

# **CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO\*

## **INTRODUÇÃO**

Encontramo-nos, novamente, diante de reforma pontual em parte do Código Penal.

Desta feita, o legislador, a despeito de ter operado alterações no Título VI do Código Penal recentemente, por meio da Lei n.º 11.106/05, agora praticou acentuadas modificações no mesmo Título por meio da Lei n.º 12.015, de 07.08.09.

Por meio da Lei n.º 12.015/09, vê-se que uma revisão total nos crimes anteriormente denominados “contra os costumes”.

Não é objeto deste trabalho exaurir a análise das alterações verificadas. Tem-se como desiderato efetuar considerações iniciais sobre as principais modificações e questões polêmicas que, certamente serão geradas.

A primeira inovação encontrada diz respeito à denominação dos aludidos delitos. Anteriormente à reforma, eram nominados de crimes contra os costumes. Hodiernamente, passaram a ser denominados crimes contra a dignidade sexual, todos no Título VI do Código Penal.

Efetivamente, a inovação é salutar. A expressão anteriormente cunhada no Código referia-se aos costumes sexuais, tanto na proteção da liberdade sexual como sua moralidade. Com a nova denominação, tratou o legislador de atualizar o conceito dos crimes contrários à dignidade da pessoa humana no que concerne à sua sexualidade, adequando a nomenclatura à normatização constitucional.

## **TÍTULO VI - CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL ESTUPRO**

O novo panorama do elenco de crimes inicia pela redefinição do estupro.

O artigo 213 assim está redigido:

---

\* Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul.

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

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

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

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

*§ 2º Se da conduta resulta morte:*

*Pena – reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte) anos.*

**Veja-se, inicialmente, que a reforma proporcionou uma unificação** das figuras anteriormente caracterizadoras do estupro e do atentado violento ao pudor. Aliás, está revogado o artigo 214 do Código Penal que, anteriormente, previa o atentado violento ao pudor.

Por consequência, não há mais a figura do atentado violento ao pudor.

**Temos unicamente o estupro**, que congloba o constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a outro ato libidinoso.

Neste particular, com a devida vênia de entendimento contrário, andou bem o legislador.

**Outra inovação substancial diz respeito ao sujeito passivo.** Anteriormente à reforma, havia lacuna que em outros países, como a Itália, já haviam resolvido, isto é, o delito de estupro ter como vítima apenas mulheres.

Doravante, o estupro poderá ter como sujeito passivo homens ou mulheres, quando constrangidos à prática de atos libidinosos de qualquer natureza.

Veja-se que, por exemplo, se homem for constrangido por mulher a praticar com ela conjunção carnal, haverá estupro. Antes, ocorria um vazio legislativo, porquanto o estupro era cometido somente contra mulheres e o atentado violento ao pudor apenas tinha como ato libidinoso qualquer outro que não a conjunção carnal.

No mais, a violência ou grave ameaça descritas no tipo persistem sendo os mesmos elementos dos tipos penais antes existentes.

Por violência deve-se entender agressão física, existente a partir das vias de fato, incluindo lesões leves, graves, gravíssimas e a morte.

**Deixou de existir**, também, a figura antes prevista no revogado artigo 224 do Código Penal, que previa as hipóteses de presunção de violência. Aliás, tal situação agora é abarcada pela figura dos crimes contra o desenvolvimento sexual de vulnerável, nos artigos 217-A e 218 reformados, que serão objeto de abordagem a seguir.

Na figura típica do **artigo 213**, identificada por estupro, a violência é apenas possível **na forma real**, conforme já dito, isto é, mediante agressão física.

A grave ameaça, por sua vez, persiste sendo uma intimidação séria e grave à vítima, que a impeça de resistir. Não elidiu o legislador dúvida e discussão que pairava anteriormente, e prosseguirá, no sentido de o mal prometido à vítima dever ser injusto ou se é possível a caracterização da grave ameaça inclusive quando o autor prometer o cometimento de um mal justo (ex.: policial utilizar um mandado de prisão para, intimidando-a, estuprar a vítima).

**Questão de extrema importância refere-se à unificação dos tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor que**, a partir da reforma, que produziu **efeito de imensa relevância quanto à discussão antes existente acerca da ocorrência de concurso material ou crimes continuados** quando praticados contra a mesma vítima em idêntico contexto fático. Veja-se que, antes da reforma, se ocorresse conjunção carnal e atos libidinosos substanciais contra a mesma mulher, tínhamos estupro e atentado violento ao pudor. Discutia-se, apenas, se deveria incidir a continuidade delitiva ou se se tratava de concurso material de crimes.

A **primeira interpretação possível** a partir da reforma legislativa operada no Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual por meio da Lei n.º 12.015/09 aponta para a possibilidade de ocorrência **de crime único**. Agora, tendo o legislador unificado os tipos penais do estupro e do atentado violento ao pudor, passando a existir apenas o estupro e o estupro contra vulnerável, haverá unidade delitiva. Para esta corrente, está-se diante de tipo penal de conteúdo variado ou de conduta múltipla alternativa. Sob este prisma, se a mulher for vítima de conjunção carnal e outros atos libidinosos diversos, no mesmo contexto fático, mediante violência ou grave ameaça, ou contra vulnerável, haverá crime único, quando anteriormente ocorriam dois delitos. Admitindo-se tal postura, deverá o Magistrado sopesar a pena entre o mínimo e o máximo considerando a prática de ambos os atos libidinosos. Por consequência, teria havido, neste particular, substanciais vantagens aos autores de aludidas condutas, que antes respondiam por dois delitos, ambos com pena de 6 a 10 anos de reclusão, passando a responder apenas por estupro, que possui pena de 6 a 10 anos de reclusão (na forma simples) e 8 a 15 anos de reclusão (se contra vulnerável). Neste sentido, STJ, HC 144870, bem como TJRS, Apelação Crime 70033822321.

Entretanto, posição diversa também pode ser extraída.

Veja-se que a prática contra a mesma vítima, mulher, de conjunção carnal e atos libidinosos diversos, mediante violência ou grave ameaça, ou mesmo sendo vítima vulnerável, poderá autorizar conclusão pela ocorrência de **crimes de estupro na forma continuada**.

Ora. A realidade fática demonstra que o cometimento de conjunção carnal contra a vítima e atos libidinosos diversos dá-se em momentos distintos, mesmo que pequeno o intervalo entre as ações. Ademais, são condutas distintas, sendo prescindíveis uma para a ocorrência da outra. Não se está tratando de atos que constituem “praeludia coiti”, que, consoante maciça doutrina e jurisprudência, são absorvidos pela conjunção carnal por se constituírem em conduta natural para o coito vagínico. Trata-se de analisar a ocorrência de atos libidinosos substanciais, a exemplo do coito anal, sexo oral, introdução de objetos no órgão genital da vítima, etc. Nestes casos, por serem atos substanciais, não serão absorvidos pela conjunção carnal que pode ser perpetrada contra a vítima no mesmo contexto fático.

Neste contexto, parece-nos viável extrair conclusão pela ocorrência de delitos de estupro em continuidade delitiva, haja vista a reiteração de condutas típicas cometidas contra a mesma vítima nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, consoante requisitos elencados no artigo 71 do Código Penal.

Anteriormente à reforma, consoante decisões do STF e STJ, havia óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor em razão da ausência de delitos da mesma espécie, requisito do artigo 71 do Código Penal. Consideravam-nos crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. Assim, posicionavam-se os Tribunais, majoritariamente, pela ocorrência de concurso material. Doravante, entretanto, tendo ocorrido a unificação das condutas em um tipo penal apenas, o crime será da mesma espécie inevitavelmente. Por isso, não se vê mais óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro perpetrados contra a mesma vítima, se cometidos contra ela conjunção carnal e atos libidinosos diversos. Aliás, neste sentido, veja-se recentes decisões do STJ em HC 144870 e 125207, bem como decisão do STF, prolatada pela 2ª Turma, no HC 86.110, cujo teor destaca-se:

Entendo, contudo, que o debate adquiriu nova relevância com o advento da Lei nº 12.015/2009, que, entre outras alterações no Título VI do Código Penal, lhe unificou as redações dos antigos arts. 213 e 214 em um tipo único, verbis:

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

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

Conquanto mantenha o nomen juris, a redação do novo tipo penal “descreve e estabelece uma única ação ou conduta do sujeito ativo, ainda que mediante uma pluralidade de movimentos. Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça”. Ademais, “é de vital importância observar que o constrangimento é dirigido a que a vítima pratique ou deixe que com ela se pratique atos libidinosos, sejam eles de qualquer espécie, seja através de conjunção carnal, seja através de coito anal, seja através de felação etc., já que tais modalidades nada mais são do que espécies do gênero ato libidinoso, e, tanto isso é verdade, que o tipo penal em questão é explícito ao mencionar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a confirmar, pois, tal afirmação”.

Como se vê, a alteração legislativa repercute decisivamente no debate. Ora, se o impedimento para reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor residia tão-somente no fato de não serem crimes da mesma espécie, entendidos, pela ilustrada maioria, como fatos descritos pelo mesmo tipo penal, tal óbice foi removido pela edição da nova lei.

Pode-se extrair, daí, que o novo tipo penal vai além da mera junção dos tipos anteriores, na medida em que integra todas as espécies de atos libidinosos praticados num mesmo contexto fático, sob mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima. Isso significa que a nova lei torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias, sem prejuízo do entendimento da Corte de reduzir conceitualmente a figura à identidade de espécie dos crimes.

