



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

NAARA SAMMIA MATOS DA COSTA

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ASPECTOS DO DELITO
DE ESTUPRO

SOUSA - PB
2011

NAARA SAMMIA MATOS DA COSTA

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ASPECTOS DO DELITO
DE ESTUPRO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2011

NAARA SAMMIA MATOS DA COSTA

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ASPECTOS CRÍTICOS DO DELITO DE
ESTUPRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo De Oliveira

SOUSA

2011

NAARA SAMMIA MATOS DA COSTA

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: ASPECTOS CRÍTICOS DO DELITO DE
ESTUPRO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, em
cumprimento dos requisitos necessários
para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo De
Oliveira

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof. Leonardo Figueiredo De Oliveira – UFCG
Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças para caminhar e pela fé misteriosa e inexplicável.

Aos meus pais, Raimundo e Ana que sempre acreditaram no meu potencial e me deram toda a base necessária para a conclusão desse curso.

Aos meus irmãos e sobrinhos, por partilhar comigo essa vitória.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado me dando forças nos momentos que necessitava.

Ao professor Leonardo Figueiredo De Oliveira, por aceitar a árdua tarefa de orientação nesta monografia e na labuta diária, ao qual devoto a mais sincera admiração.

Ao corpo docente do curso de Direito da UFCG pelos ensinamentos ministrados.

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo Refletir sobre as inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009 no ordenamento jurídico penal e processual penal, no que diz respeito aos Crimes Contra a Dignidade Sexual, introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos antigos e modificando normas em geral. Realizar um retrospecto histórico a respeito dos crimes contra a dignidade sexual, visto que o Código Penal data de 1940 e de lá até aqui sofreu poucas mudanças no que diz respeito aos crimes sexuais, portanto, não se pode esquecer que os comportamentos da sociedade mudam bastante de acordo com o tempo, pois os costumes e a cultura das pessoas já não são os mesmos, logo, a lei penal deve acompanhar essas mudanças sociais. Averiguar acerca da possibilidade de proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha nesse cenário, visto que a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade das pessoas no que concerne aos seus direitos e deveres, assim, a liberdade sexual das pessoas deve ser garantida a fim de que esse direito seja respeitado por todos. Analisar o desenvolvimento sexual do menor de 18 anos e, com maior zelo ainda, do menor de 14 anos, pois o legislador foi incapaz de acompanhar o desenvolvimento da sociedade acerca da maturidade dos jovens no que diz respeito ao aspecto sexual

Palavras-chave: Crimes Sexuais. Inovação Legal da Lei 12.015/2009. Dignidade Sexual. Proteção da Liberdade Sexual das pessoas.

ABSTRACT

The research aims to reflect on the innovations introduced by Law No. 12.015/2009 on legal and procedural criminal law in respect of Crimes Against Sexual Dignity, introducing new crimes incriminating, promoting the unification of old types and changing standards in general. Conduct a historical retrospective about the sexual crimes against the dignity, as the Penal Code is far from 1940 and from there to here has changed little with regard to sexual crimes, therefore we can not forget that the conduct of society changes greatly according to time, as the customs and culture of the people are no longer the same, so the criminal law should accompany these social changes. Inquire about the possibility to protect the respectability of the human being in sexual matters, guaranteeing freedom of choice in that scenario, since the 1988 Federal Constitution guarantees freedom of the people regarding their rights and duties, thus the freedom person's sex should be ensured so that this right is respected by all. Analyze the sexual development of children aged under 18, and with still greater zeal, the lesser of 14 years, since the legislature was unable to follow the development of society about the maturity of young people with regard to the sexual aspect.

Keywords: Sex Crimes. Legal Innovation Law 12.015/2009. Sexual dignity. Protecting Sexual Freedom of the people.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	12
2.1 Estupro e Atentado Violento ao Pudor	12
2.2 Da Violação Mediante Fraude.....	13
2.3 Dos Vulneráveis	15
2.3.1 Estupro de Vulneráveis.....	16
2.3.2 Satisfação da Lascívia e do Favorecimento da Prostituição	18
3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS RELEVANTES SOBRE OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	21
3.1 Das Formas Qualificadas.....	22
3.2 Da Presunção de Violência	22
3.3 Das Causas de Aumento de Pena	24
3.4 Da Ação Penal dos Crimes Contra a Dignidade Sexual.....	24
3.5 Dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor VS. Crime Hediondo	26
4 CRÍTICAS À REFORMA DOS DELITOS SEXUAIS IMPLANTADOS PELA LEI 12.015/2009	28
4.1 Do Estupro	29
4.2 Do Atentado Violento ao Pudor	30
4.2.1 Da Abolitio Criminis	31
4.2.2 Do Concurso de Crime de Estupro e Atentado Violento ao Pudor.....	32
4.3 Do Estupro dos Vulneráveis	34
4.3.1 O Estupro de Vulnerável e o Consentimento da Vítima	37
5 CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

Houve certa modernização do texto legal do Código Penal, especificamente no que se refere a termos e expressões arcaicas desprovidas de sentido; como também, o redimensionamento dos bens jurídicos protegidos nos delitos sexuais, não havendo mais sentido em se proteger padrões rígidos de sexualidade, em face do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro princípio-vetor dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Um ponto importante a ser discutido diz respeito à nova figura penal que trata do estupro de vulneráveis, pois o legislador brasileiro foi incapaz de acompanhar a evolução da sociedade, visto que ainda permanece válido a problemática acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14, pois essa proteção deveria ser absoluta no cenário sexual. Com relação à enfermidade ou deficiência mental, deve-se tratar do mesmo modo, ou seja, deve-se avaliar a falta de discernimento (caráter absoluto) ou o discernimento incompleto, porém existente (caráter relativo), aplicando-se, conforme a situação, o art. 215 ou o art. 217-A, § 1º do Código Penal.

Quanto ao relacionamento sexual do vulnerável, ou seja, pessoas menores de 14 anos, os enfermos ou deficientes mentais que não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, estará vedado, sendo considerado estupro de vulnerável, porém, somente está proibido para os que possuem menos de 18 anos quando envolver a prostituição ou alguma outra forma de exploração sexual. A prostituição não é punida quando envolva adultos, ainda que se possa considerá-la imoral, não abrange abuso, fraude, violência ou qualquer constrangimento.

Em que pese o bom propósito do legislador ao criar o crime de estupro de vulnerável para reprimir de forma mais contundente a exploração sexual de criança e de adolescente no Brasil, a mudança merece ser criticada, na medida em que despreza aspectos culturais, sociais e comportamentais. Não se está mais em 1940. Durante décadas verificou-se a evolução das pessoas no particular aspecto da sexualidade, em termos de informação, comportamento, dentre outros aspectos.

Outra inovação diz respeito ao sujeito ativo e ao sujeito passivo do crime de estupro. Antes, o sujeito ativo era o homem, salvo duas exceções, caso das

hipóteses de autoria mediata e de concurso de agentes; enquanto o sujeito passivo era obrigatoriamente a mulher. Com a nova redação, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tanto o homem como a mulher, assim como o sujeito passivo.

Essa lei apresenta outra novidade que consiste na nova hipótese de incidência do crime de estupro, abrangendo agora a conduta antes classificada como atentado violento ao pudor. Em outras palavras, o legislador uniu na mesma figura penal o estupro e o atentado violento ao pudor e com isso este deixou de existir como crime autônomo. Pode-se verificar que essa alteração tem um efeito prático imediato. Doutrina e jurisprudência majoritária consideravam ser possível o concurso entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que dentro do mesmo contexto fático, desde que a ação de um não fosse meio para atingir o outro. Era, inclusive, a orientação do STF.

Houve mudança também com relação à ação penal que está embasada no art. 225 do Código Penal, pois a nova disciplina legal estabelece que a regra é que a ação penal seja pública condicionada à representação da vítima. O mesmo dispositivo legal, no seu parágrafo único, estabelece uma única exceção que torna a ação penal em ação penal pública incondicionada, concentra-se na vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Diante do balizamento supra apresentado, buscar-se-á desenvolver uma pesquisa monográfica que responda aos seguintes questionamentos: No caso de uma jovem de 13 anos de idade, com amplo desenvolvimento biológico e experiência sexual precoce, namorando um rapaz de 18 anos, deve-se responsabilizá-lo por crime de estupro de vulnerável, delito hediondo? E com relação ao deficiente mental, este ficará proibido para o resto da vida de manter uma relação sexual, pois seu parceiro será condenado se o ato chegar ao conhecimento das autoridades. O deficiente mental não mais poderá exercer sua sexualidade? E no caso de o menor de 14 anos comercializar sexualmente o próprio corpo, prostituindo-se, deve-se entender presente o crime de estupro de vulnerável para responsabilizar penalmente o cliente? Como não mais existe a possibilidade de concurso material de crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, havendo agora crime único, como aplicar a pena numa situação mais grave, em que o estuprador obriga a vítima à prática de coito vaginal e coito anal?

