

tutela jurisdicional coletiva, pois regra semelhante incide sobre a ação civil pública (art. 2º da Lei n. 8.437/1992).

A NOVA SISTEMÁTICA DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Karina Romualdo Conegundes¹

RESUMO

A Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou substancialmente o Título VI do Código Penal, trazendo várias inovações em relação aos crimes sexuais. Com a nova legislação, não se fala mais em crimes contra os costumes, modificando-se a rubrica do título para crimes contra a dignidade sexual, em consonância com a proteção constitucional. O presente artigo analisará as mudanças ocorridas, debruçando-se sobre as principais alterações, buscando apontar os pontos positivos e negativos decorrentes da reforma.

Palavras-chaves: crimes contra os costumes; dignidade sexual; Lei 12.015/2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A dignidade sexual como bem jurídico tutelado - 3. Unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor - 4. Unificação dos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude - 5. Unificação do crime de assédio sexual - 6. Estupro de vulnerável - 7. O novo artigo 218 do

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e professora assistente da UFV.

CP - 8. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual - 9. Do lenocínio ou do tráfico de pessoa - 10. O novo capítulo VIII - 11. Revogação da Lei 2.252/54 - 12. Conclusões - 13. Referências.

1- Introdução

Não é novidade alguma que a parte especial do Código Penal Brasileiro remonta a 1940, ressaltando-se as reformas pontuais que ocorreram ao longo de todos esses anos. Desde então, vez ou outra o legislador inova o sistema penal, modificando ou revogando (raramente) os tipos penais incriminadores ou criando (com mais frequência) novas figuras típicas.

No ano de 2009, várias reformas na legislação penal ocorreram, podendo-se citar a Lei 11.923 (que tipificou o chamado "sequestro relâmpago"), a Lei 12.012 (que acrescentou o art. 349-A ao CP, tipificando a entrada de aparelho celular em estabelecimento prisional), a Lei 11.983 (que revogou a contravenção penal da mendicância), dentre outras.

De todas, a mais ampla e, conseqüentemente, a mais comentada foi a reforma promovida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que alterou não só o Título VI da Parte Especial do Código Penal (modificando a redação de vários artigos, criando e revogando outros), mas também o artigo 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como revogou por completo a Lei 2.252/54 (Corrupção de Menores).

Há muito se aguardava uma reforma substancial quanto aos "crimes contra os costumes", haja vista que as mini-reformas anteriores tinham sido insuficientes para adequar o código às necessidades decorrentes de décadas de atraso legislativo. Tanto é verdade que a doutrina e a jurisprudência pátrias clamavam por uma completa revisão desta parte do Código Penal, de forma a adequá-la não apenas aos costumes atuais, mas à própria Constituição Federal de 1.988, elegendo-se como bem jurídico tutelado a própria

² A qual revogou vários artigos do Código Penal, como os incisos VII e VIII do art. 107 (que previam a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima de crimes contra os costumes com o próprio agressor ou com terceiro), o art. 217 (Sedução), os arts. 219 a 222 (Rapto), o art. 240 (Adultério); a reforma também alterou, dentre outros, o art. 231 do CP, que passou a denominar Tráfico Internacional de Pessoas e não mais de mulheres apenas, acrescentando o art. 231-A (Tráfico Interno de Pessoas).

dignidade da pessoa humana, em seu aspecto sexual.

Dessa forma, foi promulgada a Lei 12.015, que trouxe enormes mudanças no cenário dos crimes sexuais, dando prosseguimento à reforma promovida em 2005 pela Lei 11.106², a qual apenas iniciou a reformulação do Título VI do Código Penal.

Pretende-se, no presente artigo, analisar a nova sistemática dos crimes contra a dignidade sexual, após o advento da Lei 12.015/2009. Para tanto, analisar-se-á todos os artigos da *novel* legislação, discorrendo-se sobre as principais inovações, sem a pretensão de, nestas breves linhas, esgotar-se o tema, até mesmo em razão do pouco de tempo de vigência da *novatio legis*. Desta forma, far-se-á algumas considerações gerais sobre a reforma, procurando-se arrolar os principais aspectos positivos e negativos até então vislumbrados.

2- A dignidade sexual como bem jurídico tutelado

O saudoso Nelson Hungria definia costumes como sendo "os hábitos de vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais"³. Magalhães Noronha⁴ empregava ao vocábulo no mesmo sentido, dizendo:

Costumes aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais. Os crimes capitulados pela lei representam infrações ao mínimo ético exigido do indivíduo nesse setor de sua vida de relação.

Mas, já há algum tempo, vários doutrinadores passaram a criticar a opção do legislador em, no Título VI do Código Penal, manter os "costumes" como bem jurídico protegido, desde a redação original, nos idos de 1940.

Nesse sentido, Guilherme Nucci⁵:

Pensamos, no entanto, que não mais se concretizam no

³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 103.

⁴ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.. p. 96.⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado.

seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados *costumes*, de modo que o Código Penal está a merecer uma reforma há muito tempo, inclusive no tocante à vetusta denominação de *crimes contra os costumes*. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que porventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que, para alguns, sejam imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem.

Rogério Greco⁶, com seu pragmatismo habitual, dizia que

[...] perdeu o legislador a oportunidade de, por intermédio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, modificar a redação do Título VI do Código Penal. A importância de tal modificação residiria no fato de que, por meio das seções, capítulos e títulos do Código Penal, o intérprete conseguiria identificar o bem juridicamente protegido. Tendo em vista que o Código Penal usa a expressão *crimes contra os costumes*, devemos concluir serem os bens a ele ligados que almeja proteger por meio da criação típica. No entanto, embora não se possa descartar totalmente os costumes, podemos reinterpretar tal expressão de acordo com os ditames da Constituição Federal, tendo como foco central do nosso raciocínio a *dignidade da pessoa humana*, aqui entendida no seu sentido mais íntimo, vale dizer, da *liberdade sexual*, isto é, a capacidade que a pessoa tem de dispor, livremente, sobre o seu próprio corpo, devendo ser punido qualquer comportamento que, de alguma forma, agrida a sua vontade.

Em razão disso, vários doutrinadores já interpretavam a expressão *costumes* à luz da Constituição da República de 1988:

⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. v.III, p. 463-464.

⁷ PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 661.