Nesse sentido, entende MATHEUS SILVEIRA PUPO, em recentíssimo artigo:

“[A]glutinando aqueles dois crimes em um único dispositivo, certamente se terá como repercussão prática a mudança no entendimento quase pacífico no âmbito dos Tribunais Superiores, não reconhecendo a existência de crime continuado entre o antigo estupro e o atentado violento ao pudor, afora as hipóteses de praeludia coiti, sob o argumento de que não seriam crimes da mesma espécie, ainda que praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

Afinal, doravante, o óbice intransponível apontado por esta corrente – tratar-se de crimes antevistos em tipos diferentes – deixou de existir, pois as duas condutas, antes autônomas, estão agora tratadas na mesma figura penal. Por ser assim, quando perpetrados nas mesmas condições de locus, tempus e modus operandi, nos termos do artigo 71 do Código Penal, deverá ser reconhecida a existência de crime continuado, quanto às condutas que antes recebiam o nomen iuris de estupro e de atentado violento ao pudor, hoje contempladas no artigo 213, caput, da Lei Penal.”

2. Está claro, pois, que a Lei nº 12.015/09 constitui lei penal mais benéfica, donde aplicar-se retroativamente, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

**E, como visto, é incontroverso que os fatos imputados ao ora paciente foram cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e local e contra a mesma vítima, razão por que, aliás, a continuidade já havia sido reconhecida pelo Tribunal local. Afastada, pois, a base legal da decisão ora impugnada, deve restabelecida a decisão do Tribunal de Justiça.**

Por derradeiro, **verifica-se terceira posição**, no sentido da ocorrência de **concurso material de crimes**. Para esta corrente, está-se diante de tipo penal misto cumulativo. Neles, a prática das duas condutas previstas deve ser punida individualmente, somando-se as penas. Entende-se que a prática de atos libidinosos diversos não permite o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto tais condutas apresentam modo de execução distinto, apesar de terem sido reunidas num único tipo penal. Neste sentido, veja-se STJ, HC 104724 e 78667. Relevante destacar brilhante decisão do Juiz Dr. Orlando Faccini Neto, da Vara de Execuções Penais de Carazinho, nos autos do PEC 766-8.

Quanto à aplicação da lei nova mais benéfica, que unificou os tipos penais, deverá ser efetuada pelo juízo da execução penal, em se tratando de

réu condenado com trânsito em julgado, com base no artigo 66, inciso I, da Lei n.º 7.210/84 (LEP).

**O parágrafo 1º do artigo 213**, por sua vez, qualifica a figura do estupro quando da ocorrência de **lesões corporais de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14 anos**.

Duas são as hipóteses: 1ª) ocorrência de lesões graves (que abrangem as lesões gravíssimas) decorrentes da conduta do agente. 2ª) vítima maior de 14 anos e menor de 18 anos na data do fato.

Quanto às lesões graves (ou gravíssimas), devem ocorrer da conduta. Com isso, deixou claro o legislador que tais são resultado devem decorrer da conduta, portanto da violência ou grave ameaça empregadas contra a vítima. Cremos, também, que as lesões graves podem decorrer, inclusive, da penetração ou do ato libidinoso diverso em si.

Quanto à idade da vítima, se maior de 14 e menor de 18 anos, evidentemente, apenas poderá qualificar o delito se houver dolo do agente quanto à circunstância, direto ou eventual, sob pena de se estar admitindo responsabilidade penal objetiva, evidentemente vedada em Direito Penal. **Observe-se**, também, que se a vítima é menor de 14 anos, ocorrerá estupro contra vulnerável, tipificado no artigo 217-A do Código.

**O parágrafo 2º do artigo 213**, por sua vez, prevê o **resultado qualificador morte, também decorrente da conduta**. Neste particular, houve aumento da pena máxima, que anteriormente era de 25 anos, passando para 30 anos de reclusão.

**Em ambos os casos**, consoante já se tinha definido por ocasião do revogado artigo 223 do Código Penal, **os resultados lesões graves (ou gravíssimas) e morte devem ocorrer a título de culpa do agente**. Tal conclusão resultou consagrada em razão das penas serem insuficientes para comportar o agir doloso ao cometer contra a vítima, estuprando-a, lesões graves ou gravíssima ou morte. **Não difere a situação do novo tipo penal**. Veja-se que é insuficiente a sanção de 12 a 20 anos para o resultado morte doloso, na medida em que o homicídio possui pena, na forma simples, quando doloso, de 6 a 20 anos de reclusão. As lesões graves, 1 a 5 anos de reclusão, enquanto as lesões gravíssimas, 2 a 8 anos de reclusão. Somadas estas penas à sanção pela prática do estupro (6 a 10), ter-se-ia penas por demais brandas (homicídio doloso, lesões dolosas graves ou gravíssimas). **Portanto, a figura do estupro qualificado pelo resultado lesões corporais graves ou gravíssima e morte é tipo penal exclusivamente preterdoloso**.

Em nosso sentir, inviável e incongruente aceitar que ditos resultados possam decorrer de dolo eventual e não dolo direto. Ou ambos ou nenhum.

Atinente ao sujeito ativo, por sua vez, pode ser homem ou mulher, indistintamente.

Quanto à consumação, ocorrerá com a penetração ou a efetivação do ato libidinoso diverso da conjunção carnal, a exemplo do que já ocorria anteriormente. Por isso, admite-se tentativa em ambas as hipóteses, desde que ocorra o constrangimento sem a realização do ato libidinoso por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Anteriormente à reforma, discutia-se qual o enquadramento penal para a conduta daquele que, já tendo praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal, desistisse da prática do estupro por vontade própria. Verificavam-se duas correntes. A primeira, no sentido da ocorrência de atentado violento ao pudor consumado, em razão da regra existente quanto à desistência voluntária (artigo 15 do Código Penal). A segunda, sustentando dever responder por tentativa de estupro, evidentemente minoritária, pois tentativa não havia. Doravante, sendo unificados os tipos penais, responderá o agente, diante da desistência voluntária, pelos atos já praticados, naturalmente por estupro.

## **VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE**

*Artigo 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:*

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

*Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

A nova redação do artigo 215, nominada de *violação sexual mediante fraude*, unificou as antigas figuras da posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, a exemplo do que ocorreu com o estupro e o atentado violento ao pudor.

Passou-se a ter exclusivamente a figura do artigo 215, que abarca a prática de conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso diverso contra homens ou mulheres, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

Inicialmente, destaca-se que o sujeito ativo e passivo da aludida infração penal pode ser homem e mulher, indistintamente.

Ademais, a conduta destinada a violar a liberdade sexual da vítima é a fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre sua manifestação de vontade.

Quanto à fraude, não há inovações, tratando-se de conduta que ludibrie, iluda, submeta a vítima ou a mantenha em erro, possibilitando a obtenção de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Exemplo que se tem visto é a prática de simulações por médico no sentido de sugerir estar

examinando o(a) paciente para obter aludidos atos libidinosos. Ou mesmo rituais de cura fraudulentamente praticados com o mesmo fim.

Atinente à prática pelo agente de outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade, evidentemente, não poderá ser a violência ou grave ameaça, sob pena de se caracterizar estupro. Cogita-se de o agente ter amarrado a vítima para a prática dos atos libidinosos, sem, contudo, caracterizar vias de fato. Exemplo mais factível diz respeito à chantagem de alguém para obter o ato libidinoso com a vítima. Atentar para que não se configure a hipótese prevista no novel parágrafo 1º do artigo 217, que prevê o tipo penal de estupro contra vulnerável, isto é, quando a vítima, além das demais hipóteses lá elencadas (vítima menor de 14 anos, pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato), *por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência*. Se a vítima, por exemplo, estiver absolutamente embriagada, absolutamente narcotizada, dormindo, em estados de inconsciência, elevada senilidade, deficiência física que a incapacite de resistir, etc., teremos estupro contra vulnerável. No artigo 217, a conduta de impedir a livre manifestação de vontade da vítima deve ser realizada a exemplo da fraude. Por *outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima* pode-se entender, ainda, as hipóteses de semi-imputabilidade. Por exemplo: a vítima encontrar-se em condição de pouca embriaguez, pouca narcotização, desde que tenha dificultada a livre manifestação de vontade.

O namoro ou noivado prolongado, com promessa de casamento, não caracterizam a fraude. A simulação de casamento, com a encenação totalmente artificiosa, com o fito de obter o ato libidinoso, evidentemente caracteriza a fraude.

A tentativa é perfeitamente cabível, desde que ocorra a fraude ou outro meio e circunstância alheia impeça o agente de obter o ato libidinoso desejado.

## ASSEDIO SEXUAL

O tipo penal estabelecido no artigo 216-A do Código Penal permaneceu, na sua forma simples, idêntico.

*216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena: detenção de 1 a 2 anos. (Entrou em vigor em 16.05.2001).*

**Quanto ao bem jurídico tutelado**, protege-se, além da liberdade sexual, a honra e a dignidade sexuais da vítima e a dignidade das relações trabalhistas ou funcionais.

**O sujeito ativo** pode ser homem ou mulher, inclusive do mesmo sexo da vítima. Além disso, exige-se uma elementar referente à superioridade



hierárquica ou ascendência funcional do sujeito ativo com relação ao sujeito passivo. Por isso, trata-se de crime próprio, diverso dos crimes comuns ou de mão própria. Ademais, a superioridade hierárquica ou ascendência funcional do sujeito ativo com relação à vítima deve decorrer de um vínculo laboral ou funcional entre ambos, isto é, relação de emprego (setor privado), cargo ou função (setor público).

**Superioridade hierárquica:** ocorre quando há uma estrutura administrativa, pública, civil ou militar. Há uma escala, degraus na relação laboral, uma carreira.

**Ascendência funcional:** Não há carreira, degraus, mas uma situação de comando, domínio, de influência.

**O verbo constranger** tem o sentido de embaraçar, criar uma situação de constrangimento para a vítima, acanhar, fragilizando-a na sua relação de trabalho. Criar uma situação embaraçosa, constrangedora ou de chantagem, fazendo com que a vítima sinta-se em risco ou probabilidade de sofrer grave dano ou prejuízo em sua situação de trabalho.

Discute-se se a grave ameaça é absorvida pelo assédio ou se haverá concurso de crimes. Para uma primeira corrente, majoritária, é absorvida, pois é inerente ao ato de constranger. Para um segundo posicionamento, haverá concurso de crimes, porquanto para constranger não há necessidade de efetuar grave ameaça. Se ocorrer lesões corporais, não serão absorvidas pelo assédio sexual.

