

Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual: as Principais Mudanças Advindas com a Lei 12.015/2009

About Crime against Sexual Dignity: the Main Changes that Came from Law 12.015/2009

Willian Oguido Ogama^{a*}; Eduardo Diniz Neto^b

^aAdvogado da Câmara Municipal de Maringá.

^bCurso de Direito da Universidade Estadual de Londrina (UEL) e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

*E-mail: willian@email.com

Resumo

O presente artigo analisou as principais questões e modificações surgidas com o advento da Lei 12.015/2009, responsável pela modificação do Título VI da Parte Especial do Código Penal, que dispõe sobre os crimes contra a dignidade sexual. Pelo fato da mudança ter envolvido praticamente todos os dispositivos anteriores, fez-se necessária a análise pormenorizada, artigo por artigo, expondo as opiniões de importantes doutrinadores, sem deixar de atentar às peculiaridades da norma penal. Ademais, obrigou maior atenção do exegeta à costumeira falta de técnica do legislador pátrio na elaboração estrutural e semântica do texto legislativo. Desse modo, tornou-se impreterível a observância dos princípios penais vigentes, bem como a utilização dos instrumentos hermenêuticos adequados, com o intuito de se precaver de algumas posteriores discussões doutrinárias e de possibilitar a realização da justa interpretação normativa.

Palavras-chave: Código Penal. Crimes. Dignidade Sexual.

Abstract

The present paper analyzed the main issues and modifications that arose from the Law 12.015/2009, which is responsible for the modification of the Title IV of the Penal Code Special Part, which talks about crime against sexual dignity. Due to the change, that involved nearly all the previous decrees, it was necessary a detailed analysis, article by article, showing the opinion of important counselors, paying attention to the peculiarities of the penal standard. Moreover, it demanded greater attention from the analyst to the typical lack of technique from the national legislator in the structural and semantic creation of the legislative text. Thereby, the observation of current penal principles have become essential, as well as the utilization of adequate interpretation tools, aiming for the precaution of some later doctrinaire discussions, and to make it possible the accomplishment of fair normative interpretation.

Key-words: Penal Code. Crime. Sexual Dignity.

1 Introdução

A Lei 12.015/2009 trouxe significativas mudanças ao Código Penal pátrio, de forma a alterar primordialmente o Título VI, a começar pela sua intitulação, que antes era “Dos crimes contra os costumes” para “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Esse foi um indicativo da intenção do legislador em se adaptar às mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos, bem como aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria.

A nova divisão no Código Penal - CP agora dispõe dos seguintes Capítulos: “Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual”, “Capítulo II - Dos crimes sexuais contra vulnerável”, “Capítulo III – Do rapto” (com o conteúdo revogado pela Lei 11.106/2005), “Capítulo IV – Disposições gerais”, “Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual”, “Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor” e “Capítulo VII – Disposições gerais”.

Juntamente com as mudanças, surgem novas críticas, lacunas e imprecisões. Na jurisprudência são escassas as decisões relacionadas ao tema, o que se justifica pelo curto

período de vigência da Lei. Por esse motivo, cabe ao jurista realizar o estudo da norma, não a isentando de críticas, de forma a prevenir o Direito de qualquer argumento falacioso, tendente a desvirtuar o real valor normativo da Lei.

É esse o objetivo do presente artigo, analisar cada um dos dispositivos inseridos nos Capítulos acima descritos, sem a pretensão de esgotar o tema, muito menos de discorrer sobre questões já consolidadas pelos juristas, porém, buscando sempre alcançar a melhor interpretação jurídica das normas em estudo.

2. Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual

2.1 Art. 213 – Estupro

Estupro

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Uma das principais mudanças advindas com a Lei 12.015/2009 foi a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor sob a única denominação “estupro”, o que veio a acarretar na impossibilidade de aplicação do concurso material nas modalidades “conjunção carnal” e “outro ato libidinoso”, vez que ambas estão dispostas no *caput* do art. 213 do CP, formando um crime único. Por ser benéfica, essa alteração deverá retroagir, devendo atingir todos os fatos anteriores à vigência da Lei.

Por outro lado, a nova Lei possibilita a aplicação da continuidade delitiva para ambas as modalidades, o que não ocorria anteriormente, devido à existência de duas espécies delitivas diferentes. Também, agora poderá ocorrer a consumação do estupro sem o contato físico, na modalidade “outro ato libidinoso”, o que só ocorria no delito de atentado violento ao pudor.

Tese que poderá ser defendida por doutrinadores, principalmente advogados, é a da ocorrência do *abolitio criminis*, pela supressão do art. 214 do CP. Apesar de todo esforço que se possa fazer para sua admissão, observa-se que a conduta ainda é reprovável, tendo ocorrido apenas deslocamento da norma prevista no antigo art. 214 do CP para o art. 213 do CP. Nesse sentido, Capano (2009, p.70), afirma que “permanecendo a conduta típica em lei e com potencial ofensivo à sociedade, não há como defender que houve *abolitio criminis*”.

No que concerne ao tipo subjetivo do delito em tela, a doutrina ainda diverge quanto à necessidade do dolo específico. Para Nucci (2009, p.16), “exige-se o elemento subjetivo específico”. No mesmo sentido é o entendimento de Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009). Em oposição, fazem coro: Barros (2010) e Estefam (2009).

