

ROGÉRIO GRECO

ADENDO

LEI Nº 12.015/2009
DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL



Niterói, RJ
2009

Título VI – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

O Título VI do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os chamados *Crimes contra a dignidade sexual*, modificando, assim, a redação anterior constante do referido Título, que previa os *Crimes contra os costumes*.

A expressão *crimes contra os costumes* já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

O nome dado a um Título ou mesmo a um Capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, através de uma interpretação sistêmica ou mesmo de uma interpretação teleológica, onde se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o intérprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas. A título de exemplo, veja-se o que ocorre com o crime de estupro, contido no capítulo relativo aos crimes contra a liberdade sexual. Aqui, como se percebe, a finalidade do tipo penal é a efetiva proteção da liberdade sexual da vítima e, num sentido mais amplo, a sua dignidade sexual (Título VI).

As modificações ocorridas na sociedade trouxeram novas e graves preocupações. Ao invés de procurar proteger a virgindade das mulheres, como acontecia com o revogado crime de sedução, agora, o Estado está diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças.

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 Shlessarenko, que tinha por finalidade investigar as

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 2009.

Através desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, que recebeu o nome de *estupro* (art. 213). Além disso, foi criado o delito de *estupro de vulneráveis* (art. 217-A), 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 14 (catorze) anos. Além disso, outros artigos tiveram alteradas suas redações, abrangendo hipóteses não previstas anteriormente pelo Código Penal; um outro capítulo (VII) foi inserido, prevendo causas de aumento de pena.

Enfim, podemos dizer que a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 alterou, significativamente, o Título VI do Código Penal, conforme veremos mais detalhadamente a seguir, quando da análise de cada figura típica.

A partir das modificações introduzidas pelo referido diploma legal, podemos visualizar a seguinte composição do Título VI do Código Penal, que cuida dos *Crimes contra a dignidade sexual*, sendo dividido em sete capítulos, a saber:

- Capítulo I – Dos crimes contra a liberdade sexual [estupro (art. 213); violação sexual mediante fraude (art. 215); assédio sexual (art. 216-A)]
- Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável [estupro de vulnerável (art. 217-A); corrupção de menores (art. 218); satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B)];

- Capítulo III – revogado integralmente pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005;
- Capítulo IV – Disposições gerais [ação penal (art. 225); aumento de pena (art. 226)];
- Capítulo V – Do lenocínio e do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual [mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227); favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228); casa de prostituição (art. 229); rufianismo (art. 230); tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231); tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A);
- Capítulo VI – Do ultraje ao pudor público [ato obsceno (art. 233); escrito ou objeto obsceno (art. 234)];
- Capítulo VII – Disposições gerais [aumento de pena (art. 234-A); segredo de justiça (art. 234-B)]

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: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º Se da conduta resulta morte: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, caminhando de acordo com as reivindicações doutrinárias, unificou, no art. 213 do Código Penal, as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, evitando-se, dessa forma, inúmeras controvérsias relativas a esses tipos penais, a exemplo do que ocorria com relação à possibilidade de continuidade delitiva, uma vez que a jurisprudência de nossos Tribunais, principalmente os Superiores, não era segura.

A nova lei optou pela rubrica *estupro*, que diz respeito ao fato de ter o agente, constrangido alguém, mediante violência

ou grave ameaça, à prática, ou com ele permitir que se pratique, de conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Ao que parece, o legislador se rendeu ao fato de que a mídia, bem como a população em geral, usualmente denominava de “estupro” o que, na vigência da legislação anterior, seria concebido por atentado violento ao pudor, a exemplo do fato de um homem ser violentado sexualmente. Agora, como veremos mais adiante, não importa se o sujeito passivo é do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino, pois se houver o constrangimento com a finalidade prevista no tipo penal do art. 213 do diploma repressivo, estaremos diante do crime de estupro. Em alguns países da Europa, a exemplo do que ocorre na Espanha, esse delito é chamado de *abuso sexual*.¹

Analizando a nova redação dada ao *caput* do art. 213 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) o constrangimento, levado a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça; b) que pode ser dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino; c) para que tenha conjunção carnal; d) ou ainda para fazer com que a vítima pratique ou permita que com ela se pratique, qualquer ato libidinoso.

De acordo com a redação legal, verifica-se que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual. Trata-se, portanto, de modalidade especial de constrangimento ilegal, praticado com o fim de fazer com que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos.

Para que se possa configurar o delito em estudo é preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou de grave ameaça. Violência diz respeito à *vis corporalis*, *vis absoluta*, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

¹ Vide artigos 181, 182 e 183 do Código Penal Espanhol.

A grave ameaça, ou *vis compulsiva*, pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim, por exemplo, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento.

Vale ressaltar que o mal prometido pelo agente, para efeito de se relacionar sexualmente com a vítima, contra a sua vontade, não deve ser, necessariamente, injusto, como ocorre com o delito tipificado no art. 147 do Código Penal. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, sabendo da infidelidade da vítima para com seu marido, a obriga a com ele também se relacionar sexualmente, sob pena de contar todo o fato ao outro cônjuge, que certamente dela se separará.

Não exige mais a lei penal, para efeitos de caracterização do estupro, que a conduta do agente seja dirigida contra uma *mulher*. No entanto, esse constrangimento pode ser dirigido finalisticamente à prática da conjunção carnal, vale dizer, a relação sexual normal, o coito vagínico, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher.

A conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade, a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A conjugação de todos esses fatores faz com que a vítima, mesmo depois de violentada, não comunique o fato à autoridade policial, fazendo parte, assim, daquilo que se denomina *cifra negra*.

Hoje, com a criação das delegacias especializadas, pelo menos nas cidades de grande porte, as mulheres são ouvidas por outras mulheres sem o constrangimento que lhes era comum quando se dirigiam aos homens, narrando o ocorrido. Era, na verdade, a narração de um filme pornográfico, no qual o ouvinte,

embora fazendo o papel de austero, muitas vezes praticava atos de verdadeiro *voyeurismo*, estendendo, demasiadamente, os depoimentos das vítimas tão-somente com a finalidade de satisfazer sua imaginação doentia.

Foi adotado, portanto, pela legislação penal brasileira, o *sistema restrito* no que diz respeito à interpretação da expressão conjunção carnal, repelindo-se o *sistema amplo*, que compreende a cópula anal, ou mesmo o *sistema amplíssimo*, que inclui, ainda, os atos de felação (orais).

Hungria traduz o conceito de conjunção carnal dizendo ser “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.²

Merece registro, ainda, o fato de que a conjunção carnal também é considerada um ato libidinoso, isto é, aquele em que o agente deixa aflorar a sua libido, razão pela qual a parte final constante do *caput* do art. 213 do Código Penal se utiliza da expressão *outro ato libidinoso*.

A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento levado a efeito pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, seja do sexo feminino, ou mesmo do sexo masculino, pratique ou permita que com ela se pratique, outro ato libidinoso.

Na expressão *outro ato libidinoso* estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.

O constrangimento empregado pelo agente, portanto, pode ser dirigido a duas finalidades diversas. Na primeira delas, o agente obriga a própria vítima a praticar um ato libidinoso diverso da conjunção carnal. A sua conduta, portanto, é *ativa*, podendo atuar sobre seu próprio corpo, com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando, *v.g.*, sexo oral; ou, ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente.

² HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 116.

O segundo comportamento é *passivo*. Nesse caso, a vítima permite que com ela seja praticado o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro, a mando daquele.

Dessa forma, o papel da vítima pode ser *ativo*, *passivo*, ou, ainda, simultaneamente, *ativo e passivo*.

Luiz Regis Prado elenca alguns atos que podem ser considerados libidinosos, a exemplo da “*fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (sexo oral); o coito anal, *inter femora*; a masturbação; os toques e apalpadelas do pudendo e dos membros inferiores; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, entre outros”.³

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, o crime será de mão-própria no que diz respeito ao sujeito ativo, pois que exige uma atuação pessoal do agente, de natureza indelegável, e próprio com relação ao sujeito passivo, posto que somente a mulher poderá figurar nessa condição; quando o comportamento for dirigido a praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso, estaremos diante de um crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada quando a conduta for dirigida a prática da conjunção carnal, e de forma livre, quando o comportamento disser respeito ao cometimento de outros atos libidinosos; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).

³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 204-205.

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 213 tanto a liberdade quanto a dignidade sexual.

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, além de atingir a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que assim se entende a

“autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.⁴

Inicialmente, a proposta legislativa era no sentido de que no Título VI do Código Penal constasse a expressão: *Dos crimes contra a liberdade e o desenvolvimento sexual*. Embora tenha prevalecido a expressão *Dos crimes contra a dignidade sexual*, também podemos visualizar o desenvolvimento sexual como outro bem a ser protegido pelo tipo penal em estudo.

Assim, resumindo, poderíamos apontar como bens juridicamente protegidos: a dignidade, a liberdade e o desenvolvimento sexual.

O objeto material do delito pode ser tanto a *mulher* quanto o *homem*, ou seja, a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

⁴ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 156.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

De acordo com a redação legal, verifica-se que somente o *homem* pode ser *sujeito ativo* do delito de estupro quando a sua conduta for dirigida ao coito vagínico. Tal ilação se deve não ao núcleo do tipo, que é o verbo *constranger*, mas sim à expressão *conjunção carnal*, entendida como a relação sexual normal, ou seja, a cópula vagínica, que somente pode ocorrer com a introdução do pênis do homem na cavidade vaginal da mulher.

No que diz respeito à prática de outro ato libidinoso, qualquer pessoa por ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo, tratando-se, nesse caso, de um delito comum.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Quando a conduta do agente for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com a vítima, o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

Quanto à segunda parte do art. 213 do estatuto repressivo, consuma-se o estupro no momento em que o agente, depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, no momento em que o agente, por exemplo, valendo-se do emprego de ameaça, faz com que a vítima toque em si mesma, com o fim de masturbar-se, ou no próprio agente ou em terceira pessoa, nesse instante estará consumado o delito. Na segunda hipótese, a consumação ocorrerá quando o agente ou terceira pessoa vier a atuar sobre o corpo da vítima, tocando-a em suas partes consideradas pudendas (seios, nádegas, pernas, vagina [desde que não haja penetração, que se configuraria na primeira parte do tipo penal], pênis, etc.).

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa

forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos que antecederam ao início da penetração vagínica não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega o pênis em sua coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal.

A tentativa é possível a partir do momento em que o agente vier a praticar o constrangimento sem que consiga, nas situações de atividade e passividade da vítima, determinar a prática do ato libidinoso, tratando-se, pois, de delito plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro.

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada, tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois que não se admite o estupro culposos.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *constranger* pressupõe um comportamento *positivo* por parte do agente, tratando-se, pois, como regra, de crime *comissivo*.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 13 do Código Penal.

Imagine-se a hipótese em que um carcereiro (ou agente penitenciário), encarregado legalmente de vigiar os detentos em determinada penitenciária, durante a sua ronda, tivesse percebido que um grupo de presos estava segurando um de seus “companheiros de cela” para obrigá-lo ao coito anal, uma vez que havia sido preso por ter estuprado a sua própria filha, sendo essa a reação “normal” do sistema carcerário a esse tipo de situação. Mesmo sabendo que os presos iriam violentar aquele que ali tinha sido colocado sob a custódia do Estado, o garantidor, dolosamente, podendo, nada faz para livrá-lo das mãos dos seus agressores, que acabam por consumir o ato libidinoso, forçando-o ao coito anal.

Nesse caso, deverá o carcereiro responder pelo resultado que devia e podia, mas não tentou evitar, vale dizer, o estupro por omissão.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, criou duas modalidades qualificadas no crime de estupro, *verbis*:

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

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao contrário do que ocorria com as qualificadoras previstas no revogado art. 223 do Código Penal, previu, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas como consequência da *conduta* do agente, vale dizer,

do comportamento que era dirigido no sentido de praticar o estupro, evitando-se discussões desnecessárias⁵.

No entanto, deve ser frisado que esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de *culpa*, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos.

Dessa forma, o agente deve ter praticado sua conduta no sentido de estuprar a vítima, vindo, culposamente, a causar-lhe lesões graves ou mesmo a morte. Conforme esclarece Noronha,

“senapráticadeumdosdelitossexuaisviolentos o agente quer direta ou eventualmente a morte da vítima, haverá concurso de homicídio com um dos crimes contra os costumes⁶, o mesmo devendo dizer-se a respeito da lesão grave. Se, entretanto, a prova indica que tais resultados sobrevieram sem que o sujeito ativo os quisesse (direta ou indiretamente), ocorrerá uma das hipóteses do artigo em exame. Excetua-se naturalmente o caso fortuito”.⁷

Se, conforme salientou Noronha, o resultado que agrava especialmente a pena for proveniente de caso fortuito ou força maior, o agente não poderá ser responsabilizado pelas modalidades qualificadas, conforme preconiza o art. 19 do Código Penal, que diz:

Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.

⁵ A redação constante do *caput* do revogado art. 223 utilizava a expressão *se da violência resulta lesão corporal de natureza grave*, enquanto que o §1º do mesmo artigo dizia *se do fato resulta a morte*. Essa diversidade de expressões produzia discussões que acabavam por gerar dúvidas na sua aplicação. Hoje, após a nova redação legal trazida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos afirmar que o agente responderá pela modalidade qualificada se da sua *conduta* ou seja, do seu comportamento dirigido a estuprar a vítima, vier a causar-lhe qualquer dos resultados previstos pelos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal.

⁶ Leia-se, agora, *dignidade sexual*.

⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 182.

Isso significa que o agente não poderá ser responsabilizado objetivamente sem que tenha podido, ao menos, prever a possibilidade de ocorrência de lesões graves ou mesmo a morte da vítima com o seu comportamento.

No entanto, pode ele ter agido com ambas as finalidades, vale dizer, a de praticar o crime sexual (estupro), bem como a de causar lesões corporais graves ou a morte da vítima. Nesse caso, como exposto acima, deverá responder por ambas as infrações penais, em concurso material de crimes, nos termos preconizados pelo art. 69 do Código Penal.

Pode ocorrer, ainda, a hipótese em que o agente, para efeitos de praticar o estupro, derrube a vítima violentamente no chão, fazendo com que esta bata a cabeça, por exemplo, em uma pedra, produzindo-lhe a morte antes que seja praticada a conjunção carnal. Nesse caso, pergunta-se: Teríamos uma tentativa qualificada de estupro, ou o estupro poderia ser considerado consumado, havendo a morte da vítima, mesmo sem a ocorrência da penetração?

Como se percebe pela própria indagação, duas correntes se formaram. A primeira afirmando pela consumação do delito, conforme se verifica através das lições de Luiz Regis Prado, que diz:

“O melhor entendimento, destarte, é aquele que prima pelo reconhecimento de que haverá, nessas hipóteses, crime qualificado consumado, não obstante ter o delito sexual permanecido na forma tentada”.⁸

Apesar do brilhantismo do renomado autor, parece-nos contraditório o seu raciocínio, mesmo sendo essa a posição que goza da predileção de nossa doutrina. Como ele próprio afirmou, o delito sexual permaneceu tentado. Se não se consumou, como posso entendê-lo consumado, afastando-se a possibilidade do reconhecimento da tentativa?

⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 250.

Na verdade, tratando-se de crime preterdoloso, como regra, não se admite a tentativa, uma vez que o resultado que agrava especialmente a pena somente pode ser atribuído a título de culpa, e como não se cogita de tentativa em crime culposos, não se poderia levar a efeito o raciocínio relativo à tentativa em crimes preterdolosos. No entanto, quase toda regra sofre exceções. O que não podemos é virar as costas para a exceção, a fim de se reconhecer aquilo que, efetivamente, não ocorreu no caso concreto.

Veja-se o exemplo do estupro, praticado através da conjunção carnal, que se consuma com a penetração, total ou parcial, do pênis do homem na cavidade vaginal da mulher. Se isso não ocorrer, o que teremos, no caso concreto, será uma tentativa de estupro. Portanto, há necessidade inafastável de se constatar a penetração para efeitos de reconhecimento do estupro, desde que, obviamente, outros atos libidinosos não tenham sido praticados. Se é assim, como no caso de ocorrência de um dos resultados que qualificam o crime poderíamos entender pelo delito consumado se não houve a conjunção carnal?

Aqueles que entendem que o delito se consuma com a ocorrência das lesões graves ou da morte justificam seu ponto de vista dizendo que, se reconhecêssemos a tentativa, a pena seria menor do que aquela prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte. Isso acontece, realmente, quando se leva em consideração a pena máxima cominada em ambos os delitos, muito embora a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 a tenha aumentado para 30 (trinta) anos, e não no que diz respeito à pena mínima, que será idêntica.

É claro que o Código Penal não é perfeito, como nenhuma outra legislação o é, seja nacional ou estrangeira. As falhas existem. Entretanto, raciocinando no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, não podemos permitir que essas falhas sejam consideradas em prejuízo do agente. Não podemos simplesmente considerar como consumado um delito que, a toda prova, permaneceu na fase da tentativa, raciocínio

que seria, esse sim, completamente *contra legem*, com ofensa frontal à regra determinada pelo inciso II do art. 14 do Código Penal.

Dessa forma, entendemos como perfeitamente admissível a tentativa qualificada de estupro.

Poderíamos, ainda, visualizar a hipótese em que o agente, depois de derrubar a vítima, fazendo com que batesse com a cabeça em uma pedra, morrendo instantaneamente, sem que tivesse percebido esse fato, viesse a penetrá-la. Aqui, teríamos, ainda, somente uma tentativa de estupro qualificada pela morte da vítima, uma vez que a penetração ocorreu somente depois desse resultado, não podendo mais ser considerada como objeto material do delito de estupro. Também não ocorreria o vilipêndio a cadáver, tipificado no art. 212 do Código Penal, em virtude do fato de não saber o agente que ali já se encontrava um cadáver, pois que desconhecia a morte da vítima.

Ao contrário, caso tivesse percebido a morte instantânea da vítima e tentasse prosseguir com o seu propósito de penetrá-la, aí, sim, poderia responder por ambas as infrações penais, vale dizer, tentativa de estupro qualificada pela morte e vilipêndio a cadáver.

Inovou a Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao prever o estupro qualificado quando a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos. Por mais que as pessoas, que vivem no século XXI, tenham um comportamento sexual diferente daquelas que viviam em meados do século passado, ainda podemos afirmar que os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos de idade merecem uma especial proteção. A prática de um ato sexual violento, nessa idade, certamente trará distúrbios psicológicos incalculáveis, levando esses jovens, muitas vezes, ao cometimento também de atos violentos, e até mesmo similares aos que sofreram. Dessa forma, o juízo de censura, de reprovação, deverá ser maior sobre o agente que, conhecendo a idade da vítima, sabendo que se encontra na faixa etária prevista pelo § 1º do art. 213 do Código Penal, ainda assim insista na prática do estupro.

Deve ser frisado que, mesmo sendo a vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (quatorze) anos, se ocorrer o resultado morte será aplicado o § 2º do art. 213 do Código Penal, pois que as penas deste último são maiores do que aquelas previstas pelo § 1º do referido artigo.

9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*:

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

I – (vetado);

II – (vetado);⁹

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.”

O inciso III do art. 234-A determina que a pena será aumentada de metade, se do crime resultar gravidez. Infelizmente, quanto uma mulher é vítima de estupro, praticado mediante conjunção carnal, poderá engravidar e, conseqüentemente, rejeitar o feto, fruto da concepção violenta. Como o art. 128, I do Código Penal permite o aborto nesses casos, é muito comum que a mulher opte pela interrupção da gravidez. Como se percebe, a conduta do estuprador acaba não somente causando um mal à mulher, que foi vítima de seu comportamento sexual violento, como

⁹ Os incisos I e II do art. 234-A, que foram objeto do veto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da 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, madrastra, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.* Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.

também ao feto, que teve ceifada sua vida. Dessa forma, o juízo de censura sobre a conduta do autor do estupro deverá ser maior, aumentando-se a pena em metade, no terceiro momento do critério trifásico, previsto pelo art. 68 do diploma repressivo.

A pena deverá, ainda, ser aumentada de um sexto até metade, de acordo como inciso IV do art. 234-A do Código Penal, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Para que ocorra a majorante, há necessidade de que a doença tenha sido, efetivamente, transmitida à vítima que, para efeitos de comprovação, deverá ser submetida a exame pericial.

“As DST (doenças sexualmente transmissíveis) são doenças causadas por vírus, bactérias, fungos ou protozoários e que, pelo fato de seu mecanismo de transmissão ser quase que exclusivamente por via sexual, possuem a denotação *sexualmente transmissível*. Apesar disso, existem DST que podem ser transmitidas fora das relações sexuais.

As DST se manifestam principalmente nos órgãos genitais do homem e da mulher, podendo acometer outras partes do corpo, sendo possível, inclusive, que não se manifeste qualquer sintoma visível.

Até certo tempo, as doenças sexualmente transmissíveis eram popularmente conhecidas como “doenças venéreas” ou “doenças do mundo”.

A maioria das doenças sexualmente transmissíveis possui cura. Outras, causadas por vírus, possuem apenas tratamento. É o caso da sífilis, do herpes genital e da Aids. Nestes casos, a doença pode ficar estagnada (encubada) até que algum fator externo permita que ela se manifeste novamente.”¹⁰

10 <http://www.fmt.am.gov.br/areas/dst/conceito.htm>

Podemos citar como exemplos de doenças sexualmente transmissíveis a candidíase, a gonorréia, a pudicolose do púbis, HPV (Human Papilloma Viruses), a hepatite B, a herpes simples genital, o cancro duro e o cancro mole, a infecção de clamídia, bem como o HIV (Sida).

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

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

44. O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias).

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

Merece ser frisado, ainda, que, quando a lei menciona que o agente *sabia* ou *devia saber* ser portador de uma doença sexualmente transmissível está se referindo, especificamente, a esse fato, ou seja, ao conhecimento efetivo ou possível da contaminação, e não ao seu elemento subjetivo no momento do ato sexual, ou seja, não importa saber, para que se aplique a

causa de aumento de pena em estudo, se o agente queria ou não a transmissão da doença, mas tão somente se, anteriormente ao ato sexual, sabia ou poderia saber que dela era portador.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

O *caput* do art. 213 do Código Penal prevê uma pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos, a pena é de reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Se da conduta resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

O art. 225 do Código Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera que a ação penal, para os crimes definidos nos Capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes sexuais contra vulnerável), do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, diz o seu parágrafo único que *procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.*

Em que pese a nova redação legal, entendemos ainda ser aplicável a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz:

Súmula 608. *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*

Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido (a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de *grave ameaça*.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

11. DESTAQUES

11.1. Consentimento da (o) ofendida (o)

O delito de estupro se caracteriza quando o constrangimento, mediante o emprego da violência (ou grave ameaça) é dirigido no sentido de ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique com a vítima, de forma não consentida por ela, outro ato libidinoso. Faz-se mister, portanto, para a caracterização do crime, que não tenha havido o consentimento da vítima para o ato sexual, pois, caso contrário, estaremos diante de um fato atípico, desde que a vítima não se encontre em qualquer das situações previstas pelo art. 217-A do Código Penal, sendo, outrossim, considerada como pessoa vulnerável.

Casos que importam em sadismo e masoquismo, se praticados por pessoas maiores e capazes, desde que produzam lesões corporais de natureza leve, não se configuram em infração penal, em face da disponibilidade do bem jurídico protegido. Valdir Sznick, dissertando sobre o tema, traça as suas diferenças dizendo:

“Masoquismo e sadismo são inversos: no sadismo o agente encontra prazer no sofrimento de outra pessoa; no masoquismo, a volúpia está no próprio sofrimento, na própria dor.

O sadismo é mais comum entre os homens; o masoquismo, por sua vez, é mais freqüente entre as mulheres. No sadismo, há o prazer de comandar, de autoridade; no masoquismo, o da submissão. Num a ideia de submeter, no outro a ideia de ser submisso, de ser passivo”.¹¹

¹¹ SZNICK, Valdir. *Crimes sexuais violentos*, p. 145.

11.2. Resistência da vítima

Vimos, portanto, que o estupro (art. 213 do CP) ocorre quando há o dissenso da vítima, que não deseja a prática do ato sexual.

No entanto, para que seja efetivamente considerado o dissenso, temos de discernir quando a recusa da vítima ao ato sexual importa em manifestação autêntica de sua vontade, de quando, momentaneamente, faz parte do “jogo de sedução”, pois que, muitas vezes, o “não” deve ser entendido como “sim”.