É possível a ocorrência de concurso entre assédio sexual e estupro contra a mesma vítima. Para que isso ocorra, deve haver um rompimento de nexos causal entre os fatos, o que se dará, inevitavelmente, quando houver um intervalo substancial de tempo entre o assédio e o outro crime contra a liberdade sexual. Evidentemente que se os delitos ocorrerem em seqüência, ato contínuo um ao outro, o estupro absorverá o assédio sexual.

**Trata-se de crime formal.** Na há necessidade de que ocorra a prática dos atos libidinosos com vítima. Basta constranger com o fim de obter vantagem ou favorecimento sexual. A obtenção do resultado é o mero exaurimento.

**Consuma-se** com a prática dos atos constrangedores destinados a obter vantagem ou favorecimento sexual, independentemente da obtenção do resultado no mundo naturalístico. Admite-se a tentativa, embora de difícil configuração. Ex.: na forma escrita, quando o recado não chega à vítima.

Exemplos: patrão e empregada doméstica

Discute-se quando há relação professor-aluno. Uma primeira corrente entende que não há assédio sexual, haja vista a ausência de relação de emprego, cargo ou função. A segunda corrente entende que, se o professor

tiver vínculo trabalhista com a instituição, poderá haver. Há uma tendência pela primeira orientação, configurando-se, no caso, mero constrangimento ilegal ou a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-lei n.º 3.688/41).

**ASSÉDIO MORAL:** não é abrangido nesta figura típica. Ocorre quando o agente procura humilhar, constranger moralmente a vítima, colocá-la em situação vexatória, depreciativa. Nestes casos, pode-se buscar enquadramento em outros tipos penais (arts. 146, 147 ou 140 do CP).

A vantagem ou o favorecimento sexual podem ser destinados ao próprio agente que constrange a vítima ou mesmo a terceiros. Neste caso, deve-se observar se houve concurso de agentes ou não.

**Acréscimo ocorrido refere-se ao parágrafo único, inexistente até a reforma, agora disposto nos seguintes termos:**

*Parágrafo único. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é pessoa menor de 18 (dezoito) anos.*

Portanto, no assédio sexual, relevante constatar se a vítima é pessoa menor de 18 anos, exigindo-se dolo do agente quanto à circunstância majoradora.

Quanto ao percentual, majora-se a pena em **até 1/3** se a vítima é pessoa menor de 18 anos. Evidentemente, terá o Magistrado que sopesar a idade da vítima para aumentar a sanção em percentual que variável, até 1/3 de acréscimo.

## **CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL**

Neste capítulo, inicia o legislador a reforma a partir do delito de estupro de vulnerável, contido no artigo 217-A, assim descrito:

*Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa 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 pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.*

*§ 2º (vetado).*

*§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:*

*Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.*

*§ 4º Se da conduta resulta morte:*

*Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.*

Por pessoa vulnerável considerou o legislador as seguintes vítimas:

- a) pessoa menor de 14 anos;
- b) pessoa que, por enfermidade mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;
- c) pessoa que, por deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;
- d) pessoa que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

O que se verifica, neste tipo penal, foi a criminalização daquelas hipóteses antes elencadas no revogado artigo 224, que previa a presunção de violência em crimes contra os costumes, com pequeno acréscimo e/ou modificação.

Veja-se que, a partir da reforma empreendida, passou-se a não mais ter uma norma de tipificação por extensão como anteriormente era encontrada no artigo 224. Há a criminalização direta por meio da figura do estupro de vulnerável.

**A primeira hipótese de vulnerável é a vítima menor de 14 anos.** Neste particular, em razão da clareza do dispositivo, não haverá mais discussão acerca do dia do aniversário de 14 anos, porquanto apenas menores de 14 anos são considerados vulneráveis. Portanto, antes de implementarem os 14 anos de idade. No dia do aniversário, incidirá o artigo 213, parágrafo 1º, do Código Penal. Ademais e muito importante, eliminou-se a discussão acerca de haver presunção de violência relativa ou absoluta quanto à idade da vítima. Passou o legislador a considerar os menores de 14 anos, objetivamente, vulneráveis e incapazes de entender o caráter do fato. Sem condições, pois, de oferecer resistência.

Quanto aos vulneráveis menores de 14 anos, não cremos deva ser eliminada a discussão anteriormente existente acerca da presunção absoluta da violência (revogado artigo 224, “a”, do Código Penal), evidentemente agora rotulada sob a denominação de vulnerabilidade absoluta ou relativa. Consabido é que, antes da reforma, duas correntes existiam acerca da presunção de violência para aludidos menores. A primeira sustentando ocorrer presunção absoluta, isto é, bastava a vítima situar-se na referida faixa etária sem se perquirir outros requisitos. A segunda, contrariamente, relativizando a presunção de violência, pois exigia que, além da idade, a vítima não tivesse o necessário discernimento sobre a prática sexual, sendo pessoa ignorante acerca do tema.

Parece-nos que não basta simples alteração legislativa, eliminando corretamente a presunção de violência para nominá-la doravante de vulnerabilidade da vítima. A circunstância que caracteriza a vítima como vulnerável continua sendo sua idade. E a vulnerabilidade diz respeito, a exemplo dos demais “vulneráveis sexualmente”, à falta de discernimento para a

prática do ato sexual. Temos como provável a manutenção, mesmo após a reforma, das correntes anteriormente existentes.

A persistir os posicionamentos já existentes, quando depararmos-nos com fatos nos quais a vítima é menor de 14 anos mas não é absolutamente vulnerável (o que poderá ser cogitado quando a idade for próxima dessa faixa etária), necessariamente deverá ocorrer enquadramento da conduta criminosa no artigo 215, que prevê a ocorrência de conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Estar-se-á diante de fatos em que pode ocorrer dificuldade de livre manifestação de vontade da vítima.

A contrário senso, se a vulnerabilidade tiver presunção absoluta, bastando a vítima ser menor de 14 anos de idade na data do fato sem que se indague outros elementos que possam corroborar para a sua incapacidade de entender o caráter do fato, o enquadramento penal da conduta daquele que praticar qualquer ato libidinoso com a vítima será no artigo 217-A, configurando o estupro de vulnerável.

A **segunda hipótese** de vítima **vulnerável diz respeito àqueles que, por enfermidade mental, não tiverem o necessário discernimento** para a prática do ato. Está-se, aqui, diante de inimputáveis absolutamente, i.e., aqueles elencados no “caput” do artigo 26 do Código Penal. De qualquer sorte, a comprovação desta circunstância dependerá de exame pericial ou prova equivalente que demonstre a total incapacidade da vítima em virtude de enfermidade mental. Por enfermidade mental deve-se entender uma patologia. Anteriormente, no art. 224, exigia-se para a presunção da violência, que o autor do delito tivesse ciência dessa circunstância, ou seja, o dolo direto. Agora, não houve tal exigência, bastando dolo direto ou eventual por parte do agente quanto à condição de inimputabilidade da vítima.

A **terceira hipótese** diz respeito às vítimas que, **por deficiência mental, não tenham o necessário discernimento para a prática do ato**. Neste caso, trata-se de pessoa semi-imputável, i.e., aqueles elencados no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal. Está-se, pois, diante de **total inovação** se comparada com as anteriores hipóteses de presunção de violência. Considera-se vulnerável, inclusive, o semi-imputável. Evidentemente, neste caso, há de ser analisado o caso concreto, verificando-se o grau de alienação da vítima a partir de perícia ou prova equivalente. A Deficiência mental necessariamente não decorrerá de patologia, podendo ser debilidade congênita de desenvolvimento mental incompleto. Cremos, com a devida vênia de entendimento contrário, que nesta hipótese poderá haver uma espécie de **vulnerabilidade relativa**, que não autoriza a tipicidade, e **vulnerabilidade absoluta**, que faz incidir o tipo penal. Isso porque a vulnerabilidade exigida no tipo penal impõe que a vítima não possa oferecer resistência (parte final do § 1º d art. 217).

A **quarta e última** situação de vulnerabilidade da vítima dá-se **quando não pode ela oferecer resistência por qualquer outra causa**, evidentemente

que não a idade inferior a 14 anos, a enfermidade ou deficiência mental. De qualquer sorte, neste particular, está-se diante de um tipo penal aberto, porquanto as demais hipóteses devem ocorrer a exemplo dos modelos antes objetivamente referidos. Em suma, está o legislador a autorizar analogia “intra legem” ou interpretação analógica, permitidas em Direito Penal. Para tanto, qualquer outra hipótese deverá ser a exemplo da menoridade (menor de 14 anos), enfermidade ou deficiência mental, consoante já dito. Exemplo pode ser citado com relação àquelas pessoas absolutamente embriagadas, absolutamente narcotizadas, em estados de inconsciência, senilidade avançada, deficiências físicas acentuadas, etc. Tal previsão, aliás, já existia na alínea “c” do artigo 224 anterior, agora revogado.

Os parágrafos 3º e 4º qualificam o delito de estupro contra vulnerável se da conduta ocorrer resultado lesão grave (por consequência, gravíssima também) ou morte da vítima.

Veja-se que a pena, para o resultado lesão corporal grave, é de 10 a 20 anos. Quando ocorrer morte, 12 a 30 anos de reclusão.

À toda evidência, grande celeuma será gerada quanto à possibilidade de admitir-se aludidos resultados decorrentes de dolo ou culpa do agente. Veja-se que as penas atribuídas são substanciais.

