

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA LEI 12.015/09 (LEI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL)

Cláudia Tereza Sales Duarte¹
Thallys Mendes Passos²

RESUMO:

Este artigo trata das alterações introduzidas pela Lei 12.015/09 no Código Penal, mais especificamente no título VI, até então intitulado de “Crimes contra os Costumes”, hoje recebendo a designação de “Crimes contra a Dignidade Sexual”.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei 12.015/09. Crimes contra a dignidade sexual.

O presente artigo tem por objetivo disponibilizar aos leitores um apanhado geral das alterações legislativas introduzidas pela Lei 12.015/09, em face das figuras delitivas que protegiam os “costumes” e, ao mesmo tempo, expor alguns casos práticos que permitirão contextualizar o alcance das mudanças.

Em 10 de agosto de 2009, entrou em vigor a Lei 12.015/09, que alterou substancialmente o Título VI, do Código Penal, referente aos crimes contra os costumes. Antes de tecer as primeiras impressões sobre a reforma, vale destacar que o novel diploma além de revogar a Lei 2.252/54, que tratava do crime de corrupção de menores, inseriu-o no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 244-B. O novo diploma ainda fez uma pequena alteração no artigo 1º da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos) ao revogar neste artigo o inciso VI, modificando também a redação do inciso V.

Inicialmente, quanto à denominação conferida ao título VI do Código Penal, andou bem o legislador ao substituir a antiga expressão “crimes contra os costumes” por “crimes contra a dignidade sexual”, por se mostrar mais adequada ao texto constitucional e à nova realidade social, porquanto a

¹ Advogada, Psicóloga, Professora e Especialista em Direito Penal, Processual Penal e Teoria Geral do Processo da Faculdade Processus e em cursos preparatórios para concursos.

² Biólogo, Agente de Polícia Civil do Distrito Federal e estudante do curso de direito da Faculdade Processus.

liberdade ao próprio corpo está intimamente ligada à dignidade humana, e não, como afirmava Hungria³ ao dissertar sobre o conceito de costumes, de que tal expressão era utilizada para denotar os hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática.

Nesse sentido, Guilherme Nucci⁴ esclarecia que o Código Penal já estava a merecer uma reforma há muito tempo, no tocante à vetusta denominação “crimes contra os costumes”, levando em consideração a dignidade da pessoa humana e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvessem adotar livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito de outrem, ainda que esses hábitos pudessem ser interpretados como imorais ou inadequados.

Assim, a crítica que foi feita ao legislador em 2005, quando por intermédio da Lei 11.106/05 deixou de dispor sobre a modificação acima referida, não mais subsiste.

Tecidas as primeiras considerações a respeito da modificação do título, passaremos a partir daqui a dispor sobre as alterações significativas quanto aos tipos penais.

Primo ictu oculi, verifica-se que o Título VI do Código Penal passou a ser dividido em seis capítulos, fora o capítulo III que já havia sido revogado integralmente pela Lei 11.106/05, a saber:

- Capítulo I: dos crimes contra a liberdade sexual
- Capítulo II: dos crimes sexuais contra vulnerável
- Capítulo IV: disposições gerais
- Capítulo V: do lenocínio e do tráfico de pessoas para fins de prostituição ou de outra forma de exploração sexual
- Capítulo VI: do ultraje ao pudor público
- Capítulo VII: Disposições gerais

Analisaremos, ora em diante, cada capítulo e as alterações pelas quais passaram os tipos penais.

³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 103-104.

⁴ NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**, 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 641.

1. Capítulo I – Dos Crimes contra a Liberdade Sexual

1.1. Artigo 213

Assim dispõe esse artigo, com a nova redação dada pela Lei 12.015/09:

“Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”. (NR)

A primeira grande alteração trazida pelo novel diploma foi a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor em um só tipo penal, previsto no art. 213, ficando revogado o artigo 214. Essa situação já era idealizada por vários doutrinadores, pois era comum a existência de algumas controvérsias nos Tribunais Superiores, ou mesmo entre doutrinadores, sobre a impossibilidade do reconhecimento da continuidade delitiva entre as duas condutas ou do reconhecimento da desistência voluntária no delito de estupro. Além do que, na linguagem popular, tanto as condutas do estupro quanto do atentado violento ao pudor acabavam sendo denominadas de estupro.

O legislador atual optou pela palavra “estupro” para definir a conduta do agente que constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Analisando as condutas do artigo 213, verificamos que hoje qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo do crime de estupro (em sentido amplo), bastando que se pratique o constrangimento, com a utilização de violência ou grave ameaça para atingir a finalidade prevista no tipo penal. Diante disso, o crime hoje passa a ser classificado como crime comum e não mais bi-próprio, apesar de se ter entendido, com algumas posições contrárias, que na antiga redação do artigo 213, a mulher poderia ser sujeito ativo do

crime de estupro, desde que na espécie de autoria mediata ou pela teoria do domínio do fato⁵.

Em uma análise mais técnica do tipo do artigo 213, verifica-se que na primeira parte, no que diz respeito ao sujeito ativo, o crime é classificado de mão própria, por exigir do agente uma atuação pessoal e indelegável, e próprio em relação ao sujeito passivo, pois somente a mulher poderá figurar como vítima. Quando se tratar de quaisquer outros atos libidinosos, o crime será comum, já que não se exige do agente e nem da vítima uma especial qualificação ou mesmo uma atuação pessoal.⁶

Importante registrar que, com a nova redação, não se exige que a conduta do agente, no caso do constrangimento, se volte contra a mulher, apesar de o conceito de conjunção carnal ser ainda o que fora definido por Hungria como “a cópula *secundum* natura, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”⁷.

Diante das novas condutas descritas como crime de estupro, já existem doutrinadores denominando a primeira parte do artigo 213 de estupro próprio e a segunda parte, de estupro impróprio, por se tratar, esta última, da antiga conduta descrita como o crime de atentado violento ao pudor.

A Lei 12.015/09 criou três modalidades de qualificadoras para o crime de estupro. As duas primeiras, previstas no §1º do artigo 213, dispõem sobre a ocorrência de resultado lesão de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos. Já a terceira, disposta no §2º do referido artigo, prevê a ocorrência do resultado morte.

Diverso do que ocorria no revogado artigo 223, que previa no capítulo das disposições gerais formas qualificadas para os crimes previstos nos artigos 213 a 218, dentre elas os resultados lesão de natureza grave e morte, o §1º do artigo 213 deixa claro que a lesão e a morte devem decorrer da conduta de estupro e não especificamente da violência. Importante frisar que

⁵ Rogério Sanches entendia que, se adotada a teoria do domínio do fato, a mulher mandante poderia figurar como autora imediata do crime de estupro.

⁶ Rogério Greco, op. cit, p. 11.

⁷ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 128.

esses resultados, lesão grave ou morte, só podem ser imputados ao agente a título de culpa, tratando-se de crimes eminentemente preterdolosos. Desse modo, o agente deve ter praticado a conduta no sentido de estuprar a vítima, vindo, culposamente, a causar-lhe lesão de natureza grave ou morte.

Aqui, no entanto, permanece a indagação: é possível a tentativa de estupro na forma qualificada, mesmo não se consumando a conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, ocorrer o resultado lesão grave ou morte? A doutrina majoritária entende que nesse caso, em se tratando de delito preterdoloso, é inadmissível a tentativa, com base no artigo 19 do Código Penal. Nesse sentido, Luis Regis Prado⁸. No entanto, doutrina minoritária entende que toda regra tem uma exceção, sendo essa a hipótese, porquanto não se pode entender por consumado o crime de estupro se não houve a efetiva prática da conjunção carnal ou de qualquer ato libidinoso. Seria incoerente afirmarmos que, caso o agente derrube a vítima no chão, fazendo com que bata a cabeça no meio-fio, produzindo-lhe a morte, e inexistindo qualquer prática do ato sexual, o crime do estupro restaria consumado.

Diante desse confronto de entendimentos, vê-se como mais certa a segunda posição que se manifesta pela tentativa qualificada de estupro, por ser mais coerente com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

A outra forma qualificada diz respeito à idade da vítima. Em sendo o crime de estupro praticado contra vítima menor de 18 anos e maior de 14, a pena é de reclusão de 8 a 14 anos.

A necessidade de se conferir um tratamento penalógico mais gravoso ao agente, quando a vítima for adolescente (menor de 18 anos e maior de 14 anos), encontra-se em consonância com os estudos e discussões a respeito do aumento da violência sexual contra crianças e adolescentes.

Merece registro que, no §2º do artigo 213, a nova lei trouxe um acréscimo à pena máxima prevista em abstrato, que passou a ser de 30 anos,

⁸ PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 204.

enquanto na redação anterior do Código Penal, para tal conduta delitiva, tínhamos o quantum máximo de 25 anos (vide o revogado artigo 223).