A justificativa para a pesquisa monográfica é proteger e respeitar a sexualidade do ser humano, garantindo-lhe a liberdade de escolha sem qualquer

forma de exploração. Proteger o desenvolvimento sexual do menor de 18 e maior de 14 anos de idade, bem como os deficientes mentais, assegurando-lhes a dignidade sexual.

Tem-se como objetivo geral analisar os reflexos da Lei nº 12.015/2009 no ordenamento penal e processual penal, no que diz respeito aos crimes contra a dignidade sexual, introduzindo novos tipos penais incriminadores, promovendo a unificação de tipos antigos e modificando normas em geral.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses serão estudadas através de pesquisa bibliográfica, embasadas nos autores da área do Direito Penal e do Direito Constitucional, que envolva o tema em estudo e de pesquisa documental, através de projetos, leis, jurisprudências, normas, resoluções, pesquisas *on-line* nos *sites* jurídicos, dentre outros que abordem o tema. No que tange à tipologia da pesquisa, esta é, segundo a utilização dos resultados, pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Segundo a abordagem, é qualitativa, com a apreciação da realidade no que concerne ao tema no ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, descrevendo, explicando, classificando e esclarecendo o problema apresentado; e exploratória, uma vez que procurará aprimorar idéias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.

A divisão do trabalho monográfico dar-se-á em três capítulos, distribuídos da forma que a seguir se apresenta:

O primeiro capítulo aborda o tema Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, apontando em breves tópicos a figura do estupro e do atentado violento ao pudor, bem como a violação mediante fraude, os vulneráveis, estupro de vulneráveis, a satisfação da lascívia, o favorecimento da prostituição.

O segundo capítulo desenvolve um estudo acerca dos aspectos materiais e processuais relevantes sobre os crimes contra a dignidade sexual, elencando as formas qualificadas, a presunção de violência, assim como as causas de aumento de pena, os tipos de ação penal cabíveis quando se tratar de pessoas vulneráveis. Será visto ainda no mesmo capítulo os crimes de estupro e violento atentado ao pudor e seu tratamento pela lei dos crimes hediondos.

No terceiro e último capítulo, buscou-se demonstrar as críticas à reforma dos delitos sexuais implantados pela lei nº 12.015/2009 com relação aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Abordar-se-á também a *abolitio criminis*, o

concurso entre o de crime de estupro e atentado violento ao pudor bem como o instituto da representação e sua natureza.

2 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Com a evolução do direito brasileiro, o cenário dos delitos sexuais modernizou-se de modo incontestado. Na verdade, a reforma dos delitos sexuais iniciou-se bem antes da nova lei n.º 12.015/2009. Começou com a promulgação da lei n.º 10.224/2001, ensejando a nova figura penal do crime de assédio sexual (art. 216-A) no Código Penal, e continuou em 2005 quando foi promulgada a lei n.º 11.106, abolindo o crime de sedução, figura penal arcaica, completamente desprovida de sentido, ao ponto de se falar em “honra” e “honestidade” da mulher relacionada à sua sexualidade.

Com o advento da lei nº 12.015/2009, o título VI do Código Penal passou a ser intitulado “Dos Crimes contra a dignidade sexual”, havendo a introdução de novos tipos penais incriminadores, bem como promoveu a unificação de tipos antigos e modificou normas em geral de acordo com os sistemas sociais, tecnológicos e culturais de cada época.

Havia realmente a necessidade de aprimoramento dos dispositivos que regem o assunto, corrigindo distorções antigas que tratavam homens e mulheres de forma diversa e muito desigual. Como a mulher encarnava a potencial vítima na maioria dos delitos previstos na lei anterior, a denominação do Título VI do Código Penal de 1940 era “Dos crimes contra os costumes”, reduzindo a sexualidade feminina a meros padrões morais de definição discutível. Agora, a abordagem passou a ser mais equitativa em termos de gênero.

O crime de estupro (artigo 213 do Código Penal), anteriormente definido como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” passou a ter redação de maior abrangência, equiparando homens e mulheres no pólo passivo do delito, a saber: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Pode-se observar que a pena continua a mesma, reclusão de 6 a 10 anos, mas o § 1º do art. 213 do Código Penal diz que a pena aumenta com reclusão de 8 a 12 anos quando da conduta do agente resultar lesão corporal de natureza grave, ou se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos. No entanto, se

da violência praticada resultar a morte, o § 2º do mesmo artigo estabelece que a pena será de reclusão de 12 a 30 anos.

Cabe observar, a respeito dessas alterações, que o artigo 213 do Código Penal, embora tenha acertado ao possibilitar que tanto o homem quanto mulher sejam vítimas do delito (anteriormente, somente uma mulher poderia ser vítima de estupro), cometeu o exagero de considerar igualmente grave a prática de qualquer “outro ato libidinoso”. Uma das alterações que chama mais atenção é a criação do crime de “estupro de vulnerável”, que passa a ser tipificado no artigo 217-A do Código Penal. A redação do novo artigo pune com prisão de 8 (oito) a 15(quinze) anos quem mantiver qualquer tipo de relação sexual com menor de 14 anos.

A lei apresenta medidas importantes que irão transformar de maneira significativa o tema dos delitos sexuais, permitindo que se faça justiça com maior adequação aos padrões de igualdade de gênero, apesar de alguns problemas que, futuramente, acabarão sendo resolvidos pela jurisprudência.

2.1 Estupro e Atentado Violento ao Pudor

Há tempos, já se defendia a idéia de ser viável o estupro considerado como crime comum, vale dizer, tanto pode ser o delito cometido pelo homem como também pela mulher, ou seja, o homem pode praticar crime de estupro contra mulher, bem como a mulher também pode praticar crime de estupro contra vítima homem. Essa situação foi corrigida pela nova redação do art. 213 do Código Penal.

O legislador foi bem além, e unificou os crimes de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única denominação e com a descrição da conduta típica em um único artigo do código. Denomina-se estupro toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo a conjunção carnal. Podemos verificar isso com as palavras de Rogério Sanches Cunha (2010, p. 54):

Resolveu o legislador, com a edição da lei 12.015/2009, seguir a sistemática de outros países (México, Argentina e Portugal), reunindo os dois crimes num só tipo penal, gerando desse modo uma nova acepção ao vocábulo estupro, hoje significando não apenas conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher (Estupro em sentido estrito), mas também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Pelo dispositivo que consta no art. 213 do Código Penal, com a redação dada pela lei nº 12.015/2009, no delito de estupro e atentado violento ao pudor, protege-se a liberdade sexual das pessoas e a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

O estupro, na redação original do Código Penal, somente poderia ter o homem como sujeito ativo do crime, porque só ele podia manter com a mulher conjunção carnal, que é coito vaginal. A lei nº 12.015 de 2009 rompeu com esse paradigma e transformou o estupro em crime comum, logo, é possível que haja estupro cometido por homem contra mulher, homem contra homem, mulher contra mulher ou por esta contra homem.

Com tudo isso, tornou-se superada a questão bastante discutida a respeito da possibilidade de o marido praticar o crime contra sua esposa, pois a discussão somente poderia ter lugar quando o estupro era cometido, exclusivamente através da conjunção carnal, ou seja, introdução do pênis na vagina de forma forçada.

Como elementos objetivo do tipo penal incriminador, a conduta consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

2.2 Da Violação Mediante Fraude

O art. 214 do Código Penal, que continha o crime de atentado violento ao pudor, era assim redigido: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Esse dispositivo foi expressamente revogado pela lei nº 12.015, de 2009, passando suas elementares a compor o crime de estupro que está descrito no art. 213 do CP.

O crime de violação sexual mediante fraude está definido como “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” (CP, art. 215, com redação dada pela lei nº 12.015/2009).

A lei está protegendo a liberdade sexual das pessoas, o seu direito de dispor do seu próprio corpo de acordo com sua vontade, que não pode ser contrariada, nem com o emprego da violência, nem muito menos por intermédio de fraude. Observe-se que o legislador fundiu no art. 215 do CP as condutas que antes eram tipificadas neste e no art. 216 (atentado violento ao pudor mediante fraude).

Deve-se perceber que a lei penal deixou de exigir, para efeito de caracterização do art. 215, apenas a prática de conjunção carnal, passando a incluir também o cometimento de outro ato libidinoso, cuidando-se, portanto, de crime comum, em que qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do crime.