Ousamos afirmar que, quanto às lesões graves ou gravíssimas, poderão decorrer do agir doloso. Isto porque o delito de estupro de vulnerável possui uma pena, na forma simples, de 8 a 15 anos de reclusão. Imaginando-se o resultado lesão corporal dolosa grave, que possui pena de 1 a 5 anos de reclusão, ou gravíssima, que possui pena de 2 a 8 anos de reclusão, pela soma ter-se-á, respectivamente, 9 a 20 anos e 10 a 23 anos. Não se vê incongruência na fixação da pena, inclusive para o resultado doloso. Nesse diapasão, o crime de estupro contra vulnerável com resultado lesões corporais graves (ou gravíssimas) poderá ser preterdoloso ou totalmente doloso.

Quanto ao resultado morte, diversamente, sustentamos que deverá decorrer de culpa do estuprador. Isso porque a pena do estupro de vulnerável, na sua forma simples é de 8 a 15 anos de reclusão. O homicídio doloso simples possui pena de 6 a 20 anos de reclusão. Ora, se somarmos aludidas penas, teremos 14 a 35 anos de reclusão. Em contrapartida, o legislador apenas impôs uma sanção de 12 a 30 anos para o resultado morte (§ 4º), muito desproporcional com relação à eventual soma das penas, notadamente quanto ao mínimo. Assim sendo, o estupro de vulnerável com resultado morte deve ser considerado crime exclusivamente preterdoloso, sob pena de haver incongruência com todo o sistema vigente em se tratando de delitos qualificados pelo mesmo resultado.

## **“ABOLITIO CRIMINIS”**

Evidentemente não tardará o surgimento de posição no sentido de que aqueles réus que estavam sendo processados pela prática de estupro ou atentado violento ao pudor em virtude da presunção de violência que o artigo 224 (revogado) anteriormente previa não podem mais ser punidos, haja vista a ocorrência de “abolitio criminis”.

Com a devida vênia, não procede tal interpretação.

O que ocorreu foi a tipificação das hipóteses que, anteriormente, caracterizavam a presunção de violência no artigo 224 do Código Penal no artigo 217-A. Por opção do legislador, as hipóteses antes consideradas de presunção de violência, agora são elementares do tipo penal. Aliás, prova de que não houve a descriminalização está, inclusive, na sanção do artigo 217-A que é ainda superior quando comparada à figura do estupro do artigo 213 do Código Penal.

Antes da reforma, o artigo 224 era norma de tipificação por extensão. Não era tipo penal. Doravante, as hipóteses de presunção de violência passaram a integrar o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, estabelecendo o legislador tipificação direta das condutas contra aludidas pessoas.

Conclui-se, pois, não ter ocorrido “abolitio criminis” com relação aos fatos praticados sob a vigência do Código Penal antes da reforma inserida pela Lei n.º 12.015/09.

## **ARTIGO 218**

*Induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem.  
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.*

Nesta figura típica, não nominada pelo legislador, tem-se o crime de induzir vulnerável menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Na hipótese, exige-se que a vítima seja pessoa determinada, menor de 14 anos. Por isso vulnerável.

Quanto ao sujeito passivo, pode ser homem ou mulher, mas sempre pessoa determinada.

O terceiro, a quem se destina a conduta do indutor, não responde pelo crime. Poderá cometer estupro contra vulnerável se tiver ciência da idade da vítima.

Se o sujeito ativo induz várias pessoas, ao mesmo tempo, não haverá o tipo do artigo 218. Uma primeira interpretação possível é no sentido de que haveria o crime do artigo 218-B (favorecimento da prostituição). Uma segunda possibilidade de entendimento autoriza que se conclua não ocorrer sequer o aludido delito, pois a prostituição se dá mediante contraprestação, o que não se exige no crime do art. 218-B (fim de lucro dispensável).

**Induzimento** consiste no emprego de promessas, súplicas, significa inspirar alguém a fazer alguma coisa. Exemplos: induzir a vítima, fazendo-a crer que a sua submissão à lascívia do terceiro lhe iria proporcionar riqueza ou vida faustosa.

**Consumação:** o crime consuma-se desde que a vítima efetivamente se preste ou seja submetida à lascívia de outrem. Não se trata de crime habitual.

**Tentativa:** Pode ocorrer a tentativa quando houver a indução e a vítima não for submetida por circunstâncias alheias à vontade do agente à lascívia de outrem.

Questão de extrema relevância diz respeito com o surgimento de nova exceção à teoria unitária no tipo penal em comento.

Há uma corrente, inicial, sustentando que o artigo 218 do Código Penal configura, agora, nova exceção à teoria unitária ou monista.

**Para esta primeira corrente, quando da ocorrência do concurso de pessoas, em nosso país, salvo exceções, vigora a teoria unitária ou monista, isto é, todos aqueles que concorrerem para a prática de um crime respondem pelas penas nele cominadas, consoante artigo 29 do Código Penal. Em outras palavras, não há um crime para o autor e outro para o partícipe.**

Entretanto, o tipo penal do artigo 218 pune quem *induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem*. Ora. A conduta de induzir caracteriza forma de participação moral na prática do crime de outrem. Aliás, as formas de participação são a indução, a instigação e o auxílio. No tipo sob análise, o legislador contemplou apenas a conduta de induzir, que significa fazer surgir a idéia de realizar algum ato, não explicitando as demais (instigar e auxiliar). Mesmo assim, observe-se que aquele que induzir o menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem estará participando do estupro de vulnerável praticado pelo terceiro, a quem se destina a satisfação da lascívia do intermediário (autor do delito do artigo 215). Estamos diante de legítima participação no estupro de vulnerável na modalidade de induzimento.

Contraditoriamente, o legislador não previu a conduta de instigar ou auxiliar o menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, apesar de serem condutas que também caracterizam participação e teriam o mesmo desiderato. Note-se o contrassenso do legislador que, da forma como estabelecida a nova tipicidade, pune no artigo 215 aquele que induzir o menor de 14 anos a saciar a lascívia de outrem, com pena de 2 a 6 anos de reclusão. O sujeito que instigar ou auxiliar o menor de 14 anos a saciar a lascívia de outrem será enquadrado

como partícipe do estupro de vulnerável, i.e., na figura do artigo 217-A, com pena de 8 a 15 anos de reclusão.

Neste contexto, não se descarta o emprego de analogia in bonam partem para aqueles que instigarem ou auxiliarem o menor de 14 anos a saciar a lascívia de outrem, aplicando-lhes o disposto no artigo 215 do Código Penal, a exemplo daqueles que induzirem o menor à mesma prática. Não se justifica o tratamento diferenciado para o induzimento com relação à instigação ou auxílio.

**Outra corrente**, divergente, sustenta que o artigo 218 do Código Penal apenas incidirá quando o agente induzir a vítima a submeter-se à lascívia de outrem, sem que seja ela estuprada pelo terceiro. Exemplo: o menor de 14 anos induzido a se automasturbar ou a praticar *streep tease* na presença do terceiro, sem, entretanto, ser estuprada. Para este posicionamento, se o menor de 14 anos for submetido à prática de atos libidinosos com o terceiro, quem o induziu será partícipe do estupro, remanescendo o artigo 218, consoante já dito, para condutas do menor (vulnerável) que apenas pratica algum ato libidinoso sem contato físico com o terceiro. Nesta hipótese, o terceiro não cometerá crime algum. Se estuprar o menor, será autor do estupro e o terceiro que induziu o menor partícipe do estuprador. Entendemos ser esta a posição mais escoreita, com a devida vênia.

## **SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE**

*Artigo 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-o a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:*

*Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

Neste tipo penal, inovador, diversamente do artigo 218 anteriormente analisado, o agente pratica, na presença de pessoa menor de 14 anos de idade, ou a induz a presenciar, ato libidinoso de qualquer espécie, com o fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

Veja-se que são duas as condutas:

- a) Praticar, na presença de pessoa menor de 14 anos, ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.
- b) Induzir o menor de 14 anos a presenciar ato de libidinagem, com o fim de satisfazer a própria lascívia ou a lascívia de outrem.

O sujeito passivo, neste tipo penal, mais uma vez, é exclusivamente homem ou mulher vulnerável em razão da idade inferior a 14 anos de idade.

Admite-se tentativa, embora de difícil configuração. Tal ocorrerá quando alguém der início ao fato de praticar a conduta destinada à realização do ato



libidinoso, para que o menor presencie, não conseguindo realizar o ato completamente por circunstâncias alheias a sua vontade, a exemplo da aproximação do responsável pelo menor. Quanto à conduta de induzir o menor a presenciar, s.m.j., entendemos ser inviável a possibilidade de tentativa, porquanto, ou o agente induz e o delito está consumado, ou não induz e o fato é atípico.

Quanto ao local do fato, o tipo penal do artigo 218-A exige que a prática do ato libidinoso ocorra na presença do menor de 14 anos de idade. Por presença pode-se indagar se física ou mesmo por meio de imagens veiculadas em tempo real. Acreditamos que em ambas as hipóteses, porquanto possuem o mesmo efeito para os fins do tipo penal.

Ademais, trata-se de delito formal, na medida em que a consumação dar-se-á com a ocorrência de uma das duas condutas possíveis, i.e, praticar o ato libidinoso na presença do menor, ou induzi-lo a presenciar o ato libidinoso. O resultado constitui apenas motivo de agir, ou seja, o fim de saciar a lascívia própria ou de outrem.

## **FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL**

*Artigo 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.*

*Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.*

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

*§ 2º Incorre nas mesmas penas:*

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

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

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

No tipo penal em comento, verifica-se que o legislador introduziu no sistema o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Procurou o legislador substituir o anterior tipo penal do artigo 218 que previa o delito de corrupção de menores (maiores de 14 e menores de 18 anos).

Inicialmente, destaque-se que esta figura típica **revogou tacitamente o artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente**, na medida em que dispôs sobre a mesma matéria por meio de lei posterior.

A exemplo do estupro, criou o legislador uma figura específica para o favorecimento à prostituição de pessoas vulneráveis. **Entretanto, o conceito de vulnerável para efeito do tipo penal sob análise** foi ampliado atinente à idade da vítima, passando para menores de 18 anos, quando no estupro de vulnerável são apenas aqueles menores de 14 anos.