é a liberdade sexual da mulher em sentido amplo (inclusive sua integridade e autonomia sexual), que tem o direito pleno à inviolabilidade carnal, mesmo relação ao marido.⁷

Nesse aspecto, a lei 12.015 atendeu aos reclames da doutrina pátria, alterando o bem jurídico de todo o Título VI do Código Penal. Desta forma, o Título deixou de ter a rubrica “dos crimes contra os costumes”, passando a ser denominado “dos crimes contra a dignidade sexual”, estando, agora sim, em perfeita sintonia com a Constituição Federal. O legislador percebeu que nesses crimes o bem jurídico atingido não são os costumes e sim a própria dignidade da vítima; por isso, o Título deixou de tutelar a moral sexual ou um modelo de moralidade, para abarcar a dignidade da pessoa humana, em seu sentido mais íntimo, isto é a dignidade sexual:

Dignidade fornece a noção de decência, compostura, respeitabilidade, enfim, algo vinculado à honra. A sua associação ao termo *sexual* insere-a no contexto dos atos tendentes à satisfação da sensualidade ou da volúpia. Considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), além do que a atividade sexual é, não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. [...] A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual.⁸

3- Unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor

Outra mudança positiva foi a que promoveu a junção dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Na antiga redação do Código Penal, o artigo 213 tipificava o crime de estupro, definido como a conduta de “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, enquanto o artigo 214 definia o atentado violento ao pudor: “constranger alguém, mediante

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 14.

violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

A Lei 12.015 criou um único tipo, que passou a abarcar as duas condutas até então tipificadas de forma autônoma: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” A pena prevista continua a mesma: reclusão de seis a dez anos.

Salienta-se que o legislador não revogou o atentado violento ao pudor, mas apenas passou a prevê-lo no mesmo artigo que tipifica a prática da conjunção carnal não consentida, denominando, a partir de então, de estupro o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso.

As vantagens da mudança são muitas. Em primeiro lugar, não só a mulher, mas qualquer passa a poder ser vítima de estupro. Caiu, portanto, a velha concepção do legislador de que somente a mulher podia ser estuprada. Tal se dava em razão da mentalidade vigente na época de concepção do nosso Código Penal, em que a mulher devia ser símbolo de recato, não havendo maiores interesses em prever o homem como vítima desse crime sexual. Nelson Hungria⁹ retratou bem essa mentalidade, ao dizer que:

Desgraçadamente, porém, nos dias que correm verifica-se uma espécie de crime do pudor, decorrente de causas várias. Despercebe a mulher que o seu maior encanto e a sua melhor defesa estão no seu próprio recato. Com a sua crescente deficiência de reserva, a mulher está contribuindo para abolir a espiritualização do amor [...] Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito de seu prestígio e charme. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais tropical, enquanto, outrora, um, tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da

⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. VIII, p. 92.

¹⁰ Com todo respeito, pouca ou quase nenhuma utilidade prática se via nesta discussão: a uma pelo fato de que eram iguais as penas do estupro e atentado violento ao pudor, sendo os dois crimes hediondos; assim, sendo o transexual vítima de estupro ou a.v.p., as penas aplicadas seriam idênticas; a duas por não ser possível o transexual engravidar, pois só se cria uma neovagina e não um neoparelho reprodutor, de forma que não é possível cogitar-se a aplicação do art. 128 II (aborto sentimental) e, mesmo que possível fosse, cabível seria o uso da analogia in bonam partem.

vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos [...] quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou folha de parreira na boca...

Igualmente perdeu razão¹⁰ a discussão acerca da possibilidade de transexual ser vítima de estupro, haja vista que o tipo fala em ‘alguém’ e não mais em ‘mulher’.

Ainda no que diz respeito ao sujeito do crime, qualquer pessoa pode praticá-lo, cessando todas as discussões a respeito da possibilidade da mulher ser sujeito ativo, seja como autora, partícipe ou autora mediata.

Perdeu, no entanto, o legislador a oportunidade para definir com mais clareza e precisão o que se entende por ato libidinoso, continuando a usar essa expressão com grande amplitude. Talvez se o legislador graduasse o ato libidinoso em grave, médio e leve, por exemplo, prevendo penas diversas, a dificuldade do aplicador da lei seria menor, evitando-se com mais facilidade ofensas aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Hoje, a única saída que lhe resta é a aplicação da contravenção penal prevista no artigo 61 da LCP; mas a pena ínfima prevista reduz drasticamente sua aplicação aos atos libidinosos levíssimos.

Findou-se, também, a discussão quanto à modalidade de concurso de crimes em caso de prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso diverso¹¹; agora, sendo o crime de ação múltipla, a prática de qualquer ato libidinoso pode dar ensejo ao estupro; haverá um só crime, independente do número de atos libidinosos praticados no mesmo contexto da conjunção carnal, somente podendo interferir na pena base a ser aplicada pelo julgador. Tratando-se de *novatio legis in mellius*, retroage para beneficiar todos os casos concretos em que foi reconhecido o concurso entre os antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, se ainda não foi oferecida ação penal, no momento do oferecimento o seu titular deve utilizar o novo artigo 213 como parâmetro; se já há processo em andamento, o juiz deverá se valer da *emendatio libelli*, dando a correta capitulação aos

¹¹ Havia enorme divergência sobre a modalidade de concurso de crimes em caso de conjunção carnal e outro ato libidinoso não preliminar. Para o STF aplicava-se a regra do concurso material, por não considerar estupro e atentado violento ao pudor crimes da mesma espécie. Para outros tribunais, era cabível o crime continuado.

fatos; se já há sentença condenatória com trânsito em julgado, cabível a revisão criminal.

Por fim, cessa a necessidade de recorrer-se à analogia *in bonam partem* para permitir o aborto em caso de gravidez decorrente de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Como o art. 128, II do CP autoriza o aborto apenas quando a gravidez for decorrente de *estupro* e, como na redação antiga *estupro* era apenas a conjunção carnal forçada, só se admitia o aborto sentimental em caso de gravidez decorrente de outros atos libidinosos (portanto como consequência do crime de atentado violento ao pudor) por intermédio do uso da analogia. Agora, como também configura *estupro* a prática de outros atos libidinosos, a gravidez deles surgida (como, por exemplo, decorrente do coito vestibular) também está autorizada expressamente por lei.

Outra alteração ocorrida foi a reforma do artigo 1º, V da lei 8072/90, que passou a trazer como hediondo o "estupro (art. 213, *caput* e §§1º e 2º). Com a menção expressa ao *caput* do art. 213, não há mais razão para discutir-se a respeito da hediondez do *estupro* simples¹², confirmando-se, assim, a posição majoritária da doutrina e jurisprudência.