Ato libidinoso deve ser entendido como aquele ato lascivo, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Ele tem que ser considerado como ofensivo ao pudor coletivo, contrastando com o sentimento de moral médio, sob o ponto de vista sexual, e, além disso, deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia. O ofendido, por sua vez, não necessita ter consciência da libidinosidade do ato praticado, pois pouco importa que a vítima consiga, ou não, compreender sua finalidade sexual.

A conduta elementar do crime é a fraude. É o ardil, o engodo que induz a vítima em erro, levando-a a crer numa situação falsa, onde, por meio de artifícios, o sujeito forja uma série de circunstâncias que levam vítima à convicção da legitimidade do ato ou fazem com que ela se engane sobre sua identidade pessoal. Um exemplo disso pode citar aquele em que um homem de grande prestígio, que, a pretexto de realizar curas milagrosas, ao “receber espíritos”, mantém relações sexuais com suas vítimas.

Para a configuração do crime, não é necessário que o erro seja produzido pelo agente, pois, pode ocorrer que seja da própria vítima, ou provocada por terceiro, e que o sujeito ativo mantenha a ofendida em erro. Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 27) explica: “A violação sexual mediante fraude não mais exige como sujeito passivo apenas a mulher e muito menos se considera a virgindade como elemento essencial para ser tutelado penalmente. É o fim de um ciclo de machismo e retrocesso”.

Suponha-se que, numa festa de máscaras, a vítima se engane e se entregue aos carinhos de pessoa vestida como seu marido. O agente, ao invés de se identificar, mantém a ofendida em erro e com ela executa a conjunção carnal,

aproveitando-se da situação criada e sabedor do erro cometido, com isso, está diante da figura da violação sexual mediante fraude.

A lei nº 12.015/2009 introduziu na disposição outra elementar, além da fraude, que consiste no emprego de “meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima”. A propósito do tema, dispõe o autor Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 29):

Quando houver resistência relativa, ou perturbação relativa, logo, há alguma condição de haver ato sexual, embora não se possa considerar um juízo perfeito, poder-se-ia cuidar da figura do art.215. Entretanto, havendo resistência nula ou perturbação total, sem qualquer condição de entender o que se passa, dever-se-á tratar da figura do art. 217-A, § 1º.

O crime previsto no art. 215 do CP somente é punível a título de dolo e não exige nenhum fim especial do agente. Trata-se de crime comum e de mera conduta. O tipo não faz referência a nenhum resultado da conduta e, em face disso, o crime cuida-se de simples atividade. Admite-se a tentativa, que ocorre quando o sujeito é impedido de prosseguir com a execução do ato sexual.

Nos termos do parágrafo único do art. 215 do CP, “se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa”. Não é preciso que o sujeito obtenha vantagem, sendo suficiente sua intenção de fazê-lo. Nesse crime, a ação penal é pública condicionada à representação, salvo quando se tratar de vítima menor de 18 anos (art. 225 do CP).

2.3 Dos Vulneráveis

A lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, trouxe grandes mudanças ao Código Penal Brasileiro, principalmente no que se refere ao título IV. O art. 217-A veio tipificar o crime de estupro de vulneráveis, onde substituiu a antiga figura da presunção de violência contra o menor de 14 anos, anteriormente tratada no art. 224 do CP. Porém, o novo texto legal não foi suficiente para acabar com a discussão no tocante ao caráter absoluto ou relativo da presunção de violência, que tem agora como foco a questão dos vulneráveis.

De acordo com o art. 217-A do CP, são considerados vulneráveis os menores de 14 anos, bem como quem 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, segundo entendimento de Damásio de Jesus (2010, p. 163): “Consideram-se pessoas vulneráveis sob o ponto de vista sexual também aqueles que possuem enfermidade ou deficiência mental que lhes retire a capacidade ou discernimento para o ato”.

No tocante ao crime de estupro em relação aos vulneráveis, a lei buscou defender a intangibilidade sexual de determinado grupo de pessoas, consideradas em sua condição de fragilidade, a fim de que não ingressem precocemente ou abusivamente na vida sexual. Para que se dê a configuração do tipo penal, é desnecessária a existência de dissenso da vítima, que se considera, por força de disposição legal, irrelevante.

De acordo com o art. 217-A, *caput*, do Código Penal, quem tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com menor de 14 anos, incorre no crime de estupro de vulneráveis. Pela legislação anterior, a proteção às vítimas menores de 14 anos ocorria através do art. 224 do CP, nas disposições gerais dos crimes contra a liberdade sexual, através da cominação de pena mais gravosa para quem cometesse os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor contra pessoas nesta faixa etária. Descrevia o artigo: “presume-se a violência, se a vítima: não é maior de 14 anos. É alienada ou débil mental, que o agente conhecia essa circunstância. Não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

O artigo em tela previa o fenômeno da presunção de violência, ao acreditar que, em virtude de sua idade e imaturidade, tanto física, quanto psicológica, o sujeito passivo do crime seria indefeso, e, por este motivo, incapaz de consentir na prática do ato sexual, presumindo-se, de tal modo, a violência da conduta.

2.3.1 Estupro de Vulneráveis

Dentre os crimes contra a dignidade sexual, certamente o crime de estupro é o que mais se destaca por sua gravidade e reprovação, por atingir não somente a esfera física do indivíduo, mas também seu bem estar psicológico.

Antes da lei nº 12.015/2009, o crime de estupro do art.213 do CP, era descrito como constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. O crime era apenado com reclusão de 6 a 10 anos de prisão, e, quando praticado contra as pessoas discutidas no art.224 do CP, ou seja, não maiores de 14 anos, alienada ou débil mental, e o agente conhecia essas circunstâncias, e por qualquer outra causa não poderia oferecer resistência, assim tínhamos o estupro com a presunção de violência.

Quando o crime era praticado antes da vigência da lei nº 12.015/2009, a presunção de violência era considerada relativa, segundo o art.224 do CP; agora, na vigência da nova lei, essa presunção deixou de ser relativa passando a ser presunção absoluta estando tipificado no art. 217-A do CP.

O crime em questão constitui a realização de qualquer ato libidinoso-contato sexual tendente à satisfação da lascívia- seja o ato praticado consensual ou não, com pessoas em situação de vulnerabilidade. São consideradas vítimas vulneráveis os menores de 14 anos segundo o *caput* do art. 217-A. Com relação a estes, a lei procura salvaguardá-los do ingresso precoce na vida sexual, defendendo sua inocência e, sobretudo, seu progressivo e gradual amadurecimento.

Com a inovação do tipo penal, o estupro de vulnerável passou a ser um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, homem ou mulher, mas o sujeito passivo deve ser obrigatoriamente vítima vulnerável.

A conduta do agente deve ser considerada dolosa a fim de que se configure o crime em apreço, assim, pratica o crime de estupro de vulnerável, o agente que cometer a conduta tipificada no art. 217-A do CP, ou seja, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso contra menor de 14 anos, podendo incorrer 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.

Com relação à vulnerabilidade do deficiente mental, essa deve ser comprovada pericialmente, não sendo suficiente sua alegação. Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 164): "Quanto aos possuidores de déficit intelectual, é preciso que se trate de pessoa completamente desprovida de compreender a natureza do ato praticado, algo que exige comprovação pericial. O agente, ademais, deve conhecer o estado doentio da vítima [...]".

A pena cominada ao estupro de vulnerável tanto no *caput* como no parágrafo 1º, na forma simples, é de reclusão de oito a quinze anos, podendo a pena ser agravada de acordo com o resultado da conduta delituosa: Se da conduta resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será de reclusão de 10 a 20 anos: Se da conduta o resultado for morte, a pena será de reclusão de 12 a 30 anos.

As causas de aumento de pena estão tipificadas nos arts. 226 e 234-A do CP, quais sejam: a pena é aumentada de quarta parte se o crime é cometido em concurso de duas ou mais pessoas, ou aumentada em metade se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, tio, irmão, cônjuge ou companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregado da vítima, ou, por qualquer título tem autoridade sobre ela, podendo, ainda, ser aumentada, se resultar gravidez ou se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Com a nova lei nº 12.015/2009, a ação penal é pública incondicionada, tendo em vista o art. 225, parágrafo único, do CP. Com a edição dessa lei, o crime de estupro de vulneráveis, passou a elencar o rol dos crimes considerados hediondos previstos na lei nº 8072/1990, art. 1º inciso VI. Assim, quem cometer o crime de estupro do art. 217-A, incorrerá no rigor da lei dos crimes hediondos.

2.3.2 Satisfação da Lascívia e do Favorecimento da Prostituição

Com a nova redação dada ao art. 218 do CP, dada pela lei 12.015/2009, que trata do crime de satisfação da lascívia, induzir alguém menor de 14 anos a satisfazer a lascívia de outrem, com pena de reclusão de 02 a 05 anos.

Esse foi um dos novos tipos penais trazidos pela lei, onde o legislador buscou alterar o antigo crime de corrupção de menores, por causa das grandes polêmicas, principalmente quando a conduta recaía em face de menores já corrompidos.