Ademais, excluiu-se da condição de vulnerável aquele eu não puder por outros meios oferecer resistência.

Assim, para os fins deste tipo penal temos por vulnerável o homem ou mulher menor de 18 anos e aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato. O tipo penal exige que a conduta se destine a vítima determinada. Não se configura o crime se o agente levar pessoas indeterminadas à prostituição. Quanto aos verbos *induzir* ou *atrair*, o sujeito passivo, em tese, não pode ser pessoa já prostituída. Quanto ao verbo *dificultar, facilitá-la e impedir que alguém a abandone*, pode-se considerar também sujeito passivo a pessoa já prostituída.

Quanto ao *caput* do artigo 218-B, verifica-se que as condutas do sujeito ativo são submeter, induzir, atrair, dificultar, facilitar ou impedir que alguém abandone a prostituição.

A prostituição da vítima é a prática reiterada do comércio sexual. Exploração sexual são as demais hipóteses nas quais a vítima é levada à prática sexual sem submeter-se à prostituição, porém explorada sexualmente a exemplo daquelas filhas que são oferecidas ao comércio sexual.

As condutas do sujeito ativo consistentes em submeter, induzir, atrair, facilitar, dificultar ou impedir que alguém abandone a prostituição não são condutas habituais. Trata-se de condutas instantâneas.

Quanto às condutas da vítima, é submetida à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual. Tratam-se de condutas, necessariamente habituais. Prostituição é a prática reiterada, assim como a exploração sexual.

Por isso, para completar as condutas típicas do sujeito ativo é preciso da habitualidade da conduta da vítima. A indução, por exemplo, somente pode ser relevante se a vítima efetivamente passar a se prostituir com habitualidade ou for explorada sexualmente. Desta forma, se ocorrer a conduta do sujeito ativo de induzir, atrair, facilitar, dificultar ou impedir que alguém abandone a prostituição, ou deixe de ser explorada sexualmente, o crime estará consumado quando a vítima efetivamente, com habitualidade, submeter-se à prostituição ou exploração sexual. Se isso não ocorrer, primeira possibilidade de interpretação conclui haver mera tentativa. Há, entretanto, uma segunda possibilidade de entendimento minoritária, no sentido de ser incabível a tentativa, haja vista a necessidade de habitualidade por parte da vítima que precisa realizar a prostituição ou ser explorada sexualmente.

Sendo assim, não se trata de crime habitual. Apenas para a consumação exige-se que a vítima se prostitua, ou seja, explorada sexualmente com habitualidade. Porém, as condutas criminosas são instantâneas.

Aspecto relevante neste tipo penal é a aparente revogação tácita do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, na medida em que se trata de legislação posterior que dispôs sobre o mesmo tema. Naquele dispositivo, previa-se a conduta de *Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.*

Ocorre que a pena antes prevista no artigo 244-A do ECA era de 4 a 12 anos de reclusão. No novo tipo penal do artigo 218-B, a sanção é de 4 a 10 anos de reclusão. Menor, portanto.

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

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

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

Neste inciso, tem-se a prática de ato libidinoso de qualquer espécie com vulneráveis maior de 14 e menor de 18 anos submetidos, induzidos, atraídos, ou que tiveram facilitada a prostituição, dificultado ou impedido o seu abandono por outra pessoa. Em suma, é a conduta daquele que utiliza os serviços da pessoa prostituída. **Relevante perceber que se a vítima for menor de 14 anos, haverá estupro de vulnerável** previsto no artigo 217-A. Por isso, no presente tipo penal, incrimina-se neste inciso a prática do ato libidinoso com pessoa menor de 18 e maior de 14 anos.

Importante referir que o artigo 218, anteriormente previsto no Código Penal, sancionador do tipo penal da corrupção de menores, não mais existe. Unicamente, agora, pode-se enquadrar conduta similar para quem pratica o ato libidinoso com pessoa maior de 14 e menor de 18 anos. Porém, a vítima deve ter sido submetida, induzida, atraída, ou que tivera facilitada a prostituição, dificultado ou impedido o seu abandono.

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

Neste inciso, pune-se o proprietário, gerente ou responsável pelo local onde ocorrer a submissão, induzimento, atração, ou onde ocorrer a facilitação ou o impedimento para que pessoa vulnerável descrita no “caput” se prostitua.

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

Importante acréscimo foi inserido neste parágrafo aos efeitos da sentença penal condenatória. Além daqueles verificados no artigo 91 do Código Penal.

## **AÇÃO PENAL**

*Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos I e II deste Título, com habitualidade se procede mediante ação penal pública condicionada à representação.*

*Parágrafo único. Procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa mentalmente enferma ou deficiente mental.*

Relevantes inovações foram produzidas quanto à ação penal.

Primeira delas foi a eliminação da ação penal privada em delitos dessa natureza, antes a regra vigente.

Com a reforma, a regra é a ação penal pública condicionada à representação.

Neste particular, parece-nos haver incongruências.

Veja-se que o estupro com resultado lesões graves (gravíssimas) ou morte passou a ser delito de ação penal pública condicionada à representação. Ora, total impropriedade cometeu o legislador. Imagine-se aludido delito com resultado morte da vítima. Evidentemente, pode-se ter a representação por aquelas pessoas elencadas no artigo 24, parágrafo 1º, do CPP. De qualquer sorte, parece-nos absolutamente descabida a pretensão do legislador.

Nessa senda, verifica-se que a Súmula 608 do STF, em vigor, determina que o estupro com violência real é delito de ação penal pública incondicionada. Certamente, deverá prevalecer ante a redação do Código, consoante já ocorria anteriormente quando a ação era, de regra, privada.

Ademais, a ação penal será pública incondicionada se a vítima é pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou mentalmente enferma ou deficiente mental.

Por opção do legislador, estabeleceu-se natureza diversa da ação penal a partir da idade da vítima inferior a 18 anos, ou quando for ela mentalmente enferma ou deficiente mental ou por outras causas não puder oferecer resistência.

## **CAUSAS DE AUMENTO DA PENA:**

Art. 226: "A pena é aumentada:

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas;

II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

III – revogado pela Lei n.º 11.106/05.

**Não houve alterações.**

**Preceptor:** mestre.

**Outra forma tem autoridade sobre a vítima?**

Ex.: o carcereiro, aquele que acolhe a menor em sua casa para criá-la, etc.

Importante referir que a majorante do inciso II relativa ao empregador da vítima, no delito de assédio sexual, não incidirá, sob pena de ocorrer bis in idem, na medida em que tal condição é elementar do tipo penal.

## **DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL**

Inicialmente, relevante destacar pequena alteração quanto ao título deste Capítulo. Antes da reforma, chamava-se "Do lenocínio e do tráfico de pessoas".

**MEDIAÇÃO PARA SERVIR A LASCÍVIA DE OUTREM.**

Art. 227. *Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem.*

*Pena – reclusão de 1 a 3 anos.*

**SUJEITO ATIVO E PASSIVO:** qualquer pessoa (homem ou mulher). Necessariamente deve ser pessoa determinada. *Alguém*.

Se o sujeito ativo induz várias pessoas, ao mesmo tempo, não haverá o tipo do artigo 227. Para uma primeira corrente, haveria o crime do artigo 228 (favorecimento da prostituição). Para um segundo posicionamento, não ocorreria o aludido delito, pois a prostituição ocorre mediante contraprestação, o que não se exige no crime do art. 227 (fim de lucro dispensável).

**INDUZIMENTO** consiste no emprego de promessas, súplicas, significa inspirar alguém a fazer alguma coisa. Exemplos: o agente coloca a vítima à mercê da

lascívia do terceiro, fazendo-a crer que estava sendo entregue a um médico para fim de tratamento. Ou, induzir a vítima, fazendo-a crer que a sua submissão à lascívia do terceiro lhe iria proporcionar riqueza ou vida faustosa.

**PARTICIPAÇÃO EM CRIME SEXUAL DE OUTREM:** desde que não configure auxílio ao próprio ato consumativo do crime do terceiro, deve ser considerada como mediação para servir à lascívia alheia.

**TERCEIRO:** ainda que tenha instigado o mediador, não é réu de lenocínio. Eventualmente, responderá por outro crime sexual contra a vítima induzida, a exemplo do estupro.

**CONSUMAÇÃO:** o crime consuma-se desde que a vítima efetivamente se preste ou seja submetida à lascívia de outrem. Não se trata de crime habitual.

**TENTATIVA:** Pode ocorrer a tentativa quando houver a indução e a vítima não é submetida por circunstâncias alheias à vontade do agente à lascívia de outrem.

#### **FIGURAS QUALIFICADAS:**

**§ 1º -** *Vítima maior de 14 e menor de 18 anos, agente ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda. Pena – reclusão de 2 a 5 anos.*

O rol dos parentes é taxativo.

Quando a vítima é menor de 14 anos, configura-se o tipo do artigo 218.

**§ 2º -** *crime cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude (ardil, artifício). Pena – reclusão, de 2 a 8 anos, além da pena correspondente à violência.*

Se resultar lesão grave ou morte, a expressão “além da pena correspondente à violência”, isto é, lesões leves, graves, gravíssimas ou morte, somente se aplica quando o resultado lesões corporais é doloso. Se culposo, será absorvido pelo próprio dispositivo do parágrafo, que já possui pena mais elevada com relação à forma simples.

**§ 3º -** *crime cometido com fim de lucro (neste caso, aplica-se também a multa). É também denominado *lenocínio mercenário*.*

### **ARTIGO 228 (Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual).**

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

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

§ 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou

se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância:

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

§ 2.º *Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, reclusão, de 4 a 10 anos, além da pena correspondente à violência.*

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

Neste tipo penal, atinente ao *caput*, basicamente, verifica-se acréscimo com relação à expressão “exploração sexual”. Quanto a este aspecto, observa-se que não somente as condutas dirigidas à prostituição, mas também à exploração sexual são punidas.

Ademais, quanto aos verbos nucleares, além de *impedir*, acrescentou-se o verbo *dificultar* que alguém a abandone.

