

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

GRACE KELLY SILVA NUNES

EXEGESE DA LEI 12.015/09 À LUZ DA TIPICIDADE PENAL

Aracaju

2012

GRACE KELLY SILVA NUNES

EXEGESE DA LEI 12.015/09 À LUZ DA TIPICIDADE PENAL

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR (a):

MATHEUS DANTAS MEIRA

Aracaju

2012

GRACE KELLY SILVA NUNES

EXEGESE DA LEI 12.015/09 À LUZ DA TIPICIDADE PENAL

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Matheus Dantas Meira

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Nome do componente

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Nome do componente

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico este trabalho aos meus pais, que me ajudaram em mais uma caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelas oportunidades que me foram dadas na vida, e por ter colocado em meu caminho pessoas que de uma forma ou de outra me ajudaram a enxergar o que necessitava ser mudado ou melhorado.

À Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe pela qualidade de seus professores.

À Coordenação do Curso de Direito que tanto se esforçou para o reconhecimento do curso, meus agradecimentos, pois nos permitiu o conforto de estar concretizado antes mesmo da conclusão da primeira turma.

À professora de TCC I, Marlene Leites, pelo norteamento seguro dos primeiros passos, alicerce de todo o trabalho.

À professora de TCC II, Hortência de Abreu Gonçalves pela clareza de suas instruções, por sua dedicação e paciência, por saber orientar de forma segura, por saber sorrir com o resultado, e por proporcionar uma equalização do tempo que tornou tudo muito mais fácil e natural.

Agradeço com todo o amor aos meus pais, Erinaldo e Graça, que acima de tudo me deram amor, sábias instruções e força, sempre, para superar qualquer dificuldade que possa vir a se tornar uma muralha no caminho da minha vida. Amo vocês!

Dedico, às minhas irmãs: Patrícia e Zane, pelo carinho.

Aos colegas de Classe.

Às Amigas: Karina, Ceiza e Márcia, pelo apoio.

À tia Nenê, que quando mais precisei esteve presente.

À tia Cida e ao seu esposo Antonio Emídio, por sempre me ajudar e acolher.

Aos primos, tios e avós, que estiverem do meu lado, diante de toda e quaisquer dificuldades, me apoiando e me conduzindo sempre para o melhor. Amo vocês!

Ao meu Chefe, Dr. Fausto Leite pelo apoio.

Ao meu amigo Paulo.

À Lene, pelo apoio, carinho e compreensão.

Ao meu orientador Matheus Dantas Meira, pelas sábias e essenciais instruções que muito me ajudaram, e principalmente pela paciência.

A todos: Muito Obrigada!!!

A mente que se abre a uma nova ideia,
jamais voltará ao seu tamanho original.

Albert Einstein.

RESUMO

Com o presente trabalho, temos a intenção de realizar, de maneira objetiva, a exegese dos tipos penais que tiveram alterações significativas, bem como dos que surgiram com o advento da Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009. Será demonstrada também a mudança na estrutura do Título VI do Código Penal, e os reflexos dessa Legislação na Lei dos Crimes hediondos (Lei nº 8.072 de 11 de dezembro de 1990). Serão demonstrados com base na Lei, doutrina, e de acordo com o próprio contexto social, erros e acertos do legislador, bem como as controvérsias superadas e geradas com o advento da Lei n.º 12.015/09. Pretendemos ainda, deixar claro que o bem jurídico tutelado agora não mais são “os costumes”, mas a “dignidade sexual”. Analisar a teoria da tipicidade penal, a fim de explicar os delitos tipificados nos artigos 213, 215 e 217-A, comparando com os artigos revogados e mostrando como e porque foram modificados, enfatizando a aglutinação entre os crimes de Estupro e Atentado violentos ao pudor (revogado pela lei estudada), bem como os de Posse sexual e Atentado ao pudor, ambos cometidos mediante fraude, anteriormente previstos nos artigos 215 e 216 (Código Penal). Discorre sobre o antigo dispositivo que tratava da presunção de violência (artigo 224 do Código Penal), atualmente revogado, e sobre a criação de um novo tipo, autônomo, denominado Estupro de Vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Analisar as mudanças no artigo 225 do Código Penal, no que diz respeito à Ação Penal nos crimes estudados, e ainda demonstrar as vantagens e desvantagens na mudança do referido artigo. Será falado também sobre o segredo de justiça garantido às vítimas, no artigo 234 – B do Código Penal.

Palavras-chave: Estupro. Ação Penal. Dignidade sexual. Tipicidade Penal. Crimes hediondos. Atentado violento ao pudor. Violação sexual mediante fraude. Estupro de vulnerável.

ABSTRACT

The present work, we intend to achieve, objectively, the exegesis of the criminal types who have had significant changes, as well as those that arose with the advent of Law no. 12015 of August 07, 2009. Is it also demonstrated the change in the structure of Title VI of the Criminal Code, and the effects of this legislation in the Law on Heinous Crimes (Law No. 8072 of December 11, 1990), will be demonstrated, based on law, doctrine, and according to their own social context, mistakes and successes of the legislature and the controversies generated and overcome with the enactment of Law no. No. 12.015/09. Make it clear that the legal interests protected are now no longer "customs," but the "sexual dignity." Analyze the theory of criminal typicality in order to explain the offenses established in Articles 213, 215 and 217-A, compared with the revoked articles and showing how and why they were changed, emphasizing the bonding between the crimes of Attempted Rape and violent indecent assault (repealed by the law studied), as well as sexual and Possession of Indecent exposure, both committed by fraud, previously referred to in Articles 215 and 216 (Penal Code). Discusses the ancient device that was the presumption of violence (Article 224 of the Penal Code), now repealed, and the creation of a new kind, autonomic, called Rape of Vulnerable (Article 217 of the Penal Code). To analyze the changes in Article 225 of the Penal Code, with respect to criminal action in the crimes studied, and also demonstrate the advantages and disadvantages in changing that article. Will talked about the secrecy of justice guaranteed to victims in article 234 - B of the Penal Code.

Keywords: Criminal typicality. Sexual dignity. Rape. Indecent assault. Rape by fraud. Rape vulnerable. Heinous crimes. Prosecution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL.....	13
2.1 Evolução Histórica.....	14
3. A LEI 12.015/09 E OS NOVOS PARADIGMAS DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL.....	17
3.1 Capítulos do Título VI do Código Penal, após a Lei 12.015/09.....	22
4. TIPICIDADE PENAL.....	24
4.1 Conceito de Tipo e Tipicidade.....	24
4.2 Teoria da Tipicidade Penal.....	24
4.2.1 Evolução Histórica.....	24
4.3 Tipicidade Conglobante.....	27
4.4 Tipicidade Formal e Conglobante.....	31
5. NOVOS PARADIGMAS E CRÍTICAS DOS TIPOS PENAIIS MAIS POLÊMICOS DA LEI 12.015/09.....	36
5.1 Estupro.....	36
5.2 Atentado Violento ao Pudor e Violação Sexual - Mediante Fraude..	46
5.3 Estupro de Vulnerável.....	47
5.4 Reflexos na Lei 8.72/90 – Lei dos Crimes Hediondos.....	53
6. AÇÃO PENAL.....	54
6.1 Tipos de Ação Penal.....	54
6.2 Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	55
6.2.1 Previsão Legal.....	55
6.3 A Súmula 608 do STF.....	56
6.4 Ação Penal e o Direito Intertemporal.....	58
6.5 Do Segredo de Justiça.....	60

7. CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	64
8. ANEXOS.....	66

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, intitulada como Lei de Crimes Contra a Dignidade Sexual, ampliou no mundo jurídico divergências de posicionamentos.

Por isso, o presente trabalho tem o objetivo de discorrer sobre os principais aspectos penais dos crimes relacionados à dignidade sexual, bem como quanto aos reflexos processuais mais relevantes ocasionados pelas alterações trazidas pela referida Lei, à luz da tipicidade penal, mostrando os benefícios e os males ocorridos em decorrência da mesma.

Serão analisados não todos os tipos descritos no título VI do Código Penal. Mas, os que causam maior discussão no mundo jurídico e no contexto social, quais sejam: as revogações feitas nos artigos 214, 216, 223, 224 e 232 do Código Penal Brasileiro, bem como as mudanças nos capítulos do Título VI do referido código.

Além disso, a pesquisa alcançou os objetivos de compreender o problema ocorrido com os processos originados antes da Lei 12.015/09, no que diz respeito ao concurso do extinto crime de atentado violento ao pudor e estupro, sendo que ambos são um único crime desde a vigência da Lei acima referida. Será abordado ainda o fato de que com base no Princípio Constitucional que versa sobre a retroatividade da Lei Penal para beneficiar o réu, então, como colocar em prática tal princípio sem agir injustamente com as respectivas vítimas?

Entrando no âmbito da metodologia da pesquisa, este estudo foi desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa¹, utilizando o método hipotético-dedutivo². Para tanto, foram utilizadas como fontes primárias, livros didáticos e artigos relacionados ao tema proposto e foi feita uma visão geral do ordenamento, a fim de que fosse possível chegar a conclusões específicas, principalmente por meio da comparação entre os dispositivos antigos e novos.

No que diz respeito ao direito material, falaremos dos artigos acima citados, que sofreram alterações pela Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, e do novo tipo inserido no código penal, o artigo 217 – A, uma vez que os crimes

¹MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008. p 110.

²Id. Ibid., p.111.

tipificados por esses artigos trazem maior nocividade ao bem jurídico tutelado, qual seja, a dignidade sexual.

Em todos os procedimentos, em cada momento da pesquisa, foram contemplados os ensinamentos de Umberto Eco³. Desse modo, a Introdução não só contemplou o tema em questão, como também expôs a problemática que o envolve. Apresentou as questões norteadoras, o objetivo, a metodologia desenvolvida, e um pequeno resumo acerca de cada capítulo tratado no presente estudo.

Discorrendo a cerca do segundo capítulo que tem como título “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, foi explicado o motivo do título dado a esses crimes, e como se deu a evolução histórica dos mesmos.

No terceiro capítulo, será possível verificar a nova estrutura do Título VI do Código Penal Brasileiro, com clareza, através de uma comparação dos capítulos revogados com os atuais.

Por sua vez, no capítulo de número quatro, foi enfatizada a Teoria da Tipicidade Penal, a fim de que fossem explicados de forma mais clara os tipos penais que serão abordados no quinto capítulo desse trabalho, bem como o novo paradigma dos mesmos, e a inserção de um novo tipo no artigo 217- A, o Estupro de Vulnerável. Será demonstrado o reflexo dessas alterações na Lei 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, enfatizando os acertos e erros do Legislador.

Outro ponto abordado neste trabalho será a adequação dos novos dispositivos ao princípio da igualdade, uma vez que não há mais qualquer distinção de gênero, como antes ocorria no delito de estupro, que incriminava a conduta de constranger mulher a praticar conjunção carnal. Neste diapasão, foi também exposta a divergência sobre a possibilidade do marido cometer crime sexual contra a esposa.

Há também a classificação dos tipos em simples ou mistos e se forem mistos, mistos alternativos ou cumulativos, bem como o impacto gerado por essa discussão no campo do concurso de crimes.

Em relação ao crime de Estupro, foram tratadas também as formas qualificadas pelo resultado lesão grave ou morte, bem como pela condição da vítima

³ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 23 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. p.173 e 174.

(menor de 18 e maior de 14), tecendo-se comentários acerca do resultado mais grave ser doloso ou culposo (crime preterdoloso).

Na análise do crime de estupro de vulnerável e da violência presumida foi abrangida a criação de um crime autônomo e a revogação do artigo 224 do Código Penal, o qual trazia os casos de violência ficta. Em se tratando dos enfermos e deficientes mentais, foi apresentado a problemática de uma possível vedação da vida sexual destas pessoas de acordo com o texto da lei.

No sexto capítulo, busca-se expor os aspectos processuais da reforma, uma vez que a espécie de ação penal destinada ao processamento de determinado crime é escolhida conforme o direito material violado.

Por isso, achou-se por bem analisar os aspectos da ação penal que teve sua natureza modificada, de privada, em regra, para pública condicionada à representação.

Por último, a conclusão, que foi obtida com toda a pesquisa, e, por isso, primou por uma revisão geral do que foi estudado, dando ênfase a fontes de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais.

Expõe-se ainda, que a presente obra, tem o intuito de, através do tema escolhido, apresentar discussões geradas no que tange aos assuntos abordados pela mesma.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A redação dada pela Lei nº 12.015, modificou o Título VI do Código Penal, que deixou de ser intitulado dos Crimes Contra os Costumes e passou a ser denominado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A denominação anterior, já não era conivente com a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos que se encontravam no Título VI do Código Penal. Pois, o alvo da proteção já não era mais o modo como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade contemporânea. Mas sim, a dignidade sexual de cada indivíduo.

A denominação de um Título ou um Capítulo do Código Penal tem poder de influência, no que diz respeito à análise de cada figura típica nele contida, já que através de uma interpretação sistêmica ou teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir à respeito do bem que se pretende resguardar, norteando, desta forma, o intérprete, que não poderá esquivar-se às orientações nele inseridas.

O que se busca tutelar nos crimes contra a dignidade sexual, é a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual a salvo da exploração, a intangibilidade ou identidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

Veja o que ocorre, por exemplo, com o crime de estupro, contido no artigo 213 do Código Penal. Neste, a finalidade do tipo é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima, e, num sentido mais amplo, a respectiva dignidade sexual.

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações ao Estado, fazendo que este se deparasse com outros problemas, e enfrentasse outros desafios, como o de solucionar o problema da exploração sexual de crianças.

Assim, de acordo com Rogério Greco:

“A gravidade da situação motivou a criação no Congresso Nacional de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, através do Requerimento 02/2003, apresentado no mês de março daquele ano, assinado pela Deputada Maria do Rosário e pelas Senadoras Patrícia Saboya Gomes e Serys Marly, que tinha por finalidade investigar as ADENDO - 12.015.indb 3 26/8/2009 14:55:48 situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Essa CPMI encerrou oficialmente seus trabalhos em agosto de 2004, trazendo relatos assustadores sobre a

exploração sexual em nosso país, culminando por produzir o projeto de lei nº 253/2004 que, após algumas alterações, veio a se converter na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009⁴.

Com este novo dispositivo legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, que passou a ser denominado de “estupro” e encontra-se disposto no art. 213 do Código Penal. Além disso, foi criado o delito de Estupro de Vulnerável, que se encontra no art. 217-A, do Código Penal, encerrando-se a discussão que havia em nossos Tribunais, principalmente os Superiores, no que dizia respeito à natureza da presunção de violência, quando o delito era praticado contra vítima menor de catorze anos.

Outros artigos tiveram alteradas suas redações, abrangendo hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal, e outro capítulo, o de número VII, foi inserido, prevendo causas de aumento de pena.

2.1 Evolução Histórica dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

Crimes que envolvem atos sexuais sempre motivaram a atenção e causaram comoção e revolta à sociedade. Por conta disso, percebeu-se ser imprescindível punir severamente tais crimes, bem como, tipificá-los no Ordenamento Jurídico.

A moral e a religião sempre foram ligadas ao Direito Penal. E, por conta deste fato, verifica-se que no campo da sexualidade, inúmeras foram às constatações da influencia, principalmente por parte da religião, na liberdade sexual. Pois, a igreja reprimia até mesmo os pensamentos e desejos libidinosos.

Um exemplo claro era o fato de o Clero não considerar, por exemplo, mulher meretriz como vítima do crime de estupro, uma vez que só podia ser reconhecida como sujeito passivo do referido crime, a mulher virgem, e ainda, era pressuposto algum tipo de violência para que fosse configurado o delito.

Exemplos enfáticos desta influência que era exercida pela religião, era o fato de a homossexualidade e o incesto serem consideradas infrações penais.

No que diz respeito ao vocábulo “estupro”, este se origina do termo *stuprum*, que significa desonra, vergonha. Nos primórdios do Direito Romano, o vocábulo era utilizado para designar diversas figuras penais, que envolviam desde a prática de atos impudicos praticados por homens ou mulheres sem emprego de violência, passando pelo cometimento de relações sexuais ilícitas, como aquelas

⁴GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 6. Ed. Niterói: Ímpetus, 2010, p. 24.

ocorridas fora do matrimônio, até a posse sexual alheia. Com a obra dos juristas, passou-se a diferenciar algumas figuras antes abrangidas na lata expressão. O *stuprum* passou a ser considerado o concurso sexual com viúva honesta, virgem ou infante, que não mais se confundia com a relação *extra matrimonium*, cunhada de *adulterium*. Havia, ainda, o *stuprum violentum*, ou seja, o cometido contra a vontade da mulher, apenado com morte.