Quanto à classificação do delito, anteriormente à Lei 12.015/2009, o delito de estupro era considerado “bi-próprio”, pois exigia condição especial de ambos os sujeitos (homem x mulher). Atualmente, ele se classifica como “bi-comum”, pela falta dessa exigência. Já em relação à hediondez, a mudança deixa claro que o crime é hediondo em todas as suas formas. Nesse aspecto, saliente-se que o legislador trouxe grande avanço na direção da pacificação de discussões doutrinárias e judiciais.

Os novos parágrafos do artigo 213 trazem as formas qualificadas do delito em tela. Agora, pune-se não só a conduta que resultar lesão corporal grave ou morte, mas também se a vítima é menor de 18 ou maior de 14 anos, nos termos do §1º. Vale tecer algumas críticas advindas com essa mudança. A primeira, apontada por Nucci (2009, p.25), refere-se ao

texto do §1º. Para ele, ocorreu “o equívoco da inserção da partícula alternativa *ou*, quando o correto seria “*e*”. Autores como Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009) e Estefam (2009) apontam uma lacuna da norma, pelo fato de o tipo não abarcar a vítima que for violentada no dia do seu 14º aniversário. Para o primeiro, o estupro seria simples, caso consentido, fato atípico. Já o segundo preconiza a aplicação do estupro qualificado, sob o argumento da exclusão do enquadramento do estupro de vulnerável, através da aplicação da analogia *in bonam parte*.

Vale discorrer, também, sobre a controvérsia que reside na incidência ou não do dolo nessa qualificadora. Para Nucci (2009, p.26), “todo resultado qualificador pode ser alcançado por dolo ou culpa”. Em sentido contrário, Greco (2009) assevera que incide a qualificadora apenas a título de culpa, pelo fato de o crime ser preterdoloso. O mesmo autor levanta a tese da possibilidade da tentativa qualificada desse delito em situações do caso concreto, por exemplo, no caso em que o agente, querendo estuprar a vítima, a derruba, causando-lhe a morte antes de lograr o feito. Seria essa uma exceção à regra de inadmissibilidade de tentativa para crimes preterdolosos.

Greco (2009, p.16) embasa a sua tese, utilizando-se dos seguintes argumentos:

No entanto, quase toda regra sofre exceções. O que não podemos é virar as costas para a exceção, a fim de se reconhecer aquilo que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto. Veja-se o exemplo do estupro, praticado através da conjunção carnal, que se consuma com a penetração, total ou parcial, do pênis do homem na cavidade vaginal da mulher. Se isso não ocorrer, o que teremos, no caso concreto, será uma tentativa de estupro. Portanto, há necessidade inafastável de se constatar a penetração para efeitos de reconhecimento do estupro, desde que, obviamente, outros atos libidinosos não tenham sido praticados. Se for assim, como no caso de ocorrência de um dos resultados que qualificam o crime poderíamos entender pelo delito consumado se não houve a conjunção carnal? Aqueles que entendem que o delito se consuma com a ocorrência das lesões graves ou da morte justificam seu ponto de vista dizendo que, se reconhecêssemos a tentativa, a pena seria menor do que aquela prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte. Isso acontece, realmente, quando se leva em consideração a pena máxima cominada em ambos os delitos, muito embora a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 a tenha aumentado para 30 (trinta) anos, e não no que diz respeito à pena mínima, que será idêntica. É claro que o Código Penal não é perfeito, como nenhuma outra legislação o é, seja nacional ou estrangeira. As falhas existem. Entretanto, raciocinando no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos permitir que essas falhas sejam consideradas em prejuízo do agente. Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio que seria, esse sim, completamente *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal. Dessa forma, entendemos como perfeitamente admissível a tentativa qualificada de estupro.

2.2 Art. 215 – Violação sexual mediante fraude

Violação sexual mediante fraude (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

O tipo penal em análise, conhecido como “estelionato sexual”, do mesmo modo que ocorreu com o delito de estupro, resultou da unificação de dois tipos penais - os antigos artigos 215 e 216 do Código Penal - de forma a englobar a conjunção carnal e outro ato libidinoso no mesmo tipo.

Também ocorreu a elogiável supressão dos termos “mulher” e “virgem”, que se encontravam no parágrafo único, anteriormente reconhecidos como causas qualificadoras. Segundo Nucci (2009, p.27), “é o fim de um ciclo de machismo e retrocesso”, o que resulta na qualificação do delito como misto alternativo e comum. Do mesmo modo, é merecedora de aplausos a inclusão da multa pela Lei 12.015/2009, nos casos em que houver a obtenção de vantagem econômica, devendo se aplicar a regra constante do artigo 49 do CP.

Por fim, vale dizer que o julgador deve estar atento ao tênue limite da tipicidade do delito em tela, visto que a fraude não pode chegar a anular a capacidade de resistência da vítima, “caso em que estará configurado o delito de estupro de vulnerável” (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p.32).

2.3 Art. 216-A – Assédio sexual

Assédio sexual

(Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

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. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

Parágrafo único. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001)

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

O dispositivo em tela existe desde 2001, tendo a Lei 12.015/2009 inserido apenas a causa de aumento de pena para o caso de a vítima ser menor de 18 anos. Vale registrar a costeira confusão do legislador, ao elaborar o §2º mesmo ante a inexistência do §1º.