Uma das coisas que mais nos chama atenção, no caso do crime de estupro, é que, a depender da relação anterior mantida entre agente e vítima, existe uma dificuldade de se provar se houve ou não estupro, principalmente quando, de um lado, temos a palavra da vítima, que afirma ter sido estuprada e, de outro, a palavra do réu, que nega todas as acusações. É o que Rogério Greco, citando o que é tratado pela criminologia como “Síndrome da Mulher de Potifar”⁹, expõe em seu livro.

Em um momento da vida prática, deparamo-nos com um caso em que um rapaz estava preso, acusado de ter estuprado a ex-namorada. Ele, o tempo todo, negava a prática delituosa. Ela, por sua vez, afirmava que tinha sido vítima de estupro. Ao final, ficou devidamente comprovado que ele havia sido vítima de uma situação forjada por ela. Só para resumir a situação e atender a curiosidade do leitor, tudo começou porque a suposta vítima não aceitou o término do namoro e, com desculpa de que seria um encontro de despedida, manteve conjunção carnal com o suposto autor, de forma totalmente consentida. Porém, algumas horas depois da relação sexual, ela foi à delegacia e fez uma ocorrência policial, afirmando que havia sido estuprada pelo seu ex-namorado. Posteriormente, foi instaurada ação penal e, por ocasião da instrução, uma testemunha esclareceu devidamente os fatos, o que implicou a absolvição do agente.

Claro que essa situação narrada não é comum, mas serve de alerta para que, diante de determinadas situações, deve o magistrado ter um cuidado maior na apuração dos fatos relatados pela vítima.

1.2. Artigo 215

O artigo 215 teve também sua redação alterada, passando a ser denominado pelo legislador de “violação sexual mediante fraude”, conforme vemos abaixo:

⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III, 5. ed. RJ: Impetus, 2008, p. 481.

**“Art. 215. 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:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”. (NR)**

Assim como ocorreu com os artigos 213 e 214, os artigos 215 e 216 receberam o mesmo tratamento pelo legislador, que revogou o artigo 216, unificando tal conduta no artigo 215 do Código Penal, que prevê, em sua nova redação, o delito de violação sexual mediante fraude. Além disso, o novo tipo delitivo traz uma pena maior do que a prevista anteriormente.

Importante ressaltar que o artigo 215 já havia sofrido alteração, dada pela Lei 11.106/05, consistente na retirada da expressão “mulher honesta” de sua redação original. Diante da evolução da sociedade, tal conceito não se coadunava mais com o perfil da mulher do século XXI, pois trazia uma carga discriminatória quando conceituava como honesta somente a mulher que tivesse uma conduta moral decente, em contraposição àquela que fosse separada, mãe de filhos concebidos fora do casamento, ou que já tivesse se entregue aos “prazeres da carne”. Conforme preleciona Hungria, *in* Comentários ao Código Penal, v. 8, 5. ed. RJ: Forense, “mulher honesta não é somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o mínimo de decência exigido pelos bons costumes”.

A atual mudança, contudo, criou uma lacuna no ordenamento jurídico, uma vez que agregou ao artigo 215 apenas parte da conduta descrita no revogado artigo 216, do CP, que tinha a seguinte redação:

**“Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)
Pena - reclusão, de um a dois anos”.**

Atualmente, o artigo 215 afirma que pratica o crime de violação sexual mediante fraude aquele que tiver conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Como se vê, o comportamento do

agente que ludibria a vítima a praticar em si mesma ou nele atos sexuais é atípico, não cabendo nenhuma forma de integração da norma, sob pena de se incorrer em analogia *in malam partem*, situação essa rechaçada pelo direito penal.

1.3. Artigo 216-A

“Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena de detenção de 1(um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. (VETADO)

§ 2º_A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (incluído pela Lei 12.015/09)”.

Outra modificação inserida no Código Penal diz respeito à inclusão no artigo 216-A, que trata da figura do assédio sexual, de uma causa de aumento quando a vítima for menor de 18 anos, conforme se verifica no §2º.

A conduta do assédio sexual, tipificada pelo legislador em 2001, por intermédio da Lei nº 10.224/01, foi sempre alvo de críticas por parte de vários doutrinadores. Em momento anterior, já tivemos oportunidade de tecer algumas considerações quanto ao referido delito, em monografia de final de curso, onde se concluiu com base no moderno princípio da intervenção mínima do direito penal, cujas características são a fragmentariedade e a subsidiariedade, que o legislador andou mal em tipificá-lo como crime.

Além do mais, parte da doutrina, de forma bem resumida, entende que o tipo previsto no artigo 216-A traz algumas imprecisões, principalmente porque, ao descrever a conduta pelo verbo “constranger”, não especifica a forma com que vai ser praticado o constrangimento, se mediante violência ou grave ameaça, ou por simples temor reverencial ou mesmo por insistência do agente.

Apesar da análise acima, a Lei 12.015/09 introduziu no §2º uma causa de aumento de pena de até 1/3 se a vítima do assédio for menor de 18 anos, reafirmando a necessidade de proteção do menor, assim como o fez em outras oportunidades.

É óbvio que, em um contexto de relação de subordinação hierárquica nas relações laborais, é muito mais grave a conduta do agente quando voltada contra o menor, merecendo assim, maior repreensão por parte do legislador.

2. Capítulo II – Dos Crimes Sexuais contra Vulnerável

Este capítulo passou a dispor sobre as figuras delitivas previstas nos artigos 217-A, 218, 218-A e 218-B, que se referem, respectivamente, aos crimes de estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Hoje é grande o número de casos de violência sexual e exploração sexual contra crianças e adolescentes. Os relatos obtidos por meio da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada em março de 2003, foram determinantes para a propositura do projeto de lei 253/2004 que, após várias alterações, foi convertido na Lei 12.015/09.

À luz das discussões nas casas legislativas, a Constituição Federal de 88, em seu artigo 227, homenageia o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, trazendo à baila as modificações introduzidas pelo diploma legal em consonância com tal princípio.

2.1. Art. 217-A

Inicialmente, vale lembrar ao leitor que o artigo 217, *caput*, do Código Penal, que tratava do crime de sedução, foi revogado pela Lei 11.106/05, por isso mesmo não é objeto do presente artigo.

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

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

**§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
§ 4º Se da conduta resulta morte:
Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.**

Conforme se vê, o artigo 217-A revogou o artigo 224, alíneas “a”, “b” e “c”, do Código Penal, que tratava da presunção de violência, bem como modificou algumas expressões que haviam sido adotadas, em consonância com o Código Civil de 1916, mas que já vinham sendo abandonadas pela doutrina e jurisprudência, diante da evolução dos estudos da psicologia e da psiquiatria, e até mesmo pelo conteúdo pejorativo e vulgar com que denominavam pessoas acometidas de determinados distúrbios mentais.

Ocorre que durante muito tempo afirmava-se que a presunção de violência descrita no revogado artigo 224, era de natureza absoluta, não cabendo prova em contrário. Assim, caso uma conjunção carnal fosse praticada com pessoa não maior de 14 anos, era absolutamente presumido a ocorrência da violência por parte do agente contra a vítima, diante da incapacidade de ela consentir com a relação, configurando então o crime de estupro. A partir da década de 80, parte da doutrina e dos tribunais começou a discutir se a presunção seria absoluta ou relativa, ou seja, se neste último caso caberia prova em contrário, podendo o agente provar no caso concreto que a vítima tinha capacidade, até mesmo diante da vida sexual que já mantinha, de discernir sobre a sua vontade de manter aquele contato sexual, descaracterizando o crime de estupro.

O fato é que o legislador atual, acabando com essa discussão, entende que a pessoa menor de 14 anos, que mantém com outra pessoa conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, encontra-se em uma situação de absoluta vulnerabilidade, não cabendo ao aplicador o direito de decidir contrariamente.

O dispositivo estendeu, também, a proteção para aquelas pessoas que, diante de uma situação de vulnerabilidade, não tem capacidade de discernir sobre a prática do ato ou mesmo não tenham como oferecer qualquer tipo de resistência a ele.

Neste último caso, estão as pessoas com alguma enfermidade ou deficiência mental e que, em virtude disso, não tenham necessário discernimento sobre o ato, ou mesmo aquelas que se encontrem em uma situação na qual não possam resistir à investida do agente.

Como se vê, as vítimas desse novo tipo foram escolhidas por um critério biológico e psicológico, sendo classificado o crime, quanto ao sujeito passivo, de próprio, diante da qualidade especial das vítimas. Contudo, de forma sábia, o legislador entendeu por bem não abranger toda e qualquer enfermidade ou deficiência mental, mas somente aquelas que implicarão o comprometimento de juízo da pessoa sobre a prática do ato sexual. É óbvio que existem casos em que mesmo sendo acometida de enfermidade mental, a pessoa tem discernimento sobre a relação sexual que mantém, inclusive tendo família constituída, com filhos.