No que diz respeito especificamente às mulheres, indaga George P. Fletcher:

“Quando consente uma mulher? Susan Estrich popularizou o slogan *não significa não*. Ainda admitindo essa tautologia, todavia nos encontramos com o problema de provar que a mulher disse não. Aqui não há gravação de vídeo. Não há formulários de consentimento firmados, como existem nos hospitais, e não existem testemunhas. Mas o homem disse que a mulher lhe disse que *sim*. Assim, como saberemos? E o que sucede se nunca o saberemos com segurança?”.¹²

O erro do agente no que diz respeito ao dissenso da vítima importará em erro de tipo, afastando-se, pois, a tipicidade do fato. Assim, imagine-se a hipótese em que um casal, depois de permanecer algum tempo em um restaurante, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. A maneira como a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada, insistindo na negativa durante um bom tempo. O homem, entendendo a negativa como parte do “jogo de sedução”, retira, ele próprio, de forma violenta, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal.

¹² FLETCHER, George. P. *Las victimas ante el jurado*, p. 161.

De toda forma, embora, ao que parece, tenha havido realmente o dissenso da vítima para o ato sexual, o homem que atuou acreditando que isso fazia parte do “jogo de sedução” poderá alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.

Nesse sentido, afirma João Mestiere:

“A crença, sincera, de que a vítima apresenta oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante (*vis haud ingrata*) deve sempre de ser entendida em favor do agente. Falha o tipo subjetivo, igualmente, quando o agente erra, ainda que culposamente, sobre um dos elementos do tipo objetivo. É o erro de tipo”.¹³

No entanto, se a dúvida pender para o lado da negação do consentimento, a alegação de erro de tipo não poderá ser sustentada como um simples artifício legal para que a responsabilidade penal do agente seja afastada, haja vista que, sendo aceita a tese do erro de tipo, mesmo que inescusável, tendo em vista a ausência de previsão para a modalidade culposa de estupro, o fato será considerado atípico.

Embora tenhamos exemplificado com uma possibilidade de erro sobre os fatos que antecederam a prática do ato sexual, não significa que, em virtude de ter a vítima correspondido sexualmente de alguma forma com o agente, isso permitirá que este chegue ao ato culminante da conjunção carnal. A vítima tem o direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma cumplicidade entre eles.

No caso Mike Tyson e Desiree Washington, ocorrido em 1991, nos Estados Unidos, algumas testemunhas, que não chegaram a ser ouvidas em juízo, presenciaram a vítima entrando volitivamente na *limousine* do conhecido boxeador, afirmando,

¹³ MESTIERE, João. *Do delito de estupro*, p. 92.

até mesmo, que os viram se abraçar e se beijar no interior do veículo. A defesa, com base nesses fatos, tentou a anulação do julgamento sob o argumento de que tais testemunhas teriam o condão de comprovar que a vítima, desde o começo, consentira no ato sexual. No entanto, rechaçando essa argumentação, o Tribunal de Apelação confirmou a condenação, sob o seguinte fundamento:

“Uma crença honesta e razoável em que um membro do sexo contrário consentirá com a conduta sexual em algum momento futuro não é uma escusa para o estupro ou a conduta criminal desviada. O único consentimento válido é o consentimento que precede de maneira imediata o da conduta sexual”.¹⁴

Isso quer dizer que a vítima, mesmo dando mostras anteriores que desejava o ato sexual, pode modificar sua vontade a qualquer tempo, antes da penetração, por exemplo. Somente o consentimento que precede imediatamente o ato sexual, como esclareceu o Tribunal norte-americano, é que deve ser considerado.

No entanto, é claro que os fatos antecedentes devem ser levados em consideração para efeitos de prova, uma vez que o estupro, como regra, não é cometido na presença de testemunhas. Muitas circunstâncias deverão ser consideradas para se apurar se houve, no caso concreto, resistência da vítima. Por isso, a dificuldade de prova nos delitos sexuais é ainda maior quando a vítima mantinha, de alguma forma, relações de intimidade com o agente, a exemplo do que ocorre com os namorados, noivos e até mesmo entre pessoas casadas.

Voltando ao caso Mike Tyson, conforme as lúcidas palavras de George P. Fletcher, sua acusação se converteu

“em um símbolo de um movimento. Esse era um caso em que os encarregados de vigiar a aplicação de lei, unidos com o movimento

¹⁴ *Apud* FLETCHER, George. P. *Las víctimas ante el jurado*, p. 170.

feminista, enviavam uma mensagem aos homens: ‘Não, deve significar não’. Suficientemente claro. Mas para defender os direitos das vítimas não se precisa derrogar os direitos dos penalmente acusados. Quando os que apóiam uma causa com vítimas estão dispostos a converter em *bode expiatório* um homem moralmente inocente, encontramos o lado feio da política”.¹⁵

11.3. Marido como sujeito ativo do estupro

Questão que durante muitos anos dividiu a doutrina, e que hoje vem perdendo seus adeptos, diz respeito à possibilidade de se apontar o próprio marido da vítima como autor do delito de estupro.

A primeira corrente, hoje já superada, entendia que, em virtude do chamado *débito conjugal*, previsto pelo Código Civil (tanto no art. 231, II, do revogado Código de 1916, quanto no atual art. 1.566, II), o marido que obrigasse sua esposa ao ato sexual agiria acobertado pela causa de justificação relativa ao *exercício regular de um direito*, conforme se verifica pela posição de Hungria, de conotação nitidamente machista:

“Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *ilícita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente [...]. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário*

15 FLETCHER, George. P. *Las víctimas ante el jurado*, p. 183-184

das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito”.¹⁶

Modernamente, perdeu o sentido tal discussão, pois que, embora alguns possam querer alegar o seu “crédito conjugal”, o marido somente poderá relacionar-se sexualmente com sua esposa com o consentimento dela. Caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, tal fato poderá dar ensejo, por exemplo, à separação do casal, mas nunca à adoção de práticas violentas ou ameaçadoras para levar adiante a finalidade do coito (vaginal ou anal), ofensivas à liberdade sexual da mulher, atingindo-a em sua dignidade.

Nesse sentido, esclarece Sílvio Venosa:

“Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente o desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente virá sob forma indireta, ensejando a separação e o divórcio e repercutindo na obrigação alimentícia”.¹⁷

¹⁶ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 124-125.

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. VI, p. 161-162.

11.4. Coação irresistível praticada por mulher

Pode acontecer que uma mulher, mediante o emprego de coação moral irresistível, obrigue um homem a violentar outra mulher, mantendo com ela conjunção carnal. Nesse caso, deveria ela ser considerada autora de um crime de estupro, mesmo diante da nova redação que foi dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009?

Luiz Regis Prado, analisando essa situação, mesmo anteriormente à modificação legal, aduzia:

“Excepcionalmente, na hipótese de o sujeito ativo da cópula carnal sofrer coação irresistível por parte de outra mulher para a realização do ato, pode-se afirmar que o sujeito ativo do delito é uma pessoa do sexo feminino, já que, nos termos do art. 22 do Código Penal, somente o coator responde pela prática do crime”.¹⁸

O renomado autor, embora, com razão, apontando a qualidade de sujeito ativo da mulher que coage um homem a praticar conjunção carnal com a vítima, não esclarece a que título, tecnicamente, deverá ser responsabilizada, vale dizer, se autora ou partícipe de um crime de estupro.

A resposta virá da natureza jurídica que se dê mencionada na infração penal, quando o estupro é praticado mediante conjunção carnal, seja apontando-o como um crime comum, próprio ou de mão-própria.

Se entendido como um crime comum, será reconhecida como autora do estupro, não havendo qualquer problema nisso. No entanto, a discussão começa a surgir a partir do momento em que se opta por reconhecer o estupro, praticado mediante conjunção carnal, como um delito próprio ou mesmo como um crime de mão-própria. Isso porque se tem entendido que os casos de coação moral irresistível encontram-se no rol das

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 195.

situações que permitem o reconhecimento da chamada autoria mediata, em que o agente se vale de interposta pessoa, que lhe serve como instrumento na prática do delito.

Contudo, para que se possa concluir pela possibilidade de autoria mediata nos crimes próprios, o autor mediato precisa gozar da qualidade especial exigida pelo tipo. No caso em exame, necessitaria ser um homem, pois a conjunção carnal pressupõe uma relação heterossexual.

Se entendêssemos o estupro, praticado mediante conjunção carnal, como um delito de mão-própria, não poderíamos sequer cogitar, como regra, de autoria mediata, pois que, conforme assevera Nilo Batista, “os crimes de mão-própria não admitem co-autoria nem autoria mediata, na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida”.¹⁹

Dessa forma, restaria excluída a titulação de *autora* para a mulher que coagisse um homem a manter conjunção carnal com outra mulher.

Poderia ser considerada, portanto, como partícipe? Mesmo adotando-se a teoria da acessoriedade limitada, na qual se exige do agente tão-somente a prática de um comportamento típico e ilícito para que o fato possa ser atribuído ao partícipe, acreditamos que a conduta da coatora vai mais além do que um caso de mera participação.

Podemos, dessa forma, utilizar a teoria do *autor de determinação*, preconizada por Zaffaroni, a fim de fazer com que a mulher que determinou a prática do estupro mediante conjunção carnal responda, com esse título especial – autora de determinação –, pelas mesmas penas cominadas ao estupro. Assim, de acordo com as lições de Zaffaroni, “a mulher não é punida como autora do estupro, senão que se lhe aplica a pena do estupro por haver cometido o delito de *determinar o*

¹⁹ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 97.

estupro”²⁰ Tal raciocínio não se afasta das disposições contidas no art. 22 do Código Penal, que diz, *verbis*:

Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

11.5. Mulher que constrange o homem à prática da conjunção carnal

Não é de agora a hipótese ventilada pela doutrina quando erige a possibilidade de um homem ser constrangido por uma mulher a com ela praticar a conjunção carnal.

Suponha-se que uma mulher, apaixonada por um homem, querendo, a todo custo, ter com ele relações sexuais, não conseguindo seduzi-lo pelos “meios normais”, mediante o emprego de ameaça, com uma arma de fogo, por exemplo, o obrigue ao ato sexual, fazendo com que ocorra a penetração normal. Pergunta-se: Qual seria o crime praticado pela mulher que, mediante o emprego de grave ameaça, fez com que o homem mantivesse com ela conjunção carnal?

Na verdade, a hipótese mais parece de laboratório. Pode ser que uma pessoa ou outra consiga ter ereção nessa situação, que não se traduz, obviamente, na regra. Entretanto, trabalhando com a hipótese do sujeito, mesmo sob intensa pressão, conseguir ter ereção e praticar a conjunção carnal, qual seria a solução para o caso?

A atual redação do art. 213 do Código Penal nos permite raciocinar com a ocorrência do estupro, pois que o tipo penal prevê que o agente, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, pratique ou faça com que a vítima permita que com ela se pratique outro ato libidinoso, e ninguém duvidaria que quando uma mulher obriga um homem a manter com ela o coito vagínico não esteja, também, praticando um ato libidinoso.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal – Parte general*, p. 580.

11.6. Estupro praticado por vários agentes ao mesmo tempo

Não é incomum que o estupro, mediante conjunção carnal, seja cometido por várias pessoas, que atuam em concurso. Assim, pode ocorrer, por exemplo, que três pessoas, unidas pelo mesmo liame subjetivo, com identidade de propósito, resolvam estuprar a vítima. Dessa forma, enquanto dois a seguram, o terceiro leva a efeito a penetração, havendo entre eles um “rodízio criminoso”.

Nesse caso, haveria um único crime ou três estupros em continuidade delitiva?

Para nós, que entendemos que o estupro, mediante conjunção carnal, é um crime de mão-própria, de atuação personalíssima, de execução indelegável, intransferível, no caso em exame teríamos, sempre, um autor e dois partícipes, cada qual prestando auxílio para o sucesso da empresa criminosa.

Nesse caso, cada agente que vier a praticar a conjunção carnal, com os necessários atos de penetração, será autor de um crime de estupro, enquanto os demais serão considerados seus partícipes.

Aqui, portanto, no exemplo fornecido, teríamos que concluir pela prática de três crimes de estupro, em continuidade delitiva, nos moldes preconizados pelos arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

11.7. Estupro de transexuais

Genival Veloso de França esclarece que de todos os transtornos de identidade:

“o transexualismo ou *síndrome de disforia sexual* é aquele que mais chama a atenção, pela sua complexidade e por seus desafios às questões morais, sociais e jurídicas. Roberto Farina (*in Transexualismo*. São Paulo: Editora Novalunar, 1982) define-o como uma pseudo-síndrome psiquiátrica, profundamente

dramática e desconcertante, na qual o indivíduo se conduz como se pertencesse ao gênero oposto. Trata-se, pois, de uma inversão psicossocial, uma aversão e uma negação ao sexo de origem, o que leva esses indivíduos a protestarem e insistirem numa forma de cura por meio da cirurgia de reversão genital, assumindo, assim, a identidade do seu desejado gênero”.²¹

Imagine-se a hipótese em que a vítima, uma transexual, depois de se submeter à cirurgia de reversão genital, criando o que a medicina denomina de *neovagina*, seja violentada pelo agente, havendo penetração especificamente nesse lugar criado cirurgicamente, similar à vagina de uma mulher. No caso em tela, haveria estupro, mediante conjunção carnal?

Hoje, após a nova redação dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a questão perdeu o interesse. Isso porque, mesmo que não tenha havido modificação no registro de nascimento da pessoa que se submeteu à mencionada cirurgia, podemos entender que a relação sexual forçada conduzirá, obrigatoriamente, ao reconhecimento do delito de estupro. Assim, tenha havido ou não modificação no registro de nascimento, com a modificação do sexo natural da vítima, a hipótese será de reconhecimento do estupro.

11.8. Desistência voluntária

O art. 15 do Código Penal assevera que *o agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução, só responde pelos atos já praticados*.

Nesse caso, pergunta-se: Seria possível o raciocínio correspondente à desistência voluntária no delito de estupro?

²¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*, p. 235.

Acreditamos que sim. Imagine-se a hipótese daquele que, depois de retirar as roupas da vítima, acaba cedendo às suas súplicas e não leva a efeito a penetração. Aqui, somente deveria responder pelos atos já praticados. E quais seriam esses atos? Se o agente, ao dar início à execução do crime de estupro, cuja finalidade era a prática da conjunção carnal, simplesmente levou a efeito atos necessários à penetração como, por exemplo, arrancar as calças da vítima, passando-lhe as mãos nas coxas, nas pernas, etc., não poderá responder pelo mesmo delito, na parte em que diz que o constrangimento também pode ter sido dirigido no sentido de *praticar ou permitir que fosse praticado com a vítima outro ato libidinoso*, pois, dessa forma, em quase todas as hipóteses em que o agente simplesmente tocasse na vítima teríamos que reconhecer a consumação do delito de estupro, o que não nos parece razoável.

Por outro lado, caso o agente tivesse, antes de consumir a penetração vaginal, praticado atos que, por si sós, já se configurassem na segunda parte do delito de estupro, aí, sim, se poderia cogitar no crime em estudo, a exemplo daquele que realiza o coito anal com a vítima ou, mesmo, atos de felação, sugando-lhe os seios etc.

Assim, concluindo, caso o agente, que queria levar a efeito a conjunção carnal, não tenha praticado atos libidinosos relevantes, que importem no reconhecimento da segunda parte constante do art. 213 do Código Penal, deverá ser responsabilizado tão somente pelo constrangimento ilegal a que submeteu a vítima, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, aplicando-se, pois, a regra constante do art. 15 do diploma repressivo.

11.9. Médico que realiza exame de toque na vítima com intenção libidinosa

Infelizmente, a imprensa tem noticiado situações em que médicos são acusados de abusar de seus pacientes. Alguns desses casos foram, inclusive, filmados. Os agentes, pervertidos,

praticavam toda a sorte de atos sexuais com suas vítimas, quase sempre adormecidas.

Suponha-se que o agente, médico ginecologista-obstetra, ao atender uma de suas pacientes em seu consultório, nela realize, desnecessariamente, o exame de toque, simplesmente com a finalidade de satisfazer a sua libido. Nesse caso, deveria responder pelo delito tipificado no art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que prevê o comportamento de *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*, haja vista que a fraude estaria demonstrada mediante a comprovação da falta de necessidade do mencionado exame ginecológico.

É claro que a prova, no caso concreto, será extremamente difícil, principalmente porque teremos que demonstrar, efetivamente, o dolo do agente. No entanto, tecnicamente, será possível a sua configuração.

11.10. Síndrome da mulher de Potifar (verossimilhança da palavra da vítima)

O estupro, em geral, é um crime praticado às ocultas, isto é, sem a presença de testemunhas. Nesse caso, como chegar à condenação do agente quando temos, de um lado, a palavra da vítima, que se diz estuprada, e, do outro, a palavra do réu, que nega todas as acusações proferidas contra a sua pessoa? Como ficaria, nesse caso, o princípio do *in dubio pro reo*?

Devemos aplicar, nesse caso, aquilo que em criminologia é conhecido como *síndrome da mulher de Potifar*, importada dos ensinamentos bíblicos.

Para quem nunca teve a oportunidade de ler a Bíblia, resumindo a história que motivou a criação desse pensamento criminológico, tal teoria foi originária do livro de Gênesis, principalmente do capítulo 39, onde é narrada a história de José, décimo primeiro filho de Jacó.

Diz a Palavra de Deus que Jacó amava mais a José do que aos outros irmãos, o que despertava neles ciúmes e inveja. Certo dia, a pedido de seu pai, José foi verificar como estavam seus irmãos, que tinham levado o rebanho a pastorear. Ao avistarem José, seus irmãos, destilando ódio, resolveram matá-lo, depois de o terem jogado em um poço, mas foram dissuadidos por seu irmão mais velho, Rúben. No entanto, ao perceberem que se aproximava uma caravana que se dirigia ao Egito, resolveram vendê-lo aos ismaelitas por 20 barras de prata. Ao chegar ao Egito, José foi vendido pelos ismaelitas a um egípcio chamado Potifar, um oficial que era o capitão da guarda do palácio real.

Como era um homem temente a Deus, José logo ganhou a confiança de Potifar, passando a ser o administrador de sua casa, tomando conta de tudo o que lhe pertencia. Entretanto, a mulher de Potifar, sentindo forte atração por José, quis com ele ter relações sexuais, mas foi rejeitada.

A partir de agora, vamos registrar a história narrada pela própria Bíblia, com a nova tradução em linguagem de hoje, no capítulo 39, versículos 6 a 20, para sermos mais fidedignos com os fatos que motivaram a criação da aludida teoria criminológica:

“José era um belo tipo de homem e simpático.

Algum tempo depois, a mulher do seu dono começou a cobiçar José. Um dia ela disse:

— Venha, vamos para a cama.

Ele recusou, dizendo assim:

— Escute! O meu dono não precisa se preocupar com nada nesta casa, pois eu estou aqui. Ele me pôs como responsável por tudo o que tem. Nesta casa eu mando tanto quanto ele. Aqui eu posso ter o que quiser, menos a senhora, pois é mulher dele. Sendo assim, como poderia eu fazer uma coisa tão imoral e pecar contra Deus?

Todos os dias ela insistia que ele fosse para a cama com ela, mas José não concordava e também evitava estar perto dela. Mas um dia, como de costume, ele entrou na casa para fazer o seu trabalho, e nenhum empregado estava ali. Então ela o agarrou pela capa e disse:

— Venha, vamos para a cama.

Mas ele escapou e correu para fora, deixando a capa nas mãos dela. Quando notou que, ao fugir, ele havia deixado a capa nas suas mãos, a mulher chamou os empregados da casa e disse:

— Vejam só! Este hebreu, que o meu marido trouxe para casa, está nos insultando. Ele entrou no meu quarto e quis ter relações comigo, mas eu gritei o mais alto que pude. Logo que comecei a gritar bem alto, ele fugiu, deixando a sua capa no meu quarto.

Ela guardou a capa até que o dono de José voltou. Aí contou a mesma história, assim:

— Esse escravo hebreu, que você trouxe para casa, entrou no meu quarto e quis abusar de mim. Mas eu gritei bem alto, e ele correu para fora, deixando a sua capa no meu quarto. Veja só de que jeito o seu escravo me tratou!

Quando ouviu essa história, o dono de José ficou com muita raiva. Ele agarrou José e o pôs na cadeia onde ficavam os presos do rei. E José ficou ali”.²²

²² Depois de algum tempo preso, Deus honrou a fidelidade de José, fazendo dele o segundo homem mais poderoso do Egito, somente ficando abaixo do próprio Faraó. Para saber mais detalhes sobre a vida de José, desde o seu nascimento até a sua assunção ao poder no Egito, leia os capítulos 37 a 50 do livro de Gênesis, na Bíblia Sagrada.

Quem tem alguma experiência na área penal percebe que, em muitas situações, a suposta vítima é quem deveria estar ocupando o banco dos réus, e não o agente acusado de estupro.

Mediante a chamada *síndrome da mulher de Potifar*, o julgador deverá ter a sensibilidade necessária para apurar se os fatos relatados pela vítima são verdadeiros, ou seja, comprovar a *verossimilhança* de sua palavra, haja vista que contradiz com a negativa do agente.

A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório.²³

11.11. Crime impossível e impotência *coeundi*

Denomina-se *impotência coeundi* a incapacidade do homem de obter a ereção peniana, o que o impede de praticar os atos de penetração. Ao contrário, chama-se *impotência generandi* aquela referente à incapacidade de procriar.

Dessa forma, tem-se entendido pelo crime impossível quando a impotência de que está acometido o homem é de natureza *coeundi*, uma vez que, não havendo qualquer possibilidade de ereção, torna-se impraticável o estupro, se a finalidade do agente era a conjunção carnal ou mesmo o sexo anal, que exigem um membro viril para que se leve a efeito a penetração, total ou parcial.

Não será o caso de crime impossível quando estivermos diante da impotência de natureza *generandi*, pois que nesse caso existe ereção e, portanto, capacidade de penetração.

De qualquer forma, se o agente, mesmo com impotência *coeundi*, vier a praticar outros atos libidinosos com a vítima, a exemplo da felação, poderá, nos termos da nova redação que foi dada ao art. 213 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ser responsabilizado pelo delito de estupro.

²³ Cf. nota no final do capítulo.

11.12. Conjunção carnal e prática conjunta de outros atos libidinosos

Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar a efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes.

Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como *crime único*, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.

11.13. Ejaculação precoce

Pode ocorrer que o agente, depois de constranger a vítima para que leve a efeito a conjunção carnal, ejacule precocemente, ficando, assim, impedido de prosseguir no ato, pois que, a partir daquele instante, torna-se impossível a penetração, tendo em vista a flacidez peniana.

Nesse caso, deverá o agente ser responsabilizado pela tentativa de estupro, uma vez que havia dado início aos atos de execução, não chegando à consumação da infração penal, ou seja, aos atos de penetração vagínica, por circunstâncias alheias à sua vontade, caso não tenha consumado a infração penal com a prática de outros atos libidinosos relevantes, como já ressaltado anteriormente.

11.14. Agente que é surpreendido depois da prática dos atos de constrangimento, mas ainda sem se encontrar em estado de ereção peniana

A dúvida que se coloca nesse tema diz respeito, basicamente, ao fato de termos de apontar o momento que se tem por iniciada a execução no crime de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal ou a prática do sexo anal. Assim, o início seria quando da prática de qualquer ato que importasse em constrangimento da vítima, ou seria necessário, ao seu reconhecimento, o fato de o agente já se encontrar em estado de ereção peniana, se a sua finalidade era a penetração vaginal ou mesmo o sexo anal?

Acreditamos que o início da execução pode ser apontado com a prática de atos que importem no reconhecimento do constrangimento sofrido pela vítima, mesmo que o agente, no momento em que foi surpreendido, *v.g.*, ainda não se encontrasse em estado de ereção, capaz de possibilitar a penetração necessária ao coito por ele pretendido.

Assim, a partir dos atos de constrangimento, levado a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, já poderá ser responsabilizado pela tentativa de estupro.

11.15. Possibilidade de ser o estupro evitado pela própria mulher

Hungria, expressando o pensamento machista que envolvia a edição do nosso Código Penal na década de 1940, argumentava:

“É objeto de dúvida se uma mulher, adulta e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga.