Não obstante a citada desordem numérica, Nucci (2009, p.32) também alerta sobre a ausência de técnica legislativa na redação que dispõe sobre a causa de aumento de “até um terço” em vez de “um terço”. Segundo ele, isso dará ensejo à possibilidade de o magistrado fixar “apenas um dia”,

sendo “tal medida incompatível com o cenário das causas de aumento, diversas que são das agravantes”.

Diante das considerações acima mencionadas pode-se deduzir que, na modificação do delito em tela, o legislador explicitou a sua falta de afinidade com a legislação penal, o que dá ensejo às injustiças que poderiam ser evitadas.

3 Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável

3.1 Art. 217-A – Estupro de vulnerável

Estupro de vulnerável

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Anteriormente à Lei 12.015/2009 havia uma acirrada discussão acerca da presunção de violência, nos termos do art. 224 do CP. A maioria da doutrina, que defendia a presunção relativa, exigia a demonstração probatória (BARROS, 2010). Já para os que consideravam a presunção absoluta, o entendimento era o de que a lei havia suprimido essa necessidade. A nova Lei objetivou encerrar essa polêmica, ao considerar o requisito etário como um critério objetivo, de acordo com a Justificativa apresentada no Projeto de Lei original. Porém, cumpre salientar que algumas vezes ainda defendem a relatividade. É o caso de Nucci (2009), Estefam (2009) e Barros (2010). Cumpre registrar, também, a posição de Greco (2009) e Estefam (2009), que defendem a possibilidade do concurso entre o delito de lesão corporal ou ameaça com o delito do art. 217-A do CP.

Outra divergência que se encerra com o fim da violência presumida era a que versava sobre a ocorrência do *bis in idem*, pela incidência do art. 9º da Lei 8.072/90 ao delito do art. 224. Como a maioria entendia pela ocorrência da dupla punição, a pena que incidia variava de 06 a 10 anos. Agora, com o fim da citada presunção, a punição para o tipo descrito no art. 217-A é de 8 a 15 anos, portanto mais gravosa, não incidindo aos fatos anteriores.

Por outro lado, a lei se torna mais benéfica quando da ocorrência da violência real ao delito cometido contra menores de 14 anos. Anteriormente, a pena variava de 9 a 15

anos, devido à incidência do aumento da metade prevista no art. 9º da Lei 8.072/90. Com o advento do novo dispositivo, a pena é menor, variando de 8 a 15 anos. Não é de outro modo que julgados colhidos da jurisprudência do STJ atestam a retroatividade da Lei 12.015/2009, para os casos em que ocorrer a violência real e a grave ameaça perpetrada contra criança (HC 131987-RJ; REsp 1102005/SC¹).

Vale dizer, também, que, do mesmo modo que ocorreu no delito de estupro, do art. 213, uniu-se no tipo tanto a conjunção carnal quanto outros atos libidinosos. A pena também foi elevada, conforme exposto, a pena passa a ser de 08 a 15 anos. Ademais, os parágrafos terceiro e quarto também vieram a qualificar as situações em que resultarem lesão corporal de natureza grave e morte.

Uma tese que, possivelmente, poderá ser levantada, mas que ainda não encontra amparo na doutrina e jurisprudência é a que versa sobre a ocorrência da *abolitio criminis* aos casos de violência presumida, pelo fato de a Lei 12.015/2009 ter revogado expressamente, em seu art. 7º, o art. 224 do CP. Um forte argumento que derrubaria essa pretensa tese, bem como evitaria ulteriores controvérsias é o apresentado pelo Promotor de Justiça de São Paulo, Rogério Sanches (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009, p.9) Não houve *abolitio criminis*, mas simples revogação formal do tipo incriminador. Não podemos confundir *abolitio criminis* com mera revogação formal de uma lei penal. No primeiro caso, há revogação formal e substancial da lei, sinalizando que a intenção do legislador é não mais considerar o fato como infração penal (hipótese de supressão da figura criminosa). Já no segundo, revoga-se formalmente a lei, mas seu conteúdo (normativo) permanece criminoso, transportado para outra lei ou tipo penal (altera-se, somente a roupagem da infração penal). Sobre o tema, explica Luiz Flávio Gomes: “Revogação da lei e não ocorrência da *abolitio criminis*: mas não se pode nunca confundir a mera revogação formal de uma lei penal com *abolitio criminis*. A revogação da lei anterior é necessária para o processo do *abolitio criminis*, porém, não suficiente. Além da revogação de uma lei formal impõe-se verificar se o conteúdo normativo revogado não foi (ao mesmo tempo) preservado em (ou deslocado para) outro dispositivo legal. Por exemplo: o art. 95 da Lei 8.212/91, que cuidava do crime de apropriação indébita previdenciária, foi revogado pela Lei 9.983/2000, todavia seu conteúdo normativo foi deslocado para o art. 168-A do CP. Logo, nessa hipótese, não se deu a *abolitio criminis*, porque houve uma continuidade normativo-típica (o tipo penal não desapareceu, apenas mudou de lugar). Para a *abolitio criminis*, como se vê, não basta a revogação da lei anterior, impõe-se sempre verificar se presente (ou não) a continuidade normativo-típica.