Quanto à situação em que a vítima não pode oferecer resistência, o item 70 da Exposição de Motivos do Código Penal, antes mesmo da modificação, já trazia alguns exemplos, como no caso da paralisia ou no caso de pessoas que sofreram algum acidente e que, temporariamente, tenham seus movimentos tolhidos. A doutrina cita outros exemplos, como vítimas embriagadas de forma letárgica, em estado de hipnose etc.

Tem sido muito corriqueiro nos noticiários casos em que médicos, ao exercerem suas especialidades, sedam seus pacientes e se aproveitam dessa situação para praticar com eles conjunção carnal ou atos libidinosos. Neste caso, considerada a possibilidade de a vítima ter sido colocada pelo próprio agente, na condição de não poder oferecer resistência, deverá ele ser responsabilizado pelo crime em questão, pois não exigiu o legislador, para fins de configuração do crime, que a vítima já se encontrasse nesse estado, tendo o agente tirado proveito dessa condição.

Assim como fez com o crime de estupro disposto no art. 213, o legislador também dispôs, nos §§ 1º e 2º do artigo 217-A, sobre modalidades qualificadas do crime de estupro de vulnerável em ocorrendo lesão de natureza grave (abrangida a gravíssima) ou morte.

2.1. Artigo 218-A

“Art. 218-A. 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: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos”.

O delito de corrupção de menores, disposto no artigo 218 caput, do Código Penal sofreu alteração em sua redação, que anteriormente previa a conduta daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo.

Entende-se por corrupção de menores, neste caso, o fato de o menor passar habitualmente a ter uma vida devassa, a partir da primeira relação sexual da qual participou ou tão somente presenciou.

Existia na doutrina e jurisprudência grande controvérsia a respeito da classificação doutrinária, no que tange à exigência ou não da comprovação da efetiva corrupção do menor para fins de consumação do crime. Havia os que defendiam ser ele um crime material, exigindo assim, a comprovação da efetiva corrupção posterior ao ato a que fora submetido. De modo diverso, havia os que entendiam ser crime formal. Desta forma, a mera prática da conduta (praticar ou induzir) seria suficiente para se dar por consumado o delito. Portanto, se o menor já era entregue aos prazeres da carne ou depravado e, em sendo material o crime, este não seria objeto apto à configuração do crime. Consideraria-se, portanto, crime impossível, nos moldes do artigo 17 do Código Penal. Caso contrário, em sendo crime formal, tal fato seria irrelevante para a configuração delituosa.

Com a nova redação, percebe-se que o legislador simplificou a conduta de corrupção de menores, bastando que o sujeito ativo induza, de qualquer modo, menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem. O elemento normativo “alguém” abrange tão somente os menores de 14 anos de ambos os sexos, deixando o legislador de conferir proteção ao menor de 18

anos e maior de 14 anos no artigo 227, §1º, que é uma qualificadora do crime de mediação para satisfação da lascívia de pessoa adulta.

Importante destacar que o agente que pratica a conduta descrita no tipo não deverá impor à vítima a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, sob pena de incorrer nas penas do artigo 217-A (estupro de vulnerável) combinado com o artigo 29, todos do Código Penal, aplicando-se a regra do concurso de agentes, ou seja, quem pratica a conduta prevista pelo verbo núcleo do tipo (constranger) e aquele com quem o menor irá praticar um ato libidinoso.

No tocante à conduta do agente que induz, a idéia é que ele tão somente pratique atos de convencimento e persuasão, levando o menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Quanto ao artigo 218-A, introduzido pela Lei 12.015/09, vale dizer que veio em boa hora, suprimindo a lacuna legislativa existente até então. Conforme disposto acima, na antiga redação, o artigo 218 se resumia ao *caput*, nada dispondo sobre a conduta de induzir o menor de 14 anos a presenciar prática de ato sexual com o intuito de satisfazer a lascívia de outrem. Igualmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente era omissivo em relação a essa conduta, o que tornava atípico o comportamento do agente que, de alguma forma, induzia-o a presenciar práticas libidinosas.

No tocante à primeira conduta descrita no tipo do artigo 218-A (praticar), é necessário que o agente pratique a conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença do menor de 14 anos, sendo indutor o indivíduo diverso daquele que pratica o ato sexual. Além disso, o crime pode ser praticado em uma pluralidade de condutas, havendo também a possibilidade de uma pluralidade de agentes.

Pode ser que o agente praticante do ato libidinoso tenha como parceiro o menor de 14 anos e que na mesma ocasião tal ato esteja sendo presenciado por um menor de 14 anos. Assim, o agente incorrerá em duas práticas delituosas: nos crimes de satisfação de lascívia mediante a presença

de criança ou adolescente e estupro de vulnerável, em concurso material de crimes.

2.2. Artigo 218-B

“Art. 218-B. 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.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento”.

O artigo em comento trata do crime de favorecimento à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual de vulnerável, proibindo a conduta daquele que submete, induz ou atrai à prostituição, ou outra forma de exploração sexual, menor de 18 anos, ou pessoa com enfermidade, ou deficiência mental, que seja incapaz de discernir sobre a prática do ato. Pune, ainda, a conduta daquele que a facilita, impede ou dificulta a vítima que já esteja sendo explorada, de abandonar a situação a que está submetida.

No §1º, o legislador dispôs sobre uma qualificadora, cumulando à pena privativa de liberdade, disposta no caput, uma pena de multa, quando o agente praticar o crime visando à obtenção de vantagem econômica.

Já no §2º, têm-se duas figuras equiparadas ao crime do caput. O inciso I refere-se à conduta daquele que mantém conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com menor de 18 anos e maior de 14 anos que esteja na condição de vítima da exploração. Neste caso, houve uma quebra da teoria monista, prevista no artigo 29 do CPB, o qual discorre que “quem, de qualquer modo, concorre para as práticas de um crime, incide nas penas a ele cominadas na medida da sua culpabilidade”. Então, o agente que estiver na situação descrita anteriormente, restará incurso no artigo 218-B, §2º, inciso I, do CPB,

enquanto o agente praticante das condutas de “submeter, induzir, atrair, facilitar, impedir ou dificultar” responderá pelo *caput* do artigo 218-B, também do CPB.

Quanto ao inciso II, do §2º, do artigo 218-B, verifica-se que a conduta daquele que é proprietário, gerente ou responsável por locais onde ocorram a exploração sexual ou a prostituição também foi alvo de repressão penal.

A nosso ver, o legislador quis reunir em um único artigo condutas diversas e equipará-las à principal, prevista no *caput*, a fim de facilitar a apuração dos crimes praticados por sujeitos que geralmente atuam em um contexto que os une e acaba por fortalecer e tornar habitual esse tipo de criminalidade.

Merece destacar que a expressão “exploração sexual”, até então inexistente no Código Penal, trouxe um gênero do qual são espécies a prostituição, o turismo sexual, a pornografia, cujo fim é a obtenção de lucro comercial. Na verdade, a expressão não se resume apenas a essas espécies descritas anteriormente, vez que sua principal finalidade é abranger o máximo de condutas que se convergem em um mesmo sentido, qual seja, abusar, tirar proveito do sexo praticado por terceiros, auferindo lucro. Aqui temos a chamada interpretação analógica.

De um modo geral, as sanções administrativas impostas por uma condenação são efeitos específicos da condenação, conforme disposto no artigo 92 do CPB. No caso do §3º do artigo 218-B, o legislador entendeu por bem tornar um efeito obrigatório da condenação de quaisquer dos agentes envolvidos com a prática delituosa, a cassação de licença de localização e funcionamento dos estabelecimentos onde ocorrerem a exploração de vulnerável.

3. Capítulo IV – Disposições Gerais

3.1. Artigo 225

“Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título,

procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”. (NR)

A nova redação do artigo 225 do Código Penal, que trata da ação penal para os crimes dispostos nos capítulos I e II do Título VI, dispõe que a legitimidade para a propositura da ação penal cabe exclusivamente ao Ministério Público, mesmo quando exige, em alguns casos, a representação da vítima.

Antes da alteração, a regra era a ação penal privada, na qual se conferia à vítima a legitimidade para a ação penal, salvo as exceções previstas na redação anterior do artigo 225, em que seria pública condicionada à representação, dispondo sobre a legitimidade do Ministério Público na persecução penal. Já o delito de estupro mereceu tratamento diferenciado no caso de ser praticado mediante violência real, pois, segundo a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, a ação penal seria pública incondicionada.