A conduta induzir significa fazer nascer a idéia do menor de 14 anos satisfazer a lascívia de outrem; a lascívia significando a sexualidade, libidinagem, a luxúria, assim, tal prática não pode configurar conjunção carnal ou atos libidinosos diversos da conjunção carnal. Tal prática ainda exige o dolo específico do agente.

O objeto jurídico da infração penal consiste em defender criança e adolescente menores de 14 anos do ingresso precoce na vida sexual. A ação penal para quem pratica tal conduta é pública incondicionada segundo o art. 225, parágrafo único do CP.

Outro crime previsto pela lei nº 12.015/2009, que está previsto no art. 218-A do CP é o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, sendo considerado um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, tendo como vítima pessoa vulnerável menor de 14 anos.

Para configurar o crime de satisfação da lascívia basta que o agente pratique e saiba que está praticando na presença de um menor de 14 anos qualquer ato libidinoso isolado ou em conjunto com outrem, não havendo a necessidade de se ter nenhum contato físico com a vítima sendo a conduta considerada crime de ação múltipla podendo ser praticado por mais de uma forma, ou seja, o agente pode praticar a ação de conjunção carnal ou outro ato libidinoso na presença do vulnerável ou induzi-lo a presenciar conjunção carnal ou outro ato libidinoso. A finalidade de tal crime é a satisfação da lascívia própria do agente ou de um terceiro.

O crime é punido a título de dolo, devendo o agente ter ciência de que a vítima é menor de quatorze anos. A ação penal é pública incondicionada.

Um novo crime que a lei nº 12.015/2009 trouxe foi o favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulneráveis. Tal crime era punido pelo art. 228 do CP mais art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente; a lei nova uniu os dois tipos penais no art. 218- B da nova lei.

Esse novo tipo penal pune o fato de o agente submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone, aplicando-se a pena de reclusão de 4 a 10 anos.

Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também a multa, ainda incidindo na mesma pena quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o menor de 18 e maior de 14 anos, configurando crime vulgarmente conhecido como prostituição, onde são punidos também o proprietário, gerente, ou responsável do local em que se pratica a prostituição. O crime tem como objeto jurídico a proteção a intangibilidade sexual das crianças e adolescentes, bem como das pessoas legalmente vulneráveis para que não se tornem alvo de

prostituição ou de exploração sexual. Pode praticar o delito qualquer pessoa, somente podendo ser vítima criança, adolescente ou pessoas consideradas legalmente vulneráveis, sendo a ação penal pública incondicionada.

3 ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS RELEVANTES SOBRE OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Com a inovação trazida pela nova lei dos crimes sexuais, passou-se a tutelar não mais os costumes, e sim a dignidade sexual expressamente ligada à liberdade e ao desenvolvimento sexual da pessoa humana. Outra inovação diz respeito não só a modificação do Código Penal, como também a mudança na lei dos crimes hediondos, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação aos aspectos materiais trazidos com a lei nº 12.015/2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram unidos em um único tipo penal, e estão configurados no art. 213 do CP, pois antes da inovação do texto legal, havia o crime autônomo de estupro especificado no art. 213 do CP, bem como o atentado violento ao pudor tipificado no art. 214 do CP. Agora, a figura do estupro pode ter como sujeito ativo e passivo tanto o homem quanto a mulher.

Antes da lei, o ato sexual praticado com pessoa vulnerável podia configurar estupro, bem como atentado violento ao pudor, mesmo que tal crime fosse praticado sem violência física ou moral contra a pessoa. Assim discorre Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 82): “A tutela penal no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena”. Isso não quer dizer que pessoas incapazes não podem se relacionar sexualmente, mas, desde que seja sem qualquer coação física ou moral contra a pessoa do vulnerável.

Com relação a mudança dos aspectos processuais trazidos pela nova lei dos crimes sexuais, a ação penal sofreu algumas mudanças a depender das pessoas objeto da proteção legal antes da alteração, em regra, tinha-se a ação penal privada. A exceção era a ação penal pública condicionada à representação da vítima quando esta, ou seus pais, não podiam prover as despesas do processo sem privar-se de recursos financeiros ou por meio de ação penal pública incondicionada, nos casos em que o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou se da violência resultasse lesão grave ou morte da vítima ou por emprego de violência real.

A nova disciplina legal estabelece que a regra é a ação penal pública condicionada. A exceção se dá quando a pessoa é considerada vulnerável ou menor de 18 anos onde a ação passa a ser pública incondicionada.

3.1 Das Formas Qualificadas

No crime de estupro, o legislador cuidou de duas qualificadoras, pois como discorre Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 94): "São os delitos que possuem um fato-base, definido e sancionado como crime, embora tenham, ainda, um evento que os qualifica, aumentando-lhe a pena, em razão de sua gravidade objetiva, bem como existindo entre eles um nexo de ordem física e subjetiva".

Assim, em relação ao crime de estupro o motivo da qualificadora se dá quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, ou se a vítima é menor de 18 anos ou maior de 14, e o agente terá pena de reclusão entre 08 e 12 anos. Tipificou, ainda, a qualificadora do art. 213, § 2º, se da conduta realizada pelo agente causar a morte da vítima, a pena de reclusão é de 12 a 30 anos.

Com a nova redação do tipo penal, o art.223 do CP foi abolido, e por sua vez, o art. 213 do CP, dado pela nova redação, englobou as qualificadoras do tipo penal do estupro. Assim, quando da conduta ocorre a lesão grave, as penas mínimas e máximas foram mantidas, mas, quando do resultado da conduta tem-se o resultado morte, a pena máxima foi aumentada, não podendo retroagir para alcançar fatos pretéritos, visto que a lei só retroagirá para beneficiar o réu.

No crime de estupro contra vulnerável, o art. 217-A, em seus parágrafos, tipificou as qualificadoras do tipo penal; quando da conduta do agente resulta lesão corporal de natureza grave, a pena de reclusão será de 10 a 20 anos, mas, quando da conduta o resultado for morte, a pena será de reclusão de 12 a 30 anos. Aqui, pode-se verificar que as penas são bem mais severas se comparadas às penas cominadas ao estupro comum.

3.2 Da Presunção de Violência

Antes da vigência da lei nº 12.015/2009, havia a figura da presunção relativa diante da violência contra os vulneráveis, assim considerados pessoas não maiores de 14 anos, os alienados e débeis mentais, desde que o agente tivesse o conhecimento de tal condição. Agora, com a inovação do tipo legal, essa presunção relativa deixou de existir e o art. 217-A do CP não mais falou na figura da presunção relativa, visto que era um termo bastante polêmico em Direito Penal, pois atuava contra os interesses do réu.

O artigo 217-A é bem mais objetivo e claro que o art. 224 do CP revogado pela lei nº 12.015/2009, onde o texto vigente melhorou o antigo artigo referente a presunção de violência, retirando do campo penal a figura da presunção relativa, e dando ênfase ao a presunção absoluta. Esse entendimento está consubstanciado no HC-99993/SP do Supremo Tribunal Federal que dista de 24.11.2009:

O eventual consentimento da ofendida — menor de 14 anos — e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência para a caracterização do delito de atentado violento ao pudor. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que condenado pela prática do crime de atentado violento ao pudor alegava que o fato de a ofendida já ter mantido relações anteriores e haver consentido com a prática dos atos imputados ao paciente impediria a configuração do mencionado crime, dado que a presunção de violência prevista na alínea *a* do art. 224 do CP seria relativa. Inicialmente, enfatizou-se que a Lei 12.015/2009, dentre outras alterações, criou o delito de estupro de vulnerável, que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou com pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha o necessário discernimento ou não possa oferecer resistência. Frisou-se que o novel diploma também revogara o art. 224 do CP, que cuidava das hipóteses de violência presumida, as quais passaram a constituir elementos do estupro de vulnerável, com pena mais severa, abandonando-se, desse modo, o sistema da presunção, sendo inserido tipo penal específico para tais situações. Em seguida, esclareceu-se, contudo, que a situação do paciente não fora alcançada pelas mudanças promovidas pelo novo diploma, já que a conduta passara a ser tratada com mais rigor, sendo incabível a retroatividade da lei penal mais gravosa. Considerou-se, por fim, que o acórdão impugnado estaria em consonância com a jurisprudência desta Corte. HC 99993/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.11.2009. (HC-99993).

Logo, observa-se que foi proibido o relacionamento sexual do vulnerável, considerado o menor de 14 anos, o enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, bem como aquele que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência. Não se pode negar que de fato, a cada dia, adolescentes têm experiências sexuais mais cedo, não porque foram vítimas de estupro ou de qualquer outra forma de exploração sexual, mas sim porque fizeram

essa escolha livremente, logo, cabe à autoridade judiciária analisar cada caso em concreto.