Diante da fundamentada exposição acima, só resta deduzir que houve mera revogação formal da lei, pois os dispositivos

que abarcavam a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos (art. 213 ou art. 214 combinado com o art. 224, todos do CP) apenas uniram-se em um artigo próprio, que é o art. 217-A do CP.

Por fim, conforme já mencionado, não é demais explicitar a lacuna possibilitada pelo legislador à situação em que o adolescente, no dia do seu 14º aniversário, consente a ter conjunção carnal. O fato descrito só poderá ser considerado atípico, tendo em vista que não pode haver analogia para prejudicar o réu.

3.2 Art. 218 - Corrupção de menores

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Para Estefam (2009), o delito de corrupção de menores é uma forma especial de lenocínio (Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem), pois neste a indução para a satisfação da lascívia abrange qualquer pessoa, devido à utilização do termo “alguém”, enquanto na corrupção de menores a indução recai sobre menor de 14 anos.

Críticas não faltam em relação às modificações realizadas pelo legislador. Ao invés de realizar o seu intento da maior proteção dos menores, a falta de técnica legislativa acarretou no surgimento de uma norma mais benéfica aos agentes delituosos. Seria um contrassenso punir o induzidor da lascívia à pena do delito em tela, com a pena de reclusão de 02 a 05 anos e, por outro lado, dar tratamento diferenciado a quem instiga, punindo-o pelo delito de estupro de vulnerável, que possui a pena de reclusão, de 8 a 15 anos. Assim, atentando-se à correta aplicação da analogia *in bonam partem* não resta outra solução a não ser abarcar o agente instigador ao tipo penal. Segundo Nucci (2009, p. 47) “o que seria medida lógica e natural, a reforma com o fim de proteger o vulnerável, no campo sexual, terá aberto um flanco significativo de impunidade”.

Outro importante registro sobre a nova legislação é o ensejo de uma nova exceção à teoria monística: o estuprador de vulnerável incorre na pena do art. 217-A, enquanto o partícipe torna-se autor do delito em tela.

Por fim, vale dizer que o veto do parágrafo único que estava previsto no projeto de lei, o qual versava sobre a aplicação de multa no caso do delito ser cometido com finalidade de obtenção de vantagem econômica foi alvo de severas críticas. Mais uma vez, Nucci (2009, p.48) assevera que “muitos agenciadores são, na essência, partícipes do crime de estupro de vulnerável e a figura do art. 218 somente os beneficiou”.

1 STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>.

3.3 Art. 218-A - Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.” (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

A Lei 12.015 veio a integrar a lacuna que anteriormente existia em relação à tipificação da conduta de praticar ou induzir menor de 14 anos a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, pois a corrupção de menores, que era tipificada no art. 218 do CP, punia apenas o maior de 14 anos e menos de 18 anos.

Com a inovação, vê-se que os três comportamentos descritos no antigo art. 218 (praticar atos de libidinagem, induzir a praticar ou presenciar) foram abolidos quanto às vítimas maiores de 14 anos e menores de 18 anos, devendo a norma benéfica retroagir. Já a conduta de praticar ou induzir menor de 14 anos a praticar atos de libidinagem ganhou a configuração de “estupro de vulnerável”, disposto no art. 217-A do CP, portanto, nesse último caso, a Lei não deve retroagir por ser mais maléfica ao réu.

Vale ressaltar que, devido à desnecessidade de qualquer toque físico em relação à vítima, “o menor pode a tudo assistir ou presenciar por meio de câmeras e aparelhos de TV ou monitores” (GOMES, 2009, p.48), o que, infelizmente, é muito comum hoje em dia, devido, principalmente, aos avanços tecnológicos e à democratização da *internet*.

3.4 Art. 218-B - Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

(Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Segundo Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009), o tipo penal em estudo visou a reunir os artigos 244-A do ECA e 228, §1º do CP, “antes da Lei 12.015/2009, submeter menor de 18 anos à exploração sexual se subsumia ao disposto no art. 244-A do ECA, com pena de 4 a 10 anos (BRASIL, 1990). A alteração, portanto, manteve a sanção penal. Já nas modalidades induzir, atrair, facilitar ou atrair alguém, menor de 18 e maior de 14 anos, incidia o art. 228, §1º, com pena de 3 a 8 anos”. A Lei nova, no último ponto, é mais gravosa, o que não enseja sua retroatividade.

Nucci (2009) tece críticas quanto à ausência de definição do termo “exploração sexual”, uma vez que cria confusão no cenário dos crimes contra a dignidade sexual. Fato que corrobora a citada crítica de Nucci foi o veto do art. 234-C do CP, que considerava a ocorrência da exploração sexual, sempre que alguém fosse vítima dos delitos contra a dignidade sexual. O argumento de sua rejeição foi a necessidade de se diferenciar o termo “exploração sexual” de “violência sexual”.

Novamente Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009), citando Faleiros, definem a exploração sexual como: “uma dominação e abuso do corpo de crianças, adolescentes e adultos (oferta), por exploradores sexuais (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)”. A mesma admite quatro modalidades: a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais.