A regra, no Brasil, é que os crimes sejam apurados mediante ação penal pública incondicionada, nos termos do artigo 100 do Código Penal, colacionado abaixo:

“Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

Como se verifica, dizer que um crime se procede mediante ação penal privada é afirmar que cabe à vítima dar início à ação penal, pelo oferecimento da queixa-crime, e impulsioná-la até a decisão final. Em sentido contrário, quando estamos diante de uma ação penal pública, o seu titular é o Ministério Público que, pelo oferecimento da denúncia, provocará a jurisdição para que decida se houve ou não o crime e se o denunciado é ou não o seu autor.

Após essa breve explicação, voltemos à análise da importância das novas regras no que tocante à ação penal nos crimes dispostos nos capítulos I e II, do Título VI.

Como dizíamos, o legislador atual achou por bem retirar das mãos da vítima a propositura da ação penal. Antes, a idéia que se tinha era fazer prevalecer a vontade desta, já que na rotina de crimes dessa natureza é comum nos depararmos com a situação em que a vítima não quer se expor, principalmente dando início à ação penal e prosseguindo com a produção de prova até a decisão definitiva, incidindo naquilo que a criminologia denomina de “vitimização secundária” ou “revitimização”.

Rogério Greco¹⁰, ao tratar da análise do artigo 225, cita Hassemer e Muñoz Conde, que, ao dissertarem sobre o tema, aduzem que “o efeito vitimizador que tem os órgãos encarregados da Administração da Justiça quanto em suas investigações e atuações policiais ou processuais expõem a vítima a novos danos ou a situações incômodas, umas vezes desnecessárias, mas outras inevitáveis, para a investigação do delito e castigo do delinquente”.

Hoje, a lei é clara no sentido de ampliar a proteção à vítima, deixando nas mãos do Ministério Público a persecução criminal. O máximo que a lei exige é a representação da vítima, como nos casos dos crimes dispostos no capítulo I (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual). Quanto aos crimes previstos no capítulo II (estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação da lasciva mediante a presença de criança ou adolescente, favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual

¹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. vol. III, 5. ed. RJ: Impetus, 2008, p. 556.

de vulnerável), estes serão apurados mediante ação penal pública incondicionada.

Não obstante a modificação em termos de ação penal e o desejo do legislador de proteger a vítima, o fato é que hoje estamos diante de uma celeuma jurídica. Conforme exposto acima, para o crime de estupro e suas formas qualificadas (lesão grave ou morte), que passaram a integrar o corpo do artigo 213, está expressamente previsto no artigo 225 que a ação penal será pública condicionada.

Ocorre que antes da modificação, o delito de estupro qualificado pelo resultado lesão grave ou morte era crime de ação penal pública incondicionada, porquanto o antigo artigo 225 não tratava da ação penal quando da ocorrência desses resultados, pois estavam dispostos no revogado artigo 223 que, por sua vez, encontrava-se no Capítulo IV, do Título VI. Sendo assim, como o artigo 223 falava “se da violência resultasse lesão grave ou morte”, ou seja, com presença da violência real (física) aplicava-se o enunciado da Súmula 608 do STF que determinava a instauração da ação penal pública incondicionada.

O fato é que para alguns doutrinadores, a referida súmula perdeu sua eficácia, diante da atual redação do artigo 225, tendo o legislador ignorado a sua existência. Dessa forma, se tínhamos até 10 de agosto de 2009 ações penais públicas incondicionadas em curso para apuração do crime de estupro qualificado por esses resultados, com a entrada em vigor do novo diploma legal, todas elas, a partir da entrada em vigor da Lei 12.015/09, deverão ser suspensas, ficando a depender da representação da vítima ou de seus familiares, já que, conforme dito acima, a representação é uma condição de procedibilidade para a propositura da ação penal. Sem a representação, não há como se prosseguir com a ação penal, justamente porque a inovação legal se trata de uma *novatio in melius*, devendo retroagir para alcançar os réus que estejam respondendo pelo crime de estupro com resultado lesão grave ou morte.

Nesse sentido, Damásio de Jesus¹¹:

NOVATIO LEGIS IN MELLIUS: A LEI NOVA MODIFICA O REGIME ANTERIOR, BENEFICIANDO O SUJEITO. (...)

A lei nova inclui condições de procedibilidade não exigidas anteriormente. É possível que a lei posterior transforme um crime de ação pública em crime de ação privada; que converta um crime de ação penal pública incondicionada em crime de ação penal pública condicionada à requisição ministerial ou representação. Nestes casos, são necessárias distinções:

- a) se a ação penal ainda não se iniciou, quando da entrada em vigor da lei nova, não pode ser intentada sem as referidas condições;
- b) se a ação penal já foi intentada pelo órgão do Ministério Público através da denúncia e a lei nova exigir a queixa, só pode prosseguir se o ofendido, ou seu representante legal, assumir a posição acusatória;
- c) se a ação penal já foi iniciada pelo órgão do Ministério Público, através da denúncia e a lei nova exigir representação, o processo só pode prosseguir em face da anuência do ofendido, que deverá ser notificado a fim de manifestar-se, sob pena, de ocorrer decadência.

Em resumo, hoje se a vítima ou seu representante legal não forem localizados, para apresentação de representação, em tempo hábil, na hipótese de estupro qualificado pelos resultados lesão grave ou morte, os criminosos poderão ser beneficiados, após 7 de fevereiro de 2010, pela decadência e, por conseguinte, extinta suas punibilidades, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Em virtude dessa situação absurda, o Procurador Geral da República, com fundamento nos princípios da dignidade humana e da proibição da proteção deficiente, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301, datada de 17 de setembro de 2009, pedindo liminarmente que o artigo 225 seja declarado inconstitucional, restaurando-se a eficácia da Súmula 608 do STF.

Apesar do entendimento do Procurador Geral da República e de parte da doutrina, o tema não é pacífico, já que alguns doutrinadores, a exemplo de Rogério Greco e Paulo Queiroz, entendem que a Súmula 608 do STF não perdeu eficácia diante da reformulação do artigo 225.

Para uma melhor compreensão, transcrevemos o entendimento de Rogério Grego¹²:

¹¹ JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**, vol 1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88.

¹² GRECO, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual**. RJ: Impetus. 2009.

“E mais. Temos que aplicar os princípios da razoabilidade; da conformação do legislador ordinário à Constituição da República; da proibição do retrocesso e o da interpretação conforme a Constituição para entendermos que, em se tratando de crime de estupro com resultado lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos, a ação será PÚBLICA INCONDICIONADA. Não é crível nem razoável que o legislador tenha uma política de repressão a esses crimes e, ao mesmo tempo, tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima do crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional, com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer. O intérprete não pode mais se ater, única e exclusivamente, ao que diz o texto ordinário, mas, principalmente, ao que diz a Constituição da República; e é aqui que reside a maior tarefa hermenêutica: conformar a lei ordinária ao texto constitucional.”

E continua em seu raciocínio:

“Ora, é inconteste que o legislador ordinário jogou a barra da razoabilidade e da ponderação longe demais quando admitiu (acreditamos sem querer) que o crime de estupro com resultado lesão grave ou morte fosse de ação penal pública condicionada à representação. Se o fez conscientemente, houve um retrocesso social, inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito. Se a interpretação conforme a Constituição é uma forma adaptativa, corretiva e criadora de novos sentidos de um texto legal, não resultando dela a expulsão da lei do ordenamento jurídico, mas sim de sua recuperação, não há outra forma de entender o novo artigo 225 do CP que assim para nós fica: *Nos crimes definidos no Capítulo I somente se procede mediante representação, salvo se da violência resultar lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.*”

De qualquer forma, para que possam ser evitadas interpretações equivocadas e contraditórias nos casos concretos, a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada é totalmente pertinente e até que o Egrégio Tribunal se manifeste, acreditamos que a melhor interpretação é a adotada por Rogério Greco.

4. Capítulo V – Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual

4.1. Artigo 228

“Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A prostituição, como todos sabem, é considerada uma das “profissões” mais antigas da humanidade. Ao longo da história, a prostituição foi tomando contornos diferenciados, a fim de se adaptar às mudanças sociais, políticas e religiosas. Alguns chegam a afirmar que a prostituição é uma necessidade da sociedade, já que contribui para a redução da violência sexual.

De fato, o problema não está simplesmente na prostituição, mas na criminalidade que está por detrás dela, como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas.

A prostituição em si não é crime. No Brasil, adotou-se o sistema abolicionista, deixando-se de responsabilizar criminalmente quem pratica a prostituição. Apesar de não ser crime e já existir há bastante tempo, é certo que a prostituição continua sendo permeada de preconceitos e discriminações e isso é até compreensível, pois sempre foi praticada às margens da sociedade, servindo para estigmatizar quem a exerce.

Não obstante seja atípico o comportamento de se prostituir, mereceu atenção do legislador o comportamento daquelas pessoas que vivem, de alguma forma, da prostituição ou, nas palavras de Hungria¹³, *“que de alguma forma se intrometem entre duas pessoas para fazer que uma aceda ao desejo carnal da outra ou, ainda, para facilitar os recíprocos desejos que essas pessoas teriam de conhecer-se carnalmente”*.