Para desacreditar a acusação de estupro com unidade de agente, há também uma das sensatas decisões de Sancho-Pança na *ilha Barataria*. Certa vez, na audiência de Sancho,

entrou uma mulher que, trazendo um homem pela gola, bradava: 'Justiça! Justiça, senhor governador! Se não a encontro na terra, irei buscá-la no céu. Este mau homem surpreendeu-me em pleno campo e abusou da minha fraqueza. Negada formalmente a acusação, Sancho tomou ao acusado sua recheada bolsa de dinheiro e, a pretexto de reparação do mal, passou-a à querelante. Foi-se esta em grande satisfação, mas Sancho ordenou ao acusado que seguisse no seu encalço, para retomar a bolsa. Em vão, porém, tentou o homem reaver o seu dinheiro, e voltou de rosto agatanhado e a sangrar, confessando-se vencido. Então, fazendo a mulher restituir a bolsa, disse-lhe Sancho: 'Se tivesses defendido tua honra tão empenhadamente como vens de defender essa bolsa, jamais a terias perdido. Não passas de uma audaciosa ladra'. Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos".²⁴

Ninguém duvida, hoje em dia, da violência com que os estupro são praticados, do pavor que os estupradores infundem em suas vítimas para que não exerçam qualquer tipo de reação, sob pena de perderem a vida. A passagem citada de Hungria somente se presta a demonstrar a evolução pela qual vem passando a sociedade. Em um passado não muito distante, considerava-se a vítima do estupro culpada de sua própria sorte, por não ter se esforçado o suficiente no sentido de evitar a penetração do agente, posição que não se pode sustentar hoje em dia.

24 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 122-123.

11.16. Exame de corpo de delito

Como regra, o estupro, se houver penetração vaginal ou anal, é uma infração penal que deixa vestígios, razão pela qual, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, haveria necessidade de realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto.

No entanto, há situações em que tal exame se faz completamente desnecessário, permitindo a condenação do agente mesmo diante da sua ausência nos autos. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que uma senhora com 60 anos de idade, mãe de 10 filhos, tenha sido estuprada, com penetração vaginal, mediante o emprego de grave ameaça por parte do agente, não tendo havido ejaculação, e que tenha sido convencida por uma de suas filhas a levar os fatos ao conhecimento da autoridade policial somente 30 dias depois de ocorrido. Nesse caso, pergunta-se: Qual a necessidade de tal exame? Seria para apontar o rompimento do hímen? Ou mesmo para identificar a violência sofrida? Ou para a colheita de sêmen? Enfim, como se percebe, os fatos apresentados não exigem nenhuma dessas comprovações.

Aqui, na qualidade de mãe de 10 filhos, todos nascidos de parto normal, não haveria qualquer possibilidade de resistência himenal, que já se teria rompido há muitos anos. No caso apresentado, também não houve emprego de violência, mas tão somente a grave ameaça a fim de subjugar a vítima ao ato sexual, que aconteceu como outro qualquer. A ausência de ejaculação (mesmo que no contato sexual tenha ocorrido secreção de líquido peniano), após a mulher ter se lavado, enojada do constrangimento sexual a que foi submetida, afastaria também a necessidade da perícia, que nada poderia atestar depois de decorridos 30 dias da conjunção carnal.

Dessa forma, no caso em análise, seria forçá-la a outro tipo de constrangimento, ao submetê-la, forçosamente, a um exame com um médico desconhecido, o que aumentaria, ainda mais,

a sua vergonha, intensificando-se aquilo que é conhecido por vitimização secundária.

Portanto, embora o estupro, se houver conjunção carnal ou sexo anal, se encontre no rol das infrações penais que deixam vestígios, exigindo, como regra, a realização do exame de corpo de delito na vítima, a análise do caso concreto é que determinará essa necessidade, podendo tal regra ser excepcionada.

No entanto, haverá casos em que a prova pericial será mais um elemento de formação de convicção do julgador que, conjugada com os demais, poderá conduzir a um decreto condenatório.

11.17. Estupro e a lei nº 8.072/90

O estupro, seja na sua modalidade fundamental ou em suas formas qualificadas (Art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), consumado ou mesmo tentado, foi inserido no elenco das infrações penais consideradas hediondas pela Lei nº 8.072/90 (art. 1º, inciso V). A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, inseriu, ainda, o inciso VI ao mencionado art. 1º, que diz respeito ao chamado *estupro de vulnerável*, previsto no art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do Código Penal.

Dessa forma, conforme o art. 2º do mencionado diploma legal, será insuscetível de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança (conforme modificação introduzida pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que excluiu do mencionado inciso II a liberdade provisória, possibilitando, agora, a sua concessão, nos termos do art. 310 e parágrafo único do Código de Processo Penal).

De acordo com o § 1º do referido artigo, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, a pena deverá ser cumprida *inicialmente* em regime fechado.

Também merece destaque o fato de que, em virtude da revogação expressa do art. 224 do Código Penal, pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não será possível a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

11.18. Necessidade de contato físico

Entendemos não ser necessário o contato físico entre o agente e a vítima para efeitos de reconhecimento do delito de estupro, quando a conduta do agente for dirigida no sentido a fazer com a própria vítima pratique o ato libidinoso, a exemplo do que ocorre quando o agente, mediante grave ameaça, a obriga a se masturbar.

11.19. Beijo lascivo

Embora se discuta até hoje sobre o chamado beijo lascivo, não se descobriu ainda exatamente o que significa exatamente essa expressão. Beijo lascivo é aquele que choca a moral média que o presencia, ou é aquele que causa “inveja” em quem olha?

Apesar da dúvida, o beijo lascivo poderia, ainda hoje, mesmo depois da edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, ser entendido como delito de estupro, quando a vítima a ele é obrigada pelo agente mediante o emprego de violência ou grave ameaça? Entendemos que não. Por mais que seja ruim o beijo e por mais feia que seja a pessoa que o forçou, não podemos condenar alguém por esse fato a cumprir uma pena de, pelo menos, 6 (seis) anos de reclusão, isto é, com a mesma gravidade que se pune um homicida.

Imagine-se a situação de um agente ao entrar na carceragem em virtude de sua condenação pelo delito de estupro, por ter obrigado alguém a dar-lhe um beijo lascivo, excessivamente prolongado. Quando for indagado pelos demais presos sobre sua infração penal e responder que está ali para cumprir uma pena de seis anos por ter forçado um beijo em alguém, certamente não faltará, naquele local, quem queira beijá-lo todos os dias, mas o Direito Penal não poderá agir desse modo com um sujeito que praticou um comportamento que, a nosso ver, não tem a importância exigida pelo tipo penal do art. 213 do diploma repressivo.

Poderá, nesse caso, ser responsabilizado pelo delito de constrangimento ilegal, previsto pelo art. 146 do Código Penal,

ou mesmo pela contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor* (art. 61 da LCP), dependendo da intensidade e da gravidade do fato praticado, evitando-se, outrossim, a aplicação de uma pena extremamente desproporcional.

11.20. Diferença entre estupro e importunação ofensiva ao pudor

Diz o art. 61 da Lei das Contravenções Penais, *verbis*:

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena: multa.

Normalmente, destina-se à capitulação da mencionada contravenção penal os fatos que tenham vítima determinada e que, comparativamente ao delito de estupro, na modalidade em que o agente pratica na vítima um ato libidinoso, sejam considerados de menor importância.

Guilherme de Souza Nucci preleciona:

“Atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal, e não um crime. A este, é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça.”²⁵

11.21. Agressão a vítima em zonas sexuais, com o fim de humilhá-la

Dependendo da gravidade do fato praticado pelo agente, seu comportamento poderá ser considerado típico do delito previsto pelo art. 140, § 2º (injúria real), se era sua finalidade humilhar a vítima, como no exemplo daquele que a agride com tapas em

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 648.

suas nádegas, demonstrando, assim, a sua inferioridade, ou mesmo na hipótese daquele que, também com essa finalidade, agarra o saco escrotal da vítima a fim de vê-la implorar para que cesse com esse comportamento.

No entanto, ressaltamos que cada caso merecerá atenção específica. Assim, mesmo que com a finalidade de humilhar a vítima, se o agente, fisicamente mais forte, em vez de um simples tapa nas nádegas, introduzir o dedo em seu ânus, o delito não poderá ser entendido como mera injúria real, visto que, tanto objetiva quanto subjetivamente, o agente tinha conhecimento de que levava a efeito um ato grave e ofensivo à dignidade sexual da vítima, razão pela qual deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 213 do Código Penal.

11.22. Estatuto do índio

Preconiza o art. 59 do Estatuto do Índio (Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973):

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

Hoje, após a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que modificou o título VI do Código Penal, que previa os chamados Crimes contra os Costumes, passando a entendê-los, agora, como *Crimes contra a Dignidade Sexual*, deverá ser levada a efeito uma releitura do mencionado art. 59, sem que isso importe em qualquer interpretação prejudicial ao agente.

O que se deve fazer é adaptar tão somente o tipo ao novo Título constante do Código Penal, entendendo-se a palavra *costumes* como *dignidade sexual*.

Assim, na hipótese, por exemplo, de estupro de uma índia não integrada à nossa “cultura”, deverá ser aplicada a causa de aumento de pena determinada pelo mencionado artigo.

11.23. Presença de mais de uma causa de aumento de pena

Pode ocorrer que, no caso concreto, esteja presente uma, ou mesmo todas as causas de aumento de pena elencadas nos incisos III e IV do art. 234-A do Código Penal. Nesse caso, será aplicada a regra constante do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, que diz, *verbis*:

Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição, previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Atentado violento ao pudor

Art. 214. *(Revogado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Violação sexual mediante fraude
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. INTRODUÇÃO

O art. 215 do Código Penal, desde a sua edição original, de 1940, vem sofrendo algumas alterações. Inicialmente, previa o tipo penal a conduta de *ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*. Basicamente, a partir da década de 80 do século passado, acirraram-se, as críticas no que dizia respeito à expressão *mulher honesta*. A mulher do final do século XX já não podia sofrer esse tipo de discriminação. Era um evidente preconceito, que tinha que ser suprimido da nossa legislação penal. Essa mobilização ganhou força e, em 28 de março de 2005, o tipo penal foi modificado, passando a prever o comportamento de *ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude*. Era o fim da expressão que tanto causou polêmica no meio jurídico.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, modificou, por mais uma vez, o mencionado art. 215 do Código Penal. Agora,

não somente os elementos do tipo penal foram modificados, mas também a própria rubrica foi alterada. Como o tipo penal passaria a prever os comportamentos que se encontravam no revogado art. 216 do Código Penal, o delito passou a ser chamado de *violação sexual mediante fraude*. Percebe-se, portanto, que a nova figura típica é uma fusão dos já não mais existentes delitos de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, com a inclusão de novos elementos.

Assim, de acordo com a nova redação legal, constante do *caput* do mencionado art. 215, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *ter conjunção carnal*; b) ou praticar outro ato libidinoso com alguém; c) mediante fraude; d) ou meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

O verbo *ter*, utilizado pelo art. 215 do Código Penal, indica que somente o homem pode praticar o delito em estudo quando a finalidade for a conjunção carnal. Ao contrário do que ocorre com o crime de estupro, que utiliza o verbo *constranger*, dando margem, assim, à existência de posição doutrinária no sentido de entendê-lo como crime comum, pois que qualquer pessoa, não importando o sexo, pode *constranger* uma mulher, segurando-a, por exemplo, para que um homem mantenha, com ela, conjunção carnal, não se pode conceber como *comum* o delito de *violação sexual mediante fraude*, quando a finalidade for a prática da conjunção carnal, pois que o tipo penal, ao utilizar o verbo *ter*, traduz entendimento no sentido de que somente o homem pode praticá-lo, isto é, somente o homem pode *ter conjunção carnal com mulher*, vale dizer, levar a efeito a relação sexual normal, o coito vagínico, que só acontece quando se está diante de uma relação heterossexual.

Com as modificações levadas a efeito no art. 215 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, foi inserida no tipo penal em exame a conduta de *praticar outro ato libidinoso*. Nesse caso, o agente é que pratica os atos libidinosos na vítima. Se esta, por exemplo, em virtude da fraude ou outro meio utilizado

pelo agente, é ludibriada a praticar, em si mesma, atos sexuais, a exemplo da automasturbação, o fato deverá ser considerado atípico. A vítima, portanto, deverá ter um comportamento tão somente passivo, permitindo que o agente com ela mantenha a conjunção carnal, ou outro ato libidinoso. Da mesma forma, não será típico o comportamento quando o agente, mediante o emprego de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, faça com que ela, volitivamente, nele venha a praticar algum ato libidinoso, a exemplo da felação, da masturbação etc.

Houve, portanto, uma falha no tipo penal em estudo, uma vez que o revogado art. 216 do Código Penal previa o comportamento daquele que induzia alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. O novo tipo penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, portanto, criou uma lacuna, que não pode ser suprida através do recurso da analogia, posto que prejudicial ao agente, vale dizer, *in malam partem*.

Para que sejam levadas a efeito as condutas previstas no tipo, isto é, para que o agente tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém, deverá se valer da *fraude* ou *outro meio que impeça ou dificulte manifestação de vontade da vítima*.

A *fraude*, isto é, o ardil, o engano, o artifício, portanto, é um dos meios utilizados pelo agente para que tenha sucesso na prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. É o chamado *estelionato sexual*.

A fraude faz com que o consentimento da vítima seja viciado, pois que se tivesse conhecimento, efetivamente, da realidade não cederia aos apelos do agente.

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal aponta dois exemplos de fraude, vale dizer, a *simulação de casamento* e o fato de o agente *substituir-se ao marido na escuridão da alcova*. Quanto à simulação de casamento, podemos até entender e concordar com o vício

do consentimento da vítima, que somente pode ter permitido a conjunção carnal sob a condição do matrimônio. O segundo exemplo, no entanto, parece-nos um pouco teatral. Talvez fosse próprio para a mulher da década de 1940, época em que foi editado o Código Penal, quando, segundo se ouve falar, havia um buraco no lençol para que o marido pudesse ter relações sexuais com sua esposa, satisfazendo somente a sua libido, já que, normalmente, não se preocupava com o prazer sexual de sua esposa. Hoje, no entanto, dificilmente a mulher não saberá que está tendo relações sexuais com outra pessoa que se faz passar por seu marido.

Todavia, existem casos, infelizmente não incomuns, em que, por exemplo, “líderes espirituais”, ou melhor dizendo “cafajestes espirituais”, enganam suas vítimas, abatidas emocionalmente, e, mediante a sugestão da conjunção carnal ou da prática de qualquer outro ato libidinoso, alegam que resolverão todos os seus problemas. Também poderá ocorrer a hipótese de troca de pessoas tratando-se de irmãos gêmeos idênticos. Enfim, o ardil, o engano, o artifício, viciando o consentimento, devem fazer com que a vítima ceda aos pedidos sexuais do agente, permitindo a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

Nesse sentido, adverte Noronha:

“Conquanto rara a posse sexual fraudulenta, os livros registram alguns casos. Viveiros de Castro relata dois fatos. Um, de certo indivíduo, que convenceu a noiva de ser o casamento religioso o único válido, abandonando-a depois que a possuiu. Outro, o de um pajé – nome de curandeiro no Maranhão – que fazia suas consulentes acreditarem ter no ventre aranhas e baratas, que deviam ser retiradas por meio da cópula. Também os repertórios de jurisprudência relatam alguns casos: o de um homem que, após o matrimônio religioso e haver deflorado a vítima, furtou-se ao

casamento civil; e o de um curandeiro que convenceu duas menores de possuírem *fístula interna*, necessitando, assim, de tratamento *especial*".²⁶

Conforme explica Hungria, "*fraude* é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito. Nem toda fraude, porém, constitui *material* da entidade criminal em questão. Não bastam, assim, as meras *sugestões verbais*: é preciso o emprego de artifícios, de estratagemas (*mise en aevvre* de coisas ou pessoas) que torne insuperável o erro. Não é de confundir-se o engano obtido pela *sedução* com o engano a que, na espécie, é induzida a vítima. A *blanda verba*, os *allectamenta*, as *dolosae promissiones* nada tem a ver com a *fraus* necessária à configuração do crime de que ora se trata, pois não ofendem, sequer indiretamente, a liberdade sexual".²⁷

E continua o grande penalista, dizendo:

"A fraude (tal como acontece no estelionato) tanto se apresenta quando o agente tem a iniciativa de provocação do erro, com quando se aproveita de erro provocado por terceiro ou de erro espontâneo da vítima".²⁸ Assim, imagine-se, a título de exemplo, a hipótese em que os irmãos gêmeos idênticos tenham viajado juntos, com suas esposas. Durante a noite, uma delas erra a porta de seu quarto, e ingressa no cômodo onde estava seu cunhado. Coincidentemente, a esposa deste último havia permanecido em uma festa que se realizava naquele local. A cunhada, pensando tratar-se do próprio marido, o induz a prática do ato sexual. O gêmeo idêntico, mesmo

26 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 106.

27 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 149.

28 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. VIII, p. 151.

percebendo o erro, aproveita-se da situação e com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, deveria responder pelo delito em estudo, pois que, com sua fraude, permitindo que a vítima acreditasse que fosse seu irmão, a manteve em erro.

Além da fraude, o agente pode, de acordo com a nova redação legal, valer-se de *outro meio* que *impeça* ou *difículte* a livre manifestação de vontade da vítima. Cuida-se, *in casu*, da chamada interpretação analógica, ou seja, esse *outro meio* utilizado deverá ter uma conotação fraudulenta, a fim de que agente possa conseguir praticar as condutas previstas no tipo.

O verbo *impedir* é utilizado no texto com a ideia de que foi impossibilitada a livre manifestação de vontade da vítima, que se encontrava completamente viciada em virtude da fraude ou outro meio utilizado pelo agente, a fim de conseguir praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso. *Dificultar*, a seu turno, dá a ideia de que a vontade da vítima, embora viciada, não estava completamente anulada pela fraude ou outro meio utilizado pelo agente. Nesse último caso, embora ludibriada, a vítima poderia, nas circunstâncias em que se encontrava, ter descoberto o plano criminoso, mas, ainda assim, foi envolvida pelo agente.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime de mão-própria no que diz respeito ao sujeito ativo quando a conduta for no sentido de *ter conjunção carnal*, e próprio, neste caso, quanto ao sujeito passivo. Se a conduta for dirigida a prática de atos libidinosos, o crime será comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso; material; de dano; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de atos

libidinosos); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte e transeunte (dependendo da hipótese concreta a ser examinada, ou seja, podendo o crime deixar vestígios ou não).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *liberdade sexual*, seja da mulher ou do homem, é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de violação sexual mediante fraude e, de forma mais ampla, a *dignidade sexual*, conforme dispõe o Título VI do Código Penal.

O objeto material do delito é a *mulher*, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal. Quando estivermos diante de um comportamento que tenha por finalidade a prática de qualquer outro ato libidinoso, o objeto material poderá ser tanto o homem, como a mulher.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o homem pode ser *sujeito ativo* do delito de violação sexual mediante fraude quando a conduta for dirigida a ter conjunção carnal. Ao contrário, no que diz respeito a finalidade de praticar qualquer outro ato libidinoso, *sujeito ativo* poderá ser tanto o homem, como a mulher.

Sujeito passivo somente poderá ser a mulher quando o comportamento visar a conjunção carnal. No entanto, o homem ou a mulher podem figurar como sujeito passivo quando a conduta for dirigida à prática de qualquer outro ato libidinoso.

Assim, não podemos mais nos surpreender, na sociedade do século XXI, que uma mulher, por exemplo, mediante o emprego de fraude, venha a praticar sexo oral com um homem. Nesse caso, ela se colocaria na situação de sujeito ativo, e ele na posição de sujeito passivo do delito de violação sexual mediante fraude.

Tal como podia ocorrer com médicos ginecologistas, em relação às suas pacientes mulheres, agora, poderá uma médica urologista, por exemplo, examinar o pênis de um homem, nele

tocando e fazendo carícias, quando, no caso concreto, tal exame era considerado desnecessário. Nesse caso, sujeito passivo seria o paciente que, em virtude da fraude praticada, permitiu fosse examinado.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de violação sexual mediante fraude se consuma, na sua primeira parte, com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando que essa penetração seja total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

No que diz respeito à segunda parte, o delito se aperfeiçoa quando o sujeito ativo (homem ou mulher) pratica qualquer ato libidinoso com o sujeito passivo (que pode ser também um homem ou uma mulher).

É importante frisar, no entanto, que, devido à gravidade da pena prevista para essa infração penal, somente aqueles atos que importem em atentados graves contra a liberdade sexual é que poderão ser reconhecidos como característicos do tipo penal em estudo. Assim, por exemplo, utilizar-se de fraude para *beijar* a vítima, mesmo que seja um beijo prolongado, não se configura no delito em questão, devendo o fato ser considerado atípico. Ao contrário, se, por exemplo, o agente se utiliza de fraude ou de outro meio para, por exemplo, ter qualquer tipo de ato sexual que envolva penetração, ou mesmo qualquer tipo de felação (masculina ou feminina), já se poderá configurar no delito de violação sexual mediante fraude.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, imagine-se a hipótese daquele que, fazendo-se passar por seu irmão gêmeo, após despir a vítima, mas antes da efetivação da conjunção carnal, é por ela reconhecido em virtude da descoberta de uma tatuagem não existente no corpo de seu real companheiro. Nesse caso, podemos raciocinar no sentido de que o agente havia iniciado os atos de execução do

delito em estudo, que somente não se consumou, com a prática da conjunção carnal, por circunstâncias alheias à sua vontade.

Ou, ainda, a hipótese daquele que, fazendo-se passar por um médico ginecologista-obstetra, solicita à vítima que se dirija ao local destinado à realização do exame de toque, e é surpreendido e preso antes de introduzir os dedos no canal vaginal.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de violação sexual mediante fraude somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal ou a praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ter* e *praticar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível a sua prática via omissão imprópria, na hipótese de o garantidor, dolosamente, permitir que a vítima seja enganada pelo agente, tendo com ela conjunção carnal ou praticando o outro ato libidinoso se, no caso concreto, devia e podia agir a fim de evitar o resultado, conforme determinação contida no § 2º do art. 13 do Código Penal.

8. FINALIDADE DE OBTENÇÃO DE VANTAGEM ECONÔMICA

O parágrafo único do art. 215 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, determina que *se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa*.

A aplicação da multa será regulada pela regra constante do art. 49 do Código Penal.

9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*:

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

I – (vetado);

II – (vetado);²⁹

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.”

Pode ocorrer que o agente, mediante o emprego de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, tenha conjunção carnal com a vítima, engravidando-a, ou mesmo pratique com alguém outro ato libidinoso, transmitindo à vítima doença de natureza sexual de que sabia ou deveria saber ser portador. Nesse caso, poderá ser aplicado o art. 234-A, conforme discussões levadas a efeito quando do estudo do art. 213 do Código Penal, para onde remetemos o leitor.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

O preceito secundário do art. 215 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Se o houver a finalidade de obtenção de vantagem econômica, será aplicada também a pena de multa.

²⁹ Os incisos I e II do art. 234-A, que foram objeto do veto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da 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, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.* Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.

Diz o art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009:

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.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

11. DESTAQUES

11.1. Mulher que percebe o erro durante o ato sexual

Pode acontecer que, durante o ato sexual e principalmente quando esse ocorrer mediante a troca de parceiros, como no citado caso dos gêmeos, a mulher, por exemplo, perceba que está se relacionando com outra pessoa. A partir daí, podemos raciocinar com duas hipóteses. A primeira delas, a mulher consente no prosseguimento do coito; a segunda, tenta interrompê-lo, mas é impedida pelo agente.

Na primeira hipótese, não haveria o crime de violação sexual mediante fraude, visto que o consentimento, ainda durante a prática do ato sexual, afastaria o vício de vontade.

Na segunda situação, caso a vítima percebesse e quisesse interromper o ato sexual, mas fosse impedida pelo agente, este deveria responder pelo estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

11.2. Fraude grosseira

A fraude grosseira tem o condão de afastar a infração penal, pois que a vítima não estaria se entregando enganosamente

ao agente, uma vez que, como diz a parte final do art. 215 do Código Penal, a utilização desse meio não impediria ou mesmo dificultaria a sua livre manifestação de vontade.