As hipóteses trazidas pelo antigo art. 223 passam a ter previsão nos §1º e 2º do artigo 213. O primeiro prevê uma qualificadora (vítima menor de 18 ou¹³ maior de 14) e uma hipótese de crime qualificado pelo resultado (se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave); já o segundo prevê uma qualificação pelo resultado, em caso de morte da vítima. Importante destacar que com a nova redação, aplicam-se os resultados mais graves sempre que decorrentes da conduta, seja pelo emprego da violência física ou da grave ameaça, tratando-se, nesse aspecto, de *novatio legis in pejus*,

¹² Como a antiga redação do art. 1º, V da Lei 8072/90 não utilizava expressamente a expressão *caput*, havia entendimentos de que o *estupro* simples não era hediondo, mas apenas o qualificado.

¹³ Percebe-se, aqui, erro material do legislador que utilizou a partícula ou no lugar de e; isso porque se a vítima do *estupro* for menor de 14 anos não se aplica o art. 213 e sim ao art. 217-A.

¹⁴ Tal raciocínio decorre do fato da nova redação condicionar o resultado mais grave à conduta, enquanto o antigo art. 223 o condicionava à violência, excluindo-o, portanto, quando decorria de ameaça. Isso porque o legislador, quando quer se referir à violência moral, a faz de forma expressa (ameaça) sendo a expressão violência indicativa apenas do uso de força física.

aplicável, portanto, apenas aos fatos praticados na vigência da nova lei¹⁴.

4- Unificação dos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude

Seguindo a mesma fórmula do atual crime de *estupro*, o legislador unificou os antigos artigos 215 (posse sexual mediante fraude) e 216 (atentado ao pudor mediante fraude).

Pela atual redação, constitui violação sexual mediante fraude "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". A pena prevista passou a ser de dois a seis anos de reclusão, sendo mais grave, razão pela qual não retroage aos fatos pretéritos à vigência da nova lei.

Inovou o legislador, ao incluir a pena de multa quando houver finalidade de obtenção de vantagem econômica, bem como ao não prever tutela específica à virgindade da vítima.¹⁵

5 - Majoração do crime de assédio sexual

No que diz respeito ao crime trazido pelo artigo 216-A, denominado assédio sexual, a única inovação foi a inclusão de um §2º, com a majoração da pena em até um terço se a vítima for menor de 18 anos.

Curiosamente, percebe-se que o novo tipo passou a ter o *caput* seguido de um §2º, sem que se tenha sinal algum da existência de um §1º... Na verdade, a Lei 10.224/2001 trazia um parágrafo único, que foi vetado. Verdadeira impropriedade técnico-legislativa, pois deveria o legislador tê-lo reenumerado.

6- Estupro de vulnerável

Uma das maiores inovações surgidas com a reforma promovida pela Lei 12.015 foi a criação do tipo de "estupro de

¹⁵ Na antiga redação, se a vítima era virgem o crime era qualificado. Tal previsão não foi repetida pelo legislador, de tal forma que a circunstância somente poderá ser considerada na dosimetria da pena, mais especificamente na pena base, quando da análise das consequências do delito.

¹⁶ Para tanto, vide o item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do CP.

vulnerável". Sempre se soube, até mesmo pela redação da Exposição de Motivos do Código Penal¹⁶, que a tutela penal, no campo sexual, deve estender-se com maior zelo e amplitude às pessoas incapazes de externar seu consentimento de forma válida e plena.

Até o advento da lei reformadora, a proteção a essas vítimas se dava por meio do instituto da *presunção da violência*, previsto no art. 224, que gerava uma tipificação por extensão sempre que a vítima era menor de 14 anos, alienada ou débil mental ou não podia oferecer resistência. Nesse contexto, enorme era a divergência existente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, quanto à natureza dessa *presunção*, se absoluta ou relativa.

A maioria da doutrina e dos tribunais estaduais considerava relativa a *presunção*, acolhendo seu afastamento em caso de erro de tipo ou de proibição e em caso de vida sexual ativa da vítima, que demonstrava pleno discernimento acerca dos atos sexuais praticados.

No Supremo Tribunal Federal prevalecia como absoluta a *presunção da violência* nos crimes sexuais, como se depreende do voto do então Ministro Carlos Velloso¹⁷:

A falta de consentimento válido é a essencial circunstância que confere ao artigo 224, a *presunção jure et jure*, buscada para ter-se como real, a violência presumida. Não há conceber que menores de 14 anos, a quem não se permite validade dos atos jurídicos, tenha consciência plena para validar com seu consentimento o ato em comento. É justamente a impossibilidade do menor compreender em toda sua extensão o ato praticado, que afasta o consentimento válido. Falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes. Não pode falar-se, portanto, em consentimento pleno e livre, a consequência é a violência presumida.

E prossegue o Ministro:

O que deve ser considerado é que uma menina de doze anos não possui suficiente capacidade para consentir

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.983-6. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão unânime. Data do julgamento: 30/06/1997. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 24.09.09.

livremente na prática do coito. É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta do seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos. É precária a sua resistência, natural mesmo a sua insegurança, dado que não tem ela, ainda, condições de avaliar as consequências do ato. O instinto tende a prevalecer. Por isso, a lei institui em seu favor a *presunção* de que foi levada à consumação do ato sexual mediante violência (Cód. Penal, art. 224, a).

A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.

[...]

A norma inscrita no §4º do art. 227, da Constituição Federal - "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" - determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar a proteção ao menor, inscrita no art. 224, a, do Código Penal, a maior amplitude.

No mesmo sentido os argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence¹⁸:

Outro problema [...] é saber se a culpabilidade do agente, e não o caráter típico do fato, pode ceder, ante a prova do erro quanto ao elemento objetivo desta *presunção*, vale dizer, a idade da vítima. Isso tem, às vezes, sido equivocadamente discutido na jurisprudência sob o prisma das *presunções* absolutas ou relativas. Mas, a meu ver, não se trata de um problema de *presunção* absoluta ou relativa. A *presunção* do art. 224 é absoluta. Outra coisa é que ela seja imputável ao agente sem que se componha o dolo, que pressupõe a consciência dos elementos objetivos do tipo, entre os quais, nesse caso, se situa a idade da vítima.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.983-6. Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso. Decisão unânime. Data do julgamento: 30/06/1997. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 24.09.09.

Com o advento da reforma promovida pela Lei 12.015, foi criado tipo penal autônomo, denominado *estupro de vulnerável*, previsto no art. 217-A, com a intenção, inclusive, de cessar a discussão até então enfrentada pela presunção da violência:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou pratica 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 A pena é aumentada da metade se há concurso de quem tenha o dever de cuidado, proteção ou vigilância. (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.