¹³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 268/269.

Com isso, o artigo 228 pune as condutas daquele que induz ou atrai alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilita a sua prática ou, ainda, impede ou dificulta que alguém a abandone.

Interessante registrar o posicionamento de Guilherme Nucci¹⁴ que, ao criticar a manutenção da conduta como delituosa, afirma:

“Em primeiro plano, perdeu-se a oportunidade de extirpar da legislação penal brasileira esse vetusto e desacreditado crime. O favorecimento da prostituição é basicamente inaplicável, pois envolve adultos e, conseqüentemente, a liberdade sexual plena. A prostituição não é delito e a atividade de induzimento, atração, facilitação, impedimento (por argumento) ou dificuldade (por argumento) também não tem o menor sentido constituir-se infração penal. O mais (prostituição) não é crime; o menos (dar a idéia ou atrair à prostituição) formalmente é. A lesão ao princípio da intervenção mínima e, por via de consequência, à ofensividade, torna-se nítida. Tratando-se de prostituição infantil, o bem jurídico ganha outro tom e outra importância; porém, cuidando-se de prostituição de adulto, com clientela adulta, sem violência ou grave ameaça, não há a menor razão para a tutela penal do Estado. O tipo penal, ora mantido com poucas alterações (inócuas), continuará sem aplicação na prática.

Espera-se do Judiciário a posição de guardião dos ditames constitucionais, particularmente o direito à intimidade e à vida privada, não se podendo invadir o cenário do relacionamento sexual entre adultos.”

Bem ou mal, a nova redação do artigo 228 sofreu algumas alterações, pois na anterior só se punia a conduta daquele que visava explorar a prostituição. O legislador recente, de forma coerente e atualizada, tipificou a conduta também daquele que tenha por finalidade outra forma de exploração sexual.

Luis Flávio Gomes e Rogério Sanches¹⁵ trazem os estudos de Eva Faleiros para conceituarem a exploração sexual como sendo um gênero, do qual tem como espécies a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais.

¹⁴ NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a Dignidade Sexual**: Comentários à Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74/75.

¹⁵ GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65/66.

Já Rogério Greco¹⁶, de forma não menos precisa, entende que tal expressão abrange aquela situação em que a vítima não vive do comércio do corpo, mas de alguma forma é explorada sexualmente, sem nem mesmo receber alguma remuneração em troca.

Não alheios ao que afirma Guilherme Nucci, as condutas mais graves, tipificadas, realmente são aquelas que têm por finalidade impedir ou dificultar que alguém abandone a prostituição ou outra atividade pela qual é explorada sexualmente.

Geralmente a conduta visando impedir ou dificultar está relacionada àquela situação em que a vítima, ao exercer a prostituição, acaba por contrair dívidas com a pessoa que a explora, ao que este tenta impedi-la de deixar essa atividade, impondo a quitação da dívida, que se tornou impagável, como condição para liberá-la.

O artigo 228 traz, ainda, em seus §§1º, 2º e 3º, as modalidades qualificadas do crime.

O §1º sofreu modificação em sua redação e também na pena prevista, passando a dispor que “se o crime é praticado por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena é de reclusão de 3 a 8 anos”.

Já o §2º dispõe que, se o crime for cometido com violência ou grave ameaça, a pena será de 4 a 10 anos de reclusão, além da prevista para a violência. Este parágrafo não foi modificado.

Por sua vez, o §3º traz a figura do proxeneta mercenário, ou seja, quando o agente pratica o crime visando à obtenção de lucro. Neste caso, aplica-se além das penas privativas de liberdade cominadas, a pena de multa, que deverá ser calculada no valor de referência de dias-multa.

¹⁶ GRECO, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual.** Niterói, RJ, 2009.

Importante registrar que só há possibilidade de configuração deste delito se houver habitualidade no comércio da atividade sexual ou mesmo de sua exploração. A prática de um único ato, como ocorreu no conhecido filme “Proposta Indecente”, não se presta para configurar o delito em questão, conforme afirma Rogério Greco¹⁷.

4.2. Artigo 229

Dispõe o artigo 229, intitulado “Casa de Prostituição”, com sua nova redação, que:

**“Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:
Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa”.**

O referido artigo, antes de sua modificação, tinha a seguinte redação: “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou local destinado a encontros para fins libidinosos, haja, ou não, intuito de lucro, ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

Como se observa, o legislador atual decidiu por bem utilizar a expressão genérica “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”, como forma de alcançar a manutenção de qualquer estabelecimento, seja ou não casa de prostituição. A doutrina dá exemplos dos prostíbulos, casas de massagem, bordéis, *randez vouz*, *boites de strip teases* ou mesmo qualquer outro lugar onde as pessoas se deixam explorar sexualmente, mesmo sem finalidade de lucro.

Percebe-se que, apesar de várias críticas e até de previsões contrárias, o legislador manteve tipificada criminalmente a conduta de manutenção de casa de prostituição.

Interessante registrar que no início de 2009, em uma decisão alvo de discussões e críticas, o Superior Tribunal de Justiça¹⁸ reafirmou o

¹⁷ Idem, p. 134.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 820.406/RS. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 05.03.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 19.01.2010.

entendimento de que a conduta é motivo de repressão, não se justificando se a prática é tolerada pela sociedade.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça deu-se diante de uma decisão absolutória do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul de alguns réus acusados de manterem casa de prostituição. Todos foram absolvidos pelo juízo de primeira instância, decisão esta mantida pela segunda instância, o que ensejou a interposição, pelo Ministério Público, do Recurso Especial.

O fundamento da decisão de absolvição foi o de que o fato não mais constitui infração penal, devendo ser reconhecido à sociedade civil o direito de descriminalização do tipo penal, já que a manutenção da penalização, neste caso, em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, resultando apenas em um tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como “acompanhantes” ou “massagistas”.

Luiz Flávio Gomes¹⁹, fazendo uma análise da posição do Superior Tribunal de Justiça, lembrou que:

“(...) o equívoco da decisão (s.m.j.) não é só cultural. Também é científico. A interpretação exageradamente formalista do tipo penal (art. 229) retrata uma enorme desatualização. Depois de Roxin (1970) o tipo penal já não pode ser interpretado literalmente, secamente, gramaticalmente. A tipicidade (como temos enfatizado nos nossos livros) é formal e material. Uma das exigências materiais reside na desaprovação da conduta que cria risco proibido (Roxin); uma outra reside na produção de um resultado jurídico intolerável (Zaffaroni, Luiz Flávio etc.). Nada disso está presente na manutenção de casa de prostituição (ou motel), na medida em que os frequentadores sejam adultos, que praticam sexo ou outra atividade libidinosa sem nenhum tipo de violência. (...)”

Outro grande doutrinador, Rogério Greco²⁰, também se mostra contrário à existência desse tipo penal, afirmando que:

“a existência de tipos penais como o do artigo 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público e Magistratura etc), pois que, embora sendo do conhecimento da

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Ter ou manter casa de prostituição (ou motel) é crime, diz STJ**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090311123823830. Acesso em 13.12.2009.

²⁰ GRECO, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual**. Niterói, RJ. 2009, p. 139.

população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito por propagandas em jornais, revistas, outdoors, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

Nas poucas oportunidades em que se resolve investir contra os empresários da prostituição em geral, percebe-se, por parte das autoridades responsáveis, atitude de retaliação, vingança, enfim, o fundamento não é o cumprimento rígido da lei penal, mas algum outro motivo, muitas vezes escuso, que impulsiona as chamadas blitz em bordéis, casas de massagens e similares. Nessas poucas vezes que ocorrem essas batidas policiais, também o que se procura, como regra, é a descoberta de menores que se prostituem, demonstrando, assim, que não é o local em si que está a merecer a repressão, mas sim o fato de ali se encontrarem pessoas que exigem a sua proteção”.

Independente das críticas feitas, a consumação do crime de manutenção de casa de prostituição, para a maioria da doutrina, exige uma habitualidade de conduta, ou seja, por ser um crime classificado doutrinariamente como habitual, a prática isolada no local de um encontro “amoroso” constitui um indiferente penal. É necessária uma conduta reiterada para sua configuração.

Rogério Greco²¹ discorda dessa necessidade, entendendo que o simples fato de o agente inaugurar um local que se destine à exploração sexual já consuma o crime, cabendo inclusive a prisão em flagrante de seus proprietários. Para ele, se de um lado o tipo exige o *animus* de permanência e habitualidade, do outro não requer a prática de qualquer ato libidinoso.

Apesar da posição respeitável do doutrinador, o fato é que a doutrina majoritária (aqui podemos citar Cezar Roberto Bitencourt²²) entende pela necessidade da prática reiterada de atos referentes à exploração sexual, o que afasta também a possibilidade da tentativa no crime.