**Induzir** : é fazer surgir a idéia.

**Atrair**: significa seduzir ou chamar alguém a fazer algo.

**facilitar**: é dar acesso mais fácil ou colocar à disposição. Ex.: promover a instalação de prostituta, angariar-lhe clientes e até mesmo tolerar coniventemente, contra o próprio dever de ofício, que alguém exerça a prostituição.

**Impedir**: significa pôr obstáculo para que alguém abandone a prostituição.

**Dificultar**: Sem impedir, o agente torna difícil o abandono da prostituição pela vítima.

**Sujeito ativo**: qualquer pessoa

**Sujeito passivo**: o tipo penal exige que a conduta se destine a vítima determinada. Não se configura o crime se o agente levar pessoas indeterminadas à prostituição.

O sujeito passivo pode ser homem ou mulher. Quanto aos verbos *induzir* ou *atrair*, bem como facilitar a prostituição, o sujeito passivo, em tese, não pode ser pessoa já prostituída. Quanto aos verbos *facilitar*, *impedir* ou *dificultar que alguém a abandone*, pode-se considerar também sujeito passivo a pessoa já prostituída.

Habitualidade e prostituição: A prostituição é a prática sexual mediante contraprestação de forma habitual.

Entretanto, as condutas de induzir, atrair, facilitar dificultar ou impedir que alguém abandone a prostituição não são condutas habituais.

Por isso, para completar a conduta do agente, é preciso da habitualidade da conduta da vítima. A indução, por exemplo, somente pode ser relevante se a vítima efetivamente passar a se prostituir com habitualidade.

Desta forma, se ocorrer a conduta do sujeito ativo de induzir, atrair, facilitar, dificultar ou impedir que alguém abandone a prostituição, o crime estará consumado quando a vítima, efetivamente, com habitualidade, submeter-se à prostituição. Se isso não ocorrer, haverá mera tentativa consoante uma posição doutrinária majoritária. Há, entretanto, uma segunda corrente que sustenta não caber tentativa, haja vista a necessidade de habitualidade por parte da vítima que precisa realizar a prostituição.

Sendo assim, não se trata de crime habitual. Apenas para a consumação exige-se que a vítima se prostitua com habitualidade. Porém, as condutas criminosas são instantâneas. Nos delitos habituais, a habitualidade que se exige é da conduta do sujeito ativo. Não é o caso do artigo 228 do Código Penal.

### **FIGURAS QUALIFICADAS:**

Sensível alteração ocorreu com a reforma introduzida.

Passou-se a ter apenas **o parágrafo primeiro**, que elevou a pena para 3 a 8 anos, quando o sujeito ativo é pessoa determinada, dentre aquelas ali elencadas, isto 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*.

Não houve menção à figura do tio, constituindo omissão que não se justifica. Entretanto, por inviável analogia *in malam parten*, sem aplicação se ocorrer.

No § 2.º tem-se: *Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, reclusão, de 4 a 10 anos, além da pena correspondente à violência*.

Neste particular, impende considerar que a violência aqui referida abrange vias de fato, lesões leves, graves, gravíssimas ou morte. Evidentemente, as vias de fato são absorvidas, porquanto é o mínimo que se exige para que ocorra violência. Quanto às lesões e a morte, se culposas, serão absorvidas pela qualificadora, na medida em que a expressão *violência* contida nesta causa de aumento é dolosa. Se dolosas, pois, haverá a soma das penas, consoante determinado.

No § 3.º temos: *Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa*.

Trata-se do lenocínio mercenário. Esta circunstância demonstra que o tipo prescinde do fim de lucro para ocorrer.



## FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO E CASA DESTINADA À EXPLORAÇÃO SEXUAL:

No favorecimento o agente facilita o meretrício de pessoas determinadas, e no art. 229, favorece genericamente o meretrício, por meio da manutenção de local destinado à exploração sexual.

Quem mantém casa destinada à exploração sexual já está facilitando o meretrício, e, havendo concurso aparente de normas, incidirá o art. 229, consoante primeira posição doutrinária e jurisprudencial. Uma segunda corrente, entretanto, relativamente majoritária, entende que é possível haver concurso de crimes (art. 228 e art. 229).

### ARTIGO 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. Pena – reclusão de 2 a 5 anos e multa.*

Relevante alteração foi inserida no tipo penal quando refere que a conduta, a partir da reforma, é manter **estabelecimento em que ocorra exploração sexual**. O que se verifica é que, anteriormente à reforma, o tipo incriminava a conduta de *manter casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso*. Cremos que a diferença está no sentido de o local, doravante, dever destinar-se unicamente à exploração da prostituição ou outras formas de exploração sexual similares (local onde pessoas sejam exploradas sexualmente). Não abrange, portanto, motéis, boates e similares. O local deve destinar-se à exploração da atividade sexual.

**SUJEITO ATIVO:** pode ser qualquer pessoa. É o proxeneta, aquele que realiza o lenocínio.

**SUJEITO PASSIVO:** é a coletividade, pois afeta a moralidade sexual e os bons costumes da sociedade.

É dispensável o intuito de **lucro** para a ocorrência do delito.

O proprietário do local pode entregar a administração da casa a **terceira pessoa** e mesmo assim será responsabilizado.

**OBJETO JURÍDICO:** moralidade sexual e os bons costumes.

**TENTATIVA:** Trata-se de crime habitual. Por ser crime habitual, não admite tentativa.

**CONSUMAÇÃO:** Consuma-se com a manutenção do estabelecimento para exploração sexual. É desnecessária a prática de qualquer ato sexual pelas pessoas que a ocuparem (STJ, 5ª Turma, HC 42.995, j. 27.9.2005). Para corrente minoritária, contrariamente, é necessário que haja a prática de encontros libidinosos. Não basta a manutenção da casa ou do local para este fim. A prática de um ou outro encontro “amoroso” é insuficiente para consumir o delito.

Havia dissenso jurisprudencial acerca da criminalização da conduta. Havia uma corrente entendendo que por erro de proibição não se poderia puni-la. Entretanto, não era pensamento unânime. De qualquer sorte, anote-se que tal posição não era pacífica, havendo julgados no STJ que não aceitavam a alegação de atipicidade do fato. Veja-se, neste sentido, Resp. n.º 585.750 – RS

No que refere ao erro de proibição, embora havia entendimento no sentido de que ocorre em se tratando de estabelecimento comercial com autorização de funcionamento em zona apropriada de meretrício, havia recente julgado no STJ que não admitia tal posição, manifestado no Resp. n.º 870.055 – SC.

Existia, ainda, para justificar a descriminalização dessas condutas, a Teoria da Adequação Social do Fato.

Todas as teses demonstradas, evidentemente, prosseguirão em debate, pois o tipo penal permaneceu basicamente inalterado. Modificou-se apenas quanto ao estabelecimento, agora necessariamente destinado à exploração sexual.

Veja-se, aliás, decisão do STF que reafirma a aplicabilidade do dispositivo em comento:

#### **Art. 229 do CP e princípio da adequação social**

Não compete ao órgão julgador descriminalizar conduta tipificada formal e materialmente pela legislação penal. Com esse entendimento, a 1ª Turma indeferiu habeas corpus impetrado em favor de condenados pela prática do crime descrito na antiga redação do art. 229 do CP [“Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”]. A defesa sustentava que, de acordo com os princípios da fragmentariedade e da adequação social, a conduta perpetrada seria materialmente atípica, visto que, conforme alegado, o caráter criminoso do fato estaria superado, por força dos costumes. Aduziu-se, inicialmente, que os bens jurídicos protegidos pela norma em questão seriam relevantes, razão pela qual imprescindível a tutela penal. Ademais, destacou-se que a alteração legislativa promovida pela Lei 12.015/2009 teria mantido a tipicidade da conduta imputada aos pacientes. Por fim, afirmou-se que caberia somente ao legislador o papel de revogar ou

modificar a lei penal em vigor, de modo que inaplicável o princípio da adequação social ao caso.

[HC 104467/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 8.2.2011. \(HC-104467\)](#)

Não é diverso o entendimento do STJ. Veja-se:

Merece acolhida a irresignação.

Com efeito, esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do artigo 229 do Código Penal

Confirmam-se:

**A "RECURSO ESPECIAL. PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TIPICIDADE. EVENTUAL LENIÊNCIA SOCIAL OU MESMO DAS AUTORIDADES PÚBLICAS E POLICIAIS NÃO DESCRIMINALIZA A CONDUCTA DELITUOSA LEGALMENTE PREVISTA. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO PROVIDO PARA, RECONHECENDO COMO TÍPICA A CONDUCTA PRATICADA PELOS RECORRIDOS, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU PARA QUE ANALISE A ACUSAÇÃO, COMO ENTENDER DE DIREITO.**

1. O art. 229 do CPB tipifica a conduta do recorrido, ora submetida a julgamento, como sendo penalmente ilícita e a eventual leniência social ou mesmo das autoridades públicas e policiais não descriminaliza a conduta delituosa.

2. A Lei Penal só perde sua força sancionadora pelo advento de outra Lei Penal que a revogue; a indiferença social não é excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade, razão pela qual não pode ela elidir a disposição legal.

3. O MPF manifestou-se pelo provimento do recurso.

4. Recurso provido para, reconhecendo como típica a conduta praticada pelos recorridos, determinar o retorno dos autos ao Juiz de primeiro grau para que analise a acusação, como entender de direito."

(REsp 820.406/RS, Relator p/ o acórdão o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe de 20.4.2009)

**B - "PENAL. RECURSO ESPECIAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. TOLERÂNCIA. ATIVIDADE POLICIAL. TIPICIDADE (ART. 229 DO CP).**

I - A eventual tolerância ou a indiferença na repressão criminal, bem assim o pretenso desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia (Precedentes).

II - A norma incriminadora não pode ser neutralizada ou ser considerada revogada em decorrência de, v.g., desvirtuada atuação policial (art. 2º, caput da LICC).