Vulnerável, na lição de Guilherme Nucci, é o incapaz de consentir validamente para o ato sexual, sendo passível de lesão, despido de proteção¹⁹. Para ele, nova divergência acaba de surgir ante o uso pelo legislador da expressão vulnerável:

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. [...] A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. [...] não será a criação de um novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real²⁰.

¹⁹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 34-35.

²⁰ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p.37.

E prossegue o autor, expondo seus fundamentos e conclusões a favor da relatividade da vulnerabilidade da vítima:

O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção penal ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor de 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual²¹.

Em sentido contrário o magistério de Rogério Greco²², que sempre entendeu como absoluta a antiga presunção de inocência, para quem,

com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade em que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos (pelo menos é o que se espera).

Nesse sentido, vale transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando diz que o art. 217-A, *que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de*

²¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 37-38.

²² GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2009. p. 614.

certas pessoas, não somente crianças ou adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.

No tocante às hipóteses de vulnerabilidade, o legislador praticamente repetiu as mesmas situações que geravam a famigerada presunção de violência: vítima menor de 14 anos, enfermo ou doente mental sem o necessário discernimento para a prática do ato ou que, por outra causa não pode oferecer resistência.

Quanto a essa última situação, convém ressaltar tratar-se de vulnerabilidade total, isto é, somente será aplicado o art. 217-A, §1º quando a vítima sofrer uma perturbação total à vontade, não tendo a mesma nenhuma condição de oferecer resistência. Se a perturbação for apenas relativa, possuindo a vítima alguma condição de resistir, aplica-se o artigo 215 (violação sexual mediante fraude) e não o estupro de vulnerável²³; somente assim, os dois artigos podem ser interpretados com harmonia.

7- O novo artigo 218 do CP

A antiga redação do art. 218 do Código Penal tipificava a vetusta *corrupção de menores*, que consistia em “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”.

Punia-se, assim, a precoce iniciação sexual dos menores de 18 e maiores de 14 anos, com quem o agente praticava ato libidinoso, sem qualquer tipo de constrangimento.

Esse artigo, além de arcaico, era de raríssima aplicação prática, até mesmo porque a doutrina majoritária exigia para a consumação a efetiva corrupção da vítima, classificando-o como crime material²⁴.

Com a reforma, sai de cena a velha descrição típica, surgindo

três tipos: no *caput* uma nova descrição típica para a rubrica *corrupção de menores* (sem fazer uso dessa expressão nos elementos do tipo); no art. 218-A passou-se a prever a *satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente* e no art. 218-B o *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*.

Antes da reforma, o lenocínio típico (também denominado pela doutrina de alcovitaria) estava previsto somente no art. 227, recebendo penas diversas: vítima adulta (*caput*); vítima menor de 14 e maior de 18 anos ou agente com dever especial para com a vítima (§1º); vítima menor de 14 anos (havia, em razão do art. 232, presunção da violência, aplicando-se as penas do art. 227, §2º); fim de lucro (§3º).

Após a reforma, a antiga hipótese de presunção de violência, aplicada ao art. 227 por força do art. 232, fazendo com que a mediação de menores de 14 anos fosse punida com pena de 2 a 8 anos (§2º), cedeu lugar a novo crime autônomo (art. 218), que traz pena mais branda.

Assim, o §2º do art. 227 deixou de ser aplicado em caso de vítima menor de 14 anos, aplicando-se, portanto, o novo art. 218, sendo aquele parágrafo aplicado apenas em caso de violência, ameaça ou fraude reais contra vítimas maiores de 14 anos.

Para Nucci²⁵ todo o art. 227 deveria ter sido revogado pelo legislador:

Merecia desaparecer do contexto da tutela penal por respeito ao princípio da intervenção mínima e de acordo com o comportamento sexual mais liberal da sociedade brasileira em geral. Não tem o menor sentido buscar a punição de quem dá a idéia (indução) para que alguém (maior de 18 anos) satisfaça a lascívia (prazer sexual) de outra pessoa. E daí? Sem ter havido qualquer forma de violência, nenhum prejuízo adveio para qualquer dos envolvidos. Porém, não satisfeito de manter na legislação penal esse tipo obtuso, criou-se outro: a mediação de vulnerável para servir à lascívia de outrem (art. 218).

²³ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.43.

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4, p.43.

²⁵ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.

²⁶ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.53.

Por outro lado, a fim de evitar conflitos, deve-se interpretar esse novo tipo com certo cuidado, pois

no lenocínio comum (art. 227) não importa a espécie de lascívia que a vítima é induzida a satisfazer. Já no art. 218, tratando-se de vítima menor de 14 anos, não pode consistir em conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da cópula normal, pois, nesses casos, haverá o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP). Limita-se, portanto, às práticas sexuais meramente contemplativas, como por exemplo, induzir alguém menor de 14 anos a vestir-se com determinada fantasia para satisfazer a luxúria de alguém²⁶.

O recém criado art. 218-A é verdadeira inovação legislativa, haja vista que a conduta por ele descrita não era abarcada pela velha redação do art. 218 nem por nenhum outro tipo penal, vindo a preencher a lacuna legal. Dessa forma, o novo artigo passou a tipificar a conduta de induzir menor de 14 anos a presenciar ato libidinoso.

Trata-se de tipo misto alternativo, uma vez que o agente pode realizá-lo praticando ato libidinoso na presença de menor ou induzindo-o a presenciar ato libidinoso de terceiro, sempre com a intenção de satisfazer a lascívia própria ou alheia. Saliente-se que o menor, em momento algum, participa do ato libidinoso, sob pena de configurar-se estupro de vulnerável (art. 217-A).

As antigas condutas previstas no art. 218 (praticar ato libidinoso com maior de 14 anos e menor de 18, induzi-lo a praticar ato libidinoso ou a presenciá-lo) tornaram-se atípicas.

Por fim, o novo art. 218-B resulta de verdadeira fusão do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente com o art. 228, §1º do CP²⁷, tipificando a exploração da prostituição de crianças e adolescentes. A conduta de *submeter* menor de 18 anos à prostituição ou outra forma de exploração sexual já era prevista pelo art. 244-A do Estatuto, enquanto os demais verbos eram trazidos pelo §1º do art. 228 do CP (com penas menores), que determinava a aplicação da presunção da inocência, nos moldes do §1º do art. 227.

Conseqüentemente houve revogação tácita do art. 244-A do E.C.A., tendo em vista que a *novel* legislação passou a prever as

mesmas hipóteses antes abarcadas pelo art. 244-A. Já no tocante ao art. 228, §1º, houve modificação da sua redação, com previsão de outras situações. Em caso de grave ameaça ou violência, haverá concurso de crimes.