Durante a Idade Média, segundo João Mestieri “os práticos diferenciavam o *Stuprum violentum*, e o *stuprum voluntarium*, o qual compreendia o *proprium*, quando ressaltasse no defloramento *defloratio*, e *improprium*, caso esse resultado não tivesse lugar”⁵.

Ao tempo das codificações, foram poucos os textos legais que não trataram do assunto, notando-se em boa parte daqueles elaborados no século XIX, a infância (atualmente inadmissível, mas aceitável à época) de concepções morais e da tentativa de conformação da sexualidade segundo determinados padrões.

A legislação pátria, desde os primórdios, tipificou o estupro.

De acordo com Maria do Carmo Saraiva:

“Ao tempo das Ordenações Afonsinas, já se via a previsão do “estupro voluntário” e “violento”. Aquele era descrito no título VIII (IX) do livro V, sob a epígrafe: “Do que dorme com moça virgem, ou viúva por sua vontade”. Pretendia-se assim castigar os “pecados muito maus, contra os valores de Deus”. A norma erigia como valores caros à virgindade e a honestidade das viúvas. O fato era “sancionado” com o casamento ou, caso assim não desejasse a vítima com a concessão de dote que lhe possibilitasse um casamento “convinhável. O estupro violento encontrava previsão no título VI do mesmo livro, assim intitulado: “Da mulher forçada e como se deve provar a força”, apenando-se comportamento com a pena capital, a qual não era relevada sequer mediante o casamento do agressor com a ofendida”⁶.

Merece destaque o fato de que somente podiam figurar como sujeito passivo desta figura as mulheres virgens, religiosas, casadas ou viúvas honestas.

Sob a vigência das Ordenações Manuelinas, como preceitua João Mestieri, semelhantes disposições eram notadas, valendo destacar os títulos XIII (XIV) e XXIII do seu livro V, respectivamente:

“Do que dorme por força com qualquer mulher, ou trava dela, ou a leva por sua vontade” e “do que dorme com moça virgem, ou viúva honesta por sua vontade, ou entra em casa de outrem para com cada uma delas dormir, ou com escrava branca de guarda. E do que dorme com mulher que anda no paço”. No que permite ao estupro violento (Título XIV), mantinha-se a pena

⁵MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 5.

⁶DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. **Crimes sexuais com adolescentes: particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal português**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 19.

capital, mas a definição legal era mais abrangente, posto que alcançava não só as “mulheres honestas”, senão também as escravas e as prostitutas”⁷

As ordenações Filipinas, foram aquelas que tiveram efetiva aplicação em nossas terras, eis que vigoraram de início do século XVII até 1830 (relativamente às disposições de natureza criminal). Vale lembrar que a Lei de 20 de Outubro de 1823 determinou que as ordenações e demais documentos promulgados pelo Reino de Portugal continuariam em inteiro teor, enquanto não fossem por outros meios revogados.

O Código Filipino, na linha de seus antepassados, previa o estupro voluntario com mulher virgem ou viúva honesta, cominando o casamento como pena. E, na sua falta, o pagamento de quantia arbitrada pelo julgador, apta à formação do dote ou, não tendo bens o réu, o degredo ou o açoite cumulado com degredo.

O estupro violento era tratado no título XVIII e sua definição era em quase tudo semelhante àquela das Ordenações Manuelinas, inclusive no tratamento punitivo e na sujeição passiva. O crime era conhecido, à época, com o nome de rouço ou forçamento.

Segundo Flávio Monteiro de Barros, o Código Criminal do Império (1830) cuidou do estupro no Capítulo II do Título II, referente aos crimes contra a “segurança da honra”. O art. 222 encontrava-se assim redigido: “Ter cópula carnal, por meio de violência ou ameaças, com qualquer mulher honesta - penas: de prisão de três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta - penas: de prisão por um mês e dois anos”⁸. As relações sexuais voluntárias entre homem e mulher somente eram lícitas se esta houvesse completado 17 anos; antes disso, a conjunção carnal sem violência com tais pessoas configurava delito.

O Código Penal de 1890 previu a figura em estudo no Título VIII (Da corrupção de menores, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ou pudor), Capítulo I (Da violência carnal). De acordo com o artigo 268, “estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, era fato grave, apenado com prisão celular de um a seis anos; se a ofendida fosse prostituta, a

⁷Op.; cit.; nota 5, p. 9.

⁸BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a dignidade sexual**. Araçatuba: Editora MB, 2010. 95, p.21.

pena privativa de liberdade variava de seis meses a dois anos. De acordo com André Estefam, o art. 269 do referido código esclarecia:

“Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não. Por violência entende-se não só o emprego de força física como o de meios que privam a mulher de suas faculdades psíquicas, e assim, da possibilidade de resistir e defender-se como seja o hipnotismo, o clorofórmio, o éter, e em geral os anestésicos e narcóticos”⁹

O legislador penal da Primeira República foi duramente criticado por empregar o termo “abusar” na definição legal do crime de estupro. Alguns autores, em face disso, sustentaram que a noção jurídica do estupro passara a contemplar não apenas a cópula natural forçada, mas também o coito anal e a felação, obtidos contra a vontade da ofendida.

Registre-se que a Lei Penal de então presumia a violência quando fosse a ofendida menor de 16 anos.

O Código Penal de 1940 passou então a tratar da matéria em seu Título VI, sob a rubrica “Dos Crimes Contra os Costumes”. O Capítulo I, relativo aos crimes contra a liberdade sexual, continha quatro delitos: o estupro (art. 213), o atentado violento ao pudor (art. 214), a posse sexual mediante fraude (art. 215), e o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216).

O estupro era definido no artigo 213 do Código Penal Brasileiro de 1940 como o ato de “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”¹⁰, punindo-se o ato com pena de reclusão, de três a oito anos e, posteriormente (com o advento da Lei n. 8.072 de 1990, Lei dos Crimes Hediondos), com pena de seis a dez anos.

Atualmente, com a entrada em vigor da Lei 12.015 de 2009, o bem jurídico tutelado nos agora denominados “Crimes Contra a Dignidade Sexual” passou a ser a honra e a liberdade sexual do indivíduo.

Assim, afirma Flávio Monteiro de Barros:

“A liberdade sexual, epígrafe do Capítulo I do Título VI, consiste na livre escolha dos parceiros e no consentimento na prática do ato sexual. É, pois, o direito de dispor sexualmente do próprio corpo, cuja violação pode ocorrer mediante violência, grave ameaça, fraude e ainda por outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, bem como por assédio sexual”¹¹.

Deve-se considerar que, na medida em que a sociedade muda, o direito deve acompanhá-la, ou seja, deve ser mutável, de acordo com a época e lugar. Dessa

⁹ESTEFAM, André. **Direito penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143.

¹⁰VADE MECUM. 8. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva 2009. P. 1832.

¹¹Op.; cit.; nota 8, p. 23.

forma, a dignidade sexual submete-se, para a perfeita compreensão, a uma interpretação progressiva, amoldando a lei à realidade presente.

3 A LEI 12.015/09 E O NOVO PARADIGMA DO TÍTULO VI DO CÓDIGO PENAL

A parte especial do Código Penal, como se sabe, encontra-se dividida em onze títulos, cada um ocupando-se da tutela de um bem jurídico diferente, sendo essa, uma técnica legislativa empregada na grande maioria das legislações penais.

O Título I compreende os crimes contra a pessoa, o II, contra o patrimônio, o III, contra a propriedade imaterial, e assim, até o último, que tipifica os crimes contra a Administração Pública.

Segundo André Estefam, “a objetividade jurídica constitui elemento interpretativo essencial e se mostra como o único critério sistemático capaz de permitir uma classificação dos crimes, sem qualquer empirismo”¹².

Mirabete lembrava, nesse diapasão, que “a doção do critério que tem base na objetividade jurídica do delito justifica-se diante do conceito material de crime”¹³.

Essas notas introdutórias revelam a importância de se compreender e delimitar o exato alcance do valor protegido em cada um dos títulos da parte especial do Código Penal, eles é que revelaram a extensão que se pode dar a esfera de proteção de cada norma penal e auxiliaram decisivamente para solucionar eventuais dúvidas interpretativas.

Como já foi dito, em sua redação original, o Título VI intitulava-se “ Dos Crimes Contra os Costumes”.

Com essa rubrica, o legislador propunha-se a tutela do comportamento médio da sociedade, no que diz respeito à ética sexual (segundo a moral média dos homens). Cuidava-se de noção impregnada de moralismo e, dado o contorno que possuíam os crimes contidos neste título, em sua redação original, transmitia a impressão de que se procurava impor às pessoas um padrão mediano no que concerne a sua atividade sexual. Não é de se estranhar, nesse contexto, que havia autores que sustentavam a tipicidade penal de determinados comportamentos que hoje, fariam sorrir a gente nova, como se fora uma blague ou história da carochinha.

Nesse sentido, entende Hungria:

”Havia entendimentos, por exemplo, de que deveria existir o “enquadramento típico da sedução (revogado art.217 do CP), por meio do qual, protegia-se a virgindade física da mulher solteira, um intransigente

¹²Op.; cit.; nota 9, p. 131.

¹³MIRABETE, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato Nascimento, **Manual de direito penal**: parte especial. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2, p. 5.

mandamento dos nossos costumes sociais”. Um outro entendimento sustentava que a impunidade do marido que mediante violência física ou grave ameaça, mantivesse conjunção carnal contra a vontade de sua esposa, dizendo que “a *côpula in matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges”, cabendo falar-se, nesses casos, em exercício regular de um direito. Isso sem falar do vetusto conceito de “mulher honesta”, que até 2005 limitava a amplitude de algumas incriminações a proteção de um grupo determinado de pessoas do sexo feminino, deixando as demais às margens do Direito Penal”¹⁴.

Desde a promulgação da atual Constituição Federal que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, já se notava a necessidade de se reformar o Título VI do Código Penal.

Alberto Silva Franco e Tadeu Silva, a propósito, pontificam que “costumes ou moralidade pública sexual não são bens jurídicos constitucionalmente amparados”¹⁵. Os mesmos autores advertem que:

“qualquer intento de converter a ‘moral sexual’ como bem jurídico protegido no campo dos delitos sexuais, conduz ao perigo de converter o direito penal nesta matéria em um instrumento ideológico mais próximo da inquisição de que de um moderno estado, pluralista e democrático”¹⁶.

Em março de 2005, deu-se uma considerável atualização nas disposições inseridas no Título VI, decorrente da Lei n.11.106, corrigindo-se injustificáveis anacronismos (por exemplo, com a retirada da expressão “mulher honesta”, já mencionada). Muitos problemas, porém, persistiam, dentre os quais se destaca a denominação do Título VI e, via de consequência, a compreensão do valor constitucional nele protegido.

Era premente o desapego às concepções estritamente éticas, ligadas à moral pública, ou seja, à conformação da sexualidade do indivíduo a um determinado padrão, como preleciona Tadeu Silva:

“na atualidade, não se pode cogitar de sexualidade fora do espaço da pessoa humana, não cabendo a delimitação de que sua área dê significado segundo parâmetros éticos, de moralidade pública ou de bons costumes. A sexualidade está inserida no ser humano e, como tal, comporta definição multifacetada. Daí por que somente merecem a atenção da lei penal a sexualidade exercida com coerção ou explorada”¹⁷.

¹⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.v.VIII, p. 163.

¹⁵SILVA JÚNIOR, José; DEZEM, Guilherme Madeira. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, (org. por Alberto Silva Franco e Rui Stoco). 8.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1033.

¹⁶FRANCO, Silva Alberto; SIX, Tadeu Antônio. **Derecho penal: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1049.

¹⁷Op.; cit.; nota 12, p. 133.

È de sublinhar-se que o déficit normativo, isto é, a distância entre a realidade cotidiana e as disposições legais, apresentado pelas normas relativas aos crimes sexuais não é um fenômeno exclusivamente nacional, senão mundial.

Diversas foram as legislações penais que, nos últimos tempos, se viram amplamente modificadas no que tange aos delitos dessa natureza.

O Código Penal argentino foi substancialmente alterado nesse aspecto, pela lei n. 25.087/99. O Código Penal chileno, que data do século XIX, se viu modificado quanto à matéria pelas leis n.19.617/99 e n.19.927/2004, e também Código Penal espanhol em 1995. E, se comparado com as disposições precedentes acerca do assunto, notar-se-ão importantes “atualizações”, já que houve novas mudanças em 1999. O mesmo se pode dizer do Código Penal português, reformado em 1995 e em 2007.

No limiar do século XXI, portanto, não poderia o Estatuto Penal Pátrio permanecer ligado a conceitos, hoje tidos como ultrapassados. Mais do que isso, não poderia permanecer divorciado da tutela dos valores consagrados na carta de 1988.

Foi com esse espírito que a Lei em comento, alterou a denominação do Título VI que, como já foi dito, agora passa a chamar-se: “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

A expressão escolhida, em nossos sentir, foi oportuna e se encontra em sintonia com o Texto Maior. Deveras, o Direito Penal não se voltar à proteção de regras puramente morais ou éticas, mas notadamente à defesa de bens jurídicos.

Ao tratar nosso código de Crimes Contra a Dignidade Sexual, fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, a salvo da exploração, a intangibilidade ou identidade sexual, além do pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, no que se refere à sexualidade do indivíduo.

Não é outro o escólio de Nucci, que finca a objetividade jurídica, ademais, na intimidade, na vida privada, e na honra:

“considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados (art.5º, X, da CF), além do que a atividade sexual é não somente um prazer material, mas uma necessidade fisiológica. Para muitos, possui pertinência a tutela penal da dignidade sexual. Em outros termos, busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração, especialmente quando envolver formas de violência. Do mesmo modo, volta-se particular atenção ao

desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos. A dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF) envolve, por óbvio, a dignidade sexual”¹⁸.

Outra diretriz de suma importância em matéria de crimes sexuais reside no Princípio da Tolerância. Segundo Renato de Mello Jorge Silveira:

“ referida ideia há de fomentar, por fim, a amarra última da criação, e não raramente da aplicação, do direito penal sexual. Por ele, pode-se afirmar que a liberdade, em sentido amplo, é o critério geral da ciência penal, enquanto suas limitações devem ser exceção. Com o escopo de não se transformar o direito penal em um direito de exceção, deve sempre ser respeitada a contenção de se fazerem obrigatórias, a todos, as convicções pessoais de alguns”¹⁹.

Toda a exegese que se possa extrair no âmbito do Título VI, há de ser permeada pela ideia de que a atividade sexual privada, levada a efeito perante adultos, em seu âmbito individual e mediante consenso validamente obtido, ficará ao largo da incriminação.

Conclui-se, enfim, que a denominação e, reflexamente, a nova esfera de compreensão da objetividade jurídica, sem embargo de eventuais críticas que possa sofrer, mostrou-se auspiciosa e, segundo uma leitura constitucional, remove o superado paradigma da sexualidade vista a partir da moral pública.

3.1 Capítulos do Título VI do Código Penal após a Lei 12.015/09

A lei n.12.015/2009 deu nova configuração aos capítulos do Título VI.

A correta interpretação do aspecto especialmente protegido em cada um deles auxilia na compreensão da objetividade jurídica particularmente tutelada.

Nos capítulos I e II, enquanto o primeiro cuida dos delitos contra a liberdade sexual, o segundo refere-se às infrações cometidas contra vítimas vulneráveis.

A base da proteção penal do capítulo I é a autodeterminação sexual das pessoas.

Incrimina-se, desta feita, o ato sexual realizado sem o indispensável consentimento, superado mediante violência, grave ameaça ou fraude.

O capítulo II, por outro lado, centra seu mecanismo de proteção na exploração de vítima vulneráveis. Pouco importa, nesses casos, se o ato foi

¹⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual: comentário à Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Saraiva 2007, p. 14.

¹⁹SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: USP, 2006, p.203.

realizado consensualmente. No que toca às práticas sexuais com menores de 14 anos, a questão se radica na salvaguarda dessas pessoas contra o ingresso precoce na vida sexual, a fim de lhe assegurar, neste plano, crescimento equilibrado e sadio.

O capítulo III foi revogado.

Além destes, há infrações penais nos capítulos V e VI, e os de número IV e VII contêm as regras gerais.