Recurso conhecido e provido."

(REsp nº 146.360/PR, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJU

Documento: 7833251 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 17/03/2010, p. 2 de 3

## **ARTIGO 230 (Rufianismo)**

Trata-se de tipo que se manteve quase inalterado com a reforma.

*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 1 a 4 anos e multa.*

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

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

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

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

Inicialmente, quanto ao “caput”, não houve inovações.

#### **CONDUTAS:**

- a) Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros;
- b) Fazer-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça a prostituição.

**SUJEITO ATIVO:** qualquer pessoa.

**SUJEITO PASSIVO:** pessoa que exerce a prostituição.

**TENTATIVA:** Trata-se de crime **habitual**. **Não admite tentativa**, pois.

É, também, crime **permanente**.

Quanto ao parágrafo 1º, figura qualificada, houve substancial alteração. Primeiramente, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos de idade. Após, importa a qualidade do sujeito ativo, tornando o crime qualificado.

Quanto ao parágrafo 2º, por sua vez, a alteração mais sensível está na inserção da fraude como elemento qualificador do crime, quando antes da reforma não estava prevista. Além da violência ou grave ameaça. Também o delito será qualificado se o agente empregar outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, a exemplo de drogá-la, submetê-la à embriaguez, etc.

Manteve-se previsão no sentido de o agente ser punido pela pena de 2 a 8 anos de reclusão se houver violência, cumulando-se com a pena alusiva à violência. Com isso, se o rufianismo for cometido com violência e dela resultar lesões corporais leves, graves ou gravíssimas, ou mesmo a morte, as penas serão somadas. Ocorrerá a absorção unicamente da pena alusiva às vias de fato, porquanto este resultado é o mínimo necessário para se ter violência.

Pequena alteração refere-se à supressão da pena de multa, estabelecida anteriormente no parágrafo 2º.

## **TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL**

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

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

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

*§ 2º A pena é aumentada de metade se:*

*I - a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;*

*II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato.*

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

*IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.*

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

**SUJEITOS ATIVO:** qualquer pessoa (homem ou mulher)

**SUJEITO PASSIVO:** qualquer pessoa (homem ou mulher).

**OBJETO JURÍDICO:** moralidade sexual e os bons costumes.

**AÇÃO NUCLEAR:** Promover (dar causa, realizar, tornar possível); facilitar (remover obstáculos). Com a reforma, excluiu-se o verbo intermediar, anteriormente encontrado no tipo penal.

**ELEMENTO SUBJETIVO:** dolo, consistente na vontade livre e consciente de praticar a ação tipificada, e com a consciência de que a pessoa vai prostituir-se no país a que se destina.

A finalidade de lucro é dispensável. Consoante prevê o § 3º, se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

**CONSUMAÇÃO:** Há divergência na doutrina no que refere ao momento da consumação deste crime de tráfico de pessoas. Para uma corrente, trata-se de crime material, já que estaria consumado apenas quando comprovada a prostituição da vítima, pois seria ilógico punir-se o agente que sugere a alguém viver da prostituição, ainda que tal pessoa não venha a concretizar a sugestão.

Em sentido contrário, posição majoritária sustenta tratar-se de crime formal, cuja consumação dá-se com a simples entrada ou saída da pessoa do território, independente do exercício ou não da prostituição.

Veja-se a jurisprudência exemplificativa:

**EMENTA: PENAL. TRÁFICO DE MULHERES, CP-40, ART-231. CONVENÇÃO PARA REPRESSÃO AO TRÁFICO DE MULHERES E CRIANÇAS DE "LAKE SUCESS", USA, 1947, APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO 7/50 (DLG-7/50). *Consuma-se o crime previsto no ART-231 do CP-40, cuja competência para processar e julgar é da Justiça Federal, com a promoção ou facilitação de saída de mulher para o exterior, a fim de exercer a prostituição, independentemente de que ela venha efetivamente, a exercer o meretrício.* (TRF4, ACR 96.04.10382-2, Primeira Turma, Relator Vladimir Passos de Freitas, DJ 17/07/1996) (grifos nossos)**

A tentativa é admissível, a exemplo de alguém preso quando está tentando introduzir a vítima no território nacional ou tentando fazê-la sair para o fim de prostituí-la. Uma corrente minoritária discorda deste entendimento, sustentando que é crime material. Para esta posição, não se consumando o crime com o exercício da prostituição, não será fato relevante no contexto do tráfico de pessoas, podendo constituir outro delito.

Veja-se, aliás, que mesmo com a reforma o legislador manteve a expressão *que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de pessoa que vá exercê-la no estrangeiro*. A redação do Código, anteriormente à reforma, era: "que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro", autorizando a manutenção do debate existente.

Com a devida vênia de entendimento contrário, parece-nos, efetivamente, que se trata de delito formal, não necessitando da prática da prostituição da vítima para a sua consumação. O exercício do comércio sexual por parte da vítima é apenas o motivo desejado pelo sujeito ativo da infração penal.

### **FIGURA TÍPICA EQUIPARADA:**

*§ 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.*

Passou-se a punir igualmente o agenciador, isto é, aquele que efetua a seleção das pessoas, assim como o aliciador, ou seja, aquele que cooptar ou estimular a pessoa, e, inclusive, aquele que comprar a vítima traficada.

Destaque merece à figura do agente que *comprar a pessoa traficada*. Trata-se de inserção louvável, na medida em que se constata ser comum a figura da “venda” de pessoas para a traficância.

Também é autor da figura equiparada ao tráfico internacional de pessoas aquele que, sabendo que pessoa foi agenciada, aliciada ou comprada para ser traficada, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

#### MAJORANTES:

§ 2º *A pena é aumentada de metade se:*

*I - a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;*

*II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato.*

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

*IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.*

Inicialmente, relevante destacar que a majorante é substancial, na medida em que acresce de metade a pena.

Também importante questão é verificada quando o inciso IV estabelece que incidirá a aludida majorante se *há emprego de violência, grave ameaça ou fraude*. Quanto à violência, passível de discussão a possibilidade de concurso formal com lesões ou morte. Diversamente da previsão contida em outros tipos penais, não referiu o legislador que a pena da violência será acrescida à pena do tipo penal cometido. De qualquer sorte, parece-nos que a melhor interpretação a ser conferida ao problema é a seguinte:

- a) ocorrendo vias de fato, lesões leves, graves gravíssimas, apenas incidirá a majorante do parágrafo 2º, porquanto a pena é suficiente para absorver ditos resultados, mesmo que dolosos. Quanto à morte, se culposa, também será absorvida pela majorante, pelo mesmo motivo.
- b) Se houver morte dolosa, S.M.J., não poderá ser absorvida pela majorante. Isso porque a pena seria extremamente branda para absorver um homicídio doloso, em geral qualificado.

## TRÁFICO INTERNO DE PESSOAS

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

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

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

§ 2º *A pena é aumentada da metade se:*

*I – a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;*  
*II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;*  
*III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou s assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;*  
*ou*  
*IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.*  
§ 3º *Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

**SUJEITO ATIVO:** qualquer pessoa (homem ou mulher)

**SUJEITO PASSIVO:** qualquer pessoa (homem ou mulher).

**OBJETO JURÍDICO:** moralidade sexual e os bons costumes.

**AÇÃO NUCLEAR:** promover (dar causa, realizar, tornar possível); facilitar (remover obstáculos). Com a reforma, eliminou-se o verbo intermediar (intervir), antes presente no tipo;

Antes da reforma, o agente promovia, facilitava ou intermediava o recrutamento, transporte, transferência, alojamento e o acolhimento de pessoa para a prostituição. Agora, o ato de promover ou facilitar dirige-se apenas ao deslocamento, isto é, a movimentação ou a circulação de pessoa para a prostituição.

**ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO:** dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar a ação tipificada, e com a consciência de que a pessoa vai entregar-se à prostituição no território nacional.

A finalidade de lucro é dispensável. Se ocorrer, aplica-se também a pena de multa (§ 3º).

**CONSUMAÇÃO:** O debate que sempre existiu, antes da reforma, era idêntico àquele travado no tráfico internacional de pessoas à prostituição, antes analisado. Entretanto, com a alteração introduzida no Código, neste tipo penal, modificou o legislador a redação. Veja-se que o artigo 231-A, diversamente do artigo 231 (tráfico internacional) preconiza que as condutas de promover ou facilitar o deslocamento de pessoa dentro do território nacional ocorra *para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual*. Observa-se que no tipo do artigo 231 (tráfico internacional), outra expressão é utilizada: *que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro*”, autorizando a manutenção do debate existente.

No artigo 231-A, em comento, a expressão *para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual* permite conclusão no sentido de se tratar de **crime formal**, indubitavelmente. O agente promove ou facilita o deslocamento de pessoa *para o exercício de*. Com a devida vênia de entendimento contrário, parece-nos, efetivamente, que se trata de delito formal,



não necessitando da prática da prostituição da vítima para a sua consumação. O exercício do comércio sexual por parte da vítima é apenas o motivo desejado pelo sujeito ativo da infração penal.

A tentativa é admissível, a exemplo de alguém preso quando está dando início ao fato de deslocar a vítima para a traficância sexual dentro do território nacional. Uma corrente minoritária discorda deste entendimento, sustentando que é crime material. Para esta posição, não se consumando o crime com o exercício da prostituição, não será fato relevante no contexto do tráfico de pessoas, podendo constituir outro delito.

#### MAJORANTES:

§ 2º *A pena é aumentada de metade se:*

*I - a vítima for pessoa menor de 18 (dezoito) anos;*

*II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato.*

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

*IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.*

Temos idênticas majorantes quando comparadas com o tráfico internacional.

Inicialmente, relevante destacar que a majorante é substancial, na medida em que acresce de metade a pena.