O §2º do art. 218-B tipifica a conduta de quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com vítima menor de 18 e maior de 14 anos, desde que o ato se dê no contexto da prostituição. Curioso, pois a prática de ato libidinoso com alguém nessa faixa etária, que não se encontre na prostituição, tornou-se atípico, sendo agora proibida apenas a prática quando o menor (entre 14 e 18 anos) se encontrar na prostituição. Claro que se a vítima for menor de 14 anos haverá estupro de vulnerável.

8 - A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual

Antes da reforma, os crimes contra os costumes eram de ação penal privada, procedendo-se somente mediante queixa da vítima (querelante) ou de seu representante legal, nos termos do art. 225 do CP. Duas²⁸ eram as exceções: em caso de pobreza da vítima, a ação era de natureza pública condicionada à representação da vítima; quando cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal era pública incondicionada.

Fundamentava a natureza privada da ação penal a necessidade de conferir à vítima o poder de decisão entre oferecer a queixa, iniciando o processo penal, ou não, operando-se a decadência. Isso porque, muitas vezes, o processo poderia significar para a vítima um enorme sofrimento, ao ter que relembrar, em seus vários depoimentos, todos os terríveis detalhes do fato, tendo sua vida íntima vasculhada pela defesa do acusado. Por outro lado, sendo a palavra da vítima importante prova nos crimes sexuais, haja vista que raramente são praticados com testemunhas *de visu*, a sua não colaboração iria certamente desaguar na absolvição do réu.

Agora, a nova redação do art. 225 do Código Penal apregoa ser a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual de natureza pública, condicionando-a à representação da vítima. Neste novo panorama, mantém-se a oportunidade e conveniência da vítima ao decidir acerca da representação, deixando, porém, a titularidade da

²⁷ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.58.

²⁸ Isso sem falar da famigerada Súmula 608 do STF, que considera de ação pública incondicionada o estupro praticado com violência real, alvo de críticas por considerar o estupro crime complexo.

ação penal nas mãos do *parquet*, de tal forma que a vítima não terá que arcar com as despesas processuais nem, em caso de pobreza, ter que prová-la, sofrendo eventuais impugnações.

Passa a ser pública incondicionada a ação penal quando for a vítima menor de 18 anos ou vulnerável.

Com a reforma, abriu-se discussão a respeito da aplicabilidade da nova lei aos fatos anteriores. Primeiramente, não se deve esquecer que a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica é garantia fundamental, esculpida no art. 5º, XL da Constituição da República, repetida pelos arts. 1º do Código Penal e 66, I da Lei de Execução Penal.

Em segundo plano, cumpre destacar a natureza jurídica da norma do art. 225 do CP: trata-se de norma penal, processual penal ou mista? Essa discussão se mostra relevante, pois a norma penal mais favorável será sempre aplicada ao fato, pouco importando se já foi revogada por outra ou se não era a vigente na época dos fatos; sendo, porém, de natureza processual, incidirá o princípio da aplicação imediata, independente de beneficiar ou prejudicar o réu.

Dúvida não resta ter a norma do art. 225 do CP natureza processual, por versar sobre a titularidade da ação penal; mas, por outro lado, vários são os efeitos penais imediatos decorrentes de sua aplicação, tais como a ocorrência de renúncia, perdão, perempção, os quais levarão à extinção da punibilidade do réu, atingindo o *jus puniendi* do Estado. Portanto, conclui-se, com apoio em Rogério Sanches²⁹, tratar-se de norma processual com reflexos penais diretos.

Em regra, a fórmula anterior é mais benéfica ao réu, pois a ação privada comporta mais causas de extinção da punibilidade, como a perempção e o perdão; até mesmo a decadência, que existe na ação pública condicionada, ocorre com mais facilidade na ação privada, pois os seis meses previstos pelo legislador englobam não apenas a representação da vítima, que pode se dar até mesmo perante o delegado de polícia, mas o oferecimento da queixa crime, que se dá somente em juízo, normalmente após a coleta de elementos de autoria e materialidade. Assim sendo, aos crimes praticados sob a vigência da antiga redação do artigo 225, aplicar-se-á a regra da ação privada;

²⁹ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p. 63

³⁰ GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p.63.

essa espécie de ação penal deverá ser observada no que diz respeito aos processos ainda não iniciados, não ocorrendo nenhuma mudança quanto aos que se encontram em tramitação.

Depreende-se, com base nos argumentos supra, que a nova espécie de ação penal prevista para os crimes contra a dignidade sexual será aplicada aos crimes praticados sob a vigência da Lei 12.015/2009 (princípio do *tempus regit actum*). Quanto aos fatos anteriores, a sua aplicação estará reservada aos casos em que o réu for beneficiado.

Sendo a vítima pobre, nenhuma alteração pragmática ocorrerá, uma vez que na redação antiga do dispositivo a ação já era pública condicionada para essa hipótese, mantendo-a assim na nova sistemática, por ser abrangida pela atual regra geral (*caput* do art. 225 do CP). Excepciona-se, contudo, se a vítima for pobre e vulnerável, razão pela qual a nova lei lhe reserva a ação pública incondicionada, surgindo hipótese mais maléfica ao réu, razão pela qual a nova lei não terá aplicação³⁰.

Quanto aos fatos anteriores cometidos com abuso de pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, nenhuma mudança significativa haverá, uma vez que na legislação revogada era prevista ação pública incondicionada (art. 225, II), a qual se repete na atual redação (art. 225, parágrafo único). Isso porque, em regra, as pessoas sujeitas a poder familiar, tutela ou curatela são vulneráveis. No entanto, como bem lembra Nucci³¹,

não é fórmula absoluta. Imagine-se o pródigo, sujeito à curatela (art. 1767, V, CC), privado da administração dos seus bens (art. 1782, CC). Se for vítima de abuso sexual por parte do curador, embora hipótese rara, poderia encaixar-se no disposto na antiga redação do art. 225, II (a ação penal seria pública incondicionada). Afinal, a lei penal não faz nenhuma distinção quando à espécie de curatela. A atual redação do art. 225, parágrafo único, não prevê abuso de curador, mas menciona menores de 18 anos e vulneráveis. Estes são os que não têm o necessário discernimento para a prática do ato sexual, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, o que não inclui o

³¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 70.

³² Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

pródigo. Por isso, se a ação era pública, antes do advento da Lei 12.015/2009, agora passa a ser condicionada a representação da vítima, que precisa ser colhida de imediato, pena de extinção da punibilidade.