Aplica-se, aqui, o raciocínio correspondente ao crime impossível, haja vista ser a fraude, por exemplo, o meio utilizado pelo agente para efeitos de sucesso no congresso carnal ou da prática de outro ato libidinoso. A fraude grosseira, portanto, se amoldaria ao conceito de meio absolutamente ineficaz.

No entanto, deve ser analisada caso a caso, verificando-se, principalmente, as condições e características pessoais da vítima que, de acordo com suas limitações, poderia ser mais facilmente enganada, mesmo que o artifício, o engodo, o artil utilizados pelo agente fossem completamente ineficazes para iludir alguém de entendimento mediano.

Assédio sexual

Art. 216-A.....

.....
§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.
(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)

O § 2º do art. 216-A foi acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, tendo tal inclusão, de acordo com a Justificação ao então projeto de lei, sido levada a efeito em virtude de dois motivos: “Primeiro, que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite o trabalho para adolescentes (Art. 60 e seguintes), o que poderia colocá-lo na situação de subordinação hierárquica ou de ascendência profissional, e, segundo, que, mesmo diante de relação irregular de trabalho infantil, é preciso assegurar proteção às crianças envolvidas e punir com mais razão os autores dessa relação irregular cumulada com assédio sexual, o que no Brasil se verifica em muitas situações, como a do trabalho doméstico”.

A idade da vítima é um dado de natureza objetiva, que deverá ser comprovado nos autos através do necessário documento de identificação (certidão de nascimento, documento de identidade etc), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Da mesma forma, para que possa ser aplicada a causa especial de aumento de pena deverá ficar demonstrado nos autos que o agente conhecia a idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

O § 2º do art. 216-A do Código Penal determina que o aumento máximo será de até um terço, não especificando, o mínimo. Assim, para que se mantenha a coerência com os demais artigos que também prevêem majorantes, o aumento mínimo deverá

ser de $1/6$ (um sexto), conciliando-se, assim, com os demais artigos constantes da legislação penal.

Assim, concluindo, tendo o agente conhecimento de que a vítima era menor de 18 anos, o julgador, obrigatoriamente, no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, determinará um aumento que variará entre um mínimo de $1/6$ (um sexto) e o máximo $1/3$ (um terço), encontrando-se, após essa aplicação, a chamada *pena justa*.

Capítulo II

Dos crimes sexuais contra vulnerável

Estupro de vulnerável *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º (VETADO) *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 4º Se da conduta resulta morte: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 80 do século passado, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado art. 224, “a”, do

Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa, ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção do que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, em 1940.

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade.

Em inúmeras passagens o Código Penal se vale tanto da idade da vítima, quanto a do próprio agente, seja para aumentar a pena, a exemplo do que ocorre com o art. 61, II, *h*, quando o crime é praticado contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, seja para levar a efeito algum cálculo diferenciado, como ocorre com a prescrição, onde os prazos são reduzidos pela metade quando o agente, ao tempo do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos, ou maior de 70 (setenta), na data da sentença, conforme determina o art. 115 do Código Penal, etc.

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, *permissa venia*, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seu conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo

afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social, etc. O que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento.

Hoje, com louvor, visando acabar, de vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos.

Nesse sentido, vale transcrever parcialmente a Justificação ao projeto que culminou com a edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando diz que o art. 217-A, *que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.*

Assim, de acordo com a redação constante do *caput* do art. 217-A do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *ter conjunção carnal*; b) ou *praticar qualquer outro ato libidinoso*; c) com pessoa menor de 14 (quatorze) anos.

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.

O mundo globalizado vive e presencia a atuação de pedófilos, que se valem de inúmeros e vis artifícios, a fim de praticarem algum ato sexual com crianças e adolescentes, não escapando de suas taras doentias até mesmo os recém-nascidos. A *internet* tem sido utilizada como um meio para atrair essas vítimas para as garras desses verdadeiros psicopatas sexuais. Vidas são destruídas em troca de pequenos momentos de um prazer estúpido e imbecil.

As condutas previstas no tipo penal do art. 217-A são as mesmas daquelas constantes do art. 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente entre eles reside no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Por isso, remetemos o leitor ao que foi dito quando do estudo do mencionado art. 213 do Código Penal, para não sermos repetitivos.

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato,

ou a sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese onde o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como ao modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas etc, quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um Motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Considera-se vulnerável não somente a vítima menor de 14 (quatorze) anos, mas também aquele que possuiu alguma enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, ou aquele que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, conforme se verifica pela redação do § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Percebe-se, sem muito esforço, que o legislador criou uma figura típica em substituição às hipóteses de presunção de violência constantes do revogado art. 224 do Código Penal. Assim, no *caput* do art. 217-A foi previsto o estupro de vulnerável, considerando como tal a vítima menor de 14 (quatorze) anos. No § 1º do mencionado artigo foram previstas outras causas de vulnerabilidade da vítima, ou seja, aquelas 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.

Na antiga redação do revogado art. 224 do Código Penal, a alínea *b* mencionava a alienação e debilidade mental. Hoje, o art. 217-A menciona enfermidade ou deficiência mental, padronizando, assim, os conceitos que já haviam sido adotados pelo Código Civil, conforme se verifica pela leitura do inciso II, do art. 2º que afirma serem *absolutamente incapazes de exercer*

pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos.

José Jairo Gomes, dissertando sobre o assunto, com precisão, assevera:

*“Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental. Pode ser provocada por diversos fatores, tais como: carências nutricionais, traumas decorrentes de impactos físico ou emocional, ingestão de tóxicos (drogas e álcool), parasitários (por ação de vermes, fungos), infecciosos (por ação de vírus, bacilos, bactérias), degenerativos (inerente ao próprio organismo, como a arteriosclerose, tumores e cânceres em geral). Logo, por *enfermidade mental* deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, devem ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais.*

*Deficiência, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por *deficiência mental* entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico”.*³⁰

De acordo com o Manual Merck de Medicina, retardo mental, subnormalidade mental ou deficiência mental é “a habilidade intelectual subnormal presente desde o nascimento ou infância precoce, manifestada por desenvolvimento anormal e associado a dificuldades no aprendizado e adaptação social”.³¹

³⁰ GOMES, José Jairo. *Teoria geral do direito civil*, p. 65.

³¹ Manual Merck de Medicina, 16ª edição, p. 2.087.

Preleciona Odon Ramos Maranhão que:

“Antigamente as expressões ‘frenastenia’ (escola italiana), ‘debilidade mental’ e ‘oligo-frenia’ serviam para se designar os atrasos do desenvolvimento que a Classificação Internacional de Doenças (CID 10) hoje denomina ‘retardo mental’. Sabe-se, seguramente, que não é apenas a esfera cognitiva a afetada, mas há o comprometimento global da personalidade.

Conceitua-se da seguinte forma: ‘Retardado mental é uma condição de desenvolvimento interrompido ou incompleto da mente, a qual é especialmente caracterizada por comprometimento de habilidades manifestadas durante o período de desenvolvimento, as quais contribuem para o nível global da inteligência, isto é, aptidões cognitivas, de linguagem, motoras e sociais’”.³²

Além do critério biológico (enfermidade ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico), tal como ocorre em relação aos inimputáveis, previstos pelo art. 26, *caput*, do Código Penal.

É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual.

Existem pessoas que são portadoras de alguma enfermidade ou deficiência mental que não deixaram de constituir família.

32 MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 327.

Assim, mulheres portadoras de enfermidades mentais, por exemplo, podem, tranquilamente, engravidar, ser mãe, cuidar de suas famílias, de seus afazeres domésticos, trabalhar, estudar etc. Assim, não se pode confundir a proibição legal constante do § 2º do art. 217-A do Código Penal com uma punição ao enfermo ou deficiente mental.

Dessa forma, repetindo, somente aquele que não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual é que pode ser considerado como vítima do delito de estupro de vulnerável.

Também previu o § 1º do art. 217-A do Código Penal o estupro de vulnerável quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

O item 70 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, mesmo dizendo respeito às hipóteses da revogada presunção de violência, elenca uma série de situações em que se pode verificar a impossibilidade de resistência da vítima:

seja esta resultante de causas mórbidas (enfermidades, grande debilidade orgânica, paralisia etc.), ou de especiais condições físicas (como quando o sujeito passivo é um indefeso aleijado, ou se encontra acidentalmente tolhido de movimentos).

Os meios de comunicação, incluindo, aqui, também, a *internet*, têm divulgado, infelizmente com frequência, casos de abusos por parte de médicos, e de outras pessoas ligadas à área da saúde, em pacientes que, de alguma forma, são incapazes de oferecer resistência, inclusive mostrando cenas chocantes e deprimentes.

Vale recordar algumas situações em que uma pessoa, em estado de coma, engravidou, supostamente, de um enfermeiro encarregado de prestar os cuidados necessários à manutenção de sua vida vegetativa; ou ainda daquele cirurgião plástico que, depois de anestesiá-las, fazendo-as dormir, mantinha com elas conjunção carnal; ou daquele terapeuta que abusava sexualmente de crianças e adolescentes depois de administrar-lhes algum sedativo.

Não importa que o próprio agente tenha colocado a vítima em situação que a impossibilitava de resistir ou que já a tenha encontrado nesse estado. Em ambas hipóteses deverá ser responsabilizado pelo estupro de vulnerável.

Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade, temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontram tetraplégicos etc.

Odon Ramos Maranhão, com acerto, alerta que também ocorrerá a incapacidade de resistência quando houver *deficiência do potencial motor*, dizendo o renomado autor que:

“se a vítima não tiver ou não puder usar o potencial motor, é evidente que não pode oferecer resistência. Assim, doenças crônicas e debilitantes (tuberculose avançada, neoplasia grave, desnutrições extremas etc.); uso de aparelhos ortopédicos (gesso em membros superiores e tórax; gesso aplicado na coluna vertebral; manutenção em posições bizarras para ossificação de certas fraturas etc.); paralisias regionais ou generalizadas; miastenias de várias causas etc. são casos em que a pessoa não pode oferecer resistência. Às vezes, não pode sequer gritar por socorro, seja pela grave debilidade, seja pelas condições do local onde se encontre”.³³

Com relação à idade da vítima, somente a sua impossibilidade no sentido de poder oferecer resistência é que permitirá o reconhecimento da figura típica, da mesma forma que o sono profundo. Nesse último caso, há pessoas que, literalmente, “dormem como uma pedra”, não acordando com facilidade.

33 MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 209.

Poderá, por exemplo, nessa hipótese, figurar como vítima de um ato libidinoso, sem que possa perceber essa situação.

Também há os casos em que o agente, por exemplo, almejando ter relações sexuais com a vítima, faz com que esta se coloque em estado de embriaguez completa, ficando, conseqüentemente, à sua disposição para o ato sexual. Se a embriaguez for parcial e se a vítima podia, de alguma forma, resistir, restará afastado o delito em estudo.

Verifica-se, nas situações elencadas pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, a impossibilidade que tem a vítima de expressar seu consentimento para o ato sexual, devendo a lei, portanto, procurar preservar a sua dignidade sexual.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

No que diz respeito ao sujeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão-própria, e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que seja a vítima seja menor de 14 (quatorze) anos (*caput*), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§ 1º); doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); material; de dano; instantâneo; de forma vinculada (quando disser respeito à conjunção carnal) e de forma livre (quando estivermos diante de um comportamento dirigido a prática de outros atos libidinosos); monossujeivo; plurissubsistente; não transeunte e transeunte (dependendo da forma como é praticado, o crime poderá deixar vestígios, a exemplo do coito vaginal ou do sexo anal; caso contrário, será difícil a sua constatação por meio de perícia, oportunidade em que deverá ser considerado um delito transeunte).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Em virtude da nova redação constante do Título VI do Código Penal, podemos apontar como bens juridicamente protegidos pelo art. 217-A tanto a liberdade quanto a dignidade sexual. Da mesma forma, como constava originalmente no projeto que, após algumas modificações, se converteu na Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos apontar o *desenvolvimento sexual* também como bem juridicamente tutelado pelo tipo penal em estudo.

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, atinge, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

Emiliano Borja Jiménez, dissertando sobre o conceito de liberdade sexual, com precisão, aduz que assim se entende a

“autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais”.³⁴

O objeto material do delito é a *criança*, ou seja, aquele que ainda não completou os 12 (doze) anos, nos termos preconizados pelo *caput* do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o *adolescente menor de 14 (catorze) anos*, bem como a vítima acometida de *enfermidade ou deficiência mental*, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, *não pode oferecer resistência*.

³⁴ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 156.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

De acordo com a redação legal, verifica-se que somente o *homem* pode ser *sujeito ativo* do delito de estupro de vulnerável quando a sua conduta for dirigida a conjunção carnal; nas demais hipóteses, ou seja, quando o comportamento for dirigido a praticar outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode figurar nessa condição.

Sujeito passivo será a pessoa menor de 14 (quatorze) anos, ou acometida de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

No que diz respeito à primeira parte constante do *caput* art. 217-A do Código Penal, o delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, não importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.

Quanto à segunda parte prevista no *caput* do art. 217-A do estatuto repressivo, consuma-se o estupro de vulnerável no momento em que o agente pratica qualquer outro ato libidinoso com a vítima.

Vale frisar que, em qualquer caso, a vítima deve se amoldar às características previstas tanto no *caput*, como no § 1º do art. 217-A do Código Penal, não importando se tenha ou não consentido para o ato sexual.

Em se tratando de um crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente admissível a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro de vulnerável, devendo abranger as características exigidas pelo tipo do art. 217-A do Código Penal, vale dizer, deverá o agente ter conhecimento de que a vítima

é menor de 14 (quatorze) anos, ou que esteja acometida de enfermidade ou deficiência mental, fazendo com que não tenha o discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência.

Se, na hipótese concreta, o agente desconhecia qualquer uma dessas características constantes da infração penal em estudo, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.

Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ter* e *praticar* pressupõem um comportamento *positivo* por parte do agente, tratando-se, pois, como regra, de um crime *comissivo*.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese do agente gozar do *status* de garantidor, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 13 do Código Penal.

Infelizmente, tem sido notícia comum nos meios de comunicação o fato de mães aceitarem que seus maridos ou companheiros tenham relações sexuais com seus filhos menores, nada fazendo, portanto, para impedir o estupro. Nesse caso, a sua omissão deverá ser punida com as mesmas penas constantes no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

Os §§ 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal preveem duas modalidades qualificadas no crime de estupro de vulnerável, *verbis*:

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

Pena: reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Por lesão corporal de natureza grave devemos entender aquelas previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 diz, claramente, que a lesão corporal de natureza grave, ou mesmo a morte da vítima, devem ter sido produzidas em consequência da conduta do agente, vale dizer, do comportamento que era dirigido finalisticamente no sentido de praticar o estupro.

No entanto, deve ser frisado que esses resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de *culpa*, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdolosos.

Dessa forma, o agente deve ter dirigido sua conduta no sentido de estuprar a vítima, vindo, culposamente, a causar-lhe lesões graves ou mesmo a morte.

No que diz respeito ao reconhecimento da tentativa qualificada de estupro de vulnerável, remetemos o leitor ao art. 213 do Código Penal, cujos fundamentos podem ser utilizados no tipo penal em exame.

9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*:

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

I – (vetado);

II – (vetado);³⁵

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

³⁵ Os incisos I e II do art. 234-A, que foram objeto do veto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da 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, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.* Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.

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

Infelizmente, tem sido uma constante que vítimas menores engravidem após terem sido violentadas sexualmente³⁶. A violência intrafamiliar, ou seja, aquela realizada no seio da família, tem contribuído para essa triste realidade. Dessa forma, justifica-se o maior juízo de reprovação, com a aplicação da majorante, reprimindo, com mais severidade, a ação de pedófilos que engravidam suas vítimas.

Da mesma forma, merece uma reprimenda mais severa aquele que, sabendo ou devendo saber ser portador de doença sexualmente transmissível, a transmite para a vítima em situação de vulnerabilidade.

Para uma melhor compreensão do tema, remetemos o leitor à discussão levada a efeito quando do estudo do delito de estupro, tipificado no art. 213 do Código Penal.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A pena prevista no preceito secundário do art. 217-A do Código Penal é de reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; se da conduta resulta morte, a pena é de reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

A ação penal, nos termos da nova redação dada ao parágrafo único do art. 225 do Código Penal, pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, será de iniciativa pública incondicionada, tendo em vista a vulnerabilidade da vítima.

³⁶ Em pesquisa realizada no Hospital Pérola Byington, em São Paulo, referência no tratamento de mulheres vítimas de violência sexual, foi constatado que 43% dos atendimentos diários se referem a meninas com menos de 12 anos de idade que engravidaram depois de terem sido estupradas. É um dado, realmente, assustador, razão pela qual se justifica a maior punição do pedófilo que engravida essas crianças e adolescentes.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, criado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

11. DESTAQUES

11.1. Concurso entre o constrangimento e o estupro de vulnerável

O art. 217-A do Código Penal não exige que o delito seja praticado mediante o emprego de violência física (*vis absoluta*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*). O simples fato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa considerada vulnerável, mesmo com o consentimento desta, já importa na prática do crime. Isso porque se presume, de forma absoluta, a incapacidade que essas pessoas possuem para consentir.

No entanto, poderá o delito ser praticado através do emprego de violência física ou mesmo da grave ameaça, como ocorre com o estupro tipificado no art. 213 do Código Penal. Nesse caso, pergunta-se, poderia se falar em concurso de crimes? A resposta só pode ser positiva. Não sendo um elemento constante do tipo do estupro de vulnerável, será possível o reconhecimento do concurso material entre o delito de lesão corporal (leve, grave ou gravíssima), ou a ameaça, com o tipo do art. 217-A do Código Penal.

11.2. Agente que constrange a vítima, com a finalidade de praticar atos libidinosos, sem que tenha conhecimento de que se amolda a uma das situações previstas no *caput*, bem como no § 1º do art. 217-A

Não tendo o agente conhecimento de que a vítima se amolda a uma das situações elencadas pelo *caput* ou pelo § 1º do art. 217-A do Código Penal, poderá ser alegado o erro de tipo, devendo o agente ser responsabilizado pelo estupro tipificado no art. 213 do mesmo diploma repressivo, cuja pena é significativamente inferior àquela prevista para o estupro de vulnerável.

11.3. Vítima que mantém relações sexuais consentidas no dia em que completa 14 (catorze) anos

O *caput* do art. 217-A do Código Penal considera como vulnerável a vítima menor de 14 (catorze) anos de idade. Assim, se o agente, mediante o consentimento da vítima, com ela, por exemplo, tem conjunção carnal no dia de seu aniversário, em que completava 14 (catorze) anos, o fato deixará de se amoldar ao tipo penal em estudo, devendo ser considerado atípico.

11.4. Pedofilia

De todos os crimes que nos causam asco, que nos enojam, que nos fazem sentir um sentimento de repulsa, sem dúvida alguma, a pedofilia se encontra no topo da lista. Muito embora o Código Penal não tenha usado a palavra *pedofilia*, o comportamento daquele que mantém relações sexuais com crianças, a exemplo do que ocorre com aquele que pratica o delito de estupro de vulnerável, pode, tranquilamente, se amoldar a esse conceito.

Genival Veloso de França define a pedofilia como sendo uma:

“perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos psíquicos e morais dos seus autores.

É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maioria das vezes por serem portadores de complexo ou sentimento de inferioridade. São quase sempre portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam

da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas de menores.

Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maioria dos casos, a criança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto”.³⁷

Essa relação abominável pode ser tanto hétero como homossexual.

Ultimamente, o mundo tem convergido esforços no sentido de combater os pedófilos que se utilizam, principalmente, da *internet* para atrair suas vítimas inocentes.

As seqüelas que esses abusos sexuais produzem em nossas crianças são, muitas vezes, irreparáveis.

Em muitos casos, infelizmente, a pequena vítima guarda para si a violência que vem sofrendo por parte do pedófilo, pois, em virtude do abalo psicológico a que é submetida, sente-se amedrontada em contar o fato a qualquer pessoa, principalmente a seus familiares.

Existe toda uma técnica para se descobrir se uma criança está sendo vítima de algum abuso sexual, principalmente o estupro. São traços comuns, característicos dessa espécie de criminalidade, que afloram nas crianças que são submetidas a essas atrocidades. Guilherme Schelb, com precisão, aponta três tipos de indicadores de abuso sexual, a saber:

- “a) Indicadores físicos da criança e do adolescente
- Infecções urinárias.
 - Dor ou inchaço na área genital ou anal.
 - Lesão ou sangramento genital ou anal.

³⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*, p. 234.

- Secreções vaginais ou penianas.
 - Doenças sexualmente transmissíveis.
 - Dificuldade de caminhar ou sentar.
 - Falta de controle ao urinar (incontinência urinária).
 - Enfermidades psicossomáticas (doenças de pele ou digestivas, etc)
- b) Comportamento da criança e do adolescente
- Comportamento sexual inadequado para a idade ou brincadeiras sexuais agressivas
 - Palavras de conotação sexual incompatíveis com a idade.
 - Falta de confiança em adultos.
 - Fugas de casa.
 - Alegações de abuso.
 - Idéias e tentativas de suicídio.
 - Autoflagelação (o jovem fere o próprio corpo).
 - Terror noturno (sono agitado em que a criança acorda com medo, no meio da noite, normalmente chorando ou gritando)
- c) Comportamento da família (quando conivente ou autora da violência)
- Oculta frequentemente o abuso.
 - É muito possessiva, negando à criança contatos sociais normais.
 - Acusa a criança de promiscuidade, sedução sexual e atividade sexual fora de casa.
 - Afirma que o contato sexual é uma forma de amor familiar”³⁸.

38 Schelb, Guilherme. *Segredos da violência*, p. 19-20.

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Parágrafo único. *(VETADO)*

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, dando nova redação ao art. 218 do Código Penal, passou a entender como *corrupção de menores* o fato de *induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem*.

Trata-se, na verdade, de uma modalidade especial de lenocínio, onde o agente presta assistência à libidinagem de outrem, tendo ou não finalidade de obtenção de vantagem econômica. Hungria afirma que:

“a nota diferencial, característica do lenocínio (em cotejo com os demais crimes sexuais), está em que, ao invés de servir à concupiscência de seus próprios agentes, opera, em torno na lascívia alheia, a prática sexual *inter alios*. Esta é uma nota comum entre *proxenetas*, *rufiões* e *traficantes de mulheres*: todos *corvejam* em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão. No extremo ponto da escala de indignidade, porém, estão, por certo, os que agem *lucri faciendo causa*: o proxeneta de ofício, o rufião habitual, o ‘marchante’ de mulheres para as

feiras de Vênus Libertina. De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São *tênias* da prostituição, os *parasitas* do vil mercado dos prazeres sexuais. Figuras típicas da *malavita*. Constituem, como diz Viazzi, um peso morto na luta solidária para a consecução dos fins coletivos. As meretrizes (segundo o tropo do padre Vieira) ‘comem do próprio corpo’, e essa ignóbil caterva de *profiteurs* disputa bocados e nacos no prato de tal infâmia”.³⁹

Genial a passagem escrita pelo maior penalista que o Brasil já conheceu. Se Hungria já se indignava com a existência do proxeneta tradicional, que diria ele a respeito daquele que, como ocorre nos dias de hoje, explora nossas crianças e adolescentes menores de 14 (catorze) anos? Esses, realmente, fazem parte da escória da sociedade. Não se importam em macular sexualmente aqueles que ainda se encontram em processo de desenvolvimento.

Aquele que pratica o lenocínio é conhecido como *proxeneta*. O proxenitismo, em virtude das alterações ocorridas no Código Penal, abrange as cinco figuras típicas constantes dos arts. 218, 218-B, 227, 228 e 229, que prevêm, respectivamente, os delitos de *corrupção de menores*, *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável*, *mediação para servir a lascívia de outrem*, *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual e casa de prostituição*.

Inicialmente, vale ressaltar que, em sua redação original, o art. 218 do Código Penal entendia como delito de *corrupção de menores* a conduta de *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 a presenciá-lo*. A nova redação constante do art. 218 do Código Penal mudou significativamente seus elementos, uma vez que

39 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal, v. VIII, p. 267.

o tipo penal prevê o delito de *corrupção de menores* quando o agente induz alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Assim, de acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: a) a conduta de *induzir alguém*; b) com a finalidade de *satisfazer a lascívia de outrem*.

O núcleo *induzir* é utilizado no sentido não somente de incutir a idéia na vítima, como também de convencê-la à prática do comportamento previsto no tipo penal. A vítima, aqui, é convencida pelo proxeneta a satisfazer a lascívia de outrem.