Fato outro que nos chama a atenção é que, com a modificação do tipo penal, os motéis, a princípio, deixaram de se enquadrar no crime de “casa de prostituição”, a não ser que se destinem à exploração sexual.

A antiga redação do artigo 229 tipificava a conduta daquele que mantinha, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou local

²¹ Idem, p. 141.

²² BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 3, 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 95.

destinado a encontros para fins libidinosos, havendo ou não intuito de lucro. Com isso, alguns doutrinadores chegavam a afirmar que o motel se enquadraria no tipo penal, na modalidade “local destinado a encontros para fins libidinosos”. Ocorre que existia uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial a esse respeito, principalmente diante da interpretação restritiva que se deu a esses locais como sendo aqueles que se destinavam especificamente à prostituição.

Fora isso, o próprio princípio da adequação social terminava por afastar os donos de motéis da responsabilização penal, como podemos extrair do Acórdão nº 76473/TJDF.

Hoje, tal discussão encontra-se esvaziada, diante da alteração do tipo penal.

4.3. Artigo 230

A Lei 12.015/09 deu nova redação aos §§ 1º e 2º, do artigo 230, passando o crime de rufianismo a dispor sobre as seguintes modalidades qualificadas:

Art. 230

...

“§ 1º_ Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência”. (NR)

O crime de rufianismo dispõe sobre a conduta daquele que tira proveito da prostituição alheia, participando diretamente dos seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

Como se vê, a conduta do rufião é diversa da do lenão (que pratica o crime de lenocínio – artigo 228), pois neste o agente, após intermediar uma relação sexual entre duas ou mais pessoas, afasta-se da vítima sem buscar

necessariamente o lucro. Rogério Sanches Cunha²³ afirma, ainda, *que o lucro é o marco que diferencia o crime de rufianismo daquele previsto no artigo 229 (casa de prostituição).*

Apesar de a conduta do *caput* do artigo 230 ter sido mantida, o legislador acrescentou a ele duas formas qualificadas. Na verdade, o §1º trouxe uma descrição mais abrangente do que a prevista no §1º do artigo 227, dispondo que a pena é de reclusão de três a seis anos, e multa, se a vítima (pessoa que é explorada pelo rufião) é menor de 18 anos e maior de 14 anos, ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (é o chamado agente garantidor).

Nota-se que a primeira hipótese da qualificadora exige do agente conhecimento prévio da idade da vítima, sob pena de não incidir na modalidade qualificada.

Já o §2º trata da hipótese, em que a pena é de reclusão de dois a oito anos, de o agente utilizar de violência ou grave ameaça, ou mesmo utilizar fraude ou qualquer outro meio que impeça, ou dificulte, a livre manifestação da vontade da vítima.

No caso de haver emprego de violência, deverá ser aplicada a regra do cúmulo material de penas, por expressa disposição do §2º, diante do concurso de crimes, ou seja, a pena do crime de rufianismo qualificado deverá ser somada à pena da lesão decorrente da violência.

Por sua vez, as qualificadoras previstas na parte final do §2º, fraude ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, são novidades e, por isso mesmo, não poderão retroagir para alcançar fatos pretéritos, diante da proibição da retroatividade da lei penal que traga malefícios ao agente.

²³ GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74.

Importante lembrar que, antes da alteração, havia a incidência também no rufianismo qualificado, da pena de multa, sendo que esta, agora, deixou de existir.

4.4. Artigo 231

Dispõe o artigo 231 sobre o crime de tráfico internacional de pessoa para fins de exploração sexual, com a redação dada pela Lei 12.015/09:

“Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”.

O comércio de pessoas para exercer a prostituição é uma prática comum há algum tempo e ultrapassa fronteiras. Notícias veiculadas pelos meios de comunicação mostram mulheres brasileiras que são levadas para o exterior por quadrilhas de aliciadores e que, chegando lá, encontram-se impedidas de retornarem ao Brasil após descobrirem que o trabalho prometido não é de modelo e muito menos o tão sonhado casamento, mas a prostituição. A frequência de estrangeiras trazidas para o Brasil já é bem menor, apesar de merecer a mesma proteção da norma.

O artigo 231, em 2005, já havia sofrido alteração, por meio da Lei 11.106, quando a rubrica original “tráfico de mulheres” foi substituída por “tráfico internacional de pessoas”, a fim de ampliar a proteção tanto a mulheres quanto a homens, que são vítimas deste crime.

Desta vez, o legislador novamente alterou a rubrica do crime, inserindo a finalidade do tráfico de pessoa para “fim de exploração sexual”.

Outra alteração na redação do tipo é que a conduta de intermediar foi retirada do *caput* do artigo 230 e passou a integrar o §1º, por meio de outras condutas, como agenciar, aliciar etc. Também foi inserido o §3º ao tipo, acrescentando a pena de multa se o crime for praticado com o intuito de lucro.

Como se vê, o reflexo da preocupação internacional com o tráfico internacional de pessoas para fim de serem exploradas sexualmente é nítido, uma vez que se ampliou o leque de condutas punidas pela norma. Antes, a redação era mais enxuta e punia-se aquele que promovesse, intermediasse ou facilitasse a entrada, no território nacional, de pessoa que viesse a exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no exterior. Hoje, as condutas foram ampliadas, alcançando aquele que promova, facilite a entrada ou a saída de pessoas que venham a exercer a prostituição ou outra forma de exploração, bem como aquele que agencie, alicie, compre a pessoa traficada, transporte, transfira ou aloje essa pessoa.

O §2º, por sua vez, prevê uma causa de aumento de pena da ½ se a vítima é menor de 18 anos ou se não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, por razões de enfermidade ou doença mental. Continua o referido parágrafo incidindo o aumento na pena do agente que seja ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, empregador da vítima, ou se assumiu por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância. E, por fim, incide o aumento, se o crime for praticado com emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

Conforme se verifica, a antiga redação do §1º, que fazia remissão ao artigo 227, §1º, que tratava de modalidade qualificada, foi ampliada e transformada em causa de aumento de pena, a ser sopesada na terceira fase da dosimetria da pena. Por fim, a multa ganhou parágrafo destacado no tipo do artigo 231 (§3º).

As alterações foram consideráveis, apesar de alguns doutrinadores se posicionarem no sentido de que não terão efetividade ou praticidade. O fato é que a própria doutrina já se antecipa nas discussões, e a divergência quanto ao momento consumativo do crime continua e é exaustiva. Para Rogério Greco²⁴ e Guilherme Nucci²⁵, o crime é material, pois para sua consumação é indispensável a verificação de que a pessoa, que entrou ou saiu do país, venha a exercer a prostituição, ou seja, explorada sexualmente – seria uma modalidade de crime condicionado. Daí, percebe-se que possibilidade do reconhecimento da tentativa também é objeto de discussão. Contudo, para a maioria da doutrina o crime é formal, ou seja, a consumação se dá com a entrada ou saída da pessoa do território nacional, dispensando-se que pratique, efetivamente, algum ato fruto da exploração sexual.

4.6. Artigo 231-A

A nova redação do artigo 231-A, que trata do tráfico interno de pessoas, segundo alguns doutrinadores, tornou-se mais apurada, nos seguintes termos:

“Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”.

²⁴ GRECO, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual**, Niterói, RJ. 2009, p. 156.

²⁵ NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a Dignidade Sexual**: Comentários à Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89.

O que estes doutrinadores querem dizer é que a redação atual do artigo separou quem promove o deslocamento da pessoa daquele que agencia ou intermedeia o tráfico.

Este artigo foi introduzido em 2005, por meio da Lei 11.106, e teve por finalidade punir as atividades destinadas ao exercício da prostituição dentro do território nacional.

Dando continuidade às alterações legislativas, a Lei 12.015/09 deu nova redação ao dispositivo, mantendo as condutas de promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, acrescentando novas condutas ao §1º, quais sejam, aliciar, agenciar, vender, comprar a pessoa traficada, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. Essas últimas seriam condutas punidas por extensão da própria norma.

Verifica-se, assim, que a ideia da proteção conferida à vítima do tráfico internacional é a mesma da do tráfico interno. Na verdade, a preocupação com o tráfico interno de pessoas tem aumentado no Brasil em virtude do turismo sexual, muito comum em cidades turísticas, em especial naquelas localizadas na Região Nordeste, principalmente nos meses de férias (janeiro e julho).

O tráfico interno de pessoas assemelha-se ao tráfico internacional até mesmo no que diz respeito às causas de aumento de pena. Assim como no artigo 231, as penas no artigo 231-A aumentam-se da metade se a vítima é menor de 18 anos, se não tem discernimento sobre a prática do ato em virtude de deficiência mental ou enfermidade, se o agente tem alguma relação de parentesco ou esteja em uma situação de responsável ou agente garantidor e, por fim, se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude na prática delituosa.