3.3 Das Causas de Aumento de Pena

Com relação ao aumento de pena, aplicam-se aos crimes contra a dignidade sexual, os artigos 226 e 234-A do CP, onde o art. 226 dispõe duas circunstâncias que majoram a pena, pois, se o crime for cometido pelo concurso de duas ou mais pessoas, aumenta-se a pena em 1/4; mas, se o agente que cometer o delito for ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima, ou ainda que o mesmo tenha alguma autoridade sobre ela, aumenta-se a pena pela metade. A pena é agravada por conta da maior reprovação que se dá a conduta moral onde o agente abusa das relações familiares de intimidade e confiança que tem com a vítima para praticar o crime.

O art. 234-A do CP discorre sobre mais duas causas de aumento da pena nos crimes contra a dignidade sexual, pois, se do crime resultar a gravidez da vítima, a pena é aumentada da metade. Nessa figura, o legislador se preocupou com a prática de estupro entre pessoas estranhas que tenha como resultado a gravidez da vítima, onde ela terá que decidir se quer abortar ou não (art. 128, II do CP).

Outra causa de aumento de pena dá-se quando o agente transmite à vítima alguma doença sexualmente transmissível de que sabe ou pelo menos deveria saber que era portador, como exemplo a transmissão do vírus da AIDS que é um vírus sexualmente transmissível entre outras doenças venéreas. Aqui, a pena do agente transmissor de doença venérea é aumentada de um sexto até a metade.

Justificam-se as causas de aumento de pena, em razão da maior reprovabilidade da conduta do agente. Vale lembrar que a incidência dessas causas de aumento de pena dos arts. 226 e 234-A do CP afastam a aplicação de incidência das agravantes que estão previstas no art. 61, inciso II, alíneas "e", "f", "g" do CP.

3.4 Da Ação Penal dos Crimes Contra a Dignidade Sexual

Antes da vigência da nova lei nº 12.015 de 2009, o art. 225 do CP estabelecia que a regra, quanto à ação penal nos crimes contra os costumes, fosse ação penal privada, com exceção dos seguintes casos: Primeiramente quando os pais não pudessem prover com recursos financeiros às despesas do processo seria ação pública condicionada à representação da vítima ou do seu representante legal; quando resultasse lesão grave ou morte da vítima, ou quando era cometido com abuso do pátrio poder, a ação penal seria pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público denunciar.

Agora, com a vigência da lei nº 12.015 de 2009, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual prevista no art. 225 do CP, passou a ser como regra ação penal pública condicionada à representação em todos os casos, com uma única exceção, ou seja, quando se tratar de menores de 18 anos ou pessoa vulnerável a mesma será ação penal pública incondicionada.

Aos crimes cometidos antes da vigência dessa lei, será aplicado o regime processual antigo, ainda que o processo seja iniciado em data posterior à vigência da lei, visto que a lei penal mais severa não retroage para prejudicar o réu, assim, para os crimes cometidos após a vigência da lei 12.015/2009 seguirá a regra estabelecida pela nova redação. De acordo com Rogério Sanches Cunha (2010, p. 125):

A mudança da titularidade da ação penal é matéria de processo penal, mas contam com reflexos penais imediatos. Daí, a impreciosa necessidade de tais normas (processuais, mas com reflexos penais diretos) seguirem a mesma orientação jurídica das normas penais. Quando a inovação é desfavorável ao réu, não retroage.

Com o surgimento da nova redação do art. 225 do CP, muitos doutrinadores divergiam como ficaria a relação da representação aos crimes que antes da lei era de ação penal pública incondicionada, e que após a lei passaram a ser de ação penal pública condicionada a representação, visto que o processo já iniciado não existia representação do ofendido, pois não necessitava de representação da vítima.

Se a denúncia já foi oferecida, não há necessidade de a vítima oferecer representação, visto que isso já se tornou um ato já alcançou seu objetivo, pois, se

insegurança jurídica, visto que inúmeros processos iriam ser extintos por falta da representação do ofendido. Nesse sentido, discorre o Rogério Sanches Cunha (2010, p. 142): "Se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo".

Quando o processo ainda não tenha iniciado, o Ministério Público vai esperar a autorização do ofendido, que, por meio da sua representação, dará condição de procedibilidade ao processo. Outro ponto importante é com relação a ação penal no estupro com resultado lesão grave ou morte, que antes da vigência da lei nº 12.015 de 2009 era de ação penal pública incondicionada, mas agora, com a vigência da nova lei, a ação penal nesses crimes passou a ser pública condicionada.

Como o legislador não mencionou qual seria a ação penal com relação ao crime de estupro quando se desse o resultado lesão grave ou morte do agente, subentende-se que a ação será ação penal pública condicionada à representação, e as únicas exceções feitas foram com relação aos menores de 18 anos, bem como aos vulneráveis, os quais serão regidos pela ação penal pública incondicionada.

Agora, qualquer que seja o crime sexual, a titularidade para mover a ação penal será sempre do Estado, por meio do Ministério Público, corrigindo a "falha processual", visto que um crime grave não poderia ser de ação penal privada.

3.5 Dos Crimes de Estupro e Atentado Violento ao Pudor VS. Crime Hediondo

A lei nº 8072/1990, que trata de Crimes Hediondos, antes da vigência da lei nº 12.015 de 2009, tratava do crime de estupro no seu art. 1º, inciso V, onde dizia que seria regido por essa lei o crime de estupro do art. 213 do CP, c/c com o art. 223, *caput* e parágrafo único do CP. Já no inciso VI do art. 1º da mesma lei, ela qualificava também o crime de atentado violento ao pudor como sendo crime hediondo.

Agora, com a vigência da lei nº 12.015 de 2009, que alterou o art. 1º da lei dos crimes hediondos, modificando os incisos V e VI, trazendo a figura do estupro

comum e acrescentando o tipo penal de estupro de vulnerável. Desse modo, eliminou-se a controvérsia que existia a respeito de serem ou não hediondas as formas simples do estupro e do atentado violento ao pudor, ficando clara a hediondez do crime de estupro tanto no tipo comum, como também no estupro de vulnerável nas formas simples e qualificadas.

A *novatio legis* não retroagirá para prejudicar o réu, mas isso não impede que os tribunais continuem aplicando a jurisprudência dominante onde se dizia que eram consideradas hediondas as formas simples do estupro e do atentado violento ao pudor.

Com a edição da lei nº 12.015/2009, o art. 224 do CP foi revogado, não alterando a situação dos réus que estavam sendo processados ou os condenados pelo crime de estupro ou atentado violento ao pudor combinado com a presunção de violência, pois, esses atos estão sendo considerado crime de estupro de vulnerável do art. 217-A do CP.

Com a revogação do art. 224 do CP, o art. 9º da lei dos crimes hediondos, que tratava das causas de aumento de pena, a qual era acrescida pela metade nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor com violência presumida; como essas condutas estão tipificadas no art. 217-A do CP, estupro de vulnerável não mais pode caracterizar o art. 224 do CP, então revogado, pois, caracterizaria *bis in idem*.

Com isso, houve uma derrogação do referido art. 9º da lei nº 8072/90, não se aplicando mais a causa de aumento de pena que era elencado no referido artigo. Agora, essa nova lei tornou-se mais benéfica para o réu, devendo retroagir aos fatos pretéritos, inclusive aqueles que já foram julgados. As palavras de Damásio de Jesus esclarecem o tema (2010, p. 135): "O art. 9º da lei n.º 8072, de 1990, que estabelecia aumentos de pena aos crimes hediondos quando cometidos nas hipóteses do (revogado) art. 224 do CP, encontra-se ab-rogado pela lei 12.015/2009".

Portanto, a lei dos crimes hediondos eliminou qualquer controvérsia acerca da hediondez do estupro simples, bem como do estupro de vulnerável, observando, que em parte ela veio para beneficiar o réu na medida em que introduziu em um único tipo penal a figura do estupro com atentado violento ao pudor, onde o agente praticando as duas condutas será enquadrado somente no tipo penal de estupro.

4 CRÍTICAS À REFORMA DOS DELITOS SEXUAIS IMPLANTADOS PELA LEI 12.015/2009

Com a implantação da nova lei nº 12.015 de 2009, a mudança inicial trazida pelo diploma legal ela foi a alteração do título VI do Código Penal, antes titularizado como "Crimes contra os Costumes", passando a ser chamado de "Crimes contra a Dignidade Sexual", bem como a modificação da lei nº 8078/90, que trata sobre os crimes hediondos, alterando ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente e revogando a lei nº 2252/54.