O quinto capítulo abrange o lenocínio e o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual.

No sexto capítulo, por fim, a objetividade jurídica é o pudor público.

Assim, ficou da seguinte maneira a estrutura do Título VI:

Denominação anterior:

“Título VI - Dos crimes contra os costumes: Capítulo I - Dos crimes contra a liberdade sexual; Capítulo II - Da sedução e da corrupção de menores; Capítulo III - (Revogado); Capítulo IV - Disposições gerais ; Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas; Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor”;

Denominação atual

Título VI- Dos crimes contra a dignidade sexual:
Capítulo I- Dos crimes contra a liberdade sexual; Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulneráveis; Capítulo III – (Revogado); Capítulo IV – Disposições gerais; Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; Capítulo VI – Do ultraje público ao pudor; Capítulo VII – Disposições gerais;

4 TIPLICIDADE PENAL

4.1 Conceito de Tipo e Tipicidade

Não se deve confundir o tipo com a tipicidade. O tipo é a fórmula que pertence à lei, enquanto a tipicidade pertence à conduta. A tipicidade é a característica que tem uma conduta em razão de estar adequada a um tipo penal, ou seja, individualizada como proibida por um tipo penal. Tipo é a fórmula legal, já tipicidade é a característica de adequação ao tipo que possui a conduta de um sujeito, como bem exemplifica Zafaroni: “‘A’ que dispara cinco tiros contra ‘B’, causando-lhe a morte (está na realidade) A conduta de ‘A’, por apresentar a característica de tipicidade, dizemos que é uma conduta ‘típica’ Típica é a conduta que apresenta a característica específica de tipicidade (atípica, a que não apresenta); b) tipicidade é a adequação da conduta a um tipo; c) tipo é a fórmula legal que permite averiguar a tipicidade da Conduta”²⁰.

4.2 Teoria da Tipicidade Penal

4.2.1 Evolução Histórica

A tipicidade é a subsunção do fato à norma penalmente prevista. É o perfeito encaixe entre o fato ocorrido e a norma abstrata. O Código Penal adotou a *Teoria Finalista*, pela qual o crime é caracterizado como um fato típico, antijurídico e culpável. Nesse caso, os exames do dolo e da culpa passaram a integrar a análise típica acrescentando a valoração social quando verificada a conduta. A Teoria da Tipicidade Penal passou por cinco estágios evolutivos dos quais culminaram nas definições estudadas hoje. O primeiro estágio é o Causalismo, o tipo penal, nesse tempo, (final do século XIX e começo do século XX), era puramente objetivo (só causalidade). “Exigia-se: conduta; resultado naturalístico (nos crimes materiais); (c) nexos de causalidade (nesses crimes materiais) e adequação típica (subsunção do fato à letra da lei)”²¹.

O segundo estágio, o Neokantismo, criticou a concepção neutra da tipicidade e destacou valoração no tipo penal. Desta maneira, o tipo deslocava-se da esfera neutra e passava a apreciar a conduta em ambos os sentidos: objetivo e

²⁰ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva p 382.

²¹Teoria Finalista da Ação, Acessado em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/291820/teoria-finalista-da-acao>, com acesso em 11/04/2012.

valorativo, ou seja, a tipicidade penal, para o neokantismo, é tipicidade objetiva e valorativa.

Já no terceiro estágio, no Finalismo de WELZEL (cujo ápice, na doutrina europeia, se deu entre os anos 1945 e a década de sessenta do século passado) o tipo penal passou a ser retratado por duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta última era integrada pelo dolo ou culpa (que foram deslocados da culpabilidade para a tipicidade). No tempo do Causalismo (e do neokantismo) o dolo e a culpa constituíam formas de culpabilidade. Eram elementos integrantes da culpabilidade.

O Funcionalismo veio configurar o quarto estágio, e com o surgimento da Teoria da Imputação Objetiva que contribuiu com a valoração do tipo penal, o mesmo passou a ganhar uma tríplice dimensão: objetiva; normativa e subjetiva, conforme leciona Luiz Flávio Gomes:

“O tipo penal passou a ter configuração bem distinta a partir do conceito normativo do funcionalismo (todas as categorias do delito acham-se em função da finalidade da pena ou da norma), sobretudo o teleológico-racional de ROXIN. A propósito, foi com o funcionalismo de ROXIN (1970) (teleológico ou teleológico-racional) que o tipo penal passou a ganhar uma tríplice dimensão: (a) objetiva; (b) normativa (valorativa) e (c) subjetiva. O que o funcionalismo agregou como novidade na teoria do tipo penal (como veremos detalhadamente mais adiante) foi a imputação objetiva, que faz parte da segunda dimensão (normativa ou valorativa) do tipo penal. Não se pode negar que a segunda etapa (normativa) tem também cunho objetivo, porque também ela não pertence ao mundo anímico do agente. Mas pela sua relevância acabou ganhando status diferenciado dentro da tipicidade. Nós a denominamos de dimensão material. A primeira, destarte, passa a ser formal. Ambas, na verdade, são objetivas (não pertencem ao mundo anímico do agente). Mas doravante bem definidas como formal e material. Não basta para a adequação típica o “causar a morte de alguém” (posição do causalismo de Von LISZT-BELING) ou mesmo “causar dolosamente ou culposamente a morte de alguém” (posição do finalismo de WELZEL). O tipo penal, depois do advento do funcionalismo, não conta só com duas dimensões (a formal e subjetiva), sim, com três (formal, normativa ou material e subjetiva). Tipicidade penal, portanto, passou a significar (depois de ROXIN e após todas as demais contribuições constitucionalistas que reputamos corretas) tipicidade formal + tipicidade material ou normativa (desvalorização da conduta e desvalorização do resultado jurídico) + tipicidade subjetiva (nos crimes dolosos). Do tipo penal passou a fazer parte a imputação objetiva (dimensão normativa do tipo), que se expressa numa dupla exigência: (a) só é penalmente imputável a conduta que cria ou incrementa um risco proibido (juridicamente desaprovado); (b) só é imputável ao agente o resultado que é decorrência direta desse risco. O comerciante que vendeu a faca não pratica fato típico nenhum porque sua conduta é criadora de risco permitido. Quem cria risco permitido não realiza nenhum fato típico. Falta a tipicidade normativa. A primeira dimensão da teoria da imputação objetiva pertence à valoração da conduta (é o critério sobre o qual reside o juízo de valoração da conduta), enquanto a segunda integra a valoração do resultado jurídico.”²²

²²GOMES, Luiz Flávio. **Tipo, tipicidade, tipicidade material e tipicidade conglobante. direito penal: parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2, p. 45.

Com o quinto e último estágio evolutivo, baseado na Teoria Constitucionalista do Delito, a tipicidade penal passa a ser compreendida também em sentido material. Ela é fruto de todas as contribuições orientadas a conferir ao tipo penal uma clara relevância selecionadora do que é penalmente importante, afirma Luiz Flávio Gomes:

“De acordo com a teoria constitucionalista do delito que estamos adotando (que aceita a crítica corretiva de FRISCH contra a teoria da imputação objetiva de ROXIN – tal como veremos logo abaixo - e que agrega à teoria da tipicidade a exigência de uma ofensa ao bem jurídico, nos termos do que proclamam ZAFFARONI e tantos outros autores) a tipicidade penal tem que ser compreendida (necessariamente) também em sentido material. Ela é fruto de todas as contribuições orientadas a conferir ao tipo penal uma clara relevância selecionadora do que é penalmente importante. Além de aceitar os pressupostos materiais da moderna teoria da imputação objetiva (de ROXIN), ela sustenta a imperiosa necessidade de também se considerar (dentro do âmbito da dimensão material da tipicidade) a ofensa ao bem jurídico (ou seja: o resultado jurídico, que é o desvalor do resultado). Mesmo porque, por força do princípio da ofensividade, não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. O tipo penal, portanto, nos crimes dolosos, a partir da teoria constitucionalista do delito (que 2ª) a material ou normativa; 3ª) a subjetiva, porém, a segunda delas (a material ou normativa) passa a contemplar dois juízos valorativos sumamente relevantes que são: 1º) juízo de valoração (desaprovação) da conduta (cabe ao juiz verificar o desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante; essa criação ou incremento de risco proibido relevante era enfocada por ROXIN como parte integrante da teoria da imputação objetiva; Frisch, entretanto, muito acertadamente, entende que a criação ou incremento de risco proibido não é uma questão de imputação objetiva, sim, de desaprovação da conduta; cf. abaixo detalhes sobre esse ponto); 2º) juízo de valoração (desaprovação) do resultado jurídico (isto é, desvalor do resultado que é a ofensa ao bem jurídico). O fato típico, assim, nos crimes dolosos, depois da moderna teoria da imputação objetiva bem como da teoria constitucionalista do delito que subscrevemos significa tipicidade formal + tipicidade material ou normativa (com dois momentos valorativos distintos, como vimos) + tipicidade subjetiva (verificação do dolo e outros eventuais requisitos subjetivos do injusto).¹ A ausência de qualquer um desses requisitos implica naturalmente na atipicidade do fato, que pode ser formal ou material ou subjetiva (tudo conforme a natureza do requisito faltante)”²³

Celso Delmanto leciona a respeito da evolução da tipicidade penal:

Como ensina Claus Roxin (Derecho Penal, cit. Pp. 276-278), o conceito de tipo, com significado Político Criminal de garantia (Tatbsetand), teve o seu embrião com Ernest Von Beling em seu *Die Lehre Von Verbrechen*, no início do século XIX. Para Beling, contudo, o tipo era neutro, não sendo dotado de qualquer caráter valorativo, mas somente objetivo. Para Beling, a prática de uma conduta típica por si só nada significava, sendo somente um indício de antijuridicidade, a qual seria aferida em uma segunda etapa, valorando-se o caráter de contraditoriedade ao direito, ou não, da conduta típica (...). Todo o processo subjetivo era, igualmente, tema vinculado à culpabilidade, estando fora, portanto, do tipo, como se verificou na Escola Clássica (...). Contudo, Max Ernest Mayer e Edmond Mezger, entre outros, já nos idos de 1930 no denominado movimento neoclássico, apontavam que não se podia renunciar, sempre, ao elemento subjetivo na própria

²³Id. Ibid., p. 49.

configuração da conduta típica em que o agente deve ter ânimo *Rem sibi habendi*, por exemplo, no crime de apropriação indébita. Em continuação a este processo, desenvolveu-se o Finalismo de Hans Welzel, possuindo o tipo ambos os aspectos objetivo e subjetivo. Atualmente, portanto, no tipo penal encontram-se descritas: a) a conduta comissiva ou omissiva, denominada tipo objetivo; b) o dolo ou a culpa do agente, isto é, tipo subjetivo; c) o resultado naturalístico (crimes materiais) ou normativo (crimes de perigo); d) o nexo de causalidade. Por vezes há, ainda, e) elementos normativos do tipo (como nas expressões “indevidamente”, “sem justa causa”...) e, em alguns casos, f) elemento subjetivo do tipo, que impõe um especial fim de agir (por exemplo, “em proveito próprio ou alheio”²⁴).

Contudo, verifica-se que como ocorre com outros Institutos do Direito Penal, a tipicidade possui excludentes das quais afastam a responsabilidade do agente em determinada situação fática, cuja prática do fato típico deixa de ser assim caracterizado.

4.3 Tipicidade Conglobante

A estruturação da teoria do tipo penal denominada Tipicidade Conglobante, elaborada pelo jurista argentino Eugenio Raul Zaffaroni, parte da coexistência de três conceitos distintos, bem como resulta de uma maneira específica de relacioná-los. Deve ser pressuposta, assim, a observação de uma projeção lógica e de consequência entre o bem jurídico. Interesse, a norma e a lei. O trabalho do legislador consistiria, assim, na elaboração de uma lei que é produto do interesse de tutelar certo bem, capaz de vincular imperativamente determinadas condutas humanas. Com este procedimento, alguns bens são transformados em bens jurídicos e reconhecidos enquanto tal. O legislador parte do bem à norma e desta à lei. O intérprete caminha no sentido exatamente oposto quando da resolução de casos, isto é, parte da lei à norma para atingir fundamentalmente o bem jurídico possuidor da tutela penal.

De acordo com o próprio autor, a explicação dar-se-ia da seguinte maneira:

“Quando o legislador encontra-se diante de um ente e tem interesse em tutelá-lo, é porque o valora. Sua valoração do ente traduz-se em uma norma, que eleva a categoria do ente à categoria de bem jurídico. Quando quer dar uma tutela penal a esse bem jurídico, com base na norma elabora um tipo penal e o bem jurídico passa a ser penalmente tutelado”²⁵.

Diante destas ponderações, a compreensão essencial destas construções apenas pode ser efetivada se aperfeiçoada a análise de cada um destes elementos

²⁴DELMANTO. Celso. **Código penal comentado**. 7 ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.41/42.

²⁵Op.; cit.; nota 20, p. 389.

constitutivos, haja vista que a posição teórica ergue-se perante conceitos construídos de maneira bastante específica.

Neste cenário, o tipo penal ganha, a princípio, a simples característica de identificação com a lei. Tipo penal, assim, nada mais é do que a lei penal, isto é, um tipo legal. Define-se como um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva. Sua finalidade, ademais, é a individualização de comportamentos humanos penalmente relevantes. O conceito de tipo penal, aqui, é significativamente esvaziado. Sua instrumentalidade está direcionada à citada individualização. Sua existência deriva de seu necessário aspecto lógico como ordenador racional da teoria do delito, entendida esta como o aparato racional (quase tecnológico) destinado à compreensão de fatos e sua respectiva inserção ou indiferença no universo do direito penal. Ser logicamente necessário implica em ser uma etapa imprescindível ao intérprete, o qual sem o juízo de tipicidade não poderá ultrapassar sua avaliação para as fases subsequentes da antijuridicidade e da culpabilidade. Sem tipicidade, a qual não é realizada sem o tipo legal, não há o que se questionar acerca dos demais elementos, restando prejudicada a aferição da existência delitiva ou do injusto típico princípio da legalidade.

Dentro desta contextualização que equipara a lei ao tipo penal ou legal, não parece ser surpreendente o resgate de uma tipicidade basicamente descritiva.

Se o tipo penal é a lei, e se esta última possui como finalidade apontar o elenco de atitudes humanas proibidas em sociedade, o tipo penal, como consequência, vivenciaria a experiência de ser dotado de elementos notoriamente descritivos, com os quais o legislador conseguiria legalmente realizar a leitura e descrição do universo social. Depois de quase um século, a teoria da tipicidade conglobante despejaria no tipo legal a mera natureza de descrição, resgatando, sob uma lógica um pouco diferente, a mesma conclusão admitida por BELING em 1906. Todavia, se as conclusões são as mesmas, ainda que aquele autor desconhecesse qualquer visão conglobante, as críticas também devem de alguma forma, ser repetidas.

Consciente desta problemática, a própria teoria de Zaffaronni, ao elaborar esta noção de tipo legal, refugia-se com a exceção, o que, a princípio, teria o condão de confirmar a regra. A afirmativa do autor é realizada de modo a atribuir ao tipo uma característica predominantemente descritiva, não obstante “(...) os tipos, às

vezes, não são absolutamente descritivos, porque ocasionalmente recorrem a conceitos que remetem ou são sustentados por um juízo valorativo jurídico ou ético”²⁶.

Parece aqui haver uma pequena confusão. Não existem objeções em se dizer que o tipo legal tem como função descrever parte das relações sociais. O equívoco reside em afirmar que esta mesma descrição é feita através de elementos predominantemente descritivos em sentido estrito. Na medida em que o direito moderno apresenta-se com clara natureza auto referencial, aqui colocada no sentido de normas possuírem com constância, outras normas como categoria essencial de sentido, os juízos valorativos jurídicos já estão ínsitos em qualquer descrição por mais singela que seja. Não existe a defesa penal da propriedade sem uma série de preceitos, também jurídicos, capazes de defini-la. Pensar de outra forma é imaginar a propriedade em si mesma, deslocada de qualquer construção social-jurídica que lhe outorgue suas feições primordiais. O mesmo estende-se à administração pública, ao meio ambiente, ao sistema financeiro, e à própria vida, na medida em que o conceito jurídico apenas possui nas ciências naturais um importante referencial ou critério, mas jamais uma colagem perfeita e irretocável.