Quanto ao inciso II do §2º, criou-se uma nova figura típica para o proprietário, gerente ou responsável. A eles também incide o §3º, que institui como efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e funcionamento do estabelecimento. Nucci (2009) menciona que o juiz não necessita da motivação, pois o efeito é decorrente de Lei. O mesmo alerta, porém, sobre a importância da exigência dessa condenação por parte do órgão acusatório, pois se nada constar da sentença, o trânsito em julgado não suprirá a sua falta, restando, apenas, a via administrativa. Por sua vez, Capano (2009) entende que a condenação pela cassação da licença do estabelecimento é inconstitucional, pelo fato de possuir o caráter perpétuo, bem como não encontrar respaldo nas penas restritivas de direito.

4. Das Disposições Gerais

4.1 Art. 225 - Ação Penal

Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal

pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Anteriormente ao advento da Lei 12.015/2009 a regra geral nas ações penais era pela utilização da ação de natureza privada, sob o argumento da proteção da intimidade. O antigo artigo 225 definia duas exceções: a ação seria pública condicionada à representação da vítima se esta ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem a privação de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, e, pública incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Aplicava-se, também, a Súmula 608 do STF, que estabelecia a natureza pública incondicionada da ação se o estupro fosse cometido mediante violência real.

Com o advento da Lei 12.015/2009, o legislador buscou atender a corrente doutrinária que defendia a natureza pública da ação. Houve até certo progresso, pois, além de transformar a exceção em regra, continuou a se preservar a intimidade da vítima. Hoje, a regra aos delitos em estudo é a da ação penal pública condicionada à representação, salvo na tutela dos menores e vulneráveis, os quais passam a receber tratamento da ação penal pública incondicionada.

Quanto à aplicabilidade da Súmula 608, após a vigência da Lei 12.015/2009 surgiram algumas correntes. Para Nucci (2009, p.62), “elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação penal é pública condicionada à representação”.

Já Estefam (2009), sob o argumento de que a citada súmula subsistiu mesmo após o advento da Lei 9.099/95, que transmutou a natureza da ação para o delito de lesões corporais leves, e Greco (2009), sob o argumento da proibição do retrocesso social, defendem, corretamente, a aplicação da Súmula 608 aos casos em que o estupro resultar lesão corporal grave ou morte. Ainda sobre o assunto, vale mencionar que tramita no Congresso o Projeto de Lei 6814/2010², de autoria do Senador Antônio Carlos Júnior, que visa a alterar o parágrafo único do art. 225 do CP, de modo a abarcar a expressão: “se do crime resultar lesão corporal grave ou morte, ou se o autor for ascendente, padrasto, madrastra, colateral até o terceiro grau, tutor, curador ou pessoa com a qual a vítima convive sob o mesmo teto”, o que encerraria essa divergência.

Outra discussão que surge se refere à intertemporalidade. Parece ser correto o entendimento defendido por Nucci (2009), Estefam (2009) e Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009) de que, mesmo a norma sendo de natureza processual e, por isso, de aplicação imediata, por haver reflexos materiais, as ações que estiverem em andamento ou findas, promovidas pela vítima, através da queixa, devem continuar, por ser mais favorável

ao réu, dada a possibilidade do perdão judicial, renúncia e decadência.

Ademais, importante registrar uma situação singular no qual a nova Lei veio a beneficiar o réu: é o caso em que a vítima é pródigo sujeito à curatela. Anteriormente a ação era de natureza pública incondicionada, com base no antigo inciso II do artigo 225 do CP. Agora, ao caso incide o *caput* do artigo 225 do CP, que prevê a natureza pública condicionada à representação da ação penal. A esse fato Nucci (2009, p.70) alerta: “agora passa a ser condicionada à representação da vítima, que precisa ser colhida de imediato, sob pena de extinção da punibilidade”.

Por fim, no que tange à redação do *caput* do art. 225, vale atestar as críticas proferidas por Greco (2009), pelo fato de o legislador ter abarcado o Capítulo II, do Título VI do CP, que trata dos crimes sexuais contra vulnerável, nas ações penais de iniciativa pública condicionada à representação e, logo, em seguida, o seu parágrafo único dispor que a ação é pública incondicionada quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. O autor resolve essa falta de técnica legislativa com a seguinte interpretação: para os delitos do Capítulo I (estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual) a ação será pública condicionada à representação, enquanto nos delitos do Capítulo II (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) a ação será sempre de iniciativa pública incondicionada.

Relacionado ao assunto, vale mencionar que tramita no Congresso Nacional, um Projeto de Lei 6374/2009³ do Deputado Vieira da Cunha, que visa a modificar o *caput* do art. 225 do CP para a seguinte redação: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada”, o que transmutaria a regra dos delitos sexuais de ação penal pública condicionada para ação penal pública incondicionada.

4.2 Art. 226 - Aumento de pena

Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

A nova Lei também estabelece causas de aumento de pena, em seu artigo 226. Ocorrerá o aumento de um quarto se houver o concurso de duas ou mais pessoas. O aumento será

2 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>

3 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>.

de metade, se o agente for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

5 Do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para Fim de Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual

5.1 Art. 227 – Mediação para servir a lascívia de outrem

Mediação para servir a lascívia de outrem

Art. 227 - Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

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

Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência.

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

O tipo penal do art. 227 do CP, conhecido como lenocínio principal, não sofreu alterações com o advento da Lei 12.015/2009. Por esse motivo, subsistem as críticas em relação a sua constitucionalidade. Para Nucci (2009) e Estefam (2009), liberdade sexual, exercida sem violência ou grave ameaça, não deve ser tutelada pelo Estado.