Questão interessante, que demonstra bem o despreparo do legislador, é a que decorre da revogação do art. 223 do CP conjugada com a nova redação do art. 225. Isso porque, pela antiga sistemática, ao crime de estupro seguido de lesão grave ou morte não se aplicava o artigo 225³², pois este artigo referia-se apenas aos crimes *definidos nos capítulos anteriores*, encontrando-se o citado art. 223 no mesmo capítulo do art. 225, o que fazia com que a ação penal para esses crimes fosse pública incondicionada.

Pela nova redação, as hipóteses do art. 213, §1º e 2º (estupro seguido de lesão grave ou morte) passam a seguir a nova regra do art. 225 (ação pública condicionada à representação), pois não se encaixam nas exceções de ação pública incondicionada. Tratando-se de lei mais benéfica, retroage para alcançar os fatos pretéritos, o que levará ao sobrestamento de todos os processos a fim de que a vítima possa representar.

Tal conclusão, nos dizeres da SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira³³,

fará com que em suma, país afora, promotores de justiça terão que sair à cata das vítimas ou de seus representantes legais, no sentido de obter, em tempo hábil a representação. É fácil perceber que, ainda que se empregue um esforço enorme, os acusados da prática de tão grave injusto penal serão certamente beneficiados pelos efeitos da decadência.

Frente a isso, foi ajuizada, em 19 de setembro de 2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, em impugnação à parte do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei 12.015/2009, em virtude da ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente por parte do Estado:

³³ Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, subscrita pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhes. Acesso em: 23.09.09.

Apesar de a lei nova representar, em termos gerais, um avanço, houve um grave retrocesso em relação aos crimes de estupro dos quais resulte lesão corporal grave ou morte, visto que a persecução penal nesses casos, antes incondicionais, passou a depender de representação da vítima ou de seu representante legal.

Referida condição de procedibilidade da ação penal em caso tais – de altíssimo nível de gravidade, de elevado grau de reprovabilidade, e que só beneficia o sujeito ativo do crime – constitui franca transgressão ao postulado da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CF) e ao princípio da *proibição da proteção deficiente*, importante vertente do princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, da CF).

Diante do reconhecimento de que o Estado tem o dever de agir na proteção de bens jurídicos de índole constitucional, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente³⁴.

Tão grave foi a desatenção do legislador, que, pela nova redação, em caso, por exemplo, de estupro seguido de morte, caso a vítima não possua os parentes arrolados no art. 24, §1º do CPP (cônjuge, descendente, ascendente ou irmão), ocorrerá a extinção da punibilidade, exatamente por ausência de representação no prazo legal.

A ADI 4301-3 encontra-se tramitando, sendo o Ministro Joaquim Barbosa o seu relator. A esperança é que haja decisão liminar o quanto antes, sob pena de vários processos serem perdidos em razão da não representação da vítima, já que o prazo de seis meses iniciou-se a partir da entrada em vigor da nova lei.

9- Do lenocínio ou do tráfico de pessoa

O capítulo V do Código Penal, denominado do *lenocínio e do tráfico de pessoa*, com o advento da Lei nº. 12.015, sofreu sua primeira alteração já na rubrica, com o acréscimo da expressão *para fim de*

³⁴ Petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, subscrita pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhes. Acesso em: 23.09.09.

prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Nos tipos penais previstos nesse capítulo, sempre que se faz menção à expressão *prostituição* acrescentou-se a expressão *ou outra forma de exploração sexual*, de tal forma que o alcance do tipo passou a ser maior, abarcando não apenas a prostituição, mas toda e qualquer forma de exploração sexual.

Nesse aspecto, inclusive, o legislador procurou definir exploração sexual, prevendo no art. 234-C que "para os fins deste Título, ocorre exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes nele tipificados".

No entanto, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que

ao prever que ocorrerá exploração sexual sempre que alguém for vítima dos crimes contra os costumes, o dispositivo confunde os conceitos de 'violência sexual' e de 'exploração sexual', uma vez que pode haver violência sem a exploração. Diante disso, o dispositivo estabelece modalidade de punição que se aplica independentemente de verificada a efetiva prática de atos de exploração sexual³⁵.

Desta forma, não há um conceito legal de exploração sexual, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência conceituá-lo. Segundo Eva Faleiros³⁶,

Pode ser definida como uma dominação e abuso do corpo de crianças, adolescentes e adultos (oferta), por exploradores sexual (mercadores), organizados, muitas vezes, em rede de comercialização local e global (mercado), ou por pais ou responsáveis, e por consumidores de serviços sexuais pagos (demanda), admitindo quatro modalidades:

- a) prostituição - atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário;
- b) turismo sexual - é o comércio sexual, bem articulado, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e

³⁵ Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em: 15.09.2009.

³⁶ Apud. GOMES, Luiz Gomes et al. Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados. São Paulo: RT, 2009. p. 65-66.

estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores excluídos de Países de Terceiro Mundo;

c) pornografia - produção, exibição, distribuição, venda, compra, posse e utilização de material pornográfico, presente também na literatura, cinema, propaganda, etc; e d) tráfico para fins sexuais - movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, como objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes.

Neste capítulo do CP, não houve grandes mudanças. Poderia o legislador ter aproveitado a oportunidade para rever, por completo, alguns tipos, inclusive revogando-os; mas preferiu ser tímido nas alterações, não trazendo inovações significativas.

O art. 228 do CP pouco foi alterado:

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 têm 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 conseqüência, à ofensividade, torna-se nítida. Tratando-se de prostituição juvenil, 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 prática³⁷.

O §1º do art. 228 passou a prever basicamente as mesmas hipóteses anteriormente previstas, quando fazia remissão ao §1º do art. 227, com apenas algumas alterações. O *caput* passou a trazer, além da pena privativa de liberdade, a pena de multa. Ocorre que o

³⁷ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 74.

§3º, que já existia antes da reforma, igualmente prevê pena de multa, aplicável apenas quando houver fim de lucro. Portanto, o proxeneta que agiu com finalidade de lucro receberá duas multas? Estranho, já que a prostituição infantil (prevista no novo art. 218-B e crime mais grave, em razão da qualidade da vítima) condiciona a pena de multa à finalidade de obtenção de vantagem; já na prostituição de adultos (art. 228) a multa será sempre aplicada, sendo dobrada se houver essa mesma finalidade...

Os tipos dos retrógrados *Casa de Prostituição* e *Rufianismo* continuam em vigor, com as poucas alterações sofridas. Mais uma vez preferiu o legislador manter o falso moralismo, insistindo na tipificação, negando-se a enxergar as desvantagens de tal prática:

[..]A sociedade olvida o desatino de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima da violência, disseminando doenças, dentre outros problemas, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quando à clientela. Enquanto se mantém na criminalidade a figura do rufião, que não se vale de violência ou grave ameaça, está-se incentivando a prostituição desregada e desprotegida, pois acabar com a atividade o estado jamais conseguirá³⁸.