Também importante questão é verificada quando o inciso IV estabelece que incidirá a aludida majorante se *há emprego de violência, grave ameaça ou fraude*. Quanto à violência, passível de discussão a possibilidade de concurso formal com lesões ou morte. Diversamente da previsão contida em outros tipos penais, não referiu o legislador que a pena da violência será acrescida à pena do tipo penal cometido. De qualquer sorte, parece-nos que a melhor interpretação a ser conferida ao problema é a seguinte:

- c) ocorrendo vias de fato, lesões leves, graves gravíssimas, apenas incidirá a majorante do parágrafo 2º, porquanto a pena é suficiente para absorver ditos resultados, mesmo que dolosos. Quanto à morte, se culposa, também será absorvida pela majorante, pelo mesmo motivo.
- d) Se houver morte dolosa, s.m.j., não poderá ser absorvida pela majorante. Isso porque a pena seria extremamente branda para absorver um homicídio doloso, em geral qualificado.

## ATO OBSCENO

*Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Pena: reclusão de 3 a 8 anos e multa.*

Nenhuma alteração ocorreu neste tipo penal.

**SUJEITOS ATIVO E PASSIVO:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O passivo é a coletividade. Segundo Nucci, o sujeito passivo deveria ser pessoa determinada, isto é, alguém que se sentisse ofendido pela conduta.

**ATO OBSCENO:** elemento normativo do tipo. Depende de uma valoração cultural. Obsceno é aquele que atinge o pudor ou a vergonha, sempre com conotação sexual. É um conceito mutável com o tempo e oscilante conforme os padrões sociais de cada localidade.

Ex.: mostrar o órgão sexual em público para chocar ou ferir o decoro das pessoas que presenciam a cena.

**LUGAR PÚBLICO, OU ABERTO OU EXPOSTO AO PÚBLICO:** local público é aquele de livre freqüência das pessoas. Ex.: praias, ruas, etc. Lugar aberto ao público é aquele que admite a freqüência de várias pessoas, mas de entrada controlada. Ex.: parques, cinemas, teatros, etc. Exposto ao público é o local que, embora de natureza privada, possibilita a visibilidade do público. Ex.: varanda aberta de uma casa, janela de um apartamento de frente à rua.

**OBJETO MATERIAL:** é a pessoa que presencia o ato obsceno.

**OBJETO JURÍDICO:** é a moralidade pública, exigindo-se que o ato tenha conotação sexual.

**PUBLICIDADE DO ATO:** é predominante na doutrina e jurisprudência o entendimento no sentido de que basta a prática da obscenidade em local público, aberto ou exposto ao público, independentemente de ter sido visto por alguém. Basta a possibilidade de alguém ver o ato, isto é, é suficiente a possibilidade de publicidade do ato. Hungria assevera que basta ao ato ser potencialmente escandaloso. Em sentido contrário, ver Nucci, que exige a publicidade do ato, isto é, que seja praticado em local com a presença de pessoas. Não basta o local ser potencialmente visível ao público. Para o citado autor, despir-se em estádio de futebol vazio não caracteriza o delito, seria crime impossível.

**CLASSIFICAÇÃO:** Crime comum; formal; pode ser praticado de forma livre; comissivo; instantâneo, unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (nesse caso pode ser admitida a tentativa). Nucci sustenta que esse tipo penal deveria ser descriminalizado ou fosse, ao menos, transformado em crime material, implicando existência de alguém ofendido pelo ato.

## ESCRITO OU OBJETO OSCENO

*Art. 234. Fazer, importar, 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 6 meses a 2 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.*

**SUJEITOS ATIVO E PASSIVO:** o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. O passivo é a coletividade.

**OBSCENO:** elemento normativo do tipo.

**OBJETO MATERIAL:** é o escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno.

**OBJETO JURÍDICO:** é a moralidade pública, exigindo-se que o ato tenha conotação sexual.

**CLASSIFICAÇÃO:** Crime comum; formal; pode ser praticado de forma livre; comissivo; instantâneo, unissubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (nesse caso pode ser admitida a tentativa). Exceção: “expor à venda” que é conduta permanente.

**FIGURAS EQUIPARADAS:** incisos I, II e III, do parágrafo único, do artigo 234. Tipo misto alternativo, no qual o agente concretiza uma ou mais condutas para responder por um único crime.

Segundo grande parte da doutrina, entre eles: Fernando Capez, Cezar Roberto Bittencourt, Luiz Regis Prado, afirmam que com o advento da Constituição Federal de 1988 e a liberdade das práticas sexuais, as hipóteses dos incisos II e III dificilmente serão puníveis, em decorrência da aplicação do **Princípio da Adequação Social**.

Se a representação teatral ou televisiva ou exibição cinematográfica conta com a participação de criança ou adolescente; ou se são fotografadas ou publicadas cenas de sexo explícito ou de pornografia envolvendo criança ou adolescente, são aplicadas as sanções previstas na Lei 8.069/1990 (ECA). Pelo **PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE** ficam afastadas as condutas previstas nos artigos 233 e 234 do CP.

## DISPOSIÇÕES GERAIS

### AUMENTO DE PENA

*Artigo 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:*

*I – (vetado);*

*II – (vetado);*

*III – de metade se do crime resultar gravidez; e*

*IV – de um sexto até a metade se o agente transmite à vítima doença venérea de que sabe ou deve saber que está contaminado.*

Relevantes inovações também foram estabelecidas neste artigo.

Inicialmente, quanto aos percentuais. Passou-se a ter um acréscimo de metade no inciso III e de um sexto até metade nas hipóteses do inciso IV.

No inciso III, a pena será majorada de metade se do crime resultar gravidez. Trata-se de inovação relevante, notadamente em delitos de estupro quando é comum a ocorrência de tal resultado.

Por último, no inciso IV majora-se a pena entre um sexto até metade se o agente transmite à vítima doença venérea de que sabe ou deve saber que está contaminado. Neste particular, as expressões *sabe* e *deve saber* traduzem o dolo direto e eventual do agente quanto à contaminação. Também dito resultado é corriqueiro no delito de estupro, vindo em boa hora a majoração.

*Artigo 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça.*

Trata-se de previsão não contida, anteriormente, no Código Penal. Salutar, evidentemente, a previsão, justificada para o resguardo da intimidade das vítimas. Saliente-se que, mesmo quando a ação penal for pública incondicionada, tal previsão deverá vigorar. Não se descarta que a vítima possa autorizar o Magistrado a levantar o segredo imposto pelo legislador.

## HEDIONDEZ

Por derradeiro, a Lei n.º 12.015/08 inseriu sensível alteração na Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), porquanto em seu artigo 4º determinou alteração dos incisos V e VI da aludida Lei. No inciso V, passou a constar que se considera hediondo o *estupro* (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º). No inciso VI, *estupro de vulnerável* (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º). Com a atual redação, evidentemente, superou-se a anterior divergência existente na doutrina e jurisprudência quanto à hediondez das formas simples do aludido tipo. A discussão anterior decorria de infeliz redação do legislador da Lei dos Crimes Hediondos, agora superada. Aliás, na redação original da Lei reformadora a expressão *caput* está em negrito, pretendendo o legislador deixar evidentemente claro que a forma simples e também as formas

qualificadas são hediondas. Aliás, tratava-se do posicionamento dos Tribunais Superiores.

## **ARTIGO 9º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**

A novel legislação nada referiu acerca da manutenção ou revogação do artigo 9º da Lei n.º 8.072/90.

Naquele dispositivo, verificava-se majorante de ½ da pena em determinados crimes quando praticados contra pessoas nas condições do artigo 224 do Código Penal.

Ora, considerando que o artigo 224 do Código Penal foi revogado pela Lei n.º 12.015/09 (artigo 7º), não haverá mais possibilidade de incidência da majorante em comento, apesar de o artigo 9º da Lei dos crimes hediondos permanecer em vigor.

Veja-se que a impossibilidade de incidência ocorrerá também para os crimes de latrocínio, extorsão com morte e extorsão mediante seqüestro, haja vista a revogação do artigo 224 do Código Penal.

Indaga-se, apenas, se esta consequência foi voluntária ou decorreu do acaso, não percebendo o legislador a extensão dessas consequências. De qualquer sorte, o resultado está posto.

Consequência do exposto, também, é a possibilidade de se concluir que se o artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos não mais pode causar o aumento da pena para aqueles que forem condenados pela prática dos crimes previstos no citado artigo por se encontrar a vítima nas hipóteses do artigo 224 do Código Penal, haja vista a revogação deste artigo, todos aqueles que se encontrem cumprindo pena, que tenha sido aumentada pela incidência do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, devem ter reduzidas suas penas, justamente na proporção em que tiverem sido aumentadas. Isso porque a lei penal benéfica possui necessariamente retroatividade.

Para que sejam reduzidas as penas de todos aqueles que tenham sido condenados com sentença transitada em julgado reconhecendo o aumento previsto pelo artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, deve ser encaminhado postulação ao Juízo da Execução Penal, por força da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna"*.

Ocorre, entretanto, que recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, manifestada no Resp 1.102.005-SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 29.09.2009, concluiu pela revogação da majorante prevista no artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Porém, no mesmo acórdão, o STJ definiu que *remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser*

*regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda presita revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP). Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP.*

Veja-se que tal posicionamento do STJ, em vez de apenas reconhecer a revogação do artigo 9º da Lei dos Crimes Hediondos, considerou sua substituição pelo novel artigo 217-A, que estabelece o estupro contra vulnerável, determinando sua incidência para fatos anteriores à edição da Lei 12.015/09.

Neste sentido, aqueles réus que haviam cometido antes da vigência da Lei 12.015 delitos de estupro ou atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos, devem receber as penas do atual artigo 217-A do Código Penal (8 a 15 anos de reclusão).

Se já transitada em julgado a condenação por estupro ou atentado violento ao pudor contra menores de 14 anos de idade quando da entrada em vigor da Lei 12.015/09, deve-se recorrer ao Juízo da Execução Penal para que se aplique a pena nova mais benéfica, isto é, a sanção do artigo 217-A do Código Penal, agora existente.