Por *satisfazer a lascívia* somente podemos entender aquele comportamento que não imponha à vítima, menor de 14 (catorze) anos, a prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso, uma vez que, nesses casos, teria o agente que responder pelo delito de estupro de vulnerável, em virtude da regra constante do art. 29 do Código Penal, que seria aplicada ao art. 217-A do mesmo diploma repressivo.

Assim, por exemplo, poderia o agente induzir a vítima a fazer um ensaio fotográfico, completamente nua, ou mesmo tomar banho na presença de alguém, ou simplesmente ficar deitada, sem roupas, praticar a automasturbação, fazer danças eróticas, semi-nua, com roupas minúsculas, fazer *striptease*, etc, pois que essas cenas satisfazem a lascívia de alguém, que atua como *voyeur*.

O *voyeurismo* é uma prática que consiste num indivíduo conseguir obter prazer sexual através da observação de outras pessoas, que podem ou não ter conhecimento da sua presença.

Assim, é importante frisar que, em nenhum momento, a vítima menor de 14 (catorze) anos poderá ser submetida a conjunção carnal ou a outros atos libidinosos, pois que, se isso ocorrer, estaremos diante do delito de estupro de vulneráveis, tipificado no art. 217-A do Código Penal, e não o crime de corrupção de menores, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Quando a lei penal menciona, na sua parte final, que a vítima deverá ser induzida a satisfazer a lascívia *de outrem*, está afirmando, conseqüentemente, que deverá ser *uma pessoa ou grupo de pessoas determinadas*.

A nota característica do lenocínio é que o proxeneta atua não no sentido de satisfazer sua libido, mas sim de satisfazer a lascívia de outrem, de terceira pessoa.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo, pois que o delito somente se configurará se o induzido for alguém menor de 14 (quatorze) anos; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); instantâneo; incongruente; monossubjetivo; plurissubistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo art. 218 do Código Penal é a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, bem como o direito a um desenvolvimento sexual condizente com a sua idade.

O objeto material é a pessoa contra a qual recai a conduta praticada pelo agente, vale dizer, aquela, menor de 14 (catorze) anos, que foi induzida a satisfazer a lascívia de outrem.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção de menores*, não havendo nenhuma qualidade ou condição especial exigida pelo tipo, sendo, portanto, um delito de natureza comum.

No que diz respeito ao sujeito passivo, somente alguém menor de 14 (catorze) anos pode figurar nessa condição, seja do sexo masculino ou feminino.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Embora o núcleo *induzir* nos dê a impressão de que a consumação ocorreria no momento em que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, fosse convencida pelo agente a satisfazer a lascívia de outrem, somos partidários da corrente que entende ser necessária a realização, por parte da vítima, de pelo menos algum ato tendente à satisfação da lascívia de outrem, cuidando-se, pois, de delito de natureza material.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, no qual se permite o fracionamento do *iter criminis*, torna-se perfeitamente admissível a tentativa. Assim, imagine-se a hipótese em que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, depois de ser induzida pelo agente à satisfação da lascívia de outrem, é impedida, por circunstâncias alheias à vontade do agente, momentos antes de realizar o comportamento que se adequaria ao tipo penal em estudo, quando, por exemplo, são descobertos em determinado cômodo de uma residência, por seu proprietário, que os expulsa daquele lugar, evitando, assim, a consumação do delito.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção de menores*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a praticar qualquer ato que tenha uma conotação sexual, capaz de satisfazer a lascívia de outrem.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *induzir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, também ser praticado

via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fazer para impedir a prática da infração penal.

8. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

O art. 234-A, nos termos da redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera, *verbis*:

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

I – (vetado);

II – (vetado);⁴⁰

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.”

Tendo em vista a limitação contida no tipo penal, pois que o menor de 14 (catorze) anos não poderá praticar a conjunção carnal ou mesmo outro ato libidinoso com o agente, será de difícil ocorrência a hipótese onde sejam aplicadas as mencionadas majorantes.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 não somente modificou a redação constante do preceito primário do art. 218 do Código Penal, como também a pena cominada em seu preceito

⁴⁰ Os incisos I e II do art. 234-A, que foram objeto do veto presidencial, diziam, respectivamente: *I – da 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, madrasta, tio, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador da vítima ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.* Nas razões dos vetos foi esclarecido que “as hipóteses de aumento de pena previstas nos dispositivos que se busca acrescentar ao diploma legal já figuram nas disposições gerais do Título VI. Dessa forma, o acréscimo dos novos dispositivos pouco contribuirá para a regulamentação da matéria e dará ensejo ao surgimento de controvérsias em torno da aplicabilidade do texto atualmente em vigor”.

secundário, passando a prever uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, nos termos do parágrafo único do art. 225 do Código Penal.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

10. DESTAQUES

10.1. Habitualidade

O delito de *corrupção de menores*, mesmo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, não se encontra no rol daquelas infrações penais reconhecidas como habituais.

Portanto, basta que a conduta do agente seja dirigida, por uma única vez, a fazer com que a vítima atue no sentido de satisfazer a lascívia de outrem para que o delito reste consumado.

A habitualidade, aqui, poderá, se for o caso, importar no reconhecimento do concurso de crimes, aplicando-se a regra constante dos arts. 69 ou 71 do Código Penal, dependendo do caso concreto.

10.2. Terceiro que satisfaz sua lascívia com a vítima menor de 14 (catorze) anos

Aquele que vê satisfeita sua lascívia em virtude do comportamento praticado pelo proxeneta não pratica o delito tipificado no art. 218 do Código Penal, que exige do sujeito ativo uma atuação no sentido de satisfazer a lascívia de *outrem*, e não a própria.

10.3. Erro de tipo quando à idade da vítima

Para que o agente possa responder pelo delito tipificado pelo art. 218 do Código Penal deverá, obrigatoriamente, ter

conhecimento da idade da vítima, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado pela infração penal prevista pelo art. 227 do mesmo diploma legal.

10.4. Prova da idade da vítima

Para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito tipificado no art. 218 do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ser provada nos autos a idade da vítima, através de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

10.5. Vítima que é induzida a satisfazer a lascívia de outrem pela *internet*

Pode ocorrer que a vítima, menor de 14 (catorze) anos, seja induzida pelo proxeneta a se exhibir para alguém através da internet, via *webcan*, fazendo *streaptease*. Nesse caso, seria possível a configuração do delito de corrupção de menores? A resposta só pode ser positiva. Isso porque o art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.829/2008, pune, com uma pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, aquele que vier a *produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente*, sendo que o § 1º do referido artigo diz que *incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de crianças ou adolescentes nas cenas referidas no caput do artigo, ou ainda quem com esses contracenam*.

Como se percebe pela leitura do art. 240 do mencionado estatuto, não houve previsão legal para o comportamento de, simplesmente, *assistir* à exibição erótica do menor de 14

(catorze) anos, sendo necessário, para efeitos de configuração do delito, que o agente, ao menos, registre a cena, ou seja, grave as imagens em seu computador, por exemplo, para que o proxeneta possa ser responsabilizado.

No entanto, o induzimento à exposição do menor de 14 (catorze) anos através de *webcam* já se configurará no delito de corrupção de menores, se a finalidade for a satisfação da lascívia de outrem.

10.6. Corrupção de menores no estatuto da criança e do adolescente (lei nº 8.069/90)

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 revogou, expressamente, a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que previa o crime de corrupção de menores, criando, por outro lado, o art. 244-B no Estatuto da Criança e do Adolescente, que versa, *verbis*:

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.

A redação constante do *caput* do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é muito parecida com a do revogado art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Aqui, embora não exista mais essa rubrica, haverá a corrupção de menores quando o agente praticar uma infração penal em companhia do menor ou induzi-lo a praticá-la. Procura-se evitar, com a tipificação levada a efeito pelo referido art. 244-B, que o menor seja iniciado na criminalidade, corrompendo a sua formação moral.

Deve-se notar, ainda, que o art. 244-B da Lei nº 8.069/90 aponta que o menor deve ter idade inferior a 18 anos, não determinando idade mínima. Assim, se um roubo, por exemplo, for praticado pelo agente em companhia de um menor que contava, à época dos fatos, com 13 anos de idade, em tese, poderá configurar-se o delito tipificado na lei especial. Agora, no entanto, se o fato for praticado em companhia de uma criança de apenas 2 anos de idade, não se poderá cogitar da infração penal em estudo, devendo-se aplicar, pois, o princípio da razoabilidade.

Entendemos que, para efeito de configuração do delito, deverá ser demonstrado que, com a prática da infração penal, houve a efetiva corrupção ou, pelo menos, a facilitação da corrupção do menor de 18 (dezoito) anos, pois, caso contrário, o fato deverá ser considerado atípico. Assim, imagine-se a hipótese em que um menor tenha participado no cometimento de uma infração penal levada a efeito por um agente imputável e, logo após, arrepende-se do que fez e deixa de praticar qualquer outro ato infracional, levando uma vida “normal”, de acordo com os padrões legais exigidos. Não se pode dizer, nesse caso, que o agente tenha corrompido ou facilitado a corrupção do referido menor, razão pela qual devemos entender pelo afastamento do tipo penal do art. 244-B da Lei nº 8.069/90.

Da mesma forma, se a vítima já se encontrava corrompida, sendo, outrossim, pessoa voltada à prática de infrações penais, também não se poderá cogitar do reconhecimento do delito em estudo, podendo-se levar a efeito o raciocínio relativo ao crime impossível, em virtude da absoluta impropriedade do objeto.

Nossos Tribunais Superiores, no entanto, diante da revogada Lei nº 2.252/54, cuja redação de seu art. 1º era similar àquele prevista para o art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, já haviam decidido o seguinte:

“E firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crime tipificado no art. 1º da Lei nº 22.52/54 é formal, ou seja, a sua caracterização independe da efetiva corrupção do menor, sendo suficiente a comprovação da participação do inimputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 (dezoito) anos (STJ, REsp. 1031617/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T, DJ 19/3/2007, p. 391).

Em sentido contrário, entendendo pela natureza material do delito, já decidiu o TJMG que:

“o crime de corrupção de menores, descrito no art. 1º da Lei nº 2.252/54, em qualquer das suas duas formas de conduta – corromper ou facilitar a corrupção –, tem a natureza de crime material, que se configura em face do resultado, sendo, portanto, necessário para a sua configuração que se demonstre a efetiva corrupção do adolescente (STJ). (TJMG, ACR 1.0024.06.249627-8/001, 2ª Cam. Crim., Rel. Beatriz Pinheiro Caires, pub. 1º/2/2008).

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 previu, no § 1º do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, que as condutas nele elencadas poderiam ser praticadas com a utilização de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de “bate-papo” na internet.

Inúmeros delitos podem ser praticados através dos meios apontados pelo referido parágrafo, desde delitos patrimoniais, até crimes que envolvam a ação de pedófilos. Se o comportamento criminoso for praticado em companhia do menor de 18 anos,

mesmo que virtualmente, também se poderá cogitar do delito em análise.

O § 2º do art. 244-B diz que as penas previstas no *caput* 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.

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (*Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (*Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (*Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*)

1. INTRODUÇÃO

O delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* foi inserido no Código Penal através da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, vindo, outrossim, a cobrir uma falha existente em nosso ordenamento jurídico, que não previa essa situação.

A redação anterior do delito de *corrupção de menores*, previsto no já modificado art. 218 do Código Penal, somente tipificava o comportamento daquele que corrompia ou facilitava a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, fazendo com que presenciase a prática de atos de libidinagem. Se a vítima fosse menor de 14 (catorze) anos, em virtude dessa falha legislativa, o fato era considerado atípico, por ausência de previsão legal tanto pelo Código Penal, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Agora, de acordo com o novo art. 218-A, podemos apontar os seguintes elementos que informam a figura típica: a) a conduta de *praticar* conjunção carnal ou outro ato libidinoso; b) na presença de alguém menor de 14 (catorze anos); c) ou induzi-lo a presenciar a prática desses atos; d) com a finalidade de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Para que ocorra o delito em estudo, é necessário que o agente esteja praticando a conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença de menor de 14 (catorze) anos. Inicialmente, pela redação do artigo em estudo, podemos concluir que, na primeira hipótese, embora o agente não tivesse induzido o menor a presenciar o ato sexual que estava sendo realizado, sabia que este a tudo assistia e, em virtude disso, permite que ali permaneça, pois que isso também é uma forma de satisfazer a sua própria libido ou mesmo a de outrem.

Assim, a presença do menor, que a tudo assiste, é um motivo também de prazer sexual para o agente. É mais uma maneira de exteriorizar sua libido. Saber que está sendo assistido pelo menor estimula o agente na prática dos atos sexuais, pois que isso também lhe dá prazer.

Por outro lado, o artigo menciona também que o menor de 14 (catorze) anos, embora não realize nenhum ato de natureza sexual, é induzido pelo agente a presenciar, a assistir a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O núcleo induzir nos dá a idéia de que o agente havia convencido o menor a presenciar os atos sexuais.

No tipo penal em estudo, o que podemos entender por lascívia? Conforme lições de Noronha, “lascívia é sinônimo de sensualidade, luxúria, concupiscência e libidinagem”.⁴¹ Assim, aquele que permite que um menor de 14 (catorze) anos presencie a prática de atos sexuais (conjunção carnal ou outro ato libidinoso), ou mesmo que o induz a presenciá-lo, deve ter por finalidade uma dessas características apontadas por Noronha, pois, caso isso não ocorra, isto é, ausente essa finalidade especial exigida pelo tipo, o fato deverá ser considerado como atípico.

De acordo com a redação legal, a finalidade do agente, ao permitir ou a induzir que o menor assista a prática dos atos sexuais pode ser tanto dirigida à satisfação da sua própria lascívia, como a de terceiros. Pode ocorrer que alguém se satisfaça sexualmente em saber que o menor de 14 (catorze)

⁴¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 219.

anos assiste, por exemplo, a prática da conjunção carnal. Nesse caso, pode ser até mesmo uma terceira pessoa, que não esteja participando dos atos sexuais que estão sendo presenciados pelo menor de 14 (catorze) anos. Seu *voyeurismo*, sua “tara sexual” pode se resumir ao fato de saber que aquela pessoa vulnerável assiste ao ato sexual praticado por outro.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo, e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo, pois que somente o menor de 14 (catorze) anos pode figurar nessa condição; doloso; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal); incongruente; de mera conduta; de perigo; de forma vinculada (pois que se exige que o menor presencie a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso); monossujeito; plurissubsistente; transeunte.

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Os bens juridicamente protegidos pelo art. 218-A do Código Penal são o desenvolvimento e a dignidade sexual do menor de 14 (quatorze) anos.

O objeto material é o menor de 14 (catorze) anos que presencia a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia do agente que pratica os atos sexuais ou mesmo de outrem.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Sujeito ativo pode ser considerado tanto o agente que pratica os atos sexuais presenciados pelo menor de 14 (catorze) anos, ou mesmo um terceiro, que satisfaz a sua lascívia sabendo da presença do menor naquele local.

Sujeito passivo é o menor de 14 (catorze) anos, que presencia a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso.

5. CONSUMAÇÃO TENTATIVA

O delito se consuma quando o menor de 14 (catorze) anos, efetivamente, presencia a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, satisfazendo, assim, a lascívia do agente que pratica os atos sexuais, ou mesmo de terceiro.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, no qual se permite o fracionamento do *iter criminis*, torna-se perfeitamente admissível a tentativa. Assim, imagine-se a hipótese em que um menor de 14 (catorze) anos seja induzido a presenciar a prática da conjunção carnal e, antes que os envolvidos no ato sexual tirassem as roupas, são surpreendidos pelo pai do referido menor, que impede a consumação do delito. Neste caso, poderíamos raciocinar com a hipótese de tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que o agente, negligentemente, permita que uma criança presencie a prática de algum ato libidinoso, em virtude de ter se descuidado em trancar a porta, ou mesmo por tê-la deixado entreaberta. Nesse caso, o fato deverá ser considerado como um indiferente penal.

Além disso, exige-se o chamado *especial fim de agir*, vale dizer, o agente deverá praticar o comportamento previsto no tipo penal com a finalidade de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *praticar* ou *induzir* a presenciar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, mesmo podendo e

devendo, nada fazer para evitar que o menor de 14 (catorze) anos presencie a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso, que tinha por finalidade a satisfação da lascívia de outrem.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A pena cominada ao delito de *satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente* é de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, nos termos do parágrafo único do art. 225 do Código Penal.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

9. DESTAQUE

9.1. Menor de 14 (catorze) anos que é induzido a presenciar cenas pornográfica através da *internet*

O tipo penal em exame não exige a presença física do menor que foi, por exemplo, induzido a presenciar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer a lascívia própria ou de outrem.

Com o avanço da tecnologia, principalmente a da *internet*, nada impede que alguém induza um menor a assistir, via *webcam*, um casal que se relacionava sexualmente. O casal, a seu turno, também praticava o ato sexual visualizando o menor através de seu computador.

Assim, embora à distância, o delito poderia ser perfeitamente praticado.

9.2. Concurso de agentes

Analisando o art. 218-A do Código Penal, podemos concluir que alguém pode ter induzido o menor a presenciar um casal praticando a conjunção carnal, por exemplo, com a finalidade de satisfazer lascívia própria.

Aqui, tanto o agente, que induz o menor, quanto o casal, que realiza o ato sexual, serão responsabilizados pelo delito em estudo, aplicando-se a regra do concurso de pessoas, cada qual contribuindo, com o seu comportamento, para a prática do crime.

9.3. Pais que tomam banho juntamente com seus filhos

Não é incomum o fato de alguns pais tomarem banho juntamente com seus filhos. Nesse caso, por mais que pareça erótica a cena, se não houver a finalidade de satisfação da lascívia própria ou de outrem, o fato será considerado atípico.

No entanto, infelizmente, em alguns lares, os abusos sexuais de pais para com seus filhos são constantes. Nesses casos, se for demonstrado que o pai, ou mesmo a mãe, que tomava banho juntamente com seu filho, agia de modo a satisfazer sua lascívia, como, por exemplo, se masturbando na presença do menor de 14 (catorze) anos, o delito restará configurado.

9.4. Família que vive em barracos ou outra residência precária

O Brasil ainda está longe de cumprir com as suas funções sociais, principalmente aquelas elencadas em nossa Constituição Federal. Por isso, ainda existem famílias que vivem em condições de miserabilidade, abaixo da linha de pobreza. Essas famílias, embora extremamente pobres e carentes, vivem em algum lugar. Esse lugar pode ser debaixo de algum viaduto, ou mesmo em um barraco feito com papelão, enfim, terão algo para dizer que é a sua “casa”. Nesse lugar, assim, farão a sua morada, com tudo o que lhe diz respeito, ou seja, farão a sua comida, brincarão com seus filhos, repousarão, se relacionarão sexualmente etc.

Assim, imagine-se a hipótese em que um casal de mendigos, no meio da noite, resolve ter relações sexuais, sendo que, naquele mesmo barraco, com somente um cômodo, a que chamam de casa, dormiam também seus filhos, todos menores de 14 (catorze) anos. Durante o ato sexual, uma das crianças acorda,

e não é percebida pelos pais, que continuam a se relacionar sexualmente. Nesse caso, o casal deveria responder pelo delito em estudo? Obviamente que não, uma vez que, além do fato de que, mesmo na condição de mendigos, o casal tem o direito de se relacionar sexualmente, não o fizeram com a finalidade de satisfazer a sua lascívia ou a de outrem.

Agiram, na verdade, de forma culposa, comportamento este que não é previsto pelo tipo, razão pela qual seu comportamento deverá ser entendido como um indiferente penal, ou seja, o fato por eles praticado será considerado atípico.

Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º Incorre nas mesmas penas: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo; *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. INTRODUÇÃO

O art. 218-B foi inserido no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, criando uma modalidade especial de delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, com a diferença de que, *in casu*, a vítima é alguém considerada vulnerável. Na verdade, não existe uma definição clara do conceito de vulnerabilidade. Quando se cuidou do crime de estupro, o novo diploma legal entendeu como vulnerável o menor de 14 (catorze) anos, bem como alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não pudesse oferecer resistência.

O referido art. 218-B, ao que parece, fornece um conceito mais amplo de pessoa vulnerável, uma vez que inclui, em sua definição, o menor de 18 (dezoito) anos. Assim, de acordo com a nova definição legal, podemos destacar os seguintes elementos que compõem a figura típica: a) as condutas de submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual; b) alguém menor de 18 (dezoito) anos; c) ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; d) facilitando, impedindo ou dificultando que a vítima a abandone.

A partir do I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996, foram definidas quatro modalidades de exploração sexual, a saber: prostituição, turismo sexual, pornografia e tráfico para fins sexuais.

Pode ocorrer que a exploração sexual da vítima não resulte, para ela, em qualquer lucro. Pode ser que se submeta a algum tipo de exploração sexual somente para que tenha um lugar onde morar, o que comer etc. A mídia tem divulgado, infelizmente, com uma frequência considerável, casos em que pessoas são exploradas sexualmente por outra em virtude da condição de miserabilidade em que se encontram. Por isso, permitem que

seus corpos sejam usados por pessoas inescrupulosas e, com isso, passam a receber o básico para sua subsistência. Na verdade, saem da situação de miserabilidade para a de pobreza. Muitas, inclusive, trocam seus corpos por drogas.

Assim, primeiramente, faz-se mister conceituar o que vem a ser prostituição. Eva T. Silveira Faleiros faz uma abordagem específica do tema ligada diretamente às crianças e adolescentes, dizendo:

“A prostituição é definida como a atividade na qual atos sexuais são negociados em troca de pagamento, não apenas monetário, mas podendo incluir a satisfação de necessidades básicas (alimentação, vestuário, abrigo) ou o acesso ao consumo de bens e de serviços (restaurantes, bares, hotéis, shoppings, butiques, diversão).

Trata-se de prática pública, visível, não ou semiclandestina, utilizada amplamente e justificada como necessidade da sexualidade humana, principalmente a masculina, embora farisaicamente abominada.

A prostituição tem diferentes formas: (garotas (os) de programa, em bordéis, de rua, em estradas), serviços e preços.

A bibliografia sobre esta problemática no Brasil, pesquisas e testemunhos de vítimas evidenciam que as crianças e adolescentes trabalham, em geral, na prostituição de rua (cidades, portos, estradas, articulada com o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais), ou em bordéis (na Região Norte em situação de escravidão). Muitos são moradores de rua, tendo vivenciado situações de violência física ou sexual e/ou de extrema pobreza e exclusão, de ambos os sexos, crianças, pré-adolescentes e adolescentes, pouco ou não-escolarizados. Trata-se de

trabalho extremamente perigoso e aviltante, sujeito a todo o tipo de violência, repressão policial e discriminação.

As instituições (governamentais, não-governamentais, internacionais), profissionais, pesquisadores e estudiosos da exploração sexual vêm questionando o termo *prostituição* de crianças e adolescentes, por considerarem que estes não optam por este tipo de atividade, mas que a ela são levados pelas condições e trajetórias de vida, induzidos por adultos, por suas carências e imaturidade emocional, bem como pelos apelos da sociedade de consumo. Neste sentido, não são trabalhadores do sexo, mas prostituídos, abusados e explorados sexualmente, economicamente e emocionalmente”.⁴²

Dessa forma, com a inserção do art. 218-B no Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, podemos entender que as condutas previstas no tipo penal em estudo podem ter por finalidade *outra forma de exploração sexual* que não a prostituição em si, ou seja, não há necessidade que exista o comércio do corpo, mas que tão somente a vítima seja explorada sexualmente, nada recebendo em troca por isso, amoldando-se a esse conceito, como já dissemos anteriormente, o turismo sexual e a pornografia.

O núcleo *submeter*, utilizado pelo novo tipo penal, nos fornece a idéia de que a vítima foi subjugada pelo agente, tendo que se sujeitar à prática da prostituição ou outra forma de exploração sexual. *Induzir* tem o significado de incutir a idéia, convencer alguém a se entregar à prostituição ou mesmo a outra forma de exploração sexual; atrair significa fazer com que a pessoa se sinta estimulada à prática do comércio do corpo ou de qualquer outro tipo de exploração sexual. Induzir e atrair são, na verdade,

42 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 78-79

situações muito parecidas, de difícil separação. O agente pode, por exemplo, induzir uma pessoa à prostituição, atraindo-a com perspectivas de riquezas, de aumento do seu padrão de vida, de possibilidade de viagens internacionais, enfim, a atração não deixa de ser um meio para que ocorra o induzimento.