Outra alteração trazida por essa nova lei foi a junção das figuras penais dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Antes da reforma, esses crimes eram autônomos, cada um sendo tipificado em artigos diferentes no Código Penal, pois quando o agente praticava os dois crimes havia o concurso material, somando-se as penas. Agora, com a nova lei, o legislador uniu em um único tipo penal as duas figuras do estupro e atentado violento ao pudor, ou seja, caso o agente pratique as duas condutas, ele somente responderá pelo crime de estupro sofrendo a causa de aumento de pena dado pela lei.

Com a reforma, foi acrescentada a figura do estupro de vulnerável, pois na redação do Código Penal de 1940 o legislador não mencionou essa figura penal, estando previsto no art. 217-A do CP, onde ter relação sexual com menor de 14 anos é considerado estupro de vulnerável. Com o novo texto legal, o art. 224 do CP foi suprimido, onde se tratava da presunção de violência e agora está sendo tratado no art. 217-A do CP onde a presunção agora é absoluta.

A ação penal também sofreu mudanças com o novo diploma legal, visto que a regra estabelece que a ação seja a ação penal pública condicionada, ou seja, depende da vontade da vítima denunciar ou não a ação reprovável ao Ministério Público. A exceção, por sua vez, se dá quando a pessoa é considerada vulnerável ou menor de 18 anos onde a ação passa a ser pública incondicionada, ou seja, não depende da vontade da vítima denunciar, cabendo ao Ministério Público a titularidade para tal ato, assim, facilitando a apuração dos crimes em estudo visto que a vítima não é mais titular da ação penal, cabendo ao Ministério Público apurar os fatos mediante representação.

Com tudo isso, podemos observar que as alterações impendidas pela nova lei dos crimes sexuais beneficiaram em parte o réu como podemos observar na junção dos crimes de estupro com atentado violento ao pudor, em que o agente responderá apenas pelo crime de estupro, crime autônomo. Outro ponto importante foi a revogação do art. 224 do CP, pois surgiu a figura do estupro de vulnerável do art. 217-A do CP, e com essa mudança não mais se utilizará as causas de aumento de pena trazidas pelo art. 9º da lei dos crimes hediondos, mais uma vez beneficiando o réu.

Portanto, passaremos agora ao estudo particularizado das principais inovações da lei nº 12.015/2009.

4.1 Do Estupro

Na redação original do Código Penal, no art. 213, cometia crime de estupro quem constrangesse mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Agora, com a nova redação trazida pela lei nº 12.015/2009 dada ao art. 213 do CP, constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso, incorrerá no crime de estupro previsto no art. 213 do CP. Evandro Fabiani Capano dispõe (2010, p. 103):

Nesse tocante, porém, não vemos qualquer problema na possibilidade do homem ser sujeito passivo do crime em questão. Basta reconstituir seu conceito histórico e veremos que, em verdade, o estupro não era um crime que poderia ser cometido apenas contra o sexo feminino.

A antiga redação do crime de estupro se limitava somente a incriminar o constrangimento de mulher com relação à prática de conjunção carnal, mas outros atos libidinosos estavam tipificados somente em outro artigo onde protegia também a figura masculina quando era vítima de tal ação, pois pode-se observar na comparação do art. 213 do CP antes da lei onde dispõe: "Art. 213 do CP. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, com pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos"; e após a lei 12.015/2009 o mesmo art. 213 do CP dispõe que: "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou

grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

Podemos perceber que com a mudança do novo tipo penal, continua-se protegendo a liberdade sexual das pessoas, mas passou-se a tutelar também não somente a liberdade sexual da mulher como também a liberdade sexual do homem.

A doutrina ensinava que antes dessa reforma o crime de estupro era considerado bi-próprio, ou seja, exigia condições especiais tanto para o sujeito ativo como para o sujeito passivo. Agora, esse crime de estupro passou a ser bi-comum, onde não é mais exigido tal condição, podendo tanto o homem quanto a mulher praticá-lo, assim como sofrê-lo.

A figura do atentado violento ao pudor era descrita no art. 214 do CP, onde se punia a violência ou grave ameaça de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra o homem e contra a mulher, mas este artigo foi absorvido pela figura do estupro do art. 213 do CP, logo, o atentado violento ao pudor deixou de existir enquanto crime autônomo.

4.2 Do Atentado Violento ao Pudor

O art. 214 do CP que tratava do atentado violento ao pudor, foi revogado pela lei nº 12.015 de 2009, passando a ser tipificado no art. 213 do CP. Anteriormente, esse artigo era utilizado quando o agente constrangia alguém para praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Com a nova lei, esse crime foi absorvido pelo art. 213 do CP que trata do estupro, não mais existindo como crime autônomo visto que ele está dentro da figura do crime de estupro.

Quando forem praticados, num mesmo contexto, contra a mesma vítima, atos que caracterizem estupro e atentado violento ao pudor, não há mais o que se falar em concurso material ou crime continuado, mas sim, em crime único visto que a figura do crime de atentado violento ao pudor está implícita no crime de estupro, cabendo ao juiz ao aplicar a pena utilizar as diretrizes do art. 59 do CP quando o agente cometer mais de um ato como o coito anal e vaginal.

É importante observar que não houve *abolitio criminis* do crime do art.214 do CP. Ele apenas foi incorporado ao art. 213 do CP, o chamado princípio da continuidade normativo-típica, pois, o que era proibido antes continua sendo proibido com a nova lei.

4.2.1 Da Abolitio Criminis

De acordo com recente decisão do STJ, não ocorreu a *abolitio criminis* do art. 224 do Código Penal, que tratava da violência presumida, ou seja, o agente não será punido por fato que a lei posterior deixou de considerar crime tal conduta do agente praticada anteriormente à vigência da lei, pois, a lei posterior que de qualquer forma beneficiar o réu irá ser aplicada aos fatos anteriores.

Na verdade, nos termos do art. 9.º da Lei nº 8072/90, lei dos crimes hediondos, o artigo 214 do Código Penal foi revogado, porque o estupro e o atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida configuram, hodiernamente, o crime do art. 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável.

Não é correto afirmar que houve *abolitio criminis*, ou seja, a nova lei que exclui no âmbito do direito penal o fato até então considerado criminoso, alcança a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, tendo como base o art. 2º do CP abaixo demonstrado:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Se ocorresse a figura da *abolitio criminis*, tal conduta seria bastante reprovada pela sociedade, pois, geraria uma insegurança jurídica, não havendo a possibilidade de um crime de tamanha gravidade como o atentado violento ao pudor, deixar de figurar no nosso ordenamento jurídico.

Assim a lei nº 12.015 de 2009 reuniu no mesmo tipo penal as ações previstas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor e com isso, a ação praticada sob violência ou grave ameaça de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra homem ou mulher serão considerados crime de estupro.

Com certeza ainda se encontrará discussões no meio forense acerca de tal mudança no sentido de que houve a *abolitio criminis*, pois os objetos jurídicos que antes eram tutelados já não são mais protegidos.

A nova lei dos crimes sexuais, com as mudanças do texto legal, onde havia dois crimes autônomos um de estupro e o outro de atentado violento ao pudor, passou a tornar o crime único de estupro, não havendo mais a possibilidade de existir concurso de crimes.

Essa reforma trouxe benefícios aos acusados e condenados pela prática do crime do art. 213 do CP em concurso com art. 214 do CP da antiga redação, podendo-se dizer que essa reforma que veio para beneficiar os réus, é a chamada *reformatio in mellius*. Nesse sentido se posiciona Damásio de Jesus (2010, p. 121): Nesse ponto, a alteração é benéfica e deverá retroagir, atingindo todos os fatos anteriores à vigência da lei, até mesmo aqueles já alcançados por decisão transitada em julgado.

Os réus eventualmente condenados em concurso formal ou material de estupro e atentado violento ao pudor, por praticarem num mesmo contexto tais atos, farão jus à revisão da pena *novatio legis in mellius*, e assim, a lei deverá retroagir aos fatos anteriores causados pelos seus agentes podendo-se perceber que essa mudança veio para beneficiar o agente.

4.2.2 Do Concurso de Crime de Estupro e Atentado Violento ao Pudor

Antes do advento da lei nº 12.015 de 2009, não havia dúvida de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor poderiam ser praticados em concurso, tendo em vista que se tratavam de duas ou mais condutas praticando o agente dois ou mais crimes, desde que os atos libidinosos não fossem daqueles que precediam ao coito normal, agindo, assim, em concurso material, assim, este é o posicionamento de Evandro Fabiani Capano (2010, p. 85):

No antigo sistema, era possível sustentar uma condenação em "concurso material de crimes" entre o estupro e o atentado violento ao pudor, tendo em vista que se tratavam de duas ou mais condutas, praticando o agente dois ou mais crimes, sendo compatível com a dicção do art. 69 do CP, com se segue: Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se, cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido.