No tocante ao art. 229, simplesmente trocou-se a expressão *casa de prostituição ou lugar destinado a encontro para fins libidinosos* por outra, qual seja, *estabelecimento em que ocorra exploração sexual*. Deduz-se que a intenção do legislador foi alcançar estabelecimentos onde há exploração sexual que não se encaixavam na redação antiga, tais como hotéis, restaurantes de beira de estrada e outros onde habitualmente ocorre a exploração. No entanto, como bem diz Greco³⁹,

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinados comportamentos que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como

³⁸ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 85.

³⁹ GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 3. ed. Niterói: Ímpetus, 2009. p. 651.

extrema ou ultima ratio.

A reforma do art. 230 foi ainda mais contida: o §1º passou a prever, de forma autônoma, praticamente as mesmas hipóteses anteriores, com pouquíssimas alterações e o §2º inovou ao incluir a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a vontade da vítima como meio de execução a qualificar o crime.

Poucas foram as mudanças no art. 231, até mesmo porque o referido dispositivo já havia sido reformado em 2005 pela Lei 11.106. Novamente se alterou a rubrica do tipo (tráfico internacional de pessoa), desta vez com o acréscimo da expressão *para fim de exploração sexual*, demonstrando, de forma incontestada, a necessidade do elemento subjetivo do injusto.

Alguns rearranjos foram feitos, a exemplo da retirada do verbo intermediário do *caput* com a sua inserção no §1º, através da previsão das condutas de agenciar, comprar, transportar, transferir e alojar, que são formas de intermediação. O §2º passou a prever qualificadoras, algumas anteriormente já previstas como majorantes pelo reformado §1º. O §3º passou a prever pena de multa quando houver finalidade econômica.

O tipo do art. 231-A (Tráfico Interno) sofreu as mesmas alterações acima citadas, crescendo-se apenas a previsão de pena mais leve (2 a 6 anos).

10 - O novo capítulo VIII

Um novo capítulo foi acrescentado ao Título VI do Código Penal: sob a rubrica *disposições gerais*, o Capítulo VIII passou a prever dois novos artigos: art. 234-A e art. 234-B, tendo sido o art. 234-C vetado.

O primeiro traz duas novas majorantes para os crimes contra a dignidade sexual. Na verdade, o projeto previa quatro causas de aumento, sendo as duas primeiras (incisos I e II) vetadas.

Nesse aspecto, embora a mensagem de veto tenha justificado a medida com vistas a evitar o *bis in idem*, não foi bem isso que ocorreu. Isso porque, de fato, o inciso I trazia hipótese já prevista no art. 226, I, que continua em vigor (concurso de duas ou mais pessoas); todavia,

⁴⁰ Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislacao. Acesso em: 15.09.2009.

⁴¹ NUCCI, Guilherme. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 97.

o novo inciso II não era simples repetição do art. 226, II. Enquanto este prevê aumento de pena sendo o agente ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou expressão por qualquer outro título tem autoridade sobre ela, o novo artigo diferenciava-se ao incluir a figura do *enteado*, ao retirar a previsão de *preceptor ou empregador da vítima* e ao substituir a expressão *por qualquer outro título tem autoridade sobre ela* por *pessoa que assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância*.

Assim, embora parecidos, os dois artigos continham diferenças, não se justificando o veto com o argumento de que "as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescer ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI".⁴⁰ A nova previsão, portanto, inovava em alguns pontos.

O novo inciso III ao art. 234-A passou a prever aumento de metade da pena em caso de gravidez da vítima. Fundamento da maior punição seriam as graves conseqüências do crime para a vítima e sua família, uma vez que, como bem diz Nucci⁴¹, a vítima terá que conviver para o resto da vida com o seu agressor (que será pai do seu filho) ou, caso deseje interromper a gravidez, enfrentará um doloroso aborto, que, certamente, deixará marcas em sua vida.

O inciso IV traz majoração em caso de transmissão de doença sexualmente transmissível à vítima. Positiva a previsão, uma vez que esta é, sem dúvida, uma terrível consequência que, muitas vezes, decorre da prática de crimes sexuais. Várias são as vítimas que, além da violência, do mal psicológico sofrido e das terríveis lembranças, ainda terão que enfrentar tratamentos severos para combater gonorréias, sífilis e a temida AIDS.

Pecou, no entanto, o legislador, por, mais uma vez, se utilizar da expressão *de que sabe ou deveria saber*. Em alguns artigos do CP o legislador fizera a opção de utilizá-la, o que apenas fez nascer enorme discussão na doutrina e jurisprudência acerca do seu significado. Afinal de contas, *sabe ou deveria saber* indicam dolo ou culpa ou dolo direto e dolo eventual?

⁴² Item 44 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal: "O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias)".

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p.191.

A grande maioria da doutrina enxerga na elementar *sabe* dolo direto e na expressão *deveria saber* dolo eventual: tendo o agente certeza da sua contaminação agiu com dolo direto, ao passo que a suspeita ou a dúvida enseja o dolo eventual. Outros vêem dolo (*sabe*) ou culpa (*deveria saber*), argumentando ser essa a opção do legislador, como se depreende da Exposição de Motivos do Código Penal⁴².

No entanto, esclarecedoras as ponderações de Bitencourt⁴³:

[...] essa interpretação indicadora do dolo, por meio do "sabe" ou "deve saber", justificava-se quando vigia, incontestavelmente, a *teoria psicológico-normativa* da culpabilidade, *que mantinha o dolo como elemento da culpabilidade*, situando a consciência da ilicitude no próprio dolo. Contudo, a sistemática hoje é outra: a elementar "sabe" que está contaminado significa *ter consciência* de que é um agente transmissor, isto é, ter consciência de um elemento do tipo, e a elementar "deve saber", por sua vez, significa *ter a possibilidade de ter essa consciência*.

E conclui o renomado autor:

Quando o agente "sabe" que está contaminado, isto é, quando tem plena consciência do seu estado, de que é portador de moléstia venérea, podem ocorrer as duas espécies de dolo – direto e eventual. O dolo será sempre de perigo e consistirá na vontade livre e consciente de criar a situação de perigo de contágio venéreo (dolo direto) ou na aceitação do risco de criá-la (dolo eventual).