5.2 Art. 228 – Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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.

Do mesmo modo que ocorreu no art. 218-B, evidencia-se que o legislador considerou a exploração sexual como gênero e a prostituição uma espécie. É o que se interpreta da leitura da expressão “prostituição ou outra forma de exploração sexual”. A Lei 12.015/2009 também inseriu o termo “dificultar”

no *caput*. Desse modo, mesmo ocorrendo o abandono da prostituição, poderá restar configurado o delito em tela.

Quanto à inserção da multa na pena do *caput*, Nucci (2009) tece árduas críticas, considerando um contrassenso a sua aplicação sempre quando o favorecimento da prostituição versar sobre os adultos e, por outro lado, necessitar da comprovação de obtenção de vantagem econômica no favorecimento da prostituição juvenil (§1º do art. 218-B do CP).

5.3 Art. 229

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

A principal mudança introduzida pela Lei 12.015/2009 ao delito em análise foi a substituição do termo “casa de prostituição ou lugar destinado a encontro para fins libidinosos” por “estabelecimento em que ocorra a exploração sexual”.

Nucci (2009) alerta sobre o esquecimento do legislador em dar um título ao crime. Para ele, o delito seria mais uma espécie de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Ademais, o mesmo doutrinador, acompanhado por Estefam (2009) e Greco (2009) não economizam críticas quanto à manutenção do delito pelo legislador. Para os dois primeiros, não há sentido a tipificação do fato, enquanto a conduta de prostituir-se for considerada atípica. Já o último, utiliza o argumento de que a repressão por parte do Direito Penal deve ser entendida como *extrema* ou *ultima ratio*.

A polêmica sobre a possibilidade ou não da tentativa subsiste. Para Nucci (2009), Capano (2009), Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009) e Barros (2010) esta é impossível pelo fato de o crime ser habitual. Por outro lado, Estefam (2009) e Greco (2009) mencionam uma hipótese em favor da possibilidade, que seria o caso do agente surpreendido no momento da inauguração de seu bordel, por circunstâncias alheias à sua vontade. O último autor embasa a sua tese dizendo que a maior parte dos doutrinadores se baseia somente no fato de o delito ser habitual, e despreza, equivocadamente, sua natureza plurissubsistente.

Ademais, subsiste a controvérsia em relação à prisão em flagrante. Nucci (2009) defende sua impossibilidade, devido à habitualidade do delito. Em contraposição Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009) acreditam que ela é possível, em certos casos, utilizando-se do argumento da existência de uma atualidade delituosa.

Por fim, no que tange à retroatividade da Lei, vale mencionar que, atualmente, o tipo exige a ocorrência da exploração sexual. Anteriormente, o delito abarcava quaisquer encontros para fim libidinosos. Desse modo, verifica-se que a norma tornou-se mais restrita e benéfica ao réu, o que possibilita a sua retroatividade.

5.4 Art. 230 – Rufianismo

Rufianismo

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

As críticas quanto à subsistência da incriminação ainda são tecidas pela doutrina. Encabeçam a defesa pela descriminalização dos fatos descritos no tipo Nucci (2009) e Estefam (2009), sob os mesmos argumentos apresentados quanto ao delito do art. 227 do CP (mediação para servir à lascívia de outrem), ou seja, de que o Estado não poderia intervir na liberdade sexual do indivíduo, da mesma forma que ocorre na prostituição.

A figura do *caput* foi mantida pela nova Lei, alterando-se, apenas, os dois parágrafos subsequentes. No §1º a descrição tornou-se mais abrangente, de forma a abarcar as figuras do “padrasto”, “madrasta”, “enteado”, “preceptor ou empregador” e “quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância”, o que impede a retroatividade da norma. O mesmo motivo dá ensejo à irretroatividade do §2º, tendo sido acrescentado além do termo “emprego da violência ou grave ameaça”, “a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima”.

5.5 Art. 231 – Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

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. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela

Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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 (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Com o advento da Lei 12.015/2009 acrescentou-se ao *caput* a expressão “ou outra forma de exploração sexual”. No que concerne aos parágrafos, também ocorreram alterações. O verbo “intermediar”, que antes se encontrava no *caput*, foi substituído por “agenciar”, localizado no §1º. Para Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009, p. 71) “não houve supressão da figura criminosa, mas simples alteração formal, continuando o fato típico”. Quanto às “demais condutas de “aliciar”, “comprar”, “transportar”, transferir” ou alojjar”, por serem anteriormente atípicas, não ocorrerá a retroatividade.

O §2º do tipo em exame traz as causas de aumento de pena. A menoridade, antes considerada qualificadora, agora é considerada uma dessas causas. Na análise da pena mínima, a nova Lei é prejudicial ao réu, não retroagindo. Do mesmo modo, não retroagem os fatos descritos no inciso II: “a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato” e a condição de “enteado”, acrescentado no inciso III.

No que tange ao inciso IV, o seu teor considera o “emprego de violência, grave ameaça ou fraude” como uma causa de aumento, o que pode elevar à metade a pena de reclusão de três a oito anos. Anteriormente, a mesma causa era considerada uma qualificadora, prevista no §2º e que previa a pena de cinco a doze anos de reclusão, além da pena correspondente à violência. Desse modo, por serem mais benéficas, aplicam-se as causas de aumento aos fatos descritos.