As legislações contemporâneas, do mesmo modo, não sustentam a assertiva acerca das leis penais ocasionalmente se utilizarem de juízos valorativos e éticos. Se assim fosse, a preocupação atual do sistema penal não seria a problemática com os tipos penais abertos, de perigo abstrato e concreto, as normas penais em branco, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Tais formulações legislativas são incapazes de sentido ou de interpretação se ficassem restritas a conceitos meramente descritivos na fórmula que aqui parece ser explicitada. Além disso, na crítica de Rusconi, a elaboração de Zaffaroni, inconscientemente afirma um desprestígio dogmático da categoria, sendo a atividade do intérprete muito mais importante do que aquela que lhe é conferida pelo autor. A interpretação da lei é constitutiva de seu sentido, e não meramente declaratória de um suposto conteúdo inato.

No cerne da tese conglobante, tipo legal apenas transforma a norma em jurídica, outorgando-lhe uma sanção penal em seu descumprimento. O tipo, lastreado em uma norma, qualifica o ente, sobre o qual recai o interesse social,

²⁶Id. Ibid., p 386.

como um bem jurídico. Dentro de uma perspectiva temporal, isto culmina no fato de tanto a norma quanto o próprio ente serem anteriores à lei. Quando a lei adentra ao ordenamento, esta, na verdade, já pressupõe as duas categorias, sendo responsável apenas por estabelecer o vínculo impositivo da sanção jurídica, e, mais do que isso, adjetivar um ente com a caracterização do relevante valor social. Na medida em que o tipo está identificado com a lei, esta categoria do delito não contém a norma nem o bem jurídico, os quais lhe são externos. O tipo, a rigor, permite apenas o conhecimento da norma, a qual, por sua vez, dirige-se à proteção do bem jurídico.

Esta posição estanque e externa entre uma e outra categoria exige uma aproximação separada às suas respectivas realidades. No tocante ao bem jurídico, a construção não foge muito da tradicional postura adotada pela doutrina penal tradicional, no sentido de serem entes protegidos pelo direito, na medida em que os cidadãos devem manter em relação a estes uma tranquila possibilidade de disposição. Entretanto, a dificuldade reside na admissão de uma normatividade externa ao direito, uma vez que também não se confunde com a antijuridicidade. Conforme a teoria, a antinormatividade e a antijuridicidade são dois momentos distintos, sendo certo que esta última sempre se relaciona e se esgota nas causas de justificação, ou seja, conceitos permissivos que pressupõem uma vinculação sempre harmônica e coerente com outras determinações legais de caráter proibitivo.

Surge, daí, o conceito separado de antinormatividade, qual seja, a atribuição dada a um comportamento específico que viola a norma que está sobreposta ao tipo legal e que é, em consequência, aviltante do bem jurídico protegido. Nos dizeres de Zaffaroni: “A conduta adequada ao tipo penal do art. 121 do CP será contrária à norma ‘não matarás’, e afetarà o bem jurídico vida humana; a conduta adequada ao tipo do art. 155 será contrária à norma ‘não furtarás’, e afetarà o bem jurídico patrimônio etc.”²⁷. Ao que tudo leva a crer, a conduta delitiva, assim, seria aquela que espelha uma contrariedade à norma e, ao mesmo tempo, uma conformidade à lei. A problemática, todavia, persiste. Isto resulta da própria assertiva do autor, quando apregoa que a conduta, pelo fato de ser penalmente típica, necessariamente deve ser também. Ocorre que há uma especificidade no significado das palavras aqui empregadas. O fato ser penalmente típico, neste

²⁷Id. Ibid., p. 387.

contexto, não pode ser entendido como ser adequado à tipicidade meramente legal, ou seja, à lei. Se assim fosse, a divisão estabelecida entre a norma, de um lado, e a lei, de outro, não faria qualquer sentido, tendo em vista que haveria sido feita uma separação que posteriormente não mais subsistiria. Dessa forma, surge a distinção entre tipicidade legal e tipicidade penal. A primeira está encerrada na lei, com qualificações puramente formais. A segunda, a tipicidade penal, é o produto da conjugação da tipicidade legal com a tipicidade conglobante (material). Esta tipicidade penal (tipicidade legal mais tipicidade conglobante) sempre consistirá na antinormatividade e, portanto, quando verificada em concreto, poderá permitir o questionamento a respeito das demais categorias da teoria do delito.

Dito de outro modo, a tipicidade legal tem o condão de selecionar descritivamente os comportamentos, tendo em vista a exigência e respeito ao princípio da legalidade. A sua existência isolada, contudo, não permite o aperfeiçoamento essencial do juízo de tipicidade, pois não é capaz, por si só, de aferir a afetação, pela conduta analisada, da norma e do bem jurídico. A integração destes dois últimos aspectos ao instante da tipicidade legal apenas pode ser realizado pela chamada tipicidade conglobante.

4.4 Tipicidade Formal e Conglobante

A tipicidade conglobante, neste universo, funciona como um corretivo da tipicidade legal, sem a qual haveria contradições insanáveis com a ordem normativa. A finalidade da tipicidade conglobante, assim, é verificar o âmbito de proibição da lei penal quando esta é inserida no global ambiente normativo, ou seja, através do seu cotejo com todas as normas restantes de uma determinada ordem. A tipicidade legal dar-se-á com a simples subsunção da conduta ao modelo abstrato previsto em lei. A tipicidade conglobante, como segundo passo, realizará a conferência deste aspecto formal com o restante do ordenamento normativo. Tal explicação pode ser visualizada com um exemplo.

A situação exemplificativa retrata a situação de um oficial de justiça, o qual, devidamente munido de ordem judicial de autoridade competente, tem o dever de realizar a apreensão de um objeto na residência de seu proprietário. Ao se apoderar do objeto, com a finalidade de executar a medida de sequestro determinada, a pergunta que permanece é exatamente em que medida o direito penal e a teoria do delito compreendem este acontecimento. Do ponto de vista

formal há a existência da hipótese modelo do artigo 155 do Código Penal (furto), uma vez que, de fato, teria existido a inversão da posse em relação à coisa alheia móvel. De acordo com o Código Penal brasileiro, a explicação mais plausível para a resolução da questão é aquela que enxerga a ocorrência de uma causa de exclusão da ilicitude em razão do estrito cumprimento do dever legal, de forma com que a conduta seria típica, porém não antijurídica (artigo 23, inciso III). Para Zaffaroni, com fundamento na necessidade de coerência normativa, tal posição dogmática não pode prosperar.

Outro exemplo de necessária menção se refere ao médico. Se o cirurgião atua para salvar a vida e efetua um corte em seu paciente, não há como afirmar, segundo o autor, a inexistência de dolo, uma vez presentes os elementos volitivo e cognitivo.

Na medida em que a tipicidade, aqui entendida em seu sentido material e não apenas legal, importa na antinormatividade, esta passa a ser a seara adequada para a resolução do problema, afastando, desde logo, a existência da chamada tipicidade conglobante. Dito de outro modo, a antijuridicidade apenas possui valia quando a conduta típica está permitida pelo ordenamento jurídico, conferindo ao agente a faculdade de sua utilização. Quando há, portanto, uma permissão excepcional. Nos dois casos analisados não se está diante de uma simples permissão, mas de uma ordem e de uma atividade fomentada pelo direito (no caso do médico cirurgião). Isto quer dizer que normativamente a conduta do oficial de justiça não está excepcionalmente justificada pela ordem jurídica, mas, ao contrário, está determinada pela ordem normativa com a qual aquela não se confunde. No bojo de um sistema normativo não se pode conceber, que uma norma proíba o que outra ordena ou aquela que outra fomenta. Se isso fosse admitido, não se poderia falar de ordem normativa, e sim de um amontoado caprichoso de normas arbitrariamente reunidas. Pelo que permite a compreensão, a ideia transmitida é que mesmo antes do advento da norma jurídica permissiva, o universo da antinormatividade já seria responsável pela exclusão de violações nas espécies de cumprimento de dever, graças a impossível situação de contradição na seara normativa. Diferente seria, por exemplo, a legítima defesa e o estado de necessidade, os quais se encontrariam no patamar do jurídico, não do normativo.

Sempre que se estiver diante de um dever, o local dogmático de solução não é a antijuridicidade, mas a própria tipicidade conglobante, haja vista a

impossibilidade de contradição normativa e, além disso, a inexistência de afetação ao bem jurídico. Nesse aspecto, verifica-se que há dois requisitos para que se configure a tipicidade conglobante, quais sejam: a conduta antinormativa do agente e a tipicidade material como critério de seleção do bem a ser protegido.

Esta exclusão da antinormatividade e em consequência da tipicidade penal quando vinculada à existência de deveres também gera soluções para as hipóteses de conflito de deveres, nos quais, segundo os defensores da corrente, sempre haverá um preponderante. Dois deveres jurídicos jamais obterão a mesma relevância, existindo sempre a atitude que deve ser assumida em detrimento da outra, sendo tais colisões de deveres apenas aparentes. A escolha da hipótese correta, isto é, do dever preponderante, excluirá o próprio tipo penal, enquanto a opção equivocada lançará o debate para a seara do erro de proibição. Em suma, colisão de deveres resolvida corretamente é problema de tipicidade conglobante; aquela resultante de deliberação errônea do agente remeterá a situação aos rincões da culpabilidade (exemplo disso estaria sediado no estado de necessidade exculpante, situação em que o bem maior é sacrificado em favor do bem menor).

Como conclusão desta ponderação, pode ser dito que a hipótese de estrito cumprimento do dever legal culminará sempre na incidência ou não da tipicidade conglobante, existência ou não da antinormatividade. Tais condutas amparadas pela então considerada causa de justificação. Portanto, são atípicas, não podendo recair sobre elas, inclusive, as exclusões da ilicitude. Afinal, excluída a tipicidade não há o que se questionar acerca da ilicitude do comportamento.

A tipicidade conglobante está excluída em razão de condutas que são ordenadas ou favorecidas por outras normas. Trata-se de ordens ou fomento que se opõem – apenas aparentemente - ao tipo penal e, portanto, são capazes de corrigir a sua abrangência pelo fato da ordem normativa não poder apresentar contradições. Além disso, mais duas situações também importam em causas de inexistência de tipicidade conglobante: condutas que ficam *fora do poder repressivo do Estado* e as ofensas insignificantes.

A ideia da insignificância penal acerca da adequação social persegue o objetivo correto de eliminar dos tipos de delito as condutas que de fato não são relevantes no sentido de alcançarem um real grau de injusto. Porém há de se identificar na adequação social dois problemas significativos. Em primeiro lugar, a adequação não pode se entendida como um elemento “especial” de exclusão do

tipo. Em segundo lugar, a construção não apresenta critérios precisos. Na visão de Roxin, o princípio da insignificância deve ser visto como uma máxima de “interpretação restritiva orientada em direção ao bem jurídico protegido”²⁸. Redunda da própria postura do direito penal como ultima ratio de intervenção, se comparado a todos os demais segmentos do sistema jurídico.

Apreende-se que a insignificância não é propriamente uma ferramenta de interpretação, mas uma constatação derivada da finalidade geral que oferta o sentido à ordem normativa. A noção da insignificância, neste aspecto, é produto da comparação que se faz da norma (tipo penal) com todo o ordenamento, não sendo possível a percepção da existência da relevância se for submetida à análise apenas a lei penal isoladamente. Mais do que um critério de análise, o tema aqui é encetado como resultado da análise. O seu diagnóstico “*exclui a tipicidade*”, evidentemente que em sua faceta conglobante.

O acordo, na construção do autor argentino, também tem o condão de afastar a tipicidade conglobante, traduzindo-se como caso particular distinto do cumprimento do dever. Tal postulação depende da aceitação de uma premissa fundamental: todos os bens jurídicos são disponíveis, ainda que existam alguns - como a vida - nos quais as disposições são cercadas por maiores garantias e impedimentos de formas de acordo. Sendo o acordo o exercício da disponibilidade de um bem jurídico próprio, a sua utilização, evidentemente, será responsável pela configuração de uma causa de atipicidade.

Todas estas hipóteses, até agora verificadas, estão enumeradas dentro do ambiente da tipicidade penal em seu segundo momento, o qual já consignou a existência de sua faceta formal e submete agora a conduta à dinâmica conglobante. De acordo com tal posição, a tipicidade conglobante esvazia os dois extremos que lhe tocam na cadeia intelectual de percepção de um fato como criminoso. Por um lado, esvazia a tipicidade propriamente dita, tendo em vista a própria caracterização descritiva e formal que lhe outorga a teoria. Por outro lado, a teorização suprime da antijuridicidade algumas hipóteses, tais como o estrito cumprimento do dever legal, absorvidas que passam a ser pela categoria diferenciada da antinormatividade. Uma vez sendo a ordem normativa (conglobada ao tipo) não identificada plenamente com

²⁸ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general – tomo I: fundamentos. a estrutura da teoria do delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena et all. 2º ed. Madrid: Thompson Civitas, 2003, p. 296-297.

a ordem jurídica, imprescindível passa a ser a atividade ora exercida por esta última modalidade, ou seja, a antijuridicidade.

5 NOVOS PARADIGMAS E CRÍTICAS DOS TIPOS PENAIIS MAIS POLÊMICOS DA LEI 12.015/09

5.1 Estupro

O delito de estupro, inserido no capítulo VI do Código Penal, foi o crime que mais sofreu alterações com o advento da Lei nº. 12.015 de 07 de agosto de 2009.

Vejamos as redações antigas e a atual para começarmos a perceber as mudanças:

A redação anterior era a seguinte: “Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”²⁹.

Com o advento da nova lei, o artigo passou a seguinte forma:

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

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

Percebe-se, após a análise dos artigos, que surge um novo tipo Penal.

O bem jurídico tutelado é a liberdade sexual e o objeto material é a pessoa que sofre o constrangimento.

O antigo artigo 213 tutelava a liberdade sexual da mulher, ou seja, o direito de dispor do próprio corpo, do respectivo desejo sexual, independente de qualquer constrangimento exercido por terceiro.

A conduta prevista no primitivo artigo, que era imprescindível para que se configurasse o crime de estupro, abrangia apenas a cópula sexual, a conjunção carnal, ou seja, o contato pênis-vagina.

Por isso, redação do delito em estudo não deixava margem para dúvidas. O sujeito ativo do crime era sempre o homem, por ser inviável, biologicamente, uma mulher forçar outra à penetração, sendo que o tipo era claro ao descrever que a vítima seria sempre do sexo feminino. Como sujeito ativo no crime de estupro, a

²⁹Op.; cit.; nota 10, p. 1742.

³⁰VADE MECUM. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1846.

mulher só poderia ser partícipe no concurso de pessoas, auxiliando, instigando um homem a praticar a conduta descrita no preceito primário da norma.

A Lei nº. 12.015/09 fez com que houvesse uma fusão entre os antigos tipos penais previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal.

O artigo 214, que foi revogado pelo artigo 7º da Lei em comento, tinha a seguinte redação: “Art. 214 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”³¹.

O tipo penal descrito acima era o extinto Atentado Violento ao Pudor. Este tipo tutelava a liberdade sexual não só da mulher, como também do homem, não fazendo distinção de gênero, por abranger todos os outros atos libidinosos que não a conjunção carnal.

Dessa maneira, qualquer pessoa, homem ou mulher, poderia ser vítima ou agente neste delito. Até mesmo se uma mulher, por exemplo, compelisse um homem a praticar consigo a conjunção carnal, sua conduta estaria tipificada neste artigo e não no de estupro, em função da particularidade do sujeito passivo neste.

No Atentado Violento ao Pudor, se incluíam os atos libidinosos diversos da cópula vagínica, tais como o sexo oral, o coito anal, a masturbação, os contatos voluptuosos, o beijo lascivo, entre outros, desde que praticados com violência ou grave ameaça. Com a junção dos artigos 213 e 214 num só tipo, denominado de “estupro” e previsto atualmente no artigo 213, surgem novas teorias, novas discussões, caindo outras por terra.

O artigo 213 passou a tipificar condutas de modo amplo, que podem ser cometidas por homens ou mulheres e também terem como vítima pessoa de qualquer gênero. Contudo, se o objetivo do legislador era igualar os sexos, ele deveria ter adotado um novo *nomen iuris*, como delito de agressão sexual, por exemplo, devido à carga simbólica que a expressão estupro continuará a produzir, mesmo que sob novas elementares.

Analisando-se constitucionalmente, o tipo passou a ser mais justo, visto que o artigo 5º da Magna Carta consagra:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

³¹Id. Ibid., [n.p.]

propriedade, nos termos seguintes: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]”³²

Assim, o artigo 213 em vigor se amolda ao Princípio da Igualdade que visa a um estado ideal de coisas que repudia a discriminação de gênero.