Na primeira hipótese – dolo direto – o agente "sabe" que está contaminado, tem consciência do seu estado e de que cria, com a sua ação, *uma situação de risco* para a vítima, mas não deixa de praticar o ato libidinoso, seja conjunção carnal seja qualquer outro ato de libidinagem. Não quer transmitir a moléstia venérea, mas tem plena *consciência* e vontade de expor a vítima a perigo de contagiar-se. Em outros termos, consciente e voluntariamente expõe a vítima a perigo de contágio venéreo.

[...]

Mas, mesmo na hipótese em que "sabe" que está

contaminado, o agente pode agir com *dolo eventual* e não somente com *dolo direto*. Quando, por exemplo, o agente “sabe” que é portador de moléstia venérea, *prevê* a possibilidade de dar-se o contágio, mas não tem certeza de que a moléstia é contagiosa. Na *dúvida sobre a natureza contagiosa*, em vez de abster-se, mantém contato sexual com a vítima e a expõe a perigo. Quando o agente não tem certeza de alguns dos elementos da configuração típica não deve agir; se, no entanto, apesar da dúvida, age, assume o risco, não da produção do resultado como tal, mas da *aceitação da possibilidade* de sua verificação. Não se pode esquecer que a elementar “sabe” não se confunde com dolo, pois este se compõe de dois elementos – *intelectivo* (consciência ou previsão) e *volitivo* (vontade) – e, a ausência de qualquer deles é suficiente para impedir a configuração dolosa, tanto na forma direta quanto na eventual.

Não há, em nenhuma das hipóteses, qualquer intenção de transmitir a moléstia, tampouco a assunção do risco de transmiti-la, pois o dolo é de perigo. Mas o agente tem consciência do perigo de contágio, da possibilidade de que este ocorre, mas, a despeito disso, não desiste, mantém o contato libidinoso com a vítima, expondo-a a perigo.

[...]

Convém destacar que a *dúvida* do agente pode ser em relação à circunstância de estar contaminado (deve saber) ou, então, quanto a se tratar de moléstia contagiosa ou não (sabe que está contaminado). Na primeira hipótese, o dolo eventual que orienta a conduta do agente refere-se à elementar “deve saber”, e a segunda refere-se à elementar “sabe”.

Enfim, pode-se concluir, o *dolo eventual* pode configurar-se diante de qualquer das duas elementares – “sabe” e “deve saber”; o dolo direto é que não é admissível na hipótese do “deve saber”.⁴⁴

Assim, as elementares *sabe* e *deveria saber* não se referem a

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p.191-192..

⁴⁵ Onde a contaminação configurava exaurimento do crime, tendo em vista o dolo de perigo do agente.

nenhum elemento subjetivo do injusto, mas sim a conhecimento da contaminação da doença, conforme acima exposto.

A partir da vigência da Lei 12.015/2009, em caso de crime sexual do qual decorreu contágio de moléstia venérea, não mais se aplicará o concurso com o crime de perigo de contágio de doença venérea⁴⁵ (art. 130 do CP), mas apenas a nova majorante do art. 234-A, IV do CP. Mas se doença puder levar a resultados mais graves, como é o caso da AIDS, serão aplicados os tipos mais graves, como lesão corporal e até mesmo tentativa de homicídio (a depender do dolo do agente). Essa já era, inclusive, a interpretação dada pela doutrina na análise dos arts. 130 e 131 do CP.

O recém criado art. 234-B determina que “os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. Trata-se de inovação na legislação penal, que era omissa nesse aspecto, até mesmo porque o tema é de natureza processual penal. O Código de Processo Penal, no entanto, já previa a possibilidade de o juiz decretar o segredo de justiça (art. 792), mas a nova previsão, além de ser específica, determina – e não apenas possibilita – o sigilo em todos os casos de crimes sexuais.

11- Revogação da Lei 2.252/54

Por fim, o art. 7º da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, revogou expressamente toda a Lei 2.252/54, que tipificava o crime de corrupção de menores, passando a prevê-lo no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A primeira consideração que se faz é a falta de técnica do legislador, que, em uma lei que alterou crimes de cunho sexual, aproveitou para revogar essa legislação especial, que trata não da corrupção de menores com vertente libidinoso (art. 218 do CP), mas sim da participação de menor em qualquer crime cometido por maior... O que parece é que o legislador quis “matar dois coelhos com uma única paulada”, ainda que nada de similar existisse entre eles...

O novo art. 244-B do E.C.A. praticamente repete o revogado art. 1º da Lei 2.252/54, com acréscimo dos §1º (meio de execução eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet) e §2º (aumento de pena em caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1º da lei de crimes hediondos).

12- Conclusões

Com base em todos os argumentos expostos, pode-se concluir

que a Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, trouxe algumas mudanças positivas. Ainda que o legislador pudesse ter avançado mais, dúvidas não restam de que houve certa atualização. Hoje, com a reforma, já não se fala mais em crimes contra os costumes, mas sim em *crimes contra a dignidade sexual*, em consonância com o previsto na Constituição da República de 1988.

As unificações de crimes ocorridas, principalmente no que se refere aos antigos estupro e atentado violento ao pudor, facilitarão a interpretação e a aplicação prática, fazendo cessar várias divergências doutrinárias até então existentes.

O fim da presunção da violência, a previsão de pena mais severa para o estupro de vulnerável, a inclusão de outras formas de exploração sexual, a ação penal pública condicionada são alguns aspectos positivos que podem ser destacados.

No entanto, muitas são as desvantagens decorrentes da nova lei. Percebe-se que as reformas ocorridas, em sua maioria, foram tímidas, preservando-se, em muitos artigos, o moralismo exacerbado. Tal conclusão decorre, por exemplo, da não revogação de alguns tipos, tais como os relacionados à prostituição (que, por si só é lícita), bem como pela manutenção do crime de objeto obsceno (em pleno ano de 2010), que sequer foi revisto.

Vários erros crassos do legislador são percebidos, tanto na grafia, quanto de ordem técnico-legislativa e inclusive de cunho jurídico, fazendo parecer que reforma foi a feita "toque de caixa".

Não foi prevista *vacatio legis* (art. 6º da Lei 12.015), tendo a lei entrado em vigor na data da sua publicação, a despeito das inúmeras mudanças promovidas, dentre elas a criação de várias novas figuras típicas.

Com alguns acertos e vários pontos negativos, já há quem diga que outra reforma é bem vinda.

13- Referências

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4601-3/600, impetrada pela SubProcuradora Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e aprovada pelo Procurador Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, protocolizada no Supremo Tribunal Federal em 17 de setembro de 2009. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhes. Acesso em: 23.09.09.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

GOMES, Luiz Gomes et al. *Comentários à reforma criminal de 2009 e à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: RT, 2009.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 4. ed. Niterói: Ímpetus, 2007. v. III.