Também incorre no delito em estudo aquele que facilita a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Aqui é denominado de *lenocínio acessório*. Conforme salienta Luiz Regis Prado, ocorre a facilitação quando o agente, “sem induzir ou atrair a vítima, proporciona-lhe meios eficazes de exercer a prostituição, arrumando-lhe clientes, colocando-a em lugares estratégicos, etc.”.⁴³ A diferença desse comportamento típico para os anteriores residiria no fato de que, no induzimento ou na atração de alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, a vítima ainda não se encontrava prostituída, nem, tampouco, explorada sexualmente por alguém; ao contrário, na facilitação, o agente permite que a vítima, já entregue ao comércio carnal ou outra forma de exploração sexual, nele se mantenha com o seu auxílio, com as facilidades por ele proporcionadas.

Também se configura no delito em estudo quando a conduta do agente dirigida a impedir que a vítima abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como se percebe pela redação típica, a vítima se encontra no exercício pleno da prostituição ou outra forma de exploração sexual e deseja abandoná-la, havendo a intervenção do agente no sentido de impedi-la, fazendo, por exemplo, com que tenha que saldar dívidas extorsivas relativas ao período em que permaneceu “hospedada às expensas do agente”, ou com algum artifício que a faça sopesar pela necessidade de permanecer no comércio carnal, etc.

Através da modificação feita pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, também aquele que vier a *dificultar* que alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato, abandone a prostituição ou outra forma de

⁴³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 277.

exploração sexual responderá pelo delito tipificado no art. 218-B do Código Penal. Dificultar tem o sentido de atrapalhar, criar embaraços, com a finalidade de fazer com que a vítima sintasse desestimulada a abandonar a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

O art. 218-B do Código Penal ainda exige, para efeitos de sua caracterização, que a vítima seja alguém *menor de 18 (dezoito) anos* ou que, *por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato*.

Inicialmente, em se tratando de vítima menor de 18 (dezoito) anos, somente poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo o agente que tiver efetivo conhecimento da idade da pessoa que por ele fora submetida, induzida ou atraída à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou que a tenha facilitado, ou mesmo impedido ou dificultado o seu abandono. O erro sobre a idade da vítima poderá importar na desclassificação do fato para a figura prevista pelo art. 228 do Código Penal.

No que diz respeito à vítima que possua alguma enfermidade ou deficiência mental, e que não tenha o necessário discernimento para o ato, somente podemos compreender aquela que se deixa explorar sexualmente sem que alguém, para tanto, com ela mantenha conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Isso porque, em se tratando de pessoa vulnerável, prevista pelo art. 217-A do Código Penal, a prática de um desses comportamentos se configurará no delito de estupro de vulnerável. Assim, para que o agente responda pelo tipo penal previsto pelo art. 218-B do Código Penal, a sua conduta deve ser dirigida tão somente no sentido de explorar o enfermo ou deficiente mental, que não tenha o discernimento para o ato, sem que com ele seja praticada qualquer conduta libidinosa.

Dessa forma, incorreria na mencionada figura típica o agente que explorasse sexualmente a vítima para que tirasse fotos eróticas, trabalhasse em casas de *striptease*, ou mesmo de dique-sexo, simulando, para o cliente, atos sexuais através do telefone etc.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo, e próprio quanto ao sujeito passivo, pois que somente o menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tendo o necessário discernimento para a prática do ato pode figurar nessa condição; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente goze do *status* de garantidor); instantâneo (merece destaque a discussão existente quanto ao núcleo *impedir*, uma vez que parte da doutrina se posiciona no sentido de entender tal comportamento como permanente, a exemplo de Noronha;⁴⁴ monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável é tanto a moralidade como o seu desenvolvimento sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Pode ocorrer tanto a prostituição como a exploração sexual masculina ou feminina, razão pela qual tanto o homem quanto a mulher podem ser considerados o objeto material do delito em estudo, desde que atendam às características exigidas pelo tipo do art. 218-B do Código Penal.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, haja vista não exigir o tipo penal do art. 218-B do diploma repressivo nenhuma qualidade ou condição especial necessária a esse reconhecimento, tratando-se, portanto, de um crime comum.

⁴⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 226.

Ao contrário, somente o menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato é que podem ser sujeitos passivos do delito em exame.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tem-se por consumado o crime tipificado no art. 218-B do Código Penal, por meio das condutas de *subjugar*, *induzir* ou *atrair*, quando a vítima, efetivamente, dá início ao comércio carnal, ou seja, às atividades próprias características da prostituição, com a colocação de seu corpo à venda, mesmo que não tenha, ainda, praticado qualquer ato sexual com algum “cliente”; ou, ainda, de acordo com a redação típica, levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando a vítima é, efetivamente, explorada sexualmente, mesmo sem praticar o comércio carnal. Dessa forma, o fato de já estar em um bordel ou, nos dias de hoje, nas chamadas casas de massagem, com a finalidade de vender o corpo, ou em *boites* de *striptease* já seria suficiente para efeitos de caracterização do delito, pois que a vítima já fora, efetivamente, subjugada, induzida ou atraída a prostituir-se. Além disso, agora, também restará configurado o delito se a vítima já estiver à disposição de alguém, que irá explorá-la sexualmente.

No que diz respeito à facilitação, entende-se por consumado o delito com a prática, pelo agente, do comportamento que, de alguma forma, facilitou, concorreu para que a vítima praticasse a prostituição ou fosse, de qualquer outra forma, explorada sexualmente.

Consuma-se também a figura típica mediante impedimento ao abandono da prostituição, quando a vítima, já decidida a deixar o meretrício, de alguma forma é impedida pelo agente, permanecendo no comércio carnal. Da mesma forma aquela que quer se livrar da exploração sexual a que vem sendo submetida e é impedida pelo agente.

O delito também restará consumado quando ficar provado que o agente, de alguma forma, dificultou, criando problemas para que a vítima abandonasse a prostituição ou a exploração sexual a que estava sujeita.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, será admissível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 218-B do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do proxeneta deve ser dirigida a submeter, induzir ou atrair a vítima para as atividades de prostituição ou de outra forma de exploração sexual, auxiliar a sua permanência ou, mesmo, impedir ou dificultar a sua saída dessas atividades sexuais.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas inseridas no tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável pressupõem um comportamento ativo por parte do sujeito, vale dizer, o proxeneta faz alguma coisa no sentido de submeter, induzir ou atrair a vítima para a prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, mantê-la nessa atividade ou, mesmo, impedi-la ou dificultá-la de abandoná-la.

No entanto, poderá ser cometido, também, via omissão imprópria, na hipótese, por exemplo, em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que a vítima se inicie na prostituição, ou se submeta a qualquer forma de exploração sexual. Assim, imagine-se o fato praticado por um pai que, mesmo percebendo que sua filha menor de 18 (dezoito) anos de idade está sendo aliciada para iniciar-se na prostituição e desejando, na verdade, essa nova forma de vida para ela, podendo, não a impede.

8. PROXENETISMO MERCENÁRIO

Assevera o § 1º do art. 218-B do Código Penal que, *se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

9. EXTENSÃO DAS PENAS

O § 2º do art. 218-B do Código Penal assevera:

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 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.

A redação constante do inciso I, do § 2º do art. 218-B do Código Penal somente reforça o nosso raciocínio no sentido de compreender que quando a lei aponta como vítima do delito em estudo aquele que for portador de enfermidade ou deficiência mental, e que não tinha o necessário discernimento para a prática do ato, está se referindo somente a prática de atos que importem em exploração sexual, mas que não digam respeito a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, pois que, se assim agisse o agente, deveria ser responsabilizado pelo delito de estupro de vulnerável.

Por outro lado, o mencionado inciso, visando evitar a prática da prostituição, bem como qualquer outro tipo de exploração sexual com os menores de 18 (dezoito) e maiores de 14 (catorze), pune com as mesmas penas cominadas pelo preceito secundário do art. 218-B do Código Penal aqueles que com eles praticam a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Embora, nos dias de hoje, a prostituição ainda seja um comportamento lícito, tolerado pelo direito, em se tratando de menores de 18 (dezoito) anos, acertadamente, a nosso ver,

deverá haver a responsabilização penal daquele que com eles praticaram os comportamentos sexuais previsto pelo inciso I, do § 2º do art. 218-B do Código Penal. Por mais que se diga que tanto as meninas quanto os rapazes acima de 14 anos já possuem um amplo conhecimento ligado a área sexual, principalmente pela fartura de materiais disponíveis, temos que preservar ao máximo sua indenidade sexual, ou, pelo menos, até que atinjam a maioridade, aos 18 anos completos.

Para que o agente responda nos termos do inciso I, do § 2º do art. 218-B do Código Penal deverá, obrigatoriamente, ter conhecimento da idade da vítima. O erro sobre a idade importará em atipicidade do comportamento. Assim, por exemplo, se o agente se relaciona sexualmente com uma prostituta, imaginando fosse ela maior de 18 anos, quando, na verdade, ainda contava com 17 anos de idade, não poderá ser responsabilizado pelo tipo penal em estudo, pois que o erro em que incorreu afastará o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato.

Também deverá ser responsabilizado com as penas previstas no *caput* do art. 218-B do Código Penal o *proprietário*, o *gerente* ou o *responsável* pelo local em que se verifiquem as práticas da prostituição ou outra forma de exploração sexual envolvendo menores de 18 (dezoito) anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento para a prática do ato.

Cuida-se, na verdade, de uma modalidade assemelhada ao delito de *casa de prostituição*, tipificado no art. 229 do Código Penal. No entanto, em virtude da maior gravidade dos fatos, por envolver a prostituição ou outra forma de exploração sexual, por exemplo, de menores de 18 (dezoito) anos, ou mesmo a exploração sexual de alguém portador de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para o ato, as penas são duas vezes maiores do que aquelas previstas no preceito secundário do tipo penal que prevê o delito de *casa de prostituição*.

Deve ser frisado, ainda, que o proprietário do local somente será punido pelo delito em estudo se tiver conhecimento de que, na sua propriedade é praticada a prostituição ou outra forma de exploração sexual com as pessoas elencadas pelo tipo penal do art. 218-B do Código Penal. Assim, por exemplo, se tiver alugado um imóvel que, supostamente, seria utilizado para fins comerciais mas que, na realidade, é um local destinado à prostituição, se tal fato não for do seu conhecimento, não poderá ser responsabilizado criminalmente, sob pena de aceitarmos a chamada responsabilidade penal objetiva, amplamente rejeitada pela nossa doutrina.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A pena prevista para o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (*caput* e § 2º) é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também a pena de multa, cumulativamente.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*, nos termos do parágrafo único do art. 225 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

11. EFEITO DA CONDENAÇÃO

Determina o § 3º do art. 218-B do Código Penal, *verbis*:

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

12. DESTAQUE

12.1. Prova da idade da vítima

Para que o agente possa ser responsabilizado criminalmente pelo delito tipificado no art. 218-B do Código Penal, deverá, obrigatoriamente, ser provada nos autos a idade da vítima, através de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Ação Penal

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

O art. 225 do Código Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, assevera que a ação penal, para os crimes definidos nos Capítulos I (Dos crimes contra a liberdade sexual) e II (Dos crimes sexuais contra vulnerável), do Título VI (Dos crimes contra a dignidade sexual) do Código Penal, será de iniciativa pública condicionada à representação. No entanto, diz o seu parágrafo único que procede-se *mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável*.

A primeira observação que deve ser feita diz respeito ao fato de que, ao contrário do que ocorria anteriormente, não existe mais a previsão de início da *persecutio criminis in judicio* através da ação penal de iniciativa privada propriamente dita, pois que os novos dispositivos penais apontam, tão somente, para as ações penais de iniciativa pública, sejam elas condicionadas à representação, ou mesmo incondicionadas.

De qualquer forma, ainda será possível a propositura da ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública na hipótese de inércia do Ministério Público.

No que diz respeito à seleção das ações penais feitas pelo legislador, devemos, *ab initio*, apontar um erro evidente na redação do *caput* do art. 225 do Código Penal, que diz respeito ao fato de mencionar o capítulo II, do Título VI Código Penal,

que cuida, especificamente, *dos crimes sexuais contra vulnerável*, dizendo que a ação penal poderá ser de iniciativa pública condicionada à representação quando, logo em seguida, o seu parágrafo único afirma que procede-se mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Assim, temos que entender que, como regra, as ações penais serão de iniciativa pública condicionada à representação quando disserem respeito ao capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual), que abrange os crimes de estupro (art. 213), violação sexual mediante fraude (art. 215) e assédio sexual (art. 216-A). No que diz respeito ao capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável), que prevê os delitos de estupro de vulnerável (art. 217-A), corrupção de menores (art. 218), satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B) a ação será, sempre, de iniciativa pública incondicionada.

Em que pese a nova redação legal, no que diz respeito ao crime de estupro, entendemos ainda ser aplicável a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, que diz:

Súmula 608. *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.*

Dessa forma, de acordo com o entendimento de nossa Corte Maior, toda vez que o delito de estupro for cometido com o emprego de violência real, a ação penal será de *iniciativa pública incondicionada*, fazendo, assim, letra morta parte das disposições contidas no *caput* do art. 225 do Código Penal, somente se exigindo a representação do (a) ofendido (a) nas hipóteses em que o crime for cometido com o emprego de *grave ameaça*.

Merecem destaque, ainda, as observações feitas por Paulo Rangel, um dos maiores processualistas da atualidade, quando, precisamente, aponta outro equívoco na redação do art. 225 do Código Penal, quando o agente, que tinha finalidade de praticar

o estupro, vier a causar a morte da vítima, sendo que esta última não tinha quem por ela pudesse oferecer a representação, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 24 do Código de Processo Penal, vale dizer, cônjuge, ascendente, descendente o irmão.

Nesse caso, como o estupro com resultado morte encontra-se previsto no capítulo I, do Título VI do Código Penal, de acordo com o *caput* do art. 225, em sendo a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, e não tendo quem possa oferecê-la, o autor do crime ficaria impune?

Paulo Rangel responde a essa indagação, dizendo: “havendo a morte da vítima (seja homem ou mulher), maior e capaz, no crime de estupro quem irá representar? Ninguém. O crime ficará impune. Grande inovação. O legislador, realmente, conseguiu o impossível: tornar o crime de estupro com resultado morte de ação penal pública condicionada à representação e, por via de consequência, não poderá ser instaurado inquérito policial nem processo. Era tudo que os estupradores queriam. Isso porque a lei veio para proteger a vítima. Por outro lado, o art. 225, parágrafo único, ao dizer que: “procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável” cria uma contradição, qual seja: todos os crimes do capítulo II são crimes contra pessoa vulnerável. Mas no capítulo II a ação penal não é pública condicionada? Como que agora no parágrafo único do art. 225 diz que a ação será pública incondicionada quando a vítima for pessoa vulnerável? É condicionada ou incondicionada?

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no *caput* do art. 225 é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação e no parágrafo único do mesmo artigo será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. Em verdade, não precisava o legislador dizer que a ação penal será pública incondicionada porque isso já se sabe pelo art. 100 do CP. Bastava o silêncio e saberíamos que a ação penal seria

pública incondicionada. E mais: temos que aplicar os princípios da razoabilidade; da conformação do legislador ordinário à Constituição da República; da proibição do retrocesso social e o da interpretação conforme a Constituição para entendermos que em se tratando de estupro com resultado lesão grave ou morte, ou ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos a ação penal será PÚBLICA INCONDICIONADA. Não é crível nem razoável que o legislador tenha adotado uma política de repressão a esses crimes e tornado a ação penal pública condicionada à representação. Até mesmo pelo absurdo de se ter a morte da vítima no crime de estupro e não haver quem, legitimamente, possa representar para punir o autor do fato. O crime ficaria impune. Com certeza, por mais confuso que esteja o Congresso Nacional com seus sucessivos escândalos, não foi isso que se quis fazer. O intérprete não pode mais se ater, única e exclusivamente, ao que diz o texto ordinário, mas sim, principalmente, ao que diz a Constituição da República e é aqui que reside a maior tarefa hermenêutica: conformar a lei ordinária ao texto constitucional.

Quando se verifica que o texto legal aponta para possibilidades interpretativas variadas, impõe-se ao intérprete buscar extrair da lei o sentido que mais se harmonize com a Constituição. Dentre duas ou mais interpretações extraíveis do texto legal (algumas contrárias, outras em conformidade com a Constituição), é impositiva aquela que seja mais compatível com a normatividade constitucional (Andrade, André Gustavo de. *Dimensões da Interpretação Conforme à Constituição*. Texto retirado da *internet* em 13/08/2009). Nesse sentido, podemos dizer que há uma crise de paradigmas que impede a efetivação dos direitos e das garantias constitucionais, isto é, ausência de uma posição firme de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico onde se olha (e se faz) o novo (Lei nº 12.015/09 para reprimir os delitos contra a dignidade sexual) com os olhos do velho (Código Penal de 1940 onde os crimes contra os costumes eram de ação penal de iniciativa privada) (para tanto cf. Streck, Lênio. *Hermenêutica*

Jurídica em Crise. 8 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 296 e 297).

Ademais, há que se fazer uma interpretação (do texto do art. 225 CP) conforme a Constituição, respeitando um requisito de razoabilidade, qual seja: “implica um mínimo de base na letra da lei; e tem de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a Constituição, fique privado de função útil ou onde, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostos aos critérios e soluções do legislador constituinte” (Streck. Jurisdição Constitucional...p. 618). Ora, é incontestável que o legislador ordinário jogou a barra da razoabilidade e da ponderação longe demais quando admitiu (acreditamos sem querer) que o crime de estupro com resultado lesão grave ou morte fosse de ação penal pública condicionada a representação. Se o fez conscientemente houve um retrocesso social, inadmissível dentro de um Estado Democrático de Direito. Se a interpretação conforme a constituição é uma forma adaptativa e corretiva e criadora de novos sentidos de um texto legal, não resultando dela a expulsão da lei do ordenamento jurídico, mas sim de sua recuperação não há outra forma de entender o novo art. 225 do CP que assim para nós fica:

“Nos crimes definidos no capítulo I somente se procede mediante representação, salvo se da violência resultar lesão grave ou morte ou, ainda, se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”.

Por último, o princípio da proibição do retrocesso social, corolário lógico do Estado Democrático de Direito, com aplicação no Poder Legislativo, determina uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, sendo um deles a vida (cf. Conto, Mário De. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97). E, aqui, repete-se a pergunta feita acima: Se da violência do estupro resultar a morte da vítima (ou lesão grave, ou ainda, se a vítima for menor de 18

anos) qual a natureza da ação penal? Sem dúvida será de ação penal de iniciativa pública incondicionada e a razão, por tudo e além do que acima foi dito, é que o princípio da interpretação conforme a Constituição recomenda que os seus aplicadores, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, aproveitando ou conservando, assim, as leis evitando o surgimento de conflitos sociais e, porque não dizer, no caso penal, evitando também a impunidade caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura (Mendes, Gilmar Ferreira e outros. Curso de Direito Constitucional. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 112). Destarte, se o que se quer com a Lei nº 12.015/09 é estabelecer uma nova política repressiva dos crimes contra a dignidade sexual, protegendo-se a pessoa vítima do descontrole humano, em especial, quando houver morte ou lesão grave e, principalmente, se a vítima for menor de 18 anos é intuitivo que a ação penal seja pública incondicionada”.⁴⁵

⁴⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p.

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 *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 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: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

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

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

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

1. INTRODUÇÃO

A prostituição é considerada uma das “profissões” mais antigas da história da humanidade. Alguns chegam até mesmo a dizer que se trata de um “mal necessário”, pois que a sua existência impede, por exemplo, o aumento do número de casos de violências sexuais.

Como é cediço, a prostituição, em si, é considerada uma conduta indiferente ao Direito Penal, vale dizer, é um fato que não mereceu a atenção do legislador penal, sendo, portanto, atípico.

Contudo, embora atípico comportamento de se prostituir, a lei penal reprime aquelas pessoas que, de alguma forma, contribuem para a sua existência, punindo os proxenetas, cafetões, rufiões, enfim, aqueles que estimulam o comércio carnal, seja ou não com a finalidade de lucro.⁴⁶

Há três sistemas que disputam o tratamento da prostituição, vale dizer: a) o da regulamentação; b) o da proibição e; c) o abolicionista.

Dissertando sobre o tema, com precisão, esclarece Luiz Regis Prado:

“O sistema da regulamentação tem por escopo objetivos higiênicos, a fim de prevenir a disseminação de doenças venéreas e também a ordem e a moral públicas. Por este sistema a prostituição fica restrita a certas áreas da cidade, geralmente distantes do centro, onde as mulheres sujeitam-se a um conjunto de obrigações, como a de submeterem-se periodicamente a exames médicos. É criticável o sistema em epígrafe, uma vez que, além de estigmatizar a prostituta, o seu fim higiênico é de resultado restrito, já que controla apenas parte da atividade”.⁴⁷

46 O art. 1º da Convenção para a repressão ao Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, concluída em Lake Success, nos E.U.A. em 21 de março de 1950, e firmada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951, visando punir o lenocínio, assevera, textualmente:

“As partes na presente Convenção convêm em punir toda pessoa que, para satisfazer às paixões de outrem:

1º) aliciar, induzir ou desencaminhar, para fins de prostituição, outra pessoa, ainda que com seu consentimento;

2º) explorar a prostituição de outra pessoa, ainda que com seu consentimento.

47 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 274.

Nesse sistema de regulamentação, as pessoas que se prostituem trabalham, em geral, com carteira assinada, possuem plano de saúde, aposentadoria, etc., tal como ocorre na Holanda.

No sistema em que predomina a proibição, a exemplo dos países árabes e Estados Unidos, a prostituição é considerada infração penal.

No entanto, tem prevalecido o sistema conhecido como abolicionista. Assim, deixa-se de responsabilizar criminalmente aquele que pratica a prostituição; no entanto pune-se as pessoas que lhe são periféricas e que de alguma forma contribuem para o seu exercício, como ocorre com os proxenetas, rufiões, cafetões etc.

O Código Penal, adotando o sistema abolicionista, por meio do seu art. 228, pune essa outra modalidade de proxenetismo com a tipificação do delito de *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual*, dizendo, *verbis*:

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.

Podemos, portanto, de acordo com a redação típica, que foi alterada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, identificar os seguintes elementos que lhe são característicos: a) a conduta de induzir, ou atrair alguém à prostituição, ou outra forma de exploração sexual; b) a sua facilitação; c) o comportamento de impedir ou mesmo dificultar que alguém a abandone.

Primeiramente, faz-se mister conceituar o que vem a ser prostituição. Enrique Orts Berenguer diz que prostituição significa:

“a satisfação sexual que uma pessoa dá a outra em troca de um preço. Dois são, pois, os ingredientes desta atividade: uma prestação de natureza sexual, entendida esta em um sentido amplo, compreensivo de qualquer

variante que possa ser solicitada, não somente das mais convencionais; e a percepção de um preço, de uns honorários em contraprestação ao serviço prestado”.⁴⁸

Noronha posiciona-se contrariamente à necessidade do escopo de lucro como um dos elementos característicos da prostituição dizendo:

“Pode a mulher por perversões sexuais, como a ninfomania, entregar-se à prostituição, sem ter por objetivo o lucro. Conforme as circunstâncias pode até pagar ao lenão ou ao bordel onde recebe quem sacia seus instintos. A mulher abonada que indistintamente se entrega, a título gratuito, a quem a quer, é tão prostituta quanto a miserável que o faz para ganhar o pão de cada dia”.⁴⁹

Não podemos concordar, *permissa venia*, com as ponderações do renomado penalista. Isso porque, para nós, somente haverá *prostituição* se houver, efetivamente, o *comércio do corpo*, e para que exista esse comércio, conseqüentemente, deverá haver quem venda e quem pague. Caso contrário, não poderemos taxar alguém como prostituta simplesmente porque possui uma patologia, a exemplo da citada ninfomania, ou porque se entrega, sem qualquer distinção, a qualquer pessoa.

Hoje, no entanto, com a modificação levada a efeito no art. 228 do Código Penal pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, as condutas previstas no tipo penal em estudo podem ter por finalidade *outra forma de exploração sexual* que não a prostituição em si, ou seja, não há necessidade que exista o comércio do corpo, mas que tão somente a vítima seja explorada sexualmente, muitas vezes nada recebendo em troca por isso.