Saliente-se que a vítima do estupro, após a Lei 12.015/09, pode ser qualquer pessoa, com exceção dos vulneráveis, ou seja, os menores de quatorze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não possuam capacidade de entender a prática do ato e de se autodeterminar, que atualmente são tutelados pelo artigo 217-A, denominado Estupro de Vulnerável.

Quanto à possibilidade de estupro de marido contra sua esposa, o assunto sempre foi controverso. De um lado alguns defendiam não ser possível o crime neste caso, por haver um dever conjugal, não configurando a cópula ou qualquer outro ato libidinoso, ato ilícito. Haveria exercício regular de direito, previsto no artigo 23, II, do Código Penal, o qual exclui a ilicitude do fato. Muitos tribunais decidiam neste sentido, conforme se observa da ementa transcrita a seguir: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvção mantida. (...)”³³.

Esta corrente se abrandava apenas quando houvesse motivo relevante, justas razões que justificassem a oposição da mulher, tais como se o marido fosse portador de doença venérea ou que os atos por ele pretendidos saíssem da esfera da normalidade, sendo muito subjetiva a análise do que seriam atos sexuais normais ou anormais.

Existia, entretanto, entendimento diametralmente oposto, sustentando que o crime seria totalmente possível sempre que houvesse o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, pois tal ato constituiria abuso de direito. A postura adequada quando há oposição da esposa e o casamento já não mais satisfaz o cônjuge varão rejeitado seria a separação judicial, agora o divórcio, pois ninguém é obrigado a manter qualquer tipo de relação sexual contra sua vontade, pois nesse caso, haveria uma violação inadmissível da liberdade da esposa. Era o entendimento majoritário, representado, por exemplo, pelo grande doutrinador

³²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988, p 84.

³³RT 461/44 apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246.

Guilherme de Souza Nucci: “Tal situação não cria o direito de estuprar a esposa, mas sim o de exigir, se for o caso, o término da sociedade conjugal na esfera civil, por infração a um dos deveres do casamento”³⁴

No mesmo sentido é o entendimento de Celso Delmanto:

“Quanto à possibilidade de o marido ser agente de crime de estupro praticado contra a esposa, a doutrina tradicional entende que não pode sê-lo, porquanto seria penalmente lícito constranger a mulher à conjunção carnal, sendo que esta, por si só, não é crime autônomo. Assim, embora a relação sexual voluntária seja lícita ao cônjuge, o constrangimento ilegal empregado para realizar a conjunção carnal à força não constitui exercício regular de direito (CP, art. 23, II, 2 parte), mas, sim, abuso de direito, porquanto a lei civil não autoriza o uso de violência física ou coação moral nas relações sexuais entre os cônjuges”³⁵.

Evidente que com as mudanças inseridas pela Lei n.º 12.015 de 2009, o legislador pretendeu colocar em prática o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Assim, o primeiro posicionamento, demasiadamente machista, se tornou ainda mais ultrapassado no atual contexto histórico e legislativo. Saliente-se que uma vez admitida a possibilidade de estupro do marido contra a mulher, o inverso, agora, também será possível.

O tipo previsto no artigo 213 em vigor pune o constrangimento à conjunção carnal, bem como à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

O ato libidinoso é analisado sob o aspecto objetivo. Assim, não importa qual é o grau de pudor, de malícia da vítima, dessa forma o legislador demonstra a adequação do tipo ao tempo, sendo irrelevante o conceito de honestidade da vítima.

Para configuração do delito são imprescindíveis a violência ou a grave ameaça e que, ante o constrangimento, a vítima se oponha com seriedade, veemência, certeza, ao ato sexual pretendido pelo criminoso. O dissenso do ofendido deve durar até o final do ato sexual. A simples recusa de modo passivo impede a configuração do crime, sendo necessário que o ofendido seja coagido, indiscutivelmente, à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso.

Se o constrangimento se der pela ameaça, esta deverá ser grave, séria, com capacidade de intimidar, sendo que o mal prometido deve ser possível e dependente do agente. Na apreciação da ameaça deve-se sempre ter em vista o caso concreto, atentando-se às condições do agente e do ofendido.

³⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 655-657.

³⁵Op.; cit.; nota 24, p. 413.

A prova do ilícito se faz na modalidade de violência, necessariamente, por meio de perícia. Quando tratar-se de ameaça, evidentemente, a perícia é desnecessária. Saliente-se ser especialmente importante o relato da vítima, já no crime em estudo, no mais das vezes, há ausência de testemunhas presenciais. Quanto ao elemento subjetivo do tipo, que é o estado anímico que discrimina subjetivamente o justo do injusto, há na doutrina a discussão sobre a necessidade ou não do dolo específico de satisfazer a própria lascívia.

Damásio ensina que “dolo genérico, de acordo com parte da doutrina, é a vontade de realizar fato descrito na norma penal incriminadora; dolo específico é a vontade de produzir um fim especial”³⁶.

A divergência decorre da necessidade do dolo específico, de satisfação da lascívia.

Mirabete entende ser irrelevante se o agente praticou o ato para satisfazer sua luxúria ou vingar-se da vítima, por exemplo, ele afirma:

“Não está inserido no tipo penal o conteúdo intencional da conduta, caracterizando-se o crime independentemente das circunstâncias subjetivas que levaram o agente a praticá-lo. O motivo em mira pode ser outro, que não satisfazer a lascívia, como o desprezo, o ridículo da vítima, embora a intenção seja sempre a mesma: praticar o ato de natureza sexual”³⁷.

Parece ser realmente este o entendimento mais coerente, pois o legislador, nos tipos em que objetivava descrever a intenção do agente, o fez por meio de expressões tais como “com o fim de”, “com o intuito de”, ou ainda, “para satisfazer”. O estado de injustiça que a necessidade do dolo específico gera é sem dúvida insustentável, pois o agente que constrangesse a vítima à conjunção carnal ou a qualquer outro ato libidinoso com o escopo de humilhá-la não teria sua conduta enquadrada no artigo 213, cometendo, tão somente, o crime de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal, com pena abstrata de três meses a um ano ou multa.

Quanto ao momento da consumação do delito de estupro este é de resultado material e instantâneo. No crime material o “tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação”³⁸. Crime instantâneo é aquele que se consuma num só momento, sem se protrair no tempo.

³⁶ JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 29. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 289.

³⁷ Op. cit., nota 13, p.15.

³⁸ Id. Ibid., p.35.

Assim, não há divergências acerca da consumação do estupro, a qual se dá com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Na conjunção carnal ocorre com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, sendo irrelevante a ruptura do hímen ou a ocorrência da ejaculação precoce. Quanto aos atos libidinosos, a consumação acontece no momento da efetiva prática dos atos. É dispensável o contato físico entre agente e vítima, configurando-se a conduta, por exemplo, quando o sujeito ativo obrigar o sujeito passivo, mediante ameaça, a masturbar-se, com a finalidade de contemplar lascivamente o ato.

A discussão se dá quanto à possibilidade de tentativa. Alguns afirmam ser impossível, outros a admitem e, há, ainda, os que defendem ser de difícil ocorrência, pois, antes de atingir a conduta almejada, o agente pratica outros atos que por si só consumam o crime. Porém, Mirabete entende o seguinte:

“A tentativa é possível em relação a ambas as formas de conduta. Evidentemente, se, empregada a violência, ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a tentativa, como nas hipóteses de fuga e imediata e eficaz reação da vítima. Não se justifica, assim, a dúvida quanto à possibilidade de tentativa de estupro. Havendo constrangimento para a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, não obtida alheias à vontade do agente, há tentativa de estupro [...] o delito estará consumado, porém, desde que o sujeito leve a cabo qualquer prática libidínosa”³⁹.

Esse parece ser o melhor entendimento, pois se o agente não dá início à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, por circunstâncias alheias a sua vontade, configura-se o crime de estupro na modalidade tentada, conforme dispõe o artigo 14 do Código Penal. Portanto, no caso concreto deverá ser analisado o iter criminis, com base no elemento subjetivo do agente, observando-se qual era o fim desejado por este. Evidente que referido crime, na forma tentada, será de ainda mais difícil comprovação. Contudo este é o grande problema quando se trata de crimes desta natureza. A formação da convicção, necessária para que o Ministério Público denuncie o possível agente e o magistrado o condene, é de difícil conclusão.

A conduta, nesses delitos, é, no mais das vezes, praticada às escondidas, sem que haja por perto testemunhas, sendo complexa a formação da opinião delict e o enfrentamento do princípio *in dubio pro reu*, na fase do julgamento, principalmente quando o agente constrange a vítima utilizando-se de ameaça. O impasse consiste geralmente em duas versões antagônicas, quais sejam, a palavra do criminoso

³⁹Id. Ibid., [n. p.]

contra a da vítima. Tanto o promotor, quanto o juiz deverão, no exercício de suas funções, analisar a conduta social de cada um dos envolvidos, o comportamento de ambos e verificar qual deles passa maior credibilidade, não havendo, pois, como se afastar o imperialismo da subjetividade no momento da apreciação das provas. É neste ponto que a condenação de alguém, acusado pela prática de estupro contra prostituta, é amarrada devido à falta de confiabilidade que a sociedade, de modo geral, deposita na mulher que exerce este ofício

Com a junção das condutas num só tipo, também surgiu a discussão se este seria único ou misto cumulativo, ou alternativo.

Antes de adotar uma posição acerca do assunto, importante esclarecer que o tipo unívoco ou simples é aquele que apresenta um único modo para sua realização, expondo somente uma espécie de conduta punível; por sua vez, o tipo misto é o que descreve mais de uma conduta punível. Este tipo pode ser conjunto ou alternativo, quando há mais de uma variedade do mesmo caso, ou cumulativos, quando há mais de um caso.

Alguns autores alegam que pelo fato da conduta ser o verbo constranger, que é o núcleo, não há motivo para se falar em tipo misto, posto que o artigo 213 descreve uma única conduta, sendo as elementares “ter conjunção carnal” e “a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” apenas complementos do ação nuclear.

No entanto, a doutrina majoritária leciona que o tipo é misto e não unívoco, restando a discussão acerca da alternatividade ou da cumulação. Para Mirabete:

“o artigo 213 descreve um tipo misto cumulativo, punindo, com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. A utilização, no caso, de um único núcleo verbal (constranger) decorre da técnica legislativa, resultando da concisão propiciada pelo conteúdo das duas figuras típicas [...] trata-se, em realidade, de crimes distintos, embora da mesma espécie, punidos num único dispositivo”⁴⁰.

Contudo, há entendimento jurisprudencial afirmando ser o tipo misto alternativo, que é aquele em que a consumação do delito é possível de diversas maneiras, sem desunificá-lo, refletindo este posicionamento de forma benéfica para o réu, pois se tornam inviáveis o concurso de crimes e o crime continuado, uma vez que a prática de conjunção carnal e coito anal, por exemplo, configurará sempre crime único, devendo a segunda conduta ser utilizada na dosimetria da pena. É o

⁴⁰ Id. Ibid., p.46.

que ocorre no crime de Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, positivado no artigo 122 do Código Penal, que também é delito de ação múltipla; caso o agente pratique mais de uma conduta, como instigar e prestar auxílio, será processado somente por um delito. Este foi o posicionamento adotado no julgamento do seguinte Habeas Corpus:

“HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.”⁴¹

Contudo, o posicionamento de Mirabete nos parece o mais acertado, ao comentar:

Diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir não apenas que a prática de cada ação típica é suficiente para provocar lesão ao bem protegido, mas, também, que a realização de ambas, configura, em princípio, dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente a sua dignidade sexual ⁴².

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a continuidade delitiva em um crime semelhante ao exemplo acima exposto, ficando clara sua tendência à posição que considera o novo estupro um tipo misto cumulativo. Transcrevemos abaixo a ementa de referida decisão:

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Estupro e atentado violento ao pudor. Mesmas circunstâncias de tempo, modo e local. Crimes da mesma espécie. Continuidade delitiva. Reconhecimento. Possibilidade. Superveniência da Lei nº 12.015/09. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, da Constituição Federal. HC concedido. Concessão de ordem de ofício para fins de progressão de regime. A edição da Lei nº 12.015/09 torna possível o reconhecimento da continuidade delitiva dos antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo”⁴³

Importante salientar, ainda, que as mudanças da Lei nº. 12.015 apontam para uma maior coerência neste posicionamento, pois, em grande parte, a nova lei modificou a situação do sujeito para pior, agravando-a – *novatio legis in pejus* – evidenciando a tendência do legislador, sendo que o tipo misto alternativo indica uma *reformatio in melius*, o que não nos parece ser o objetivo da alteração.

⁴¹STJ; HC 178.051; Proc. 2010/0121839-5; SP; Sexta Turma; Rel. Min. Og Fernandes; Julg. 06/09/2011; DJE 05/10/2011.

⁴²Id. Ibid., [n. p.]

⁴³STF; HC 86110; SP; Segunda Turma; Rel. Min. CEZAR PELUSO; Julg. 02/03/2010; DJE-071 DIVULG 22-04-2010.

A discussão antes da Lei nº. 12015, no que concerne ao concurso de crimes, estava na possibilidade de sua ocorrência, defendendo, parte da doutrina, que os atos libidinosos cometidos antes da conjunção carnal deveriam ser considerados preliminares desta, sendo absorvidos pelo delito de estupro. Absurda a posição da impossibilidade do concurso, pois leva à falta de preservação da dignidade sexual da vítima.

É certo que a prática forçada do sexo oral, não pode ser considerada conduta subsidiária em relação à cópula vagínica, sendo, por vezes, mais ultrajante para o sujeito passivo. Uma segunda corrente defendia que haveria, quando praticados atos libidinosos e a conjunção carnal, o concurso material de crimes. previsto no artigo 69 do Código Penal, no qual “o agente mediante mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Neste caso as penas dos delitos dos artigos 213 e 214 deveriam ser cumuladas, somadas, sendo esta a corrente menos favorável ao agente. Por último, havia os adeptos do posicionamento que defendia a existência de crime continuado, que ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Os críticos desta corrente sustentavam a impossibilidade de crime continuado, pois os artigos 213 e 214 não seriam da mesma espécie.

Hodiernamente, este último posicionamento é, sem dúvida, o melhor. Assim, no caso concreto, o mais acertado, para que não haja *bis in idem*, é proceder à análise dos atos praticados. Se os atos perpetrados antes do coito vagínico puderem ser considerados precursores deste, haverá crime único. Contudo, se os atos, apesar de praticados dentro do mesmo contexto, forem autônomos, haverá concurso de crimes, crime continuado, se for a mesma conduta ou concurso material, caso se tratem de condutas diversas.

Quanto às formas qualificadas, estas também foram alteradas com a nova lei e passaram do revogado artigo 225 para o corpo do delito de estupro, nos parágrafos primeiro e segundo.

As circunstâncias qualificadoras se encontram sempre na parte especial do código e têm como escopo aumentar a pena abstrata cominada a quem pratica a conduta prevista no tipo.

O parágrafo primeiro do artigo em estudo visa a punir mais severamente o agente em função do resultado do crime ou da idade da vítima, tratando-se, portanto, de um resultado qualificador e uma qualificadora, respectivamente. A pena, que no *caput* do artigo é de seis a dez anos, aqui é de oito a doze. Essa majoração, quanto ao resultado do crime, ocorrerá se da conduta resultar lesão grave ao ofendido (Código Penal, artigo 129, parágrafos 1º e 2º). Dispensável a discussão acerca do motivo do agravamento neste caso. Por sua vez, no que concerne à idade da vítima, o legislador objetivou punir mais rigorosamente quem pratica o estupro contra maior de quatorze anos e menor de dezoito. Isso se deve ao fato de que a vítima nessa faixa etária, apesar de quase formado o seu caráter, na maioria das vezes, ainda é mais vulnerável, sendo que esta conduta tem maior potencialidade de influenciar negativamente no desenvolvimento de sua personalidade, de sua atitude social, de sua formação como pessoa digna.

No segundo parágrafo, também relacionado à consequência do crime, há previsão de pena de doze a trinta anos, se da conduta do agente resultar a morte do ofendido, devendo sempre estar presente o nexo causal e, no mínimo, culpa no resultado mais grave.