O §3º traz o tráfico interno mercenário de pessoas, denominado assim pela doutrina, cumulando a pena de multa à pena privativa de liberdade, quando o intuito do agente é obter lucro.

Uma única diferença de tratamento entre os artigos 231 e o 231-A foi em relação à pena. Antes da Lei 12.015/09 as penas para ambos os crimes eram idênticas. Hoje, a pena para o tráfico interno de pessoa é de reclusão de 2 a 6 anos, ou seja, menor do que a prevista para o tráfico internacional, que é de 3 a 8 anos de reclusão.

Quanto a questão do momento consumativo do crime, interessante registrar o posicionamento de Guilherme Nucci²⁶ quando analisando o tipo em questão, afirma que, por ser este um crime formal, não demanda resultado naturalístico, ou seja, não é necessário se perquirir se a vítima se prostituiu ou se foi explorada sexualmente, bastando que o agente pratique quaisquer das condutas descritas no tipo penal.

Poderíamos nos perguntar: Por que a mudança de posicionamento do doutrinador, se os crimes de tráfico internacional e interno de pessoa são tão semelhantes? Diante de uma breve leitura, verifica-se que Nucci analisa o crime do artigo 231-A da seguinte forma:

“... E o mais importante: colocou-se o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual como finalidade a ser atingida, mas não necessariamente.”

O que o doutrinador quer dizer é que o elemento subjetivo do injusto, também chamado de elemento subjetivo específico, que se extrai da expressão “para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”, não necessariamente deverá ocorrer, ou seja, é só uma finalidade a mais do agente que pratica quaisquer das condutas descritas. Diversa é a redação do artigo 231, quando dispõe sobre o elemento subjetivo específico “que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual”, isto é, neste realmente deverá ser comprovado o resultado naturalístico - se a pessoa traficada veio realmente a ser explorada, de alguma forma, sexualmente.

²⁶ NUCCI, Guilherme. **Crimes contra a Dignidade Sexual**: Comentários à Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 92.

De qualquer modo, apesar dessas discussões, a doutrina majoritária sempre se posicionou pela defesa de ambos os crimes como formais, exigindo-se tão somente, para sua consumação, a prática das condutas descritas nos tipos.

5. Disposições Gerais

5.1. Artigos 234-A e 234-B

O capítulo VII do Título VI dispõe sobre causas de aumento de pena aplicáveis aos crimes contra a dignidade sexual, tendo os artigos 234-A e B a seguinte redação:

**“Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:
I – (VETADO);
II – (VETADO);
III - de metade, se do crime resultar gravidez; e
IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”**

“Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.”

“Art. 234-C. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)”.

O artigo 234-A trouxe duas novas causas de aumento de pena, cada qual com frações diferenciadas.

Inicialmente, cabe registrar que a decisão de vetar os incisos I e II do artigo 234-A deu-se tendo em vista que as hipóteses de aumento de pena previstas nos referidos dispositivos já figuram nas disposições gerais, no artigo 226, que manteve a sua redação anterior. A repetição dessas causas de aumento nos incisos acima em nada iria contribuir, podendo, inclusive, gerar discussões e interpretações diversas. Para esclarecer melhor, o artigo 226 trata das causas de aumento de pena se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas e se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou que tenha autoridade sobre ela.

Esclarecido esse ponto, o artigo 234-A traz duas novas causas de aumento de pena aos crimes dispostos no Título VI. No inciso III, tem-se um aumento de pena da metade se do estupro resultar gravidez. Anteriormente, esse resultado deveria ser considerado pelo juiz ao analisar as conseqüências do crime, na primeira fase da dosimetria, quando da análise das circunstâncias judiciais. Com a reforma do Código, o sopesamento agora ocorre na terceira fase, como causa de aumento de pena.

Por sua vez o inciso IV traz um aumento de 1/6 até metade se o agente transmitir à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. A dúvida deste inciso é se essas expressões “de que sabe ou deveria saber ser portador” denotam o dolo ou podem ser imputados ao agente a título de culpa. Rogério Greco²⁷ nos responde:

“ O inciso IV em análise exige, para efeitos de aplicação da causa especial de aumento de pena, que o agente, no momento do contato sexual, saiba – ou pelo menos deva saber – que seja portador dessa doença sexualmente transmissível. As expressões contidas no mencionado artigo – *saiba ou deva saber ser portador* - são motivo de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Discute-se se tais expressões são tão somente indicativas de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culpa.

...

Com a devida vênia das posições contrárias, devemos entender que as expressões que sabe ou deva saber ser portador dizem respeito ao fato de que o agente atuado, no caso concreto, com dolo direto ou mesmo com dolo eventual, mas não com culpa.

Merece ser frisado, ainda, que, quando a lei menciona que o agente sabia ou devia saber ser portador de uma doença sexualmente transmissível está se referindo, especificamente, a esse fato, ou seja, ao conhecimento efetivo ou possível da contaminação, e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual, ou seja, não importa saber, para que se aplique a causa de aumento de pena em estudo, se o agente queria ou não a transmissão da doença, mas tão somente se, anteriormente ao ato sexual, sabia ou poderia saber se dela era portador.

Anteriormente à mudança legislativa, em ocorrendo a doença transmissível, o agente respondia também pelo crime disposto no artigo 131 do Código Penal, que trata do crime de perigo de contágio venéreo, em concurso formal impróprio. Agora, conforme destaca Luis Flávio Gomes e Rogério

²⁷ GRECO, Rogério. Adendo: Lei 12.015/2009. **Dos crimes contra a Dignidade Sexual**. Niterói, RJ. 2009, p. 169.

Sanches²⁸, parece óbvio que o crime de perigo fica absorvido, evitando o *bis in idem* na aplicação da pena.

O artigo 234-B determina que todos os processos em que se apuram os crimes definidos no Título VI, devam ser resguardados pelo segredo de justiça, mitigando dessa forma o princípio da publicidade dos processos, que é a regra. Aqui, o legislador de forma acertada protegeu a intimidade das vítimas, evitando que fiquem expostas a um constrangimento maior diante de um possível acesso às informações ali contidas e aos atos praticados durante o curso da ação penal.

6. Lei 2.252/54 e o Princípio da Continuidade Normativo-Típica

A Lei 12.015/09, além de alterar o Título VI do Código Penal, dispôs sobre a revogação do artigo 1º da Lei 2.252/04, que tratava do delito especial de corrupção de menores. Tal dispositivo, diverso do que vimos no artigo 218, tipificava a conduta daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa menor de 18 anos, com ela praticando infração penal ou induzindo a praticá-la.

Diverso do que se pode entender, o novel diploma não descriminalizou tal conduta, pois apesar de ter revogado a Lei 2.252/54, a conduta descrita no artigo 1º foi alvo de modificação e criação do tipo previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, ocorrendo o que se chama de “Princípio da Continuidade Normativo-Típica, conforme se verifica abaixo:

“Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

²⁸ GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério e MAZZIOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89.

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)”.

Apesar de não receber mais a rubrica “corrupção de menores”, percebe-se que a redação do artigo 244-B é idêntica ao do artigo 1º do revogado diploma legal, tendo o legislador só excluído do preceito primário o quantum de pena privativa de liberdade e o valor da multa, que já se encontrava ultrapassado. Além disso, o artigo 244-B foi acrescido dos §§1º e 2º, que demonstram a preocupação com o meio de execução da corrupção e com a espécie de infração penal a que o menor é induzido a praticar.

O legislador, no §1º, como não poderia deixar de ser, atento aos avanços tecnológicos, mais especificamente no que tange à rede mundial de computadores, pune, também aquele que utiliza quaisquer meios eletrônicos, para praticar as condutas descritas no caput do artigo 244-B. Podemos mais uma vez concluir que o princípio da proteção integral ao menor deve ser pensado sobre todos os aspectos, inclusive diante dos avanços promovidos pela informática.

No §2º, trouxe o legislador um aumento de pena ao agente que corromper ou facilitar a corrupção do menor, fazendo com que ele pratique crimes hediondos. Entendemos que neste caso, a punição do agente deverá ser mais grave, principalmente diante do princípio da proporcionalidade de sua conduta, fazendo com que o menor pratique delito de altíssimo potencial ofensivo.

Quanto ao momento consumativo do crime, entendemos que a discussão outrora mantida pelos doutrinadores e tribunais, sobre a necessidade ou não de se perquirir a efetiva corrupção do menor, para fins de consumação do crime, deverá continuar, já que a conduta descrita no artigo 244-B não sofreu nenhuma alteração que pudesse pôr fim às discussões. O fato é que, por uma norma comezinha de hermenêutica, deverá prevalecer nos tribunais o entendimento de que, para a consumação do crime basta, tão simplesmente, a prática da conduta, principalmente por ser um crime de perigo,

se presumindo a inocência moral do menor de forma absoluta como pressuposto fático do tipo.