Na verdade, a prostituição é uma modalidade de exploração sexual. Esta seria o gênero, sendo aquela uma de suas espécies,

48 BERENGUER, Enrique Orts. *Derecho penal* – Parte especial, p. 967.

49 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 223.

ao lado do turismo sexual, da pornografia e do tráfico para fins sexuais, tal como apontado no I Congresso Mundial contra a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996.

A exploração sexual faz parte do chamado “mercado sexo” que funciona, conforme adverte Eva T. Silveira Faleiros:

“como um ramo de negócios no qual há a produção e a comercialização da mercadoria – *serviços e produtos sexuais*. Trata-se de um *produto subjetivo – o prazer*, altamente vendável, que tem *valor de uso*.

A oferta de serviços sexuais, restrita durante séculos quase que exclusivamente à prostituição foi, historicamente, se ampliando e diversificando. Com o desenvolvimento da tecnologia, dos meios de comunicação de massa, da *Internet*, e da sociedade de consumo, bem como a liberalização sexual, se diversificou o comércio do sexo e se desenvolveu extraordinariamente a indústria pornográfica, ou seja, a produção de mercadorias e produtos sexuais. Atualmente encontram-se no mercado do sexo produtos e serviços que se caracterizam por sua grande variedade, níveis de qualidade, de consumidores, de profissionais que empregam, de preços. São produzidos, vendidos e comprados: corpos, pessoas, shows eróticos, fotos, revistas, objetos, vídeos, filmes pornográficos.

Existe um enorme mercado consumidor de serviços sexuais, sendo o sexo uma mercadoria altamente vendável e valorizada, principalmente o sexo-jovem, de grande valor comercial”.⁵⁰

Induzir tem o significado de incutir a idéia, convencer alguém a se entregar à prostituição ou mesmo a outra forma de exploração sexual; atrair significa fazer com que a pessoa se sinta estimulada à prática do comércio do corpo ou de qualquer outro tipo de exploração sexual. Induzir e atrair são, na verdade, situações muito parecidas, de difícil separação. O agente pode,

50 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 83

por exemplo, induzir uma pessoa à prostituição, atraindo-lhe com perspectivas de riquezas, de aumento do seu padrão de vida, de possibilidade de viagens internacionais, enfim, a atração não deixa de ser um meio para que ocorra o induzimento.

Também incorre no delito em estudo aquele que facilita a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Aqui é denominado de *lenocínio acessório*. Conforme salienta Luiz Regis Prado, ocorre a facilitação quando o agente, “sem induzir ou atrair a vítima, proporciona-lhe meios eficazes de exercer a prostituição, arrumando-lhe clientes, colocando-a em lugares estratégicos, etc.”.⁵¹ A diferença desse comportamento típico para os anteriores residiria no fato de que, no induzimento ou na atração de alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, a vítima ainda não se encontrava prostituída, nem, tampouco, explorada sexualmente por alguém; ao contrário, na facilitação, o agente permite que a vítima, já entregue ao comércio carnal, nele se mantenha com o seu auxílio, com as facilidades por ele proporcionadas.

Também se configura no delito em estudo quando a conduta do agente dirigida a impedir que a vítima abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Como se percebe pela redação típica, a vítima se encontra no exercício pleno da prostituição ou outra forma de exploração sexual e deseja abandoná-la, havendo a intervenção do agente no sentido de impedi-la, fazendo, por exemplo, com que tenha que saldar dívidas extorsivas relativas ao período em que permaneceu “hospedada às custas do agente”, ou com algum artifício que a faça sopesar pela necessidade de permanecer no comércio carnal, etc.

Através da modificação feita pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, também aquele que vier a *dificultar* que alguém abandone a prostituição ou outra forma de exploração sexual responderá pelo delito tipificado no art. 228 do Código Penal. Dificultar tem o sentido de atrapalhar, criar embaraços, com a finalidade de fazer com que a vítima sinta-se desestimulada a abandonar a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 277.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo (na modalidade prevista no *caput* do art. 228), e próprio cuidando-se da hipótese qualificada de favorecimento da prostituição quando o agente for 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; doloso; material; de forma livre; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente goze do *status* de garantidor); instantâneo (merece destaque a discussão existente quanto ao núcleo *impedir*, uma vez que parte da doutrina se posiciona no sentido de entender tal comportamento como permanente, a exemplo de Noronha quando afirma que, “nesta modalidade, a consumação se protraí no tempo, devido à ação contínua do agente, que pode fazer cessar a prostituição, renunciando à sua atividade”.⁵² Em sentido contrário, afirmando, ainda assim, o caráter instantâneo da infração penal, Guilherme de Souza Nucci;⁵³ monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (não havendo necessidade, como regra, de prova pericial, tratando-se de infração penal que não deixa vestígios).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual é a moralidade sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Pode ocorrer a prostituição ou a exploração sexual masculina ou feminina, razão pela qual tanto o homem quanto a mulher podem ser considerados o objeto material do delito em estudo.

⁵² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 226.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 816.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, haja vista não exigir o tipo penal do *caput* do art. 228 do diploma repressivo nenhuma qualidade ou condição especial necessária a esse reconhecimento, tratando-se, portanto, de um crime comum.

Da mesma forma, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito passivo* do delito, seja do sexo masculino ou feminino. Nos dias de hoje, verifica-se com clareza o aumento da prostituição masculina, a ponto de se exporem em programas de televisão, rádio e em outros meios de comunicação de massa, a exemplo de jornais, revistas, etc.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tem-se por consumado o crime tipificado no art. 228 do Código Penal, por meio das condutas de *induzir* ou *atrair*, quando a vítima, efetivamente, dá início ao comércio carnal, ou seja, às atividades próprias características da prostituição, com a colocação de seu corpo à venda, mesmo que não tenha, ainda, praticado qualquer ato sexual com algum “cliente”; ou, ainda, de acordo com a nova redação legal levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, quando a vítima é, efetivamente, explorada sexualmente, mesmo sem praticar o comércio carnal.

Dessa forma, o fato de já estar em um bordel ou, nos dias de hoje, nas chamadas casas de massagem, com a finalidade de vender o corpo, já seria suficiente para efeitos de caracterização do delito, pois que a vítima já fora, efetivamente, induzida ou atraída a prostituir-se. Além disso, agora, também restará configurado o delito se a vítima já estiver à disposição de alguém, que irá explorá-la sexualmente.

No que diz respeito à facilitação, entende-se por consumado o delito com a prática, pelo agente, do comportamento que, de alguma forma, facilitou, concorreu para que a vítima praticasse a prostituição ou fosse, de qualquer outra forma, explorada sexualmente.

Consuma-se também a figura típica mediante impedimento ao abandono da prostituição, quando a vítima, já decidida a deixar o meretrício, de alguma forma é impedida pelo agente, permanecendo no comércio carnal. Da mesma forma aquela que quer se livrar da exploração sexual a que vem sendo submetida e é impedida pelo agente.

O delito também restará consumado quando ficar provado que o agente, de alguma forma, dificultou, criando problemas para que a vítima abandonasse a prostituição ou a exploração sexual a que estava sujeita.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, será admissível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 228 do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do proxeneta deve ser dirigida finalisticamente a introduzir a vítima nas atividades de prostituição ou de outra forma de exploração sexual, auxiliar a sua permanência ou, mesmo, impedir ou dificultar a sua saída dessas atividades sexuais.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas inseridas no tipo penal que prevê o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual pressupõem um comportamento ativo por parte do sujeito, vale dizer, o proxeneta faz alguma coisa no sentido de iniciar a vítima na prostituição ou em qualquer outra forma de exploração sexual, mantê-la nessa atividade ou, mesmo, impedi-la ou dificultá-la de abandoná-la.

No entanto, poderá ser cometido, também, via omissão imprópria, na hipótese, por exemplo, em que o agente, gozando do

status de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que a vítima se inicie na prostituição, ou se submeta a qualquer forma de exploração sexual. Assim, imagine-se o fato praticado por um pai que, mesmo percebendo que sua filha menor de idade está sendo aliciada para iniciar-se na prostituição e desejando, na verdade, essa nova forma de vida para ela, podendo, não a impede.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

Determina o § 1º do art. 228 do Código Penal que, se o agente é ascendente, padrasto, madраста, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

Já o § 2º aduz que se o crime for cometido com o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena será de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

Valem, aqui, as explicações levadas a efeito quando dos comentários ao item correspondente no artigo anterior.

9. PROXENETISMO MERCENÁRIO

Assevera o § 3º do art. 228 do Código Penal que, *se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa*, tal como ocorre na hipótese do § 3º do art. 227 do mesmo diploma legal, que prevê a mediação para servir a lascívia de outrem.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A pena prevista para a modalidade fundamental de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; para a modalidade qualificada constante do § 1º do art. 228 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, sendo que, para a forma também qualificada tipificada no § 2º do referido estatuto repressivo, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, além da pena correspondente à violência.

Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a pena de multa, cumulativamente.

A ação penal, em qualquer das formas de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, é de *iniciativa pública incondicionada*.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

11. DESTAQUES

11.1. Habitualidade

Para que se reconheça a prostituição ou mesmo qualquer outra forma de exploração sexual, há necessidade de que o comércio da atividade sexual ou a exploração a que se submete a vítima seja habitual, ou basta a prática de um congresso carnal com finalidade lucrativa, ou de um ato que se configure em exploração sexual?

Alguns dos leitores devem ter assistido a um filme muito interessante, com a atriz Demi Moore, com o título *Proposta Indecente*. Um dos protagonistas ofereceu a uma mulher, casada, uma importância considerável em dinheiro, que a enriqueceria, apenas por uma noite de sexo. Nesse caso, se a mulher aceitasse a proposta, estaria configurada a prostituição? Da mesma forma, aquele que, por exemplo, induzisse a vítima a se entregar por dinheiro a alguém apenas por uma noite praticaria o delito tipificado no art. 228?

Enrique Orts Berenguer, analisando o tema, concluiu que “a realização de um só ato sexual, ainda quando se realize por dinheiro, não parece que constitua prostituição, ao menos no sentido usual da linguagem”.⁵⁴

Soler conceitua prostituição dizendo:

“É a atividade consistente em entregar-se habitualmente aos tratos sexuais com pessoas

⁵⁴ BERENGUER, Enrique Orts. *Derecho penal* – Parte especial, p. 967.

mais ou menos determinadas, que eventualmente o requeiram. [...] constitui-se em um modo de viver”⁵⁵

Percebe-se, portanto, mediante as lições dos renomados autores, que a prostituição, como atividade profissional do sexo, somente se configura com o requisito da habitualidade.

Dessa forma, tanto a mulher que protagonizava um dos papéis no filme *Proposta Indecente* quanto aquela que se deixa levar, influenciada pelo agente, a permitir uma única noite de sexo em troca de dinheiro não podem, nos termos legais, ser consideradas prostitutas, razão pela qual o agente que convence a mulher a se entregar a alguém, apontando-lhe as vantagens que receberia em dinheiro, não pratica o delito tipificado no art. 228 do Código Penal, podendo, entretanto, responder pela mediação para satisfazer lascívia de outrem, previsto no art. 227 do mesmo diploma legal.

Da mesma forma, a expressão *exploração sexual* nos dá a idéia de uma prática reiterada, constante. Assim, não poderia responder pelo delito em estudo aquele que, por exemplo, induzisse a vítima a permitir que ficasse à disposição de alguém tão somente por um dia, a fim de que o sujeito deixasse aflorar todos os seus desejos libidinosos. O agente, tal como na hipótese de prostituição, poderia ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 227 do Código Penal.

11.2. O reconhecimento da prostituição exige contato físico?

Linhas atrás, concluímos que a prostituição exige a prestação de atividades sexuais que tenham como contrapartida o pagamento de um preço.

No entanto, essas atividades sexuais devem ser entendidas, necessariamente, no sentido de contato físico com o agente que paga pelos serviços sexuais, ou poderia ser entendida

⁵⁵ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*, v. III, p. 311.

como prostituição aquela atividade na qual alguém, mesmo não tocando naquele que paga pelos seus serviços, ou, ainda, não permitindo que seja tocado, também prestasse atividades ligadas aos prazeres sexuais?

Emiliano Borja Jiménez, analisando o tema, preleciona:

“Ainda que o *Dicionário da Real Academia* defina esse conceito como atividade sexual que presta uma pessoa em troca de dinheiro, creio que o termo legal é mais limitado. Se circunscreveria ao marco das relações sexuais que exigem contato físico entre o agente e seu cliente, em troca de dinheiro. A isso haveria de somar as notas de brevidade no tempo e de diversidade a respeito dos sujeitos da oferta sexual. Assim ficam excluídas prestações de conteúdo sexual em troca de dinheiro nas que não existe contato físico entre trabalhador e cliente, como nas hipóteses de *strip-tease*, hipóteses de dança erótica com proibição de contatos por parte do cliente, espetáculos em cabines eróticas, telefones eróticos e ofertas similares”.⁵⁶

Apesar da autoridade do renomado professor da Universidade de Valência (Espanha), ousamos discordar, pois que podemos compreender o exercício da prostituição como aquela atividade ligada à prestação de um serviço de natureza sexual em troca de um preço, não importando se há ou não possibilidade de contato físico. O que o “comprador” deseja é a realização de seus prazeres sexuais, que lhe são oferecidos pela prostituta, haja ou não contato corporal. Assim, por exemplo, o que ocorre com *disk-sexo*, em que uma pessoa entra em contato com outra, via telefone, a fim de ver realizados seus sonhos e desejos eróticos. Simula-se, até mesmo, uma situação de relação sexual. Nesse caso, segundo entendemos, poderíamos considerar a atividade daquela (e) que presta serviços sexuais a alguém em troca de preço como característica da prostituição.

⁵⁶ JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Curso de política criminal*, p. 158-159.

Casa de prostituição

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa

1. INTRODUÇÃO

A redação do art. 229 do Código Penal foi alterada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 que dizia, inicialmente: *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.*

Com a nova redação, ao invés de referir-se a casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, o tipo penal passou a mencionar, tão somente, o estabelecimento em que ocorra exploração sexual, mantendo-se, no mais, os elementos constantes do tipo penal anterior, inclusive a sua rubrica: *casa de prostituição.*

Assim, de acordo com a nova redação legal, podemos destacar os seguintes elementos que compõem a mencionada figura típica: a) a conduta de *manter*, por conta própria ou de terceiro; b) estabelecimento em que ocorra a exploração sexual; c) haja ou não intuito de lucro; d) ou a mediação direta do proprietário ou gerente.

O núcleo *manter* nos dá a idéia de habitualidade, de permanência. Manter requer um comportamento mais ou menos prolongado, com persistência no tempo. Não se trata de um comportamento praticado em um só instante, mas com a finalidade de continuar a acontecer, durante determinado prazo,

que pode ser longo, ou mesmo de curta duração. O importante, segundo nosso ponto de vista, para efeitos de reconhecimento do núcleo manter, é a finalidade de que aquela situação se prolongue.

Assim, por exemplo, tanto pode ser responsabilizado pelo delito em estudo aquele que mantém tão-somente por um mês lugar destinado à prática de prostituição, como aquele que conserva um local para esse fim por muitos anos.

A manutenção pode ocorrer por conta própria ou de terceiros, querendo isso significar que o próprio agente é quem pode arcar com as despesas de manutenção do local (estabelecimento em que ocorra a exploração sexual), ou que terceira pessoa, mesmo sabendo da finalidade ilícita do lugar, contribua para a sua manutenção, devendo, também, responder pelo delito, a título de co-autoria.

Se, porventura, o terceiro desconhecer a finalidade ilícita do local para o qual contribui para a sua manutenção, o fato, para ele, será atípico, por ausência de dolo. Assim, imagine-se a hipótese em que um filho solicita o auxílio de seu pai no sentido de ajudar-lhe no pagamento do aluguel de sua residência, quando, na verdade, o local onde vive destina-se, exclusivamente, à prostituição. Nesse caso, embora seja mantido por terceiro, aquele que contribui para essa manutenção, por desconhecer a finalidade ilícita do local, não poderá ser responsabilizado criminalmente, dada a ausência do elemento subjetivo (dolo) indispensável à caracterização da figura típica.

A lei penal, agora, faz menção a *estabelecimento em que ocorra a exploração sexual*. A exploração sexual pode ser lucrativa ou não, isto é, pode ser um local destinado especificamente ao comércio do corpo, como acontece com os bordéis, casas de prostituição, o *rendez-vous*, boites de *stripteases* etc, mas qualquer outro, mesmo que não ocorra finalidade lucrativa, para as pessoas que se deixam explorar sexualmente.

Mediação direta, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci,

“é apenas um alerta feito pelo tipo penal para demonstrar que o proprietário da casa pode entregar a administração do local a terceira pessoa e, ainda assim, estará incurso no tipo penal do art. 229. O mesmo se diga do gerente, que responde pelo crime, mesmo que administre o negócio ou o local à distância”.⁵⁷

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura, etc.), pois que, embora sendo do conhecimento da população em geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, *outdoors*, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

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

O Estado, no entanto, não está acostumado a abrir mão de sua força, deixando-a de reserva para “algum momento oportuno”. Entendemos que a revogação de alguns delitos que giram em torno da prostituição de pessoas maiores e capazes contribuiria para a diminuição da corrupção existente no Estado, pois que a licitude de determinados comportamentos, hoje tidos como criminosos, impediria solicitações ou, mesmo, exigências indevidas por parte de determinados funcionários públicos, que fazem “vista grossa” quando obtêm alguma vantagem indevida e, ao contrário, retaliam, quando seus interesses ilegais não são satisfeitos.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 682.

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

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum (não havendo qualquer exigência de qualidade ou condição especial do sujeito ativo); doloso; de forma livre; comissivo (podendo, excepcionalmente, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); habitual; permanente; monossujeito; plurissubsistente; não transeunte (como regra, pois que é possível a comprovação por meio de perícia de que o lugar tratava-se de estabelecimento em que ocorria a exploração sexual).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A moralidade pública sexual é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito tipificado no art. 229 do Código Penal e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

O objeto material é o próprio estabelecimento em que ocorre a exploração sexual.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser considerada *sujeito ativo* do delito em estudo, não exigindo o tipo penal nenhuma qualidade ou condição especial a esse reconhecimento.

Tem-se apontado a *coletividade* como *sujeito passivo* do delito previsto pelo art. 229 do Código Penal, haja vista ser a moralidade pública sexual o bem por ele juridicamente

protegido. Alguns autores, a exemplo de Luiz Regis Prado,⁵⁸ apontam, também, como sujeito passivo aquele que exerce a prostituição nesses lugares. Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci aduz:

“A pessoa que se prostitui não é sujeito passivo, tendo em vista que o ato em si não é considerado ilícito penal, além do que ela também está ferindo os bons costumes, ao ter vida sexualmente desregrada, de modo que não pode ser vítima de sua própria liberdade de ação”.⁵⁹

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Embora seja considerado um crime habitual, acreditamos que a consumação ocorra com, por exemplo, a inauguração do lugar em que ocorra a exploração sexual. A abertura de um bordel, por exemplo, já configuraria a consumação do delito, independentemente, até mesmo, de que algum casal já tenha ali se relacionado sexualmente.

Assim, imagine-se a hipótese em que a polícia, informada sobre a inauguração de uma luxuosa casa de prostituição, dirija-se até o local no exato instante em que é aberta por seu proprietário, que havia levado a efeito o convite de inúmeras autoridades para que conhecessem o seu novo local de exploração sexual. Embora existam posições em contrário, não entendemos que o fato de ser reconhecido como um delito habitual seria uma barreira para a prisão em flagrante do mencionado proprietário.

O dolo de manter aquele local era evidente: a casa já estava aberta e preparada para receber os “clientes”. Que mais se deveria esperar para que se concluísse pela prática da mencionada infração penal? O núcleo *manter*, segundo nosso ponto de vista, já estava presente, razão pela qual poderíamos concluir pela consumação do delito tipificado no art. 229 do Código Penal.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 281.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 817.

A questão, como já o dissemos, é polêmica. Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, entende que:

“Este crime é habitual e permanente. Tratando-se de crime habitual, por certo, a prática de um ou outro encontro ‘amoroso’ é insuficiente para consumir o delito, cuja tipificação exige a prática reiterada de condutas que, isoladamente, constituem um indifferente penal”.⁶⁰

Apesar da força do raciocínio do renomado professor gaúcho, não podemos com ele concordar. É certo que o tipo exige o *animus* da permanência, habitualidade, mas, por outro lado, não requer, como dissemos, a prática de qualquer comportamento libidinoso. Quando a lei faz menção a “estabelecimento em que ocorra a exploração sexual” está se referindo, na verdade, à necessidade dessa finalidade com caráter duradouro, e não à preparação de um lugar, por exemplo, para um único encontro destinado à prática da prostituição. Assim, imagine-se a hipótese na qual um conhecido artista internacional esteja organizando uma turnê no Brasil e peça ao seu empresário para que consiga um local a fim de que, somente por um dia, possa descansar e ter relações sexuais com uma prostituta brasileira. Assim, atendendo ao pedido do artista, o referido empresário consegue alugar, por um único dia, uma mansão em frente à praia, e organiza tudo aquilo que era necessário para aquela única noite de prazer. Obviamente que, nesse caso, não poderíamos falar em *manutenção de estabelecimento em que ocorra a exploração sexual*, pois que aquele lugar, especialmente preparado para a prática de atos libidinosos, não cumpriria a exigência da habitualidade exigida pelo tipo.

No entanto, imagine-se, agora, a hipótese daquele que, depois de inaugurar sua luxuosa casa de prostituição, ainda não tenha conseguido angariar nenhum cliente. Poderíamos afastar a elementar típica *manter*, simplesmente pelo fato de que os

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 94.

aposentos ainda não haviam sido utilizados para a prática de atos libidinosos? O prostíbulo já não estava sendo mantido do mesmo modo, ou seja, já não se encontrava aberto com a finalidade de acolher pessoas que ali desejassem explorar sexualmente as “garotas de programa” que ali aguardavam seus “clientes”?

Entendemos, portanto, que o núcleo *manter* já estava sendo praticado pelo agente, razão pela qual o delito poderia ser considerado consumado, mesmo sem a constatação de qualquer prática de atos sexuais.

Existe controvérsia, ainda, no que diz respeito à possibilidade de tentativa no delito em estudo. A maioria da doutrina entende pela impossibilidade do reconhecimento do *conatus*, tendo em vista a natureza *habitual* do delito. No entanto, tratando-se de crime plurissubsistente, em nossa opinião, torna-se perfeitamente admissível o raciocínio da tentativa, pois que se pode visualizar o fracionamento do *iter criminis*.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que é surpreendido no exato instante em que ia levar a efeito a inauguração de seu bordel, que foi impedido de ser aberto por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse caso, poderíamos entender pela tentativa do delito tipificado no art. 229 do Código Penal. Frise-se que a maior parte de nossos doutrinadores repudia esse entendimento, a nosso ver sem razão, *permissa venia*, pois que se baseiam tão-somente no fato de estarmos diante de um delito habitual,⁶¹ e desprezam, equivocadamente, sua natureza plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 229 do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

⁶¹ Nesse sentido: Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, v. 4, p. 94), quando diz que “como crime habitual, não admite tentativa”; e, ainda, Luiz Regis Prado (*Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 282), que afirma ser “a tentativa inadmissível, por se tratar de delito habitual”.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a praticar, reiteradamente, os atos que se configuram no delito de natureza habitual, vale dizer, a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Dessa forma, o elemento subjetivo deve abranger o caráter duradouro do comportamento, não se destinando, por exemplo, a uma única ocasião.

Para que o agente seja responsabilizado pela figura típica em estudo, deverá ter conhecimento, ainda, de que mantém estabelecimento em que ocorra exploração sexual, pois, caso contrário, o fato será atípico, por ausência do necessário elemento subjetivo, como na hipótese do terceiro, já referido anteriormente, que contribuiu para a manutenção de determinado local, desconhecendo que ali era praticada a exploração sexual.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *manter* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, nas hipóteses em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir a perpetuação do estabelecimento destinado a exploração sexual.

Assim, imagine-se o exemplo em que o agente, policial, tendo, nos termos da alínea *a* do § 2º do art. 13 do Código Penal, a obrigação legal de impedir o resultado, mesmo sabendo da existência de uma casa de prostituição, dolosamente, nada faça no sentido de impedir o seu funcionamento. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, via omissão imprópria.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

O preceito secundário do art. 229 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de *iniciativa pública incondicionada*.