A doutrina diverge se o resultado deve ser doloso ou apenas culposos, para que a conduta do agente seja tipificada nestes parágrafos. Há os que defendem que se for doloso (direta ou eventualmente), não estaria configurado o estupro qualificado, mas sim o concurso de crimes entre o artigo 129, parágrafos primeiro e segundo e o estupro, no caso da lesão grave, por exemplo, restando as qualificadoras do estupro apenas para os crimes preterdolosos, que são aqueles em que não há dolo em relação ao resultado mais grave. Contudo, para outros o resultado, assim como ocorre no latrocínio, previsto no artigo 157, § 3º, do Código Penal, pode ser tanto doloso, quanto culposos, pois se tratam de figuras típicas autônomas, criadas justamente para proporcionar a punição do agente, dentro de um mesmo contexto sem que haja a necessidade de utilizar as figuras do concurso de crimes.

5.2 Atentado Ao Pudor e violação sexual mediante fraude

Este crime também integra o capítulo I, que trata dos crimes contra a liberdade sexual. Os delitos anteriormente previstos denominavam-se posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude. No primeiro o agente utilizava-se de fraude para ter conjunção carnal com mulher; no segundo a fraude era utilizada para induzir a vítima, homem ou mulher, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. As condutas eram anteriormente tipificadas nos artigos 215 e 216 do Código Penal, respectivamente.

Com o advento da Lei n 12.015, na mesma esteira do que ocorreu com os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, houve a unificação dos dois crimes supracitados em um só tipo denominado violação sexual mediante fraude, positivado no artigo 215 do Código Penal.

Aqui, para conseguir que a vítima pratique consigo o ato sexual, consistente na conjunção carnal ou outro ato libidinoso, ao invés da violência ou da grave ameaça, o agente se utiliza da fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vítima. O ofendido é induzido em erro, devido ao uso artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento utilizado pelo sujeito ativo para iludir a vítima. Devido à semelhança com o meio empregado no crime previsto no artigo 171 do Código Penal, a violação sexual mediante fraude é chamada pela doutrina de estelionato sexual.

Com a unificação verificou-se uma grande evolução no tocante à discriminação de gênero. Agora, o crime pode ser cometido por homem ou mulher, contra homem ou mulher, tratando-se, pois, de crime comum e de forma livre. Além disso, foi eliminada do Código qualquer referência aos termos “mulher honesta” ou “mulher virgem”. Antes da reforma de 2005, o crime de posse sexual previa em seu preceito primário a seguinte redação: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude”. Assim, o juiz deveria fazer um juízo de valor acerca o elemento normativo “mulher honesta”. Com a Lei nº 11.106 de 2005, o artigo passou a dispor da seguinte forma: “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude”. uma evolução, mas só aparentemente. No parágrafo único do mesmo artigo o legislador trouxe uma forma qualificada se o agente praticasse a conduta contra mulher virgem. Com a Lei nº 12.015, o tipo deixou para trás preconceitos e machismos, adequando-se melhor ao contexto histórico vivido atualmente, extinguindo-se a última referência desta espécie que ainda restava no Código Penal.

A mesma divergência quanto tratar-se de tipo simples ou misto, e, sendo o último caso, cumulativo ou alternativo, exposta no capítulo referente ao delito de Estupro, aplica-se ao caso, bem como suas consequências no campo do concurso de crimes.

Contudo, apesar de todos os pontos positivos, o artigo também se mostra confuso ao usar a expressão “outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. O artigo 217-A do Código Penal, também trazido ao ordenamento pela lei ora discutida, incrimina no seu parágrafo 1º, segunda parte, quem tiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que por “qualquer outra causa não possa oferecer resistência”. Deste modo, fácil atrapalhar-se com a semelhança entre os dois artigos, principalmente no momento da aplicação da lei ao caso concreto. O mais acertado é que seja analisado o grau de resistência da vítima e de sua livre manifestação. Se a resistência for relativa, bem como a perturbação de sua capacidade de consentir, deverá ser aplicado o artigo 215, por haver consentimento inválido. Caso a resistência seja nula com uma perturbação absoluta da manifestação de vontade o consentimento deverá ser tido como inexistente, enquadrando-se a conduta do agente no artigo 217-A, § 1º, segunda parte.

Outro ponto em que o legislador agiu, no mínimo, de forma estranha, foi na criação de um novo parágrafo único, no qual prevê que se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, deverá também ser aplicada a pena de multa. De acordo com Mirabete a hipótese é de difícil caracterização. (Manual de direito penal, parte especial. V.2, editora atlas, Júlio Fabbrini Mirabete, p. 402).

É certo que, comparando-se o novo tipo com o antigo, sopesando as vantagens e desvantagens, a reforma trouxe uma melhora significativa na incriminação do ato sexual praticado por meio fraudulento.

5.3 Estupro de Vulnerável

Os crimes sexuais, quando cometidos contra menores de 14 anos, deficientes mentais e pessoas com potencialidade de resistência diminuída, foram profundamente modificados pela Lei n.º 12.015 de 2009. Houve a criação de um novo capítulo, denominado “dos crimes sexuais contra vulnerável”, no qual diversas condutas são tipificadas, com novas denominações e sob uma nova sistemática.

As mudanças, de modo geral, objetivam dar ainda maior proteção às pessoas que possuem sua capacidade restringida devido à idade ou outras causas. Desta forma, a concordância dessas pessoas com o ato sexual não tem validade. Entre as pessoas consideradas vulneráveis está o menor de quatorze anos. É certo que os menores merecem proteção especial, conforme dispõe o artigo 227, § 4º, da Magna Carta, o qual possui o seguinte texto: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Assim, inquestionável a necessidade de um tratamento diferenciado, uma punição mais severa àqueles que cometerem crimes contra crianças e adolescentes. Importante esclarecer que, de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é a pessoa com até doze anos de idade incompletos e adolescente, aquela entre doze e dezoito anos de idade. Essas pessoas merecem uma tutela especial devido ao caráter delas ainda estar em formação, havendo uma imaturidade quanto ao melhor a se fazer, sendo questionáveis suas manifestações de vontade.

A punição neste crime independe do agente utilizar ou não violência, grave ameaça ou fraude. Ante a vulnerabilidade dos aqui tutelados, considera-se a anuência deles com o ato sexual insuficiente, configurando-se o crime mesmo com o consentimento do ofendido.

Antes da reforma ora comentada, a punição nestes casos se dava com o enquadramento da conduta no artigo 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor) combinado com uma das condições da vítima, previsto no artigo 224, o qual estatuiu:

“Art. 224: Presume-se a violência, se a vítima: a) Não é maior de quatorze anos; b) É alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”⁴⁴.

Tal artigo se intitulava presunção de violência e não mais se aplica hoje.

Para punir as pessoas que mantiverem conjunção carnal ou praticarem qualquer outro ato libidinoso com as pessoas supra mencionadas, o legislador criou o tipo penal autônomo denominado estupro de vulnerável. Agora a conduta do agente se amolda a um só crime, sem que haja necessidade de combinação. O texto deste dispositivo é o seguinte:

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

⁴⁴Op.; cit.; nota 10, p.1051.

Pena: reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos

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

§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) anos⁴⁵.

Desta forma, não mais se fala em presunção de violência, mas sim em vulnerabilidade.

Quanto ao menor de quatorze anos, surge a controvérsia acerca da viabilidade de uma análise de sua formação psicológica, sua maturidade com relação à vida sexual, levando ao debate acerca da presunção de violência, se esta é absoluta ou relativa. Esse tema era amplamente discutido antes da vigência da nova norma.

Assim, divergia a doutrina se deveria ser analisado, na apreciação da conduta do possível agente, se a vítima, menor de quatorze anos possuía ou não maturidade, experiência sexual, capacidade de consentir na consumação do ato sexual.

Para os adeptos da corrente que defendia ser a presunção de violência absoluta, ou seja, *iuris et de iure*, não seria admitida prova em contrário; a vítima, menor de quatorze anos sempre teria seu consentimento viciado, não sendo ele, em hipótese alguma, válido, independentemente de suas características bio-psico-sociais.

Houve julgados neste sentido, conforme demonstra a ementa transcrita a seguir:

“ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS DE IDADE – INCAPACIDADE DE CONSENTIMENTO – PRESUNÇÃO QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA – (INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 213 E 224 “A”, DO CP). PRESUNÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA, QUE NÃO CEDE EM FACE DA CONSIDERAÇÃO DA EXPERIÊNCIA SEXUAL DA OFENDIDA. RECURSO PROVIDO PARA CONDENAR-SE O RÉU”⁴⁶.

Esta teoria é contraditória, indubitavelmente, com o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes da

⁴⁵Id. Ibid., [n.p.]

⁴⁶RE 116.649-5-PR – 1ª Turma – j 09.09.1988 – relator Min. Octavio Galloti – DJU 14.10.1988

sentença condenatória transitar em julgado. Essa presunção é relativa e cabe ao Ministério Público produzir prova em sentido contrário.

Não obstante, o pensamento majoritário, contrapondo-se à tese absolutista e radical, havia os que entendiam tratar-se de presunção relativa, *iuris tantum*, a qual admite prova em contrário. Neste diapasão é o entendimento abaixo:

Plenamente possível que o menor, entre 12 e 14 anos de idade, possa apresentar sinais definidores da puberdade que assegurem biologicamente a prática de ato sexual, caso em que deverá ser avaliado seu desenvolvimento psicosssexual.⁴⁷

O que deverá ser debatido agora é a relatividade não da presunção de violência, mas da vulnerabilidade da vítima, porque a mudança legislativa não vai extinguir as discussões neste sentido, posto que o problema continua existindo de fato. O questionamento é inevitável, apesar de existirem os que defendam não mais ser possível falar-se em presunção neste caso.

A reforma continua demonstrando uma falta de adequação social neste aspecto, devido à realidade contemporânea vivida pelos adolescentes.

Além disso, ao se fazer uma análise conjunta deste dispositivo com o artigo 112 do ECA, verifica-se uma incoerência que deveria ter sido superada pelo legislador da Lei n.º 12.015 de 2009. O absurdo consiste em ser possível a aplicação de medida socioeducativa para os maiores de 12 anos, caso estes cometam ato infracional. A medida é socioeducativa apenas no que concerne à nomenclatura, pois, na prática, trata-se de verdadeira sanção. Ora, se o adolescente com idade entre 12 e 14 anos tem capacidade de discernimento para escolher praticar ou não determinada conduta considerada ilícita pelo ordenamento, podendo receber reprimenda do Estado (até mesmo prisão - “internação”), não se vislumbra motivo para que não possa compreender e decidir também no âmbito sexual. Assim, para que não houvesse este contrassenso, a idade de tutela deveria ser a de 12 anos. A sociedade evoluiu, envelheceu, mas a lei penal atrelou-se unicamente ao critério cronológico ao tratar da idade limítrofe de proteção do menor e continuou tratando os menores de quatorze anos como se fossem coisas, sem liberdade e capacidade de escolha no campo sexual, conforme faz desde 1940.

Deste modo, apesar de ser grande a controvérsia e haver uma tendência indicando não ser mais possível discutir-se a capacidade volitiva sexual do

⁴⁷CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida: uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2004-2006. p. 150.

vulnerável menor de quatorze anos, é certo que continua sendo, não só possível, como necessário se proceder à análise da maturidade da vítima, se esta tiver idade entre doze e quatorze anos. Entretanto, no caso da criança, a presunção é absoluta e toda e qualquer forma de ato sexual praticado com ela deve ser repelida e severamente punida.

A segunda alínea do artigo 224 revogado trazia mais uma hipótese de presunção de violência ao falar da vítima alienada ou débil mental. É o caso dos inimputáveis, descrito no artigo 26, *caput*, do Código Penal. Estas pessoas são agora tuteladas no artigo 217-A, § 1º, do Código Penal.

Neste caso, a presunção era relativa, pois o legislador utilizou a expressão “e o agente conhecia esta circunstância”. Deste modo, o retardo mental da vítima deveria ser manifesto, de modo que pudesse ser percebido por pessoas sem conhecimento técnico no ramo psiquiátrico.

Atualmente, o legislador continuou presumindo relativamente a falta de capacidade de consentir de forma racional, segura e plena dessas pessoas. Para se referir a elas usou os termos enfermidade ou deficiência mental. Porém, trouxe no próprio tipo a necessidade de aferir o discernimento da vítima (“não tiver o necessário discernimento para a prática do ato” – artigo 217-A, § 1º do Código Penal).

Um problema significativo surge aqui, qual seja a proibição pelo legislador de uma vida sexual para os enfermos ou doentes mentalmente, pois quem praticar ato sexual com eles estará cometendo crime. Além disso, há outro ponto a ser considerado, no que tange ao erro de proibição, previsto no artigo 21, que discorre sobre o desconhecimento da lei. Sobre o assunto, pondera Guilherme de Souza Nucci:

“ [...] o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental é ponto problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei. O deficiente, em razão de síndrome de Down, por exemplo, apresenta retardamento mental e necessita de muitos cuidados durante a maior parte da vida. Estaria privado de ter relação sexual? O mesmo se diga de pessoa com deficiência mental que se una a outra, considerada normal. [...] A análise deve ser feita em cada caso concreto a depender do tipo de enfermidade ou doença mental. Conforme a situação, enfim, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, devendo ser afastada a culpabilidade, nos termos do artigo 21 do Código Penal”⁴⁸.

Assim, a liberdade sexual dos enfermos e doentes mentais deve ser protegida o máximo possível, pois, a sexualidade vivida de forma saudável, quando

⁴⁸Op. cit., nota 18, p. 403.

possível, torna suas vidas mais dignas. O caso deve ser observado cuidadosamente, considerado na sua individualidade, para que seja garantida a igualdade positivada na nossa Lei Maior.

A nova lei, por último, tratou da impossibilidade do sujeito passivo de oferecer resistência (artigo 217-A, § 1º, segunda parte).

Neste caso, a relatividade ou não da vulnerabilidade da vítima, muda o enquadramento da conduta do agente. Se o ofendido possuía alguma capacidade de se opor ao ato, há um consentimento inválido, configurando-se o crime de posse sexual mediante fraude (artigo 215). Contudo, se a sua oposição era absolutamente inexistente, a conduta deve ser tipificada no artigo 217-A, § 1º.

Segundo Mirabete:

"(...) a última fórmula legal abrange tanto as pessoas que se encontram em estados permanentes ou episódicos de supressão de consciência ou vontade (coma, desmaio, anestesia, hipnose, etc.) como aquelas que, embora presente o dissenso interior, se encontram incapacitadas de atuar a sua vontade de se opor à conduta do agente (hemiplegia, drogas que paralisam, etc.)"⁴⁹.

Desta forma, se por qualquer causa, não provocada pela própria vítima e que não seja qualquer das outras hipóteses de vulnerabilidade, o ofendido não puder oferecer resistência (absolutamente), de modo que o agente não precise recorrer à violência, grave ameaça ou fraude, sua conduta se ajustará neste tipo.

Importante, em todos os casos de vulnerabilidade, é que o sujeito ativo conheça a condição da vítima, qualquer das situações descritas no artigo 217-A, caput e parágrafo 1º do Código Penal. Se o agente pratica ato sexual com alguém que por suas características físicas e psicológicas tem certeza ser maior de quatorze anos, não comete nenhum crime, por não haver previsão de estupro de vulnerável na forma culposa. Haverá, no caso, erro de tipo, instituto previsto no artigo 20 do Código Penal. Contudo, se o autor pratica os atos sexuais num estado de incerteza, mesmo pairando sobre a condição do sujeito passivo, responderá pelo crime, estará configurado o dolo eventual.

Os parágrafos 3º e 4º dispõem sobre as formas qualificadas pelos resultados lesão grave e morte, respectivamente. A discussão exposta no capítulo no qual discorreremos sobre o estupro, no que tange ao resultado ser doloso ou culposos, estende-se a este crime.

⁴⁹ Op. cit., nota 13, p. 46.

Quanto ao crime ser unívoco ou misto e, sendo misto, alternativo ou cumulativo, no que concerne ao concurso de crimes, no que se refere à tentativa, enfim, às demais generalidades compatíveis, remetemos o leitor ao capítulo no qual foi exposto o delito de Estupro.

5.4 Alterações da Lei 8.072/90

As alterações nos Capítulos I e II, do Título VI, do Código Penal, ocasionaram mudanças, na Lei 8.072/90, que trata dos crimes hediondos.