É certo que, diante da postura adotada pelo legislador atual, de preocupação com a proteção do menor, a melhor interpretação é a de que, para a consumação do crime, mostra-se necessária apenas a prática da conduta. Contudo, a questão é polêmica e promete não ter fim.

7. Alterações da Lei 8.072/90

Diante das alterações dispostas nos Capítulos I e II, do Título VI, do Código Penal, fizeram-se necessárias algumas alterações, na verdade poucas, no artigo 1º da Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos.

A primeira alteração foi no sentido de ajustar a redação do inciso V e VI, do artigo 1º, do referido diploma legal. Antes, os incisos etiquetavam como crimes hediondos, respectivamente, o estupro e o atentado violento ao pudor. Sendo assim, diante da nova realidade dos crimes contra a dignidade sexual, passaram a constar, nestes incisos, os crimes de estupro (nas modalidades simples e qualificadas) e de estupro de vulnerável (também em suas modalidades simples e qualificadas).

Interessante registrar que, com as novas modificações feitas na Lei 8.072/90, chegou ao fim a discussão doutrinária que existia se os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em suas formas simples, seriam ou não crimes hediondos. Isso porque na antiga redação, os incisos V e VI referiam-se apenas às modalidades qualificadas. Agora, conforme se verifica abaixo, tal polêmica chegou ao fim.

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)

(...)

V - estupro (art. 213, caput e §§ 1º e 2º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).

(...)”

8. Conclusões

De tudo que expusemos aqui, chega-se a várias conclusões.

Inicialmente, percebemos que o Título VI do Código Penal já vinha sofrendo algumas modificações, já que em 2002 foi introduzido o artigo 216-A, que tratou da conduta do assédio sexual. Posteriormente, em 2005, a Lei 11.106 revogou o crime de sedução, tornando atípica essa conduta tão arcaica nos dias atuais.

Verifica-se que em 2009, o legislador, sob o novo enfoque jurídico, baseado na Constituição Federal, traz a lume os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da proteção integral da criança e do adolescente. Além disso, sobre o enfoque social, conclui-se que o Título VI adequou-se à realidade ao deixar claro a necessidade de tutela da liberdade sexual e não da moral sexual.

Dentro dessa nova visão, pode-se concluir que no geral, as alterações do Título VI alcançaram alguns objetivos específicos, principalmente no que tange à necessidade de se combater de forma mais veemente a violência e a exploração sexual de crianças e adolescentes. Nesse diapasão, fixou-se a idade (abaixo de 14 anos) como limite de absoluta proibição a qualquer tipo de relacionamento sexual. A contrário *sensu*, estabelecido esse limite, tudo está a depender do consentimento ou não da pessoa. É como se o legislador dissesse que a partir dos 14 anos não deve o Estado interferir na liberdade sexual de qualquer pessoa, a não ser que haja violência, grave ameaça ou fraude.

É de se perceber que a atualização legislativa está em consonância com as transformações sociais, pois é de conhecimento de todos que a iniciação sexual das pessoas tem ocorrido cada vez mais cedo, mais especialmente no período da adolescência. Certo ou errado, bem ou mal, o fato é que a lei é clara em relação a isso.

Não obstante os ajustes da lei, considerados positivos, existem preocupações e discussões em relação a algumas imprecisões e lacunas

legislativas. Primeiro, quanto à ocorrência de possível inaplicabilidade da causa de aumento de pena contida no artigo 9º da Lei 8.072/90 aos crimes contra a dignidade sexual, diante da revogação do artigo 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência. Neste caso, alguns já sustentam que esta causa de aumento teria perdido o seu pressuposto legal, não sendo mais possível a sua aplicação para fatos posteriores à Lei. E esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 110205/SC, julgado em 20 de setembro de 2009.

Aqui, entendemos que os aplicadores do direito deverão ter muita cautela na medida em que uma resposta positiva, de não aplicação do artigo 9º ao Título VI, mais especificamente no capítulo II, implicaria o surgimento de uma norma mais benéfica, incidindo imediatamente nos processos em andamento ou mesmo naqueles sentenciados.

Entendemos ser a melhor interpretação aquela que preserva a incidência da causa de aumento de pena ao artigo 217-A do Código Penal. Nesse sentido, percebe-se que o legislador fala que a causa de aumento de pena incide em qualquer das hipóteses do artigo 224, e tais hipóteses continuam referidas na lei, porém no artigo 217-A, que trata do estupro de vulnerável. Ora, o simples fato de o artigo ter sido substituído não pode se tornar óbice para a aplicação do artigo 9º da Lei 8.072/90, já que o mecanismo de remissão às vítimas elencadas nele está devidamente preservado no artigo 217-A.

Caso o intérprete ainda tenha dúvida sobre a aplicabilidade do dispositivo da Lei de Crimes Hediondos, basta fazer uma interpretação conforme a Constituição, tendo em mente que o legislador de 2009 quis reafirmar os interesses constitucionalmente protegidos, que aqui é a criança e o adolescente, os quais gozam de proteção com absoluta prioridade.

Quanto à incidência da Súmula 608 do STF, que trata da ação penal para as formas qualificadas do crime de estupro, acreditamos que antes mesmo de o Supremo Tribunal se manifestar na Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República, a posição

dos tribunais será de manutenção do comando da súmula às hipóteses de estupro, se ocorrida lesão grave ou morte.

Talvez a maior discussão esteja em relação à lacuna criada pela Lei 12.015/09, em relação ao adolescente de 14 anos, que no dia do seu aniversário é estupro. Para alguns, por não ser ele nem menor e nem maior de 14 anos, a conduta do agente seria atípica, com base em uma visão técnica de tipicidade e integração da norma, porquanto qualquer analogia seria prejudicial ao réu, sendo inaceitável no Direito Penal.

Ocorre que, para parte da doutrina, não responderia o agente pelo crime do artigo 217-A (estupro de vulnerável) e nem pelo crime disposto no artigo 213, §1º (estupro qualificado), mas sim pelo *caput* do artigo 213, que trata da modalidade simples do crime de estupro. Esse entendimento acaba por beneficiar o agente, pois a pena a ser-lhe aplicada será menor do que aquela que seria cominada a um outro agente que estuprasse uma vítima menor ou maior de 14 anos.

Neste caso, acreditamos que a melhor posição é daqueles que, com fundamento principiológico e interpretativo, baseado no princípio da proteção integral da criança e do adolescente e na intenção do legislador, entendem que seria muito preciosismo da parte do aplicador da lei ater-se às palavras contidas no tipo penal e interpretá-las de forma literal. Ora, ter 14 anos equivale a ter a mesma proteção conferida ao maior de 14 anos, pois a ideia da lei não é reduzir a tutela, mas ampliá-la a ponto de conferir uma resposta mais efetiva em caso de vítimas menores de 18 anos, e com imposição de penas maiores.

Por fim, em que pese o legislador ter reunido as condutas dos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) no tipo penal “estupro” (artigo 213), com o intuito de facilitar a caracterização do delito, essa opção mostrou-se prejudicial à vítima. Anteriormente, a pena era mais severa para o agente que praticasse, dentro de um mesmo contexto, conjunção carnal e outro ato libidinoso com a mesma vítima, implicando a aplicação da regra do concurso material de crimes, quando então as penas eram somadas. Desta feita, foi bem o legislador por um lado, porque ampliou as condutas que

caracterizam o crime de estupro, bem como os sujeitos do crime. No entanto, mostrou-se pouco efetivo, por beneficiar esse mesmo agente, na situação acima descrita, com aplicação da pena de um crime único.

Percebe-se que toda alteração legislativa, principalmente no âmbito penal, costuma deflagrar calorosos embates pertinentes e salutares. Lembramos, inclusive, daquele brocardo tão famoso, dispondo que “uma penada do legislador põe abaixo bibliotecas inteiras”, isso porque em um país assentado no direito positivado, qualquer alteração/edição de novas leis implica uma necessidade de se discutir e construir interpretações diversas sobre os temas ali tratados, justamente com a ideia de se adequar o direito às relações e transformações sociais.

9. Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial 3, 4. ed. São Paulo: Saraiva.

GRECO, Rogério. Adendo: **Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a Dignidade Sexual**, Niterói, RJ. 2009.

_____. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. vol. III, 5. ed. RJ: Impetus, 2008.

GOMES, Luis Flávio; SANCHES, Rogério e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Reforma Criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**, vol 1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme. **Código Penal Comentado**, 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2003

_____. **Crimes contra a Dignidade Sexual**: Comentários à Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Ter ou manter casa de prostituição (ou motel) é crime, diz Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090311123823830. Acesso em 13.12.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 820.406/RS**. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 05.03.2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 19.01.2010.