Por fim, vale mencionar a divergência doutrinária quanto à consumação do delito em tela. Para Gomes, Cunha e Mazzuoli (2009), Barros (2010) e Estefam (2009) não é necessário que ocorra a prostituição ou a exploração sexual da vítima. Já Nucci (2009, p.89) considera o crime “demanda resultado naturalístico, consistente na efetiva ocorrência da prostituição ou outra forma de exploração sexual”.

5.6 Art. 231-A - Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

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: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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 (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

O novo dispositivo se assemelha ao anterior, porém a pena foi abrandada pelo legislador, devendo ocorrer, assim, a retroatividade da Lei para beneficiar o réu. Atente-se ao acréscimo, no *caput*, dos termos “deslocamento de alguém dentro do território nacional” e “outra forma de exploração sexual”.

Inseriu-se, também, o parágrafo 1º, que tornou o tipo mais abrangente. Para Gomes; Cunha e Mazzuoli (2009), não houve supressão da figura criminosa, apenas alteração formal, tendo em vista que os verbos foram apenas substituídos: a conduta de “intermediar” passou a ser tipificada por “agenciar”. No que concerne às causas de aumento, a Lei 12.015/2009 passou a considerá-las algumas antigas qualificadoras, como a menoridade e certos parentes, o que acarreta a sua retroatividade. Por outro lado, a Lei não retroage para prejudicar o réu em decorrência de certas inovações, como o das novas causas de aumento por “enfermidade ou deficiência mental da vítima”, bem como a figura “enteado” no rol de parentes.

Outra alteração benéfica foi a supressão da figura da presunção da violência, anteriormente presentes nos artigos 224 e 232 do CP e da qualificadora da violência, grave ameaça e fraude, que passou a ser causa de aumento, nos termos do inciso III do §2º.

Por fim, vale dizer que o legislador inovou corretamente, ao inserir no §3º a multa quando houver finalidade econômica.

6 Do Ultraje Público ao Pudor

6.1 Art. 233 – Ato obsceno e Art. 234 – Escrito ou objeto obsceno

Ato obsceno

Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou

aberto ou exposto ao público:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Escrito ou objeto obsceno

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem:

I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo;

II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter;

III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

No que concerne aos delitos de ato obsceno, disposto no artigo 233 do CP e de escrito ou objeto obsceno, no artigo 234, estes não foram alterados pela lei em estudo. Assim, não cabe discorrer sobre eles, porque fugiria às pretensões estabelecidas ao presente artigo.

7 Disposições Gerais

7.1 Art. 234-A - Aumento de pena

Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite a vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

A Lei 12.015/2009 fez inserir, também, duas novas causas de aumento de pena. Uma delas é o aumento da metade da pena se o crime resultar gravidez. Para Nucci (2009), essa causa deveria ser facultativa, tendo em vista a possibilidade de a vítima constituir família, o que seria razoável para a aplicação da proporcionalidade. Nos termos do inciso IV, também ocorrerá o aumento se o agente transmitir doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Nesse caso, o *quantum* será de um sexto até a metade. Sobre a necessidade do dolo para ensejo dessa última causa, importante mencionar a posição de Greco (2009, p.169):

Discute-se se tais expressões são indicativas tão-somente de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culposa.

A Exposição de Motivos da parte especial do Código Penal, ao cuidar do art. 130, que contém expressões similares, consigna expressamente que, nelas, se pode visualizar também a modalidade culposa, conforme se verifica da leitura do item 44, que diz:

44. 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).

Com a devida venia das posições em contrário, devemos entender que as expressões de que sabe ou deva saber ser portador dizem respeito ao fato de ter 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 que dela era portador.

É merecedora de aplausos a inovação trazida pelo legislador no inciso IV, pelo fato de a majorante criar maior probabilidade da utilização de preservativo pelo agente do delito, o que já contribuiria para a diminuição de muitos danos que esse delito tão repugnante causa à vítima e à sociedade.

Vale mencionar que outras duas causas de aumento que estavam previstas no Projeto de Lei original e inseriam os incisos I e II no tipo em exame foram corretamente vetadas pelo Presidente da República, pelo fato da existência de teor semelhante nos incisos I e II do artigo 226 do CP, já examinados.

7.2 Art. 234-B

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Não havia, anteriormente à Lei 12.015/2009, dispositivo no Código Penal que explicitasse o segredo de justiça, porém os juízes costumeiramente, na ação penal dessa natureza, garantiam esse direito às partes, dado o alto grau de intimidade que envolve os sujeitos. Já assegurava essa postura o art. 201, §6 do CPP, inserido pela Lei 11.690/2008, com o seguinte teor: o juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Quanto à aplicabilidade da norma, esta é imediata, pelo fato de se tratar de norma processual. Vale dizer que ela também se aplica aos inquéritos que investiguem delitos de tal natureza, sob o argumento de que ocorreria o esvaziamento do sentido da norma pretendida pelo legislador (ESTEFAM, 2009).

7.3 Art. 234-C

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

A figura prevista no artigo 234-C buscava abranger a exploração sempre que alguém fosse vítima dos delitos contra a dignidade sexual. Esse dispositivo foi vetado, sob o argumento de se diferenciar o termo “exploração sexual” da

“violência sexual”.

