá ser considerada para crimes praticados com violência real, pois o conteúdo da Súmula 608 do STF determina que *“no crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”*. Esta referida condição se amolda, perfeitamente, aos casos de estupro qualificado pelo resultado, previstos dos §§ 3º e 4º do art. 213, nos quais a nova lei exige a representação.⁷

Quanto aos crimes praticados antes da Lei 12.015/09 que se encaixavam na regra da ação privada, porém ainda não havendo processo em andamento, certamente haverá doutrina que dirá que esses estupros pretéritos deverão ter o seu processo iniciado através da **queixa**, pois a ação penal privada estará atrelada às causas extintivas da punibilidade, as quais a ação penal pública não tem: renúncia do ofendido, perdão do ofendido, perempção. Por outro lado, haverá doutrina defendendo que será através da **denúncia**, baseando-se no princípio da lei vigente ao ato do processo - *tempus regit actum* – o tempo rege o ato. Essa última retroagiria de forma maléfica ao réu, não sendo, portanto, possível a sua aplicação.

17ª CONSIDERAÇÃO: é relevante tecer algumas considerações ao art. 229 – **casa de prostituição**: *“manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que*

⁶ PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 454 de 2009 - Revoga o art. 225 do Código Penal, para estabelecer que os crimes contra a liberdade sexual definidos nos arts. 213 a 218 do referido diploma legal serão processados mediante ação pública incondicionada.

⁷ ADI/4301 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Em 07/10/2009: “Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, contra a redação dada ao art. 225 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que teria ofendido os princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado”.

ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

A prostituição consiste na realização de ato sexual mediante paga, em caráter habitual; enquanto que a exploração sexual equivale a tirar proveito de ato sexual de outrem. Alguns defendiam a revogação desse tipo, pois os costumes da sociedade evoluíram. Entretanto, a mudança do texto foi de grande êxito ao salientar a ocorrência de exploração sexual. O texto anterior tipificava como crime a conduta de “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos”, o que dava ensejo a incluir os motéis no rol de lugares considerados casa de prostituição. A redação atual não dá margem para esse tipo de interpretação, porém não define exatamente o que seja essa exploração sexual. A doutrina a classifica como gênero que abrange as espécies: prostituição, turismo sexual, tráfico de pessoas e pornografia. Assim, qualquer estabelecimento mantido com essas finalidades em atos contínuos estará adequado ao tipo em comento.

Vale salientar que o Brasil adota o sistema abolicionista - que não criminaliza a prostituição - não intervindo o Estado nesta seara e nem buscando impedi-la, mas pune a prática do proxenitismo, própria dos lenões e rufiões, em geral.

REFERÊNCIAS:

_____. Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 de setembro de 2009.

_____. Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03 de setembro de 2009.

_____. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 de outubro de 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial**, Vol 4. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, pág. 67. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, Volumes II e III. Rio de Janeiro: Impetus, 2009 (revisão de 26/08/2009 e Adendo – Lei n. 12.015/2009 Dos Crimes Contra A Dignidade Sexual).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol 3, Parte Especial – arts. 184 a 288. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

RIBEIRO, Carlos Antonio R. **Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual**, *in* Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, vol. 5, nº 12.