Com a introdução da nova lei no ordenamento jurídico pátrio, não há mais o que se falar em concurso entre esses dois crimes, haja vista que o art. 213 do CP trata agora desses dois crimes como se fosse um único, o estupro, onde este passou a ser considerado um crime de ação múltipla ou de conteúdo variado. Nesse mesmo sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 56):

O concurso de crimes altera-se substancialmente. Não há mais possibilidades de existir concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. Aliás, conforme o caso nem mesmo o crime continuado. Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal, comete um único crime de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.

Portanto, não havendo mais a possibilidade de concurso material e formal e em reduzidas possibilidades a continuidade delitiva, dessa forma reconhece-se que a nova lei tratou com menos rigor essa situação, acabando, assim, por beneficiar agentes que por acaso tenham sido condenados em concurso pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, senão vejamos no *habeas corpus* a seguir exposto:

Trata-se de *habeas corpus* no qual se pleiteia, em suma, o reconhecimento de crime continuado entre as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, com o conseqüente redimensionamento das penas. Registrou-se, inicialmente, que, antes das inovações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, havia fértil discussão acerca da possibilidade de reconhecer a existência de crime continuado entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando o ato libidinoso constituísse preparação à prática do delito de estupro, por caracterizar o chamado prelúdio do coito (*praeludia coiti*), ou de determinar se tal situação configuraria concurso material sob o fundamento de que seriam crimes do mesmo gênero, mas não da mesma espécie. A Turma concedeu a ordem ao fundamento de que, com a inovação do Código Penal introduzida pela Lei n. 12.015/2009 no título referente aos hoje denominados "crimes contra a dignidade sexual", especificamente em relação à redação conferida ao art. 213 do referido diploma legal, tal discussão perdeu o sentido. **Assim, diante dessa constatação, a Turma assentou que, caso o agente pratique estupro e atentado violento ao**

pudor no mesmo contexto e contra a mesma vítima, esse fato constitui um crime único, em virtude de que a figura do atentado violento ao pudor não mais constitui um tipo penal autônomo. ao revés, a prática de outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal também constitui estupro. Observou-se que houve ampliação do sujeito passivo do mencionado crime, haja vista que a redação anterior do dispositivo legal aludia expressamente a mulher e, atualmente, com a redação dada pela referida lei, fala-se em alguém. Ressaltou-se ainda que, não obstante o fato de a Lei n. 12.015/2009 ter propiciado, em alguns pontos, o recrudescimento de penas e criação de novos tipos penais, o fato é que, com relação a ponto específico relativo ao art. 213 do CP, está-se diante de norma penal mais benéfica (*novatio legis in melius*). Assim, sua aplicação, em consonância com o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais favorável, há de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/2009, e, via de consequência, o apenamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. Todavia, registrou-se também que a prática de outro ato libidinoso não restará impune, mesmo que praticado nas mesmas circunstâncias e contra a mesma pessoa, uma vez que caberá ao julgador distinguir, quando da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para fixação da pena-base, uma situação da outra, punindo mais severamente aquele que pratique mais de uma ação integrante do tipo, pois haverá maior reprovabilidade da conduta (juízo da culpabilidade) quando o agente constranger a vítima à conjugação carnal e, também, ao coito anal ou qualquer outro ato reputado libidinoso. Por fim, determinou-se que a nova dosimetria da pena há de ser feita pelo juiz da execução penal, visto que houve o trânsito em julgado da condenação, a teor do que dispõe o art. 66 da Lei n. 7.210/1984. HC 144.870-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 9/2/2010.

Conforme dispõe o art. 2º do Código Penal, a lei mais benéfica retroagirá em benefício do réu, devendo-se, assim, aplicar de imediato aos que estão sendo julgados e aos já condenados requererem perante o juiz da execução um novo cálculo da pena.

4.3 Do Estupro dos Vulneráveis

Antes da vigência da lei nº 12.015 de 2009, não existia essa figura de estupro de vulneráveis. O que existia no art. 224 do CP era uma presunção de violência relativa com relação às pessoas não maiores de 14 anos, as alienadas ou débeis mentais, como também aquelas que por qualquer meio não pudessem oferecer resistência.

A nova lei, atendendo aos anseios da sociedade, revogou a presunção de violência do art. 224 do CP, incluindo o novo art. 217-A no Código Penal que trata de estupro de vulneráveis onde defende um determinado grupo de pessoas.

Podemos observar que o novo tipo penal de estupro de vulneráveis não é uma espécie de crime de estupro do art. 213 do CP, pois nesse o elemento típico é constranger alguém mediante violência ou grave ameaça. No caso do estupro de vulnerável pune-se o ato de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menores de 14 anos. Observemos o que diz o autor Guilherme de Souza Nucci acerca do tema (2010, p. 76): “A tutela penal no campo sexual estende-se, com maior zelo, em relação às pessoas incapazes de externar seu consentimento racional e seguro de forma plena”.

Com o surgimento da nova figura penal de estupro de vulnerável, foi modificado no art. 1º, inciso VI da lei nº 8072/90, lei dos crimes hediondos, onde o estupro de vulnerável do art. 217-A, *caput*, e seus §§ 1º, 2º, 3º e 4º passou a ser considerado crimes hediondos, assim acabando com a discussão acerca da hediondez do estupro de vulnerável. Assim se posiciona Rogério Sanches da Cunha (2010, p.41):

Sempre se discutiu (na doutrina e jurisprudência) se o estupro de vulnerável, sem violência ou grave ameaça, era ou não hediondo (antigo art. 224 do CP). A lei 12.015/2009 colocou uma pá de cal na discussão, incluindo, expressamente, o art.217-A no rol dos delitos hediondos.

Com a revogação do art. 223 do CP, onde se qualificava o crime pelo resultado, inseriu-se no art. 217- A do CP as figuras apropriadas com resultado qualificador nos §§ 3º e 4º, onde as penas são bem mais severas que as cominadas ao estupro comum, pois, se houver lesão corporal grave a pena é de reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, e, se houver a morte da vítima a pena será de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, senão vejamos no habeas corpus a seguir exposto:

EMENTA: Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Prisão preventiva. Motivação. Predicados pessoais. Gravidade do delito. Presunção de Inocência. I - É validamente motivada a decisão cautelar que decreta a prisão de paciente acusado da prática de estupro de vulnerável, salientando os pressupostos substanciais (materialidade e autoria do fato) e formais (conveniência da instrução e garantia da aplicação da lei), desconsideradas as qualidades pessoais do acusado que, só por só, não autorizam a liberdade. II- A gravidade do delito, isoladamente, não basta para a decretação da custódia, mas a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do prestígio e segurança da atividade jurisdicional. III- A prisão cautelar não ofende ao princípio da presunção de inocência, excepcionada pelo artigo 5º, inciso LXI, da

Constituição Federal, que autoriza a prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente. Ordem conhecida e negada. Habeas Corpus nº 466178-25.2009.809.0000 (2009946617895111030).

O crime de estupro de vulnerável pode ser cometido por qualquer pessoa, assim, sendo um crime comum no sujeito ativo, mas o sujeito passivo necessariamente deve ser pessoa vulnerável sendo considerado um crime próprio no pólo passivo. O elemento subjetivo é o dolo do agente, não se punindo a forma culposa, e, por sua vez, o objeto jurídico desse tipo penal é a liberdade sexual. O agente deve ter ciência de que a pessoa é vulnerável ou aparentemente apresenta essa qualidade. É o que dispõe o autor Rogério Sanches da Cunha (2010, p. 67):

O crime é punido a título de dolo, devendo o agente ter ciência que age em face da pessoa vulnerável. Na hipótese de enfermidade ou deficiência mental, permanece atual a doutrina de HÚNGRIA quando alerta que a qualidade da vítima deve ser, quando não espetacular, pelo menos aparente, reconhecível por qualquer leigo em psiquiatria. Em regra, o erro que conduz o sujeito ativo a desconhecer a vulnerabilidade da vítima, o isenta de pena, excluindo o próprio crime.

Como podemos observar a lei brasileira no tocante à idade do menor nos crimes sexuais praticados contra eles, a legislação ainda encontra-se “congelada” na idade de 14 anos, pois ela foi incapaz de acompanhar o desenvolvimento da sociedade nos seus aspectos comportamentais; não se está mais nos idos de 1940, e durante décadas se constatou a evolução das pessoas no particular aspecto da sexualidade. Uma grande discussão legal ocorre com relação ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e o Código Penal, pois aquele diz que é considerado adolescente pessoas maiores de 12 anos, enquanto o Código Penal considera adolescente pessoas menores de 14 anos.