A primeira delas foi a modificação da redação dos incisos V e VI, do artigo 1º, do referido diploma legal. Já que antes, os incisos delimitavam como crimes hediondos, respectivamente, o estupro e o atentado violento ao pudor. Mas, diante da nova redação dos crimes contra a dignidade sexual, passaram a constar, nestes incisos, os crimes de estupro - nas modalidades simples e qualificadas, e o de estupro de vulnerável, também em suas modalidades simples e qualificadas.

A partir dessa modificação, não há que se falar em discussão doutrinária no que dizia respeito à dúvida se o crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em suas formas simples, seriam ou não crimes hediondos. Isso porque na antiga redação, os incisos V e VI referiam-se apenas às modalidades qualificadas. Agora, a redação do artigo primeiro é bem clara, como pode ser verificada:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (Redação dada pela Lei nº 8.930, de 6.9.1994)
V - estupro (art. 213, caput e §§ 1o e 2o); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009).
VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e §§ 1o, 2o, 3o e 4o); (“Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)”⁵⁰

6 AÇÃO PENAL

6.1 Tipos de Ação Penal

⁵⁰ Art. 1º da Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos.

No Código de Processo Penal Brasileiro, existem três tipos de Ações Penais, que se encontram previstas no Título III (Da Ação Penal) do Código de Processo Penal, em seus artigos 24 a 62.

De acordo com o artigo 24 do Código de Processo Penal, Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Assim, uma vez que tem o Estado o poder-dever de punição, via de regra, a ação penal pública, deverá ser promovida pelo próprio representante do Ministério Público.

São duas as espécies desse tipo de ação: A ação penal pública incondicionada e a ação penal pública condicionada.

De acordo com Fernando Capez:

“A ação penal pública é a regra geral, sendo a privada, a exceção (CP, art. 100, *caput*). Dentro dessa regra generalíssima, há outra exceção, que é dada pelos casos de ação pública condicionada, que também estão expressamente previstos em lei (CP, art. 100, parágrafo 1; CPP, art. 24). Assim, não havendo expressa disposição legal sobre a forma de se proceder, a ação será pública (incondicionada); se houver, a ação será pública condicionada, ou, então, privada, conforme o caso. Vale ressaltar também que Ministério Público é instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, *caput*). Na esfera penal, o Ministério Público é a instituição de caráter público que representa o Estado-administração, expondo ao Estado-Juiz a pretensão punitiva. A Constituição Federal atribui-lhe, no art. 129, I, com exclusividade, a função de propor a ação penal pública, seja ela condicionada ou incondicionada, excetuando a regra apenas no art. 5º, LIX, ao conferir ao ofendido a titularidade da ação penal privada subsidiária da pública, em caso de desídia do órgão ministerial. A Lei Maior atribui ao Ministério Público, ainda, a função de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII)”⁵¹.

Para que seja feita a representação, basta que haja por parte do ofendido uma inequívoca manifestação, em que se autorize a propositura da ação penal, que pode ser apresentada tanto ao Juiz quanto ao Promotor de Justiça, ou até mesmo ao próprio Delegado de Polícia.

Em se tratando da requisição do Ministro da Justiça, a lei prevê que, em determinados crimes, a ação penal ficará dependente desta autorização, que é requisito de validade da mesma.

⁵¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed., São Paulo, ed. Saraiva, 2009, p. 143.

Na que diz respeito à ação penal privada, o Ministério Público não possui legitimidade para propô-la, ficando a possibilidade de aplicação desse tipo de ação à mercê do ofendido ou de seu representante legal.

Assim, de acordo com o Código Penal, no que diz respeito a ação penal privada, a mesma é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo (grifo nosso).

A Ação Penal Privada possui as seguintes espécies: a ação penal privada exclusiva e a ação penal privada subsidiária da pública. Sendo a exclusiva prevista no artigo 100, parágrafo 2º do Código Penal, como enfatiza Nucci:

“A ação privada existiria para reservar inteiramente ao seu respectivo titular – ofendido e/ou legitimados para o processo – não só o juízo de conveniência e oportunidade da ação, mas, sobretudo, para permitir que o ofendido (ou seu representante legal e os demais legitimados para a ação, em caso de morte ou ausência dele) manifeste livremente a sua convicção – *opinio delicti* – acerca da existência do crime e da suficiência da prova para a instauração da ação penal”⁵²

O outro tipo de ação penal privada, a subsidiária da pública, encontra-se prevista no artigo 100, parágrafo 3º do Código Penal, e é cabível quando o Ministério Público perder o prazo para apresentar manifestação, sendo esse prazo de 6 (seis) meses

6.2 Ação Penal nos crimes contra a dignidade sexual

6.2.1 Previsão legal

Nos crimes Contra a Dignidade Sexual, o tipo de Ação Penal cabível, encontra-se disciplinada no artigo 225 do Código Penal.

O artigo 225 do CP, diz que: “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação”, diz ainda o legislador no parágrafo único do mesmo artigo: “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”.

André Estefam ressalta:

“Os crimes previstos nos artigos 213 a 218-B tornam-se delitos de ação penal pública condicionada à representação (art.225, *caput*). Quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável [...], a ação será pública incondicionada (parágrafo único)”⁵³.

⁵²NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. – *Comentários à Lei 12.015/2009*. Editora RT, 2009, p. 89.

⁵³”ESTEFAM, André. *Direito penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

Antes da Lei n. 12.015/09, os crimes previstos nos artigos 213 a 218-B, tipificados no Código Penal Brasileiro, procediam-se, via de regra, mediante queixa crime. Mas, com o advento da Lei já citada, o regime jurídico da ação penal nestes crimes, foi alterado, e a ação agora cabível é a Penal Pública Condicionada à Representação.

A lei n.12.015/2009, portanto, alterou o regime jurídico da ação penal nesses crimes, pois, antes de seu advento, procediam-se, via de regra, mediante queixa-crime.

Fazendo uma comparação entre as regras da Redação anterior à Lei 12.015/2009, e a redação atual percebe-se o seguinte:

Na redação anterior em regra a ação era a penal privada, cabendo exceção nos seguintes casos:

a) Ação penal de iniciativa pública condicionada à representação quando a vítima fosse pobre;

b) Ação penal de iniciativa pública incondicionada se o ato é praticado com abuso de poder familiar, da condição de padrasto, tutor ou curador.

Com a nova redação, em regra, a ação penal será de iniciativa pública condicionada à representação, cabendo apenas exceção à regra quando a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável (doente ou deficiente mental que não tem discernimento sexual ou quem tem, por qualquer causa, reduzida sua capacidade de resistir), Ocorrendo um desses casos, a ação cabível será a ação penal de iniciativa publica incondicionada.

6.3 A Súmula 608 do STF

Sob a égide da legislação revogada, o supremo tribunal federal considerava que, “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”⁵⁴.

O entendimento sumular colidia com a disposição do art. 225 do CP, em sua redação original, que determinava processar-se o delito somente por meio de queixa-crime ação penal privada.

O fundamento desta posição encampada pelo Pretório Excelso residia no fato de o delito de estupro ter a natureza de crime complexo. Em face disso, incidia a regra do art.101 do CP que quando a lei considera como elemento ou circunstância

⁵⁴ Súmula 608 do STF, publicada no DJU de 31-10-1984.

do tipo legal fatos que, por si mesmo, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do ministério público.

Aplicar a diretriz da parte geral ao art. 213 chegava-se ao seguinte raciocínio: o estupro possui, como uma de suas elementares, o emprego de violência, entendida como a produção de lesão corporais na vítima. Sendo o delito de lesão corporal, capitulado no art. 129 do CP, de ação pública incondicionada, o mesmo deve-se concluir do estupro.

Cite-se, a título de ilustração, o seguinte acórdão:

“HABEAS CORPUS”. ESTRUPO COM VIOLÊNCIA REAL: AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA INCONDICIONADA (SÚMULA 608). RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA: INEFICÁCIA. 1. O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do código penal e afasta a incidência do art.225 do mesmo código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal de iniciativa pública incondicionada. 2. É irrelevante a discussão acerca da validade ou não da retratação da representante legal da vítima diante de crime de estupro com violência real, cuja iniciativa para promover a ação penal cabe ao ministério público. Habeas corpus indeferido ⁵⁵.

A súmula 608 do STF fora editada antes da lei n. 9.099/95, que transmudou a ação penal da lesão corporal dolosa leve de pública incondicionada para pública condicionada à representação.

É interessante anotar, nesse sentido, que, mesmo com a superveniência da lei dos juizados especiais, nossa corte suprema manteve a súmula 608.

A rigor, com o advento da lei n. 9. 099/95, duas situações deveriam ser distinguidas: a) estupro com lesão leve (ação penal de iniciativa pública condicionada à representação); a) estupro com lesão grave ou morte (ação penal de iniciativa pública incondicionada);

Com o advento da lei n.12.015/2009, que alterou a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual definidos nos capítulos I e II (dentre os quais o estupro), tornando-a, em via de regra, pública condicionada à representação, a diferenciação a cima exposta deverá prevalecer.

Significar dizer que o estupro cometido com lesão leve se procede por ação penal de iniciativa pública condicionada à representação do ofendido (nos termos do art. 225, caput); se houver, contudo, lesão grave ou morte, a ação penal

⁵⁵HC. 73.411, rel.Min.Maurício Correa, DJU de 3-5-1996,p.1392.

será pública incondicionada por força do art. 101 do CP (ação penal no crime complexo) e da súmula 608 do STF.

Conclui-se, do exposto, que a súmula citada continua em vigor, devendo ser aplicada sempre que se cuida de estupro do qual resultar lesão corporal grave ou morte, embora Guilherme de Souza Nucci entenda que se encontra eliminada a súmula 608 do STF. “(...) vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é punida condicionada à representação”⁵⁶.

6.4 Ação Penal e o Direito Intertemporal

Importante frisar, ainda, que o novo regramento contido no art.225 do CP, quando se mostrar gravoso em relação à sistemática anterior, não terá aplicação retroativa.

É de ver que normas relativas à natureza da ação penal têm caráter misto ou híbrido; vale dizer, possuem reflexos na órbita do Direito Penal e do Direito Processual; isto porque repercutem não só na titularidade do polo ativo da demanda criminal, mas também no número de causas extintivas da punibilidade aplicáveis à espécie delitiva. Nessa ordem de ideias, deve-se acentuar que aos crimes de ação penal privada incide um número maior de causas fulminadoras no direito de punir do estado tais quais a decadência, renúncia, perempção e perdão aceito. A transformação de um delito, que antes se processava mediante queixa e, em decorrência da novel legislação, passa a ser gestado processualmente por denúncia do ministério público, reduz a quantidade das causas e, por conseguinte, amplia esfera do *jus puniendi* estatal.

A faceta penal das disposições em análise faz com que deva a matéria ser submetida ao princípio constitucional insculpido no art.5º, XL, da CF, o qual proclama a irretroatividade da lei penal gravosa.

Em virtude de tais considerações, parece-nos que a disciplina inaugurada pela Lei n.12.015/2009 quanto à ação penal não tem alcance retroativo.

Assim, por exemplo, os casos de ação penal privada anteriores à lei n. 12.015/2009, em que já houve decadência, não são atingidos pela nova regra. Se o prazo de seis meses não se escoou, cabe perguntar: o crime anterior à nova lei continua dependendo de queixas; a vítima (ou seu representante legal) deve ser

⁵⁶ Op. cit., nota 56, p. 175.

ouvida sobre a propositura da ação penal; a causa deve iniciar - se por denúncia do ministério público? Para nós, a regra anterior deve subsistir, operando-se a ultratividade, dado que possui cunho benéfico ao agente nos termos do art. 5º, XL da CF. Significa dizer que a ação continua a se proceder mediante queixa que, se não ajuizada em seis meses contados do conhecimento da autoria delitiva, conduzirá à extinção da punibilidade.

Nesse sentido, inclusive, o pensamento de Nucci:

“As ações que estiverem em andamento (ou findas), promovidas pela vítima, por queixa, podem continuar seu rumo, sem qualquer obstáculo. Nesse prisma, o fato de, a partir da lei n. 12.015/2009, a legitimidade ter-se transmitido ao ministério público não afasta a anterior legitimidade do ofendido (...)”⁵⁷.

A este se torna mais favorável ser a ação privada, pois, conforme a fase, poderia haver perdão, por exemplo, com reflexo material, consistente na extinção da punibilidade Logo, mantém-se a vítima no polo ativo.

É possível, de outra banda, que na comparação apure-se, ser a inovação favorável ao agente; nesse caso, aplicar-se à retroativamente, respeitando-se, todavia, a coisa julgada, isto porque normas mistas ou híbridas, embora sujeitas à retroatividade benéfica declarada no texto maior, somente se aplica antes do trânsito em julgado; isso decorre do fato de se vincularem a uma disposição de natureza processual, o que as torna dependentes da existência de um processo ainda não concluído.

Afigura-se a seguinte situação: alguém está sendo processado pelo ministério público por crime sexual cometido contra curatelado (por exemplo, em razão da prodigalidade art. 1. 767, V, do CC), que antes era de ação pública incondicionada e, agora, passou a ser de ação penal de iniciativa pública condicionada (para tanto é necessário que a vítima seja maior de 18 anos e não se subsuma à definição legal de vulnerável – art.217-A), dever-se-á colher da vítima a representação, para que ela confirme sua vontade de ver o agente processado. Na falta de prazo específico, aplica-se a regra geral, ou seja, os seis meses previstos no art.38 do CPP. Registre-se, porém, que haverá casos em que essa providência será desnecessária, porque o ofendido, em boa parte das situações concretas, sempre deixa claro sua intenção de ver o agente processado, que equivale a representar. Idêntico raciocínio há de aplicar-se nos feitos que, segundo a súmula 608 do STF,

⁵⁷Id. Ibid., p. 62.

tiveram início por denúncia do Ministério Público, independentemente de representação do ofendido ou seu representante legal.

6.5 Do Segredo de Justiça

O art.234- B do CP dispõe expressamente que deverá haver segredo de justiça em todos os processos relativos a crimes definidos no título VI do código penal.

Muito embora a lei fale em “processo”, entendemos que o sigilo deve se aplicar à fase inquisitiva, sob pena de esvaziar o sentido da norma. De nada adianta dar-se publicidade ao fato durante o inquérito e, após o oferecimento de denúncia, impedir-se sua divulgação.

Acrescente-se, ainda, que a disposição deverá se aplicar a todo o processo, quando este se referir a crimes contra a dignidade sexual e conexos, a fim de se dar máxima proteção á intimidade das pessoas envolvidas na apuração do fato.

Cremos, ademais, que essa norma tem aplicação imediata, dada sua natureza processual, atingindo, destarte, até mesmo investigações ou ações penais já iniciadas.

7 CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 modificou de maneira significativa o nosso ordenamento jurídico penal. Algumas dessas alterações demonstram evolução no nosso Direito Penal através da criação, supressão e a

modificação de tipos que se adequaram ao tempo, e ao contexto histórico social vivido atualmente no nosso país. Em contrapartida, existem mudanças que configuram inobservância por parte do legislador, trazendo como consequência retrocessos, que acabam ocasionando lacunas a serem preenchidas.

Em se tratando do crime de Estupro, um dos tipos penais mais polêmicos e que teve modificações significativas, Pode ser considerado como um aspecto positivo da Lei, o modo como ela se adéqua ao Princípio da Igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, *caput*, inciso I.

Com a aglutinação dos crimes de Estupro e Atentado violento ao pudor, antes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, respectivamente, surgiu o novo delito de Estupro, tipificado, atualmente no artigo 213 do Código Penal, no qual não há qualquer distinção de gênero do sujeito passivo. Dessa forma, qualquer pessoa, excetuando-se os considerado vulneráveis, pode ser vítima ou autor do delito, que não mais se refere apenas à conjunção carnal, e, por isso, passou a contar com um texto sem discriminações e a ter maior abrangência.

Porém, com a junção dos artigos 213 e 214, já revogados, surgiu grande divergência acerca da natureza do tipo, ou seja, se o novo Estupro é um tipo unívoco, misto alternativo ou misto cumulativo, de modo que tal discussão reflete diretamente no campo do concurso de crimes, favorecendo ou prejudicando o réu, dependendo da postura adotada. E que este problema ocorre com outros crimes, quais sejam Violação sexual mediante fraude e Estupro de Vulnerável, como já foi demonstrado.