Deduz-se que foi correto o argumento do veto, tendo em vista que nem todos os delitos expostos no Título VI são, necessariamente, formas de exploração sexual. Esta somente se dá quando ocorre o aproveitamento com a sexualidade de outrem, como se a dignidade sexual fosse um objeto de relação comercial.

Novamente, vale citar o conceito de Eva Faleiro, que define a exploração sexual como: “uma dominação e abuso do corpo de crianças, adolescentes e adultos (oferta), por exploradores sexuais (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)”. A mesma admite quatro modalidades: a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais, definindo-as da seguinte forma: a) prostituição, atividades nas quais atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário; b) turismo sexual, comércio sexual bem articulado em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e 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 de pessoas para fins sexuais – movimento clandestino e ilícito de pessoas através de fronteiras nacionais, com o objetivo de forçar mulheres e adolescentes a entrar em situações sexualmente opressoras e exploradoras, para lucro dos aliciadores, traficantes (GOMES; CUNHA; MAZZUOLI, 2009).

8 Conclusão

Conforme proposto inicialmente, o presente artigo tratou apenas das questões polêmicas e inovadoras surgidas com o advento da Lei 12.015/2009. Deduz-se que, embora a nova Lei tenha pacificado algumas controvérsias, também deu ensejo a outras, o que é característico no mundo jurídico. Desse modo, foi possível verificar avanços e retrocessos referentes à matéria.

No que tange aos aspectos positivos, vale mencionar a inserção do termo “dignidade sexual” para substituir “costumes”, o que derruba de vez as velhas barreiras do preconceito herdadas de uma sociedade machista e patriarcal.

O legislador também avançou ao tutelar de forma mais abrangente a dignidade sexual do menor e do incapaz, de forma a lhes conferir um Capítulo específico, sob a rubrica “Dos crimes sexuais contra vulnerável”. No que concerne à natureza da ação penal, a regra que era da ação penal privada foi corretamente substituída para a pública condicionada à representação, o que acaba por conciliar a intimidade da vítima e a relevância do delito.

Outra mudança importante adveio com a fusão do delito de estupro e atentado violento ao pudor em um tipo penal próprio (art. 213), o que encerrou muitas divergências anteriormente

existentes, não obstante deu ensejo a outras.

Quanto aos aspectos negativos, vale dizer que esses foram proporcionados muito mais pela falta de zelo do legislador do que pela sua má intenção. Exemplo disso é a lacuna surgida diante da situação em que o adolescente mantém conjunção carnal consentida no dia do seu 14º aniversário. Por falta de previsão legal, o fato só poderá ser considerado atípico. Outra crítica contundente versou sobre a mudança realizada no art. 216-A do CP, no qual foi inserido o §2º, mesmo ante a inexistência do §1º. Para agravar a situação, o citado parágrafo dispôs sobre uma causa de aumento de “até um terço”, quando o correto seria “de um terço”.

Também é notável o contrassenso no delito de corrupção de menores (art. 218 do CP), pelo fato da manutenção do verbo “induzir” ter acarretado no surgimento de uma norma mais benéfica ao agente “instigador” (analogia *in bonam partem*), que, pela reprovação de sua conduta, merecia a punição dada ao autor do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A). A dissonância também se constata da leitura dos artigos 218-B e o art. 228 do CP. Da comparação desses dois dispositivos depreende-se que a pena de multa sempre será aplicada quando o delito for de favorecimento da exploração sexual de adultos (art. 228, *caput*, CP), necessitando da comprovação da vantagem econômica quando o delito for o de prostituição juvenil (§1º c/c §3º do art. 228).

Frise-se que, simultaneamente ao surgimento de novas críticas e elogios, a nova lei também resulta na criação de novas teses, através de calorosos debates jurisprudenciais e doutrinários. Dentre as mais relevantes expostas no presente trabalho, pode-se citar: a interpretação a ser dada ao art. 59 do Estatuto do Índio, a ocorrência da *abolitio criminis* do delito de estupro com violência presumida, a subsistência da Súmula 608 do STF e a natureza da ação penal dos crimes sexuais

contra vulnerável.

Diante do exposto, depreende-se que as opiniões antagônicas sempre existirão e serão necessárias. Não só porque elas instigam e provocam o debate democrático, mas também pela inexorável constatação de que o Direito se transforma juntamente com a sociedade. Foi através de exposições e enfrentamentos de temas polêmicos que a Lei 12.015/2009 evoluiu. Do mesmo modo, o presente artigo pretende dar a sua parcela de contribuição para a construção dessa importante dialética cognitiva, objetivando novos avanços e um Direito Penal mais justo.

Referências

- BARROS, F.D. Crimes contra a dignidade sexual para concursos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposição. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 21 mar. 2010.
- CAPANO, E.F. Dignidade sexual. Comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (asrts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ESTEFAM, A. Crimes sexuais. Comentários à Lei n. 12.015/2009. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOMES, L.F.; CUNHA, R.S.; MAZZUOLI, V.O. Comentários à reforma criminal de 2009 e à convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, R. Adendo. Lei 12.015/2009. Dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009.
- NUCCI, G.S. Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- STJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em: 25 fev. 2010.