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

9. DESTAQUES

9.1. Motéis

Tendo em vista a redação legal, poderíamos entender como típica a conduta daquele que mantém um motel?

Sob a vigência da redação anterior, embora houvesse divergência doutrinária e jurisprudencial, a maioria se posicionava no sentido de não entender como típica a manutenção de motéis. Hoje, após a modificação levada a efeito pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, somente se ficar demonstrado que o estabelecimento hoteleiro destinava-se a exploração sexual, o que não é incomum em determinadas regiões do país, o fato poderá amoldar-se à definição constante do art. 229 do Código Penal.

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: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. MODALIDADES QUALIFICADAS

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 230 do Código Penal, criando outras modalidades qualificadas de rufianismo. Diz o § 1º do mencionado artigo, *verbis*:

§ 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 em-

pregador 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.

A modificação legal teve por finalidade inserir no tipo penal do art. 230 do diploma repressivo situações que, anteriormente, não tinham sido previstas de modo a qualificar o rufianismo, mantendo aquelas que, devido ao fato de ensejarem um maior juízo de censura sobre o comportamento praticado, deveriam fazer com que o delito fosse considerado qualificado, impondo-se, conseqüentemente, uma pena maior do que aquela prevista na sua modalidade fundamental, constante do *caput* do mencionado artigo.

A primeira das qualificadoras previstas pelo § 1º do art. 230 do Código Penal diz respeito ao fato de ser a vítima, ou seja, a pessoa que é explorada pelo rufião, menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos. Nesse caso, é importante destacar que, para efeitos de reconhecimento da qualificadora, deverá ficar demonstrado nos autos que o agente sabia que a vítima encontrava-se nessa faixa etária, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, fazendo com que responda tão somente pela figura prevista no *caput* do art. 230 do Código Penal.

Para efeitos de reconhecimento da idade mencionada no aludido § 1º deverá ser anexada aos autos a prova da idade da vítima, através de documento próprio (certidão de nascimento, documento de identidade etc.), pois que o art. 155 do Código de Processo Penal, de acordo com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, determina que somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Também qualifica o delito de rufianismo se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima. Na hipótese de o delito ter sido cometido contra filho, tutelado ou curatelado, aplica-se o inciso II do art. 92 do Código Penal, que diz:

Art. 92. São também efeitos da condenação:

I – [...];

II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado.

Da mesma forma, responderá pelo delito qualificado o garantidor que, por lei ou outra forma, tiver assumido a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância da vítima. Aqui, ao contrário do que ocorre no art. 13§ 2º, *a* do Código Penal, que exige tão somente uma obrigação legal, deverá ser considerado como qualificado o delito de rufianismo se a obrigação for oriunda, por exemplo, de um contrato, como na hipótese de alguém que é contratado para cuidar da vítima, e acaba cometendo o delito de rufianismo, praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

Diz o § 2º do art. 230 do Código Penal que se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima, a pena será de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

Nessas hipóteses, o agente se utiliza de qualquer desses meios para que possa tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. É uma situação muito comum no submundo da prostituição, onde o rufião impõe à força o seu sustento pela prostituta e, como contrapartida, oferece seus serviços de “proteção”.

Se houver violência, deverá ser aplicada a regra do concurso material de crimes, ou seja, deverá ser o agente responsabilizado pelo delito de rufianismo qualificado, bem como por aquele originário do emprego de violência, vale dizer, o delito de lesão corporal simples (art. 129, *caput* do CP) ou qualificada (art. 129, §§ 1º e 2º do CP).

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º A pena é aumentada da metade se: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

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 *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*)

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (*Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009*)

1. INTRODUÇÃO

O comércio carnal não tem fronteiras. Temos tomado conhecimento, com uma frequência assustadora, pelos meios de comunicação de massa, sobre o grande número, principalmente de mulheres, que parte do Brasil para o exterior, especialmente para os países da Europa, iludidas com promessas de trabalho, ou, até mesmo, com propostas de casamento para, na verdade, exercerem a prostituição.

O contrário também ocorre, ou seja, mulheres estrangeiras são aliciadas para se prostituírem no Brasil, mesmo que com uma frequência menor, em virtude do pequeno valor de nossa moeda.

A Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, modificou a redação original do art. 231 do Código Penal, a começar pela sua rubrica. Inicialmente, a previsão legal dizia respeito tão-somente ao *tráfico de mulheres*, sendo que o tipo penal em estudo as indicava como seu sujeito passivo. Assim, antes da modificação introduzida pelo referido diploma legal, somente a mulher poderia ser vítima do delito previsto pelo art. 231 do Código Penal. Depois da mencionada modificação legislativa, a infração penal em estudo passou a ser chamada de *tráfico internacional de pessoas*, frisando-se, ainda, o fato de que, desde a entrada em vigor da referida lei, homens e mulheres já podiam figurar como sujeitos passivos do delito.

Agora, por mais uma vez, a começar pela rubrica, o tipo penal foi modificado pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009 passando o delito por ele previsto a ser conhecido como *tráfico*

internacional de pessoa para fim de exploração sexual. Da mesma forma, a referida Lei alterou as redações anteriores, criando, ainda, um terceiro parágrafo, como veremos mais adiante.

Há uma preocupação em nível internacional no que diz respeito ao tráfico de pessoas com o fim de serem exploradas sexualmente, mediante, principalmente, o exercício da prostituição. Em 21 de março de 1950, foi concluída, em Nova Iorque, a Convenção das Nações Unidas destinada à *repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio*, assinada pelo Brasil em 5 de outubro de 1951 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 6, de 1958, tendo sido depositado o instrumento de ratificação na ONU em 12 de setembro de 1958.⁶²

A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada por meio do Requerimento nº 2, de 2003, com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil, apontou que:

“na questão do tráfico para fins sexuais, a globalização joga um papel fundamental: ‘facilitado pela tecnologia, pela migração, pelos avanços dos sistemas de transporte, pela internacionalização da economia e pela desregulamentação dos mercados, o tráfico, no contexto da globalização, articula-se com redes de colaboração global, interconectando-se a mercados e a atividades criminosas, movimentando enormes somas de dinheiro. Os mercados locais e globais do crime organizado, das drogas e do tráfico para fins sexuais, como por exemplo, a Yakusa, as Tríades Chinesas, a Máfia Russa e os Snake Heads, são responsáveis pela transação de quase um bilhão de dólares no mercado internacional de tráfico humano””.⁶³

⁶² Em 8 de outubro de 1959, foi promulgada pelo Decreto nº 46.981, publicado no *Diário Oficial* de 13 de outubro de 1959, com a seguinte redação:

⁶³ Diário do Senado Federal, relatório nº 1, de 2004 – CN (final), p. 56.

Com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, diz o *caput* do art. 231 do Código Penal, *verbis*:

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.

Dessa forma, podemos apontar os seguintes elementos que integram a mencionada figura típica: a) as condutas de *promover* ou *facilitar*; b) a entrada, no território nacional de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual; c) ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

A conduta de *promover* deve ser compreendida no sentido de atuar com a finalidade não só de arregimentar as pessoas, como também de organizar tudo aquilo que seja necessário para que o tráfico internacional seja bem-sucedido. Tem-se entendido que por meio do núcleo *promover* a vítima se encontra numa situação de passividade, ou seja, o interesse maior é o do agente que faz de tudo para conseguir o comércio carnal, ultrapassando as fronteiras dos Estados.

No que diz respeito ao núcleo *facilitar*, tem-se raciocinado no sentido de que aqui existe uma vontade deliberada de entrar no território nacional [no caso de estrangeiras (os)] ou dele sair [no caso de brasileiras (os)] com o fim de nele exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. O comportamento da vítima, portanto, é ativo, buscando auxílio com o agente para que este, de alguma forma, facilite a sua entrada ou saída do território nacional.

A conduta de *promover*, no entanto, é ampla, podendo, até mesmo, abranger a facilitação. Dá a idéia de organização, no sentido de fazer de tudo para que ocorra o ingresso de alguém estrangeiro em território brasileiro, ou de brasileiro

(a) em território estrangeiro, ambos para fins de exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

O agente, portanto, atua verdadeiramente como um empresário do sexo, da prostituição, adquirindo passagens, obtendo visto em passaporte, arrumando alguma colocação em casas de prostituição, enfim, praticando tudo aquilo que seja necessário para que o sujeito passivo consiga ultrapassar as fronteiras dos países nos quais se prostituirá ou será explorado sexualmente.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto com relação ao sujeito ativo como ao sujeito passivo; doloso; material; comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de tráfico internacional de pessoas é a moral pública sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

Objeto material do delito em estudo é a *pessoa*, seja do sexo masculino ou feminino, que tem promovida ou facilitada a sua entrada em território nacional (no caso de estrangeiro), ou mesmo a sua saída para o exterior (na hipótese de sujeito passivo nacional), para o fim de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Sujeito ativo do delito tipificado no art. 231 do Código Penal pode ser qualquer pessoa, não se exigindo na mencionada infração penal nenhuma qualidade ou condição especial, sendo, portanto, sob esse enfoque, crime comum.

Com a nova redação legal, qualquer pessoa poderá figurar como sujeito passivo do delito em estudo, uma vez que o tipo penal faz menção não somente ao exercício da prostituição, como a qualquer outra forma de exploração sexual.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Existe controvérsia doutrinária quanto ao momento de consumação do delito de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, sendo uma corrente inclinada ao reconhecimento da sua natureza formal e outra o entendendo como delito material.

Para aqueles que entendem pelo crime formal, sua consumação ocorreria tão-somente com o ingresso de pessoa estrangeira em território nacional, bem como com a saída de brasileira (o) de nosso território, com a finalidade de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Nesse sentido, afirma Luiz Regis Prado que o delito se consuma “com a entrada ou a saída efetiva [...] do país, não sendo necessário que a vítima se prostitua (crime formal). O efetivo exercício da prostituição caracteriza o exaurimento do delito”.⁶⁴

Apesar da força do argumento do renomado autor, ousamos dele discordar. Isso porque a redação contida no art. 231 do Código Penal nos conduz, obrigatoriamente, à conclusão diversa. A lei penal, ao narrar o comportamento proibido, utiliza as expressões *venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual e vá exercê-la no estrangeiro*, pressupondo, pois, a necessidade do efetivo exercício da prostituição ou de outra exploração sexual para que se reconheça a consumação do delito.

Trata-se, pois, segundo entendemos, de crime material, e não formal.

Nesse sentido, são as lições de Guilherme de Souza Nucci, quando assevera:

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 292.

“Para consumir-se, portanto, é indispensável uma verificação minuciosa do ocorrido após a entrada da pessoa no território nacional ou depois que ela saiu, indo para o estrangeiro. Afinal, ainda que a pessoa ingresse no Brasil para exercer a prostituição, mas não o faça, inexistente crime. Não é delito formal, mas material, demandando o efetivo exercício da prostituição”.⁶⁵

Embora também exista discussão doutrinária nesse sentido, entendemos perfeitamente possível o reconhecimento da tentativa, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*. Seguindo essa linha de raciocínio, afirma Noronha:

“Se um lenão desenvolveu a atividade necessária junto à vítima, convencendo-a de exercer o meretrício no estrangeiro, preparando-lhe os papéis, provendo-a do indispensável para a viagem, etc., e, tudo isso feito, é preso quando penetrava, em sua companhia o navio surto em porto nacional, não cremos se possa dizer que não houve tentativa de tráfico, tráfico ou transporte, destinado ao meretrício. Trata-se de crime que admite fracionamento, podendo ser interrompido antes do momento consumativo e, assim, ser tentado”.⁶⁶

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo característico do art. 231 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 825-826.

⁶⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 246.

O agente, por exemplo, ao facilitar ou promover a saída de pessoa do território nacional, mesmo sem intenção de lucro, deve ter o conhecimento de que atua sabendo que sua finalidade é o exercício efetivo da prostituição ou outra forma de exploração sexual. Caso contrário, o fato não se subsumirá a essa figura típica. Assim, *v.g.*, imagine-se a hipótese daquele que, dados seus conhecimentos como despachante, consegue fazer com que seja liberado um visto de entrada e permanência em um país estrangeiro, a pedido de uma amiga que o agente desconhecia ser prostituta, sendo que era intenção desta prostituir-se no exterior. Nesse caso, o fato deverá ser considerado como atípico.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *promover* e *facilitar* pressupõem, como regra, um comportamento ativo por parte do agente.

Entretanto, não se pode afastar a hipótese de o delito ser praticado via omissão imprópria por parte do agente que goze do *status* de garantidor. Assim, imagine-se a hipótese de um policial federal que, atuando em determinado aeroporto, sabendo que uma mulher estava saindo do Brasil para praticar a prostituição no exterior, nada faça para impedir a sua partida do território nacional. Nesse caso, conforme afirmamos acima, ao identificar-se o momento de consumação do delito, se essa mulher, efetivamente, vier a se prostituir, o delito restará consumado no que diz respeito ao garantidor omitente.

8. EXTENSÃO DAS PENAS

Diz o § 1º do art. 231 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que:

§ 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.

Agenciar tem o significado de empresariar, atuar como representante ou agente; aliciar deve ser entendido como atrair, seduzir; comprar dá a ideia de que se trata de uma mercadoria, mesmo que, efetivamente, estejamos diante de um ser humano, que não pode ser visto simplesmente como uma coisa, a ser utilizada para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Da mesma forma, também será responsabilizado criminalmente aquele que, conhecendo a condição da pessoa traficada, a transporta (conduz ou leva de um lugar para outro), transfere (desloca), ou a aloja (acomoda, hospeda).

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

§ 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.

10. TRÁFICO INTERNACIONAL MERCENÁRIO

Diz o § 3º do art. 231 do Código Penal que *se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.*

11. PENA, AÇÃO PENAL, SEGREDO DE JUSTIÇA E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A pena cominada ao para os comportamentos previstos no *caput*, bem como no § 1º do art. 231 do Código Penal é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

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

A pena aumenta-se de metade se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no § 2º do art. 231 do diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

O Brasil aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 1958, bem como promulgou pelo Decreto nº 46.981, de 8 de outubro de 1959, a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e lenocínio, editada pela ONU, razão pela qual será da competência da Justiça Federal o processo e julgamento do crime de tráfico internacional de pessoas, tipificado no art. 231 do Código Penal, nos termos do inciso V do art. 109 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...];

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;⁶⁷

[...].

⁶⁷ Cuidando do tráfico internacional de crianças, cujo raciocínio é similar àquele levado a efeito no art. 231 do Código Penal, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 6.322/PB, julgado em 21 de outubro de 1997, tendo como Relator o Ministro Anselmo Santiago:

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. *(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 2º A pena é aumentada da metade se: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

1. INTRODUÇÃO

O delito de tráfico interno de pessoas foi introduzido em nosso Código Penal por meio da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, a seu turno, deu nova redação ao *caput* do art. 231-A, criando, ainda mais dois parágrafos.

Ao contrário do que ocorre no artigo anterior, cuida-se, aqui, de *tráfico interno de pessoas*, ou seja, de atividades destinadas ao exercício da prostituição que ocorrem no território nacional.

O art. 231-A do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, manteve, contudo, os mesmos núcleos constantes do delito de tráfico internacional de pessoas, vale dizer, as condutas de *promover e facilitar*, que devem ser dirigidas ao deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Assim, promove o deslocamento o agente que se encarrega de fazer com que alguém se locomova, dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual. No que diz respeito à facilitação, o agente, de alguma forma, procura superar os obstáculos que esse deslocamento traria, a exemplo daquele que aluga um veículo, compra passagens terrestres, aéreas etc.

Infelizmente, nos dias de hoje, tem sido muito comum esse tipo de comportamento destinado ao chamado turismo sexual. Conforme esclarece Eva T. Silveira Faleiros, o turismo sexual:

“é o comércio sexual, em cidades turísticas, envolvendo turistas nacionais e estrangeiros e principalmente mulheres jovens, de setores pobres e excluídos, de países de Terceiro Mundo.

O principal serviço sexual comercializado no turismo sexual é a prostituição. Inclui-se neste comércio a pornografia (shows eróticos); (...)

O turismo sexual é, talvez, a forma de exploração sexual mais articulada com atividades econômicas, no caso com o desenvolvimento do turismo. Marcel Harzeu, pesquisador da área, aponta as situações de trânsito como importante fator de ruptura de limites e padrões culturais e de liberalização sexual.

As redes de turismo sexual são as que promovem e ganham com o turismo: agências de viagem, guias turísticos, hotéis, restaurantes, bares, barracas de praia, boates, casas de show, porteiros, garçons, taxistas. O turismo e as redes do turismo sexual incluem-se numa economia globalizada”.⁶⁸

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto com relação ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo, pois que qualquer pessoa pode ser vítima de exploração sexual; doloso; material (uma vez que se exige, para efeitos de consumação do delito, a efetiva prática dos atos de prostituição ou outra forma de exploração sexual); comissivo (podendo ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de tráfico interno de pessoas é a moral pública sexual e, num sentido mais amplo, a dignidade sexual.

68 FALEIROS, Eva. T. Silveira. *A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais*, p. 79.

O objeto material do delito em estudo é a *pessoa*, seja do sexo masculino ou feminino, que venha exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito tipificado no art. 231-A do Código Penal pode ser qualquer pessoa, não se exigindo na mencionada infração penal nenhuma qualidade ou condição especial, sendo, portanto, sob esse enfoque, crime comum.

Da mesma forma, qualquer pessoa poderá ser considerada sujeito passivo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tal como ocorre com o delito de tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual, somente poderá ser considerada consumada a infração penal em estudo quando o sujeito passivo, efetivamente, começar a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, tratando-se, portanto, de um delito material.

Cuidando-se de delito plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, entendemos ser possível o raciocínio relativo à tentativa, ao contrário de Guilherme de Souza Nucci, quando afirma: “Não se admite a tentativa, pois é um crime condicionado: ou ocorre a prostituição e o delito se consuma, ou é irrelevante penalmente”.⁶⁹

Nesse ponto, ousamos discordar do renomado magistrado paulista. Isso porque, como bem explicado por Noronha quando do estudo do tópico correspondente ao art. 231 do Código Penal, o agente pode ter praticado quaisquer dos comportamentos previstos pela figura típica, mas se a pessoa prostituída não conseguir levar a efeito o comércio carnal por circunstâncias alheias à vontade do agente, poderemos concluir pela possibilidade de ser responsabilizado pelo delito em sua modalidade tentada.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 828.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo característico do art. 231-A do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *promover* e *facilitar* pressupõem, como regra, um comportamento ativo. Entretanto, não se pode afastar a hipótese do delito ser praticado via omissão imprópria pelo agente que goze do *status* de garantidor.

8. EXTENSÃO DAS PENAS

Diz o § 1º do art. 231-A do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que:

§ 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.

Agenciar tem o significado de empresariar, atuar como representante ou agente; aliciar deve ser entendido como atrair, seduzir; comprar dá a ideia de que se trata de uma mercadoria, mesmo que, efetivamente, estejamos diante de um ser humano, que não pode ser visto simplesmente como uma coisa, a ser utilizada para fins de prostituição ou outra forma de exploração sexual.

Da mesma forma, também será responsabilizado criminalmente aquele que, conhecendo a condição da pessoa traficada, a transporta (conduz ou leva de um lugar para outro), transfere (desloca), ou a aloja (acomoda, hospeda).

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

§ 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.

10. TRÁFICO INTERNO MERCENÁRIO

Diz o § 3º do art. 231-A do Código Penal que *se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa*.

11. PENA, AÇÃO PENAL E SEGREDO DE JUSTIÇA

A pena cominada ao para os comportamentos previstos no *caput*, bem como no § 1º do art. 231 do Código Penal é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

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

A pena aumenta-se de metade se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no § 2º do art. 231-A do diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada

Nos termos do art. 234-B do Código Penal, os processos em que se apuram crimes previstos pelo Título VI, vale dizer, os *crimes contra a dignidade sexual*, correrão em segredo de justiça.

Capítulo VII

Disposições Gerais

Aumento de pena*(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

I – *(VETADO)* *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

II – *(VETADO)* *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

III – de metade, se do crime resultar gravidez; e *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

IV – de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

O inciso III do art. 234-A determina que a pena será aumentada de metade, se do crime resultar gravidez. Infelizmente, quanto uma mulher é vítima de estupro, praticado mediante conjunção carnal, poderá engravidar e, conseqüentemente, rejeitar o feto, fruto da concepção violenta. Como o art. 128, I do Código Penal permite o aborto nesses casos, é muito comum que a mulher opte pela interrupção da gravidez. Como se percebe, a conduta do estuprador acaba não somente causando um mal à mulher, que foi vítima de seu comportamento sexual violento, como também ao feto, que teve ceifada sua vida. Dessa forma, o juízo de censura sobre a conduta do autor do estupro deverá ser maior, aumentando-se a pena em metade, no terceiro momento do critério trifásico, previsto pelo art. 68 do diploma repressivo.

A pena deverá, ainda, ser aumentada de um sexto até metade, de acordo como inciso IV do art. 234-A do Código Penal, se o agente transmite à vítima doença sexualmente

transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador. Para que ocorra a majorante, há necessidade de que a doença tenha sido, efetivamente, transmitida à vítima que, para efeitos de comprovação, deverá ser submetida a exame pericial.

“As DST (doenças sexualmente transmissíveis) são doenças causadas por vírus, bactérias, fungos ou protozoários e que, pelo fato de seu mecanismo de transmissão ser quase que exclusivamente por via sexual, possuem a denotação *sexualmente transmissível*. Apesar disso, existem DST que podem ser transmitidas fora das relações sexuais.

As DST se manifestam principalmente nos órgãos genitais do homem e da mulher, podendo acometer outras partes do corpo, sendo possível, inclusive, que não se manifeste qualquer sintoma visível.

Até certo tempo, as doenças sexualmente transmissíveis eram popularmente conhecidas como “doenças venéreas” ou “doenças do mundo”.

A maioria das doenças sexualmente transmissíveis possui cura. Outras, causadas por vírus, possuem apenas tratamento. É o caso da sífilis, do herpes genital e da Aids. Nestes casos, a doença pode ficar estagnada (encubada) até que algum fator externo permita que ela se manifeste novamente.”⁷⁰

Podemos citar como exemplos de doenças sexualmente transmissíveis a candidíase, a gonorréia, a pudicolose do púbis, HPV (Human Papilloma Viruses), a hepatite B, a herpes simples genital, o cancro duro e o cancro mole, a infecção de clamídia, bem como o HIV (Sida).

O inciso IV em análise exige, para efeitos de aplicação da causa especial de aumento de pena, que o agente, no momento

⁷⁰ <http://www.fmt.am.gov.br/areas/dst/conceito.htm>

do contato sexual, saiba – ou pelo menos deva saber – que seja portador dessa doença sexualmente transmissível. As expressões contidas no mencionado inciso – *sabe ou deva saber ser portador* – são motivo de intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Discute-se se tais expressões são indicativas tão-somente de dolo ou podem permitir também o raciocínio com a modalidade culposa.

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

44. O crime é punido não só a título de dolo de perigo, como a título de culpa (isto é, não só quando o agente sabia achar-se infeccionado, como quando devia sabê-lo pelas circunstâncias).

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

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

Art. 234-B. Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça. *(Incluído pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009)*

Embora fosse mais apropriada a inclusão da exigência do segredo de justiça no Código de Processo Penal, entendeu por bem o legislador em trazer para dentro do Título VI do Código Penal essa determinação, impondo, assim, o sigilo de todos os atos processuais que envolvam os Crimes contra a Dignidade Sexual, vale dizer:

- Estupro (art. 213)
- Violação sexual mediante fraude (art. 215)
- Assédio sexual (art. 216-A)
- Estupro de vulnerável (art. 217-A)
- Corrupção de menores (art. 218)
- Satisfação de lascívia mediante a presença de criança ou adolescente (art. 218-A)
- Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B)
- Mediação para servir a lascívia de outrem (art. 227)
- Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 228)
- Casa de prostituição (art. 229)
- Rufianismo (art. 230)
- Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231)
- Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231-A)
- Ato obsceno (art. 233)
- Escrito ou objeto obsceno (art. 234)

Art. 234-C. (VETADO)



Rua Alexandre Moura, 51
24210-200 – Gragoatá – Niterói – RJ
Telefax: (21) 2621-7007
www.editoraimpetus.com.br