No que tange ao delito de Violação sexual mediante fraude, o grande progresso foi a supressão de qualquer palavra que se referisse à honestidade ou virgindade da mulher, e, ainda, a união dos antigos crimes de Posse sexual mediante fraude e Atentado violento ao pudor mediante fraude, de modo que ocorreu o mesmo que como o delito de Estupro, ou seja, a união dos tipos e a desconsideração do gênero da vítima ou do agente. No entanto, um dos problemas verificados é a semelhança da conduta prevista no artigo 217-A, § 1º, segunda parte do Código Penal, com a aqui descrita. Parece-nos que se a causa que impede que a vítima se oponha ao ato sexual pretendido pelo agente for causada por este, a conduta se amolda no artigo 215 do Código Penal; do contrário, se o ofendido não puder oferecer resistência por qualquer outro motivo, de modo que o autor dos fatos

se aproveite de causa preexistente que impeça a capacidade volitiva da vítima, o crime cometido será o Estupro de vulnerável.

As formas qualificadas passaram a integrar o tipo autônomo, o que também ocorreu no delito de Estupro de Vulnerável, subsistindo a antiga discussão doutrinária acerca do elemento subjetivo em relação ao resultado mais danoso, se deve haver dolo ou apenas a culpa.

Em se tratando de Violência presumida, foram incluídas num tipo autônomo sob a denominação de Estupro de vulnerável. Apesar do grande debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da presunção ter sido superada para muitos, o mais acertado é que continua sendo necessária a análise do desenvolvimento e da capacidade de consentir do ofendido, pois alterações legislativas não têm a influencia de mudar a realidade de fato vivida nos dias de hoje pelos adolescentes. A partir de agora a mudança se dá pelo fato de que o que se deve analisar é a condicionalidade, de ser ou não o indivíduo vulnerável, e não mais a presunção de violência.

É certo que o legislador perdeu a oportunidade de adaptar o Código Penal ao contexto social atual e ao Estatuto da Criança e do adolescente, no que se refere aos adolescentes menores de quatorze anos. Poderia ter utilizado a idade de doze anos como limite de proteção absoluta, ou seja, ter concedido amparo total apenas às crianças, pois toda e qualquer prática sexual com estas é execrável. Porém, deveria ter oferecido certa liberdade de escolha sexual aos adolescentes, entre 12 e 14 anos, pois a realidade vivida nos dias de hoje por estas pessoas pede a adoção dessa postura.

Outro ponto crítico, ainda no artigo 217-A, é a não concessão da possibilidade de vida sexual aos enfermos ou deficientes mentais. A análise deste problema, sem dúvida, requer um exame profundo do caso concreto pelos aplicadores do direito.

Um grande debate recai sobre a ação penal que, em regra, passou de privada para pública condicionada à representação e retrata o aspecto mais negativo e lacunoso da Lei n.º 12.015 de 2009. O impasse reside nos casos em que da conduta resultar lesão grave ou morte. Há a questão da proporcionalidade da interferência do Estado na vida das pessoas e invoca-se o princípio da Proibição da tutela deficiente, pois em referidos casos a ação penal não poderia ficar à mercê da vontade do ofendido ou de sua família, sendo situações de ingerência obrigatória.

Discute-se, ainda, a falta de uma norma de transição, o que dificulta extremamente a aplicação do direito penal no tempo e pode levar a situações de injustiça e impunidade.

Mais um grande lapso do legislador encontra-se na Lei dos crimes hediondos (Lei n.º 8.072 de 1990), mais precisamente no artigo 9º. Referido dispositivo trazia uma causa de aumento de pena a qual deveria ser aplicada quando o agente cometesse qualquer dos crimes ali discriminados contra as pessoas descritas no artigo 224 do Código Penal (presunção de violência). Entretanto, como sabemos, o artigo 224 foi revogado e a não modificação do artigo 9º da Lei nº 8.072 traz ao ordenamento um vazio legislativo, um vácuo, pois faz referência a um dispositivo inexistente. Tudo isso torna demasiadamente complicada a aplicação dessa causa de aumento de pena, tratando-se possível e provavelmente de *reformatio in melius*, a qual retroage para beneficiar o agente consoante dispõe os artigos 5º, inciso XL, e 2º, parágrafo único, da Constituição Federal e do Código Penal, respectivamente.

Assim, verifica-se que são grandes as controvérsias geradas pela lei. Contudo, conforme demonstrado no decorrer desta obra, o legislador, apesar de seus deslizes, objetivou tornar a situação da pessoa que pratica atos sexuais de forma ilícita mais gravosa, devendo ser feita uma interpretação sistemática da reforma e de toda legislação pertinente para suprir eventuais lacunas e dissipar determinadas discussões.

É certo que, independentemente da postura adotada pelos Tribunais Superiores, é necessário que haja um pronunciamento destes órgãos acerca das diversas questões trazidas pela Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009, a fim de uniformizar as decisões, pacificando o entendimento do Poder Judiciário. A posição que tais órgãos tomarem poderá adentrar ao ordenamento jurídico por meio de súmulas, até mesmo vinculantes, as quais contribuirão para a segurança jurídica, imprescindível no Estado democrático de direito em que vivemos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Monteiro de. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. Araçatuba, Ed. MB, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMPOS, Pedro Franco de; ESTEFAM, André. **Direito Penal III**. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2009.

DELMANTO, Celso et. Al. **Código Penal Comentado**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. 23 ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo, Ed. Atlas, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4ª Ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – Comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009-2010.

_____. _____. **Manual de direito penal**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito penal**. 2. ed., ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 4 v. (Direito penal)

SZNICK, Valdir. **Crimes Sexuais Violentos**. São Paulo, Ed. Ícone, 1992.

VADE MECUM. 8. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010

ANEXO 01 – LEI Nº 12.015. DE 7 DE AGOSTO DE 2009

LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009.

Mensagem de veto

Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º O Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“TÍTULO VI

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I

DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

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

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

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

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

“Violação sexual mediante fraude

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

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

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

“Assédio sexual

Art. 216-A.

.....

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.” (NR)

“CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem:

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

Parágrafo único. (VETADO).” (NR)

“Ação penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

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

“CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

.....

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual

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

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

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

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

.....” (NR)

“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:

.....” (NR)

“Rufianismo

Art. 230.

.....

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

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

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

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

“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 da metade se:

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

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

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

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

[§ 3º](#) Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.” (NR)

“Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

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

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

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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.” (NR)

Art. 3º O Decreto-Lei nº 2.848, de 1940, Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 217-A, 218-A, 218-B, 234-A, 234-B e 234-C:

“Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º [\(VETADO\)](#)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

“Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente

[Art. 218-A.](#) Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.”

“Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável

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

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

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

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

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

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

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

[“CAPÍTULO VII](#) DISPOSIÇÕES GERAIS

Aumento de pena

[Art. 234-A.](#) Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I – [\(VETADO\)](#);

II – [\(VETADO\)](#);

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.”

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

“[Art. 234-C.](#) [\(VETADO\)](#).”

Art. 4º O art. 1º da [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), Lei de Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º

.....

[V](#) - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º);

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);

.....

.....” (NR)

Art. 5º A [Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990](#), passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

“[Art. 244-B.](#) Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

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

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

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se os [arts. 214, 216, 223, 224 e 232 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#), e a [Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954](#).

Brasília, 7 de agosto de 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro

Este texto não substitui o publicado no DOU de 10.8.2009

ANEXO 02 – TABELA COMPARATIVA

NOVA REDAÇÃO	REDAÇÃO ANTERIOR
TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	TÍTULO VI DOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES
CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL	CAPÍTULO I DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL
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. <u>Nomenclatura:</u> estupro; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher - para a conjunção carnal; qualquer pessoa para outro ato libidinoso; <u>Sujeito passivo:</u> mulher – para a conjunção carnal; qualquer pessoa para outro ato libidinoso.	Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. <u>Nomenclatura:</u> estupro; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher; <u>Sujeito passivo:</u> somente a mulher. *Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. <u>Nomenclatura:</u> atentado violento ao pudor; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa.
Art. 213. ... § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de	*Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze)

natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. Formas qualificadas.	anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos. Formas qualificadas.
Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. **Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. <u>Nomenclatura:</u> Violação Sexual Mediante Fraude; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher - para a conjunção carnal; qualquer pessoa para outro ato libidinoso; <u>Sujeito passivo:</u> mulher – para a conjunção carnal; qualquer pessoa para outro ato libidinoso. <u>Qualificadora:</u> não existe mais a forma qualificada pela idade da vítima, ou pela condição de mulher virgem.	Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude: Pena - reclusão, de 1(um) a 3 (três) anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. <u>Nomenclatura:</u> Posse Sexual Mediante Fraude; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher; <u>Sujeito passivo:</u> somente a mulher; forma qualificada - mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos. <u>Qualificadora:</u> contra mulher virgem, menor de 18 e maior de 14 anos. *Art. 216. Induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena - reclusão, de um a dois anos.

	Parágrafo único. Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. <u>Nomenclatura:</u> Atentado ao pudor mediante fraude; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada pelo sujeito – vítima menor de 18 e maior de 14 anos. <u>Qualificadora:</u> contra menor de 18 e maior de 14 anos.
Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. (VETADO) **§ 2o A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos. <u>Nomenclatura:</u> Assédio sexual; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; <u>Causa de aumento:</u> inserção para crime cometido contra vítima menor de 18 anos.	Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único. (VETADO) <u>Nomenclatura:</u> Assédio sexual; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; <u>Causa de aumento:</u> inexistente.
CAPÍTULO II DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL	CAPÍTULO II DA SEDUÇÃO E DA CORRUPÇÃO DE MENORES

<u>Conceito de vulnerável:</u> pessoa menor de 14 anos de idade e pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato.	
Art. 217. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)..	Art. 217. (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005).
Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO). <u>Nomenclatura:</u> Estupro de vulnerável; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher – para a conjunção carnal; qualquer pessoa para outro ato libidinoso; <u>Sujeito passivo:</u> mulher menor de 14 anos, ou que por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência - para a conjunção carnal; qualquer pessoa, nas mesmas condições, para outro ato libidinoso;	*Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. <u>Nomenclatura:</u> Violência presumida para os crimes de Estupro e Atentado violento ao pudor; <u>Sujeito ativo:</u> homem – possibilidade de co-autoria ou participação de mulher – para o estupro; qualquer pessoa para o atentado violento ao pudor; <u>Sujeito passivo:</u> mulher, com idade igual ou inferior a 14 anos, alienada ou débil mental ou que, por qualquer outra causa não possa oferecer resistência – para o estupro; qualquer pessoa, nas mesmas condições, para o atentado violento ao pudor; <u>Elementar do tipo:</u> conhecimento pelo agente da debilidade mental – dolo direto.

<u>Elementar do tipo:</u> não há mais previsão de conhecimento pelo agente da debilidade mental – dolo direto, possibilitando a invocação da tese do dolo eventual.	
Art. 217-A. ... § 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. Formas qualificadas.	*Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 20 (vinte e cinco) anos. Formas qualificadas.
Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Parágrafo único. (VETADO). <u>Nomenclatura:</u> Corrupção de menores; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa menor de 14 anos. Se o sujeito passivo for maior de 14 anos e menor de 18 anos, incide na forma qualificada do art. 227, § 1º. <u>Tipo objetivo:</u> induzir à satisfação da lascívia de outrem.	Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou <u>induzindo-a a praticá-lo</u> ou presenciá-lo: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. <u>Nomenclatura:</u> Corrupção de menores; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos. <u>Tipo objetivo:</u> corromper ou facilitar a corrupção.
**Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:	Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou <u>presenciá-lo</u>:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. <u>Nomenclatura:</u> Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa menor de 14 anos.	Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. <u>Nomenclatura:</u> Corrupção de menores; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa maior de 14 anos e menor de 18 anos. <u>Tipo objetivo:</u> corromper ou facilitar a corrupção.
**Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de	Art. 228 Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. <u>Nomenclatura:</u> Favorecimento da prostituição; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; <u>para a forma qualificada - vítima maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos e observância do § 1º.</u> <u>Qualificadoras:</u> características específicas do sujeito ativo ou passivo.

funcionamento do estabelecimento. <u>Nomenclatura:</u> Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> pessoa menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato; para o crime previsto no § 2º, I, pessoa menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput do artigo.	
CAPÍTULO III DO RAPTO (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)	CAPÍTULO III DO RAPTO (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES GERAIS	CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES GERAIS
Formas qualificadas – Revogado, passando a previsão da forma qualificada para os tipos penais, consoante quadro acima.	Formas qualificadas Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.
Presunção de violência - Revogado.	Presunção de violência Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;

	c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.
Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. <u>Ação Penal:</u> pública condicionada à representação (regra); pública incondicionada, se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.	Art. 225. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1º Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. § 2º No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação. <u>Ação Penal:</u> privada (regra); pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não pudessem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; pública incondicionada, se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.
Art. 226. A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;	Art. 226. A pena é aumentada: I - de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (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 nº 11.106, de 2005). Causas de aumento de pena. Redação mantida.	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 nº 11.106, de 2005). Causas de aumento de pena. Redação mantida.
CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL	CAPÍTULO V DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOAS
Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência. § 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.	Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à

Mediação para servir a lascívia de outrem. Redação mantida.	violência. § 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. Mediação para servir a lascívia de outrem. Redação mantida.
Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 2º Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência. § 3º Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa. <u>Nomenclatura:</u> Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual;	Art. 228 Induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. § 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do artigo anterior: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. <u>Nomenclatura:</u> Favorecimento da prostituição; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - vítima maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos e observância do § 1º. <u>Qualificadoras:</u> características específicas do sujeito ativo ou passivo.

<u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada pelo sujeito - ascendente, padrasto, madrastra, 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; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada pelo sujeito, observar § 1º. <u>Qualificadoras:</u> inserção para crime cometido com violência, grave ameaça ou fraude; características específicas do sujeito ativo ou passivo.	
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 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. <u>Nomenclatura:</u> Casa de prostituição; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa que mantenha, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual; <u>Sujeito passivo:</u> a coletividade.	Art. 229 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. <u>Nomenclatura:</u> Casa de prostituição; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa que mantenha, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso; <u>Sujeito passivo:</u> a coletividade.
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 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.	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 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: 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. <u>Nomenclatura:</u> Rufianismo; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - 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; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos; <u>Qualificadoras:</u> manutenção para crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça e inserção para crime cometido com fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação	§ 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, além da multa. § 2º Se há emprego de violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, além da multa e sem prejuízo da pena correspondente à violência. <u>Nomenclatura:</u> Rufianismo; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se o agente fosse seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem estivesse confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada – se a vítima fosse maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos. <u>Qualificadoras:</u> emprego de violência ou grave ameaça; características específicas do sujeito ativo ou passivo.
--	--

da vontade da vítima; características específicas do sujeito ativo ou passivo.	
Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. **§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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.	Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. § 2º Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) <u>Nomenclatura:</u> Tráfico internacional de pessoas; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se o agente fosse seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se a vítima fosse maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos;

<u>Nomenclatura:</u> Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa. <u>Causas de aumento de pena:</u> vítima menor de 18 (dezoito) anos; vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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; se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. <u>Qualificadoras:</u> não existem mais. Passaram à causa de aumento de pena acima arroladas.	<u>Qualificadoras:</u> crime cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude; características específicas do sujeito ativo ou passivo.
Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. § 2º A pena é aumentada da metade se: I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; II - a vítima, por enfermidade ou deficiência	Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei. <u>Nomenclatura:</u> Tráfico interno de pessoas; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se o agente fosse

mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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. <u>Nomenclatura:</u> Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual; <u>Sujeito ativo:</u> qualquer pessoa; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa. <u>Causas de aumento de pena:</u> vítima menor de 18 (dezoito) anos; vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato; se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, 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; se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. <u>Qualificadoras:</u> não existem mais. Passaram à causa de aumento de pena acima arroladas.	seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda; <u>Sujeito passivo:</u> qualquer pessoa; para a forma qualificada - se a vítima fosse maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos; <u>Qualificadoras:</u> crime cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude; características específicas do sujeito ativo ou passivo.
---	---

Art. 232. – Revogado.	Art. 232. Nos crimes de que trata este Capítulo, é aplicável o disposto nos arts. 223 e 224.
CAPÍTULO VI DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR	CAPÍTULO VI DO ULTRAJE PÚBLICO AO PUDOR
Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Ato obsceno. Redação mantida.	Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Ato obsceno. Redação mantida.
Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.	Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou

Escrito ou objeto obsceno. Redação mantida.	recitação de caráter obsceno. Escrito ou objeto obsceno. Redação mantida.
CAPÍTULO VII DISPOSIÇÕES GERAIS	
Aumento de pena Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: I – (VETADO); II – (VETADO); III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. Art. 234-C. (VETADO).	---