Com toda essa discussão, já era tempo de unificar esse entendimento acerca das idades entre o Código Penal o ECA. Nesse ponto, discorre Rogério Sanches da Cunha (2010, p. 125): “Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais”.

Porém como essa discussão ainda não foi resolvida entre o Código Penal e o ECA, permanece válido o debate acerca da relatividade do vulnerável, ou seja, se o mesmo é capaz ou não à prática do ato no momento da ação, vale dizer, do maior

de 12 e menor de 14 anos, mas, a proteção à criança que segundo o ECA são pessoas com idade até 12 anos ainda é absoluta no cenário sexual.

Portanto, como pudemos observar, a sexualidade é um dos mais importantes atributos do ser humano que só pode ser exercida segundo a livre vontade da pessoa, mas, se a pessoa não tiver como exercer sua vontade ela deve ser protegida.

4.3.1 O Estupro de Vulnerável e o Consentimento da Vítima

Com a nova lei n.º 12.015/2009, praticar sexo com menor de 14 anos é crime de estupro de vulnerável, mesmo que esse ato seja acompanhado do consentimento da vítima, porém somente está proibido para os que possuem menos de 18 anos quando envolver a prostituição ou alguma outra forma de exploração sexual. As palavras do autor José Carlos Gobbi Pagliuca (2010, p. 265) demonstram a preocupação do legislador com a figura do estupro de vulnerável quando afirma: "Sendo a vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos, visa à lei assegurar, entre essas idades, melhor integridade moral, eis que acredita ser mais vulnerável."

Certamente, essa nova figura penal de estupro de vulnerável ainda gerará mais controvérsia do que antes, pois, tornou-se um tremendo retrocesso penal por ignorar que nos dias de hoje é cada vez mais raro haver moça ou rapaz virgem aos 14 anos, não porque foram vítimas de agressão sexual, mas porque fizeram esta opção livre e conscientemente. O pior é que, ao tentar proteger os menores de 14 anos, a lei nova não fez qualquer distinção entre o sexo consentido e o violento, colocando o namorado mais velho maior de 18 anos na mesma vala comum do chamado pedófilo celerado, que estupra o menor com violência ou ameaça apenas para satisfazer a lascívia.

Não se pode ignorar que há no mundo moderno jovens com menos de 14 anos de idade com pleno desenvolvimento físico e psíquico capazes plenamente de discernir sobre os atos da sexualidade, quando na verdade estes estão aptos perfeitamente para exercê-los com plena liberdade e por essa razão não poderiam ser proibidos de manifestar essa vontade.

Com a nova disciplina legal, a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, no tocante aos menores e incapazes também sofreu mudanças, como discorre o autor Rogério Sanches Cunha (2010, p. 264): Agora, com a reforma, a regra estabelecida que a ação penal seja pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima é: I- menor de 18 anos; ou II- pessoa vulnerável.

Com isso, a regra é que a ação penal passe a ser pública condicionada à representação, o que confere aos crimes sexuais maiores coerência, eliminando-se a súmula 608 do STF (quando o estupro fosse cometido mediante violência real a ação era pública incondicionada) em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Mas, com a inovação trazida pela lei dos crimes sexuais com relação à ação penal, esta será pública incondicionada quando se tratar de menores de 14 anos e vulneráveis, logo, nem mesmo os pais poderão permitir que seus filhos menores namorem ou beijem na boca livremente.

Portanto, a verdade é que para a interpretação do art. 217-A do CP, leva-se em consideração o desenvolvimento físico e mental da vítima, mesmo ela possuindo idade inferior a 14 anos, podendo o agente incidir em erro de tipo, ou seja, pensa que está praticando relação sexual com um maior, mas na verdade está se relacionando sexualmente com um menor de 14 anos. Em consequência disso, a presunção da violência deveria ser relativizada, sempre que o agente não tivesse como saber o real estado de menoridade da vítima.

Com relação ao estupro de vulnerável cometido nas hipóteses do art. 1º, § 1º do CP, ou seja, os enfermos ou deficientes mentais que não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência, deve-se observar primeiramente a presunção de violência aplicada a cada caso em concreto, dividindo-se em absolutamente incapaz e relativamente incapaz. Podemos confirmar isso com as palavras do autor Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 102):

Há os que são completamente impossibilitados de apresentar consentimento válido no contexto sexual, de modo que a prática de qualquer ato libidinoso, em relação a eles, seria considerada violenta, logo ilícita, bem como existem os que apresentam deficiência mental, mas que não lhes retira o desejo sexual e a vontade de se unir a outra pessoa, buscando inclusive atenuar o seu sofrimento, procurando a cura.

No caso do absolutamente incapaz, onde a vítima não tem o necessário discernimento completo à prática do ato a sua autorização não exime a culpa do agente que praticou o ato sexual de ser punido por estupro de vulnerável. Ao contrário do relativamente incapaz em que o agente era ao tempo do ato capaz de entender parcialmente a conduta praticada, não responsabilizando o agente que praticou tal ação.

Assim, quem pratica ato sexual com absolutamente incapaz pratica o crime de estupro de vulnerável. Quem pratica ato sexual com deficiente mental, não sendo esse absolutamente incapaz, não estará praticando o crime em questão visto que esse tinha o discernimento necessário para o consentimento necessário à prática do ato sexual.

Portanto, como podemos observar, não vai ser toda pessoa menor de 14 anos que vai ser considerada vulnerável, mas somente aqueles que não puderem exprimir sua vontade ou que por qualquer outra causa não puderem oferecer resistência. Por outro lado, a enfermidade ou a deficiência mental deve ser daqueles que implicam na perda da capacidade de discernimento e não será, por isso, todo e qualquer portador de enfermidade mental ou de deficiência mental que será considerado vulnerável durante esta condição e isso deve ser comprovado por perícia médica. É ônus da acusação demonstrar que a vítima é portadora de doença mental que elimine sua capacidade de discernimento.

5 CONCLUSÃO

Durante a feitura do presente trabalho, pôde-se estabelecer o sentido e o alcance da nova lei dos crimes Sexuais no Direito Penal, especialmente no que tange à nova aplicação, tanto antes da Constituição federal de 1988, como após a sua promulgação, e, a partir de agora, com o advento da Lei nº 12.015 de 2009 que trouxe uma nova realidade acerca do entendimento dos crimes sexuais.

Pôde-se abordar nos capítulos do trabalho uma análise detalhada sob crimes sexuais, fazendo comparação do modo como alguns dos seus artigos eram tratados antes no Código Penal e como os mesmos estão sendo tratado a partir da nova redação dada pela lei nº 12.015/2009, quando o intuito maior é proteger e respeitar a sexualidade do ser humano, garantindo-lhe a liberdade de escolha, sem qualquer forma de exploração quando envolver forma de violência e proteger o desenvolvimento sexual do menor de 18 e maior de 14 anos de idade, bem como os deficientes mentais, assegurando-lhes a dignidade sexual através do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF).

A nova lei dos crimes sexuais foi bem recepcionada por todos nós, mas é preciso evoluir e abandonar o foco paternalista do Direito Penal, buscando tipificar toda e qualquer conduta lesiva a direito de outrem.

No primeiro capítulo buscou-se mostrar a evolução do direito penal brasileiro no cenário dos crimes sexuais a começar com a nova redação dada ao título VI "Dos crimes contra a dignidade sexual" e a introdução de novos tipos penais como a figura do estupro de vulneráveis e a unificação de tipos antigos como o estupro e atentado violento ao pudor.

No capítulo dois, falei sobre os aspectos materiais e processuais relevantes sobre os crimes contra a dignidade sexual, com a modificação do código penal, como também a mudança na lei dos crimes hediondos, bem como ao estatuto da criança e do adolescente.

No tocante aos aspectos processuais trazidos pela nova lei dos crimes sexuais, a ação penal sofreu algumas mudanças a depender das pessoas que a mesma está tutelando.

No capítulo dois enfoquei também as qualificadoras que se dá quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave, ou quando a vítima é vulnerável, como também as causas de aumento dos art. 226 e 234-A do Código Penal. Com relação a presunção de violência que antes da vigência da lei nº 12.015/2009 era considerada presunção relativa, mas agora, com o novo dispositivo legal, a presunção é considerada absoluta.

No capítulo três demonstrei as críticas feitas acerca da mudança no Código Penal com a nova lei nº 12.015 de 2009, sendo a maior delas, no meu entendimento, os benefícios trazidos, em parte, para o réu como podemos observar na figura da unificação dos crimes de estupro com atentado violento ao pudor. A revogação do art. 224 do CP, e o surgimento da figura do estupro de vulnerável do art. 217-A do CP também foi uma grande mudança.

Outro ponto importante abordado no capítulo três foi com relação à *abolitio criminis*, onde muitos entendiam que existia pelo fato do crime de atentado violento está unido com a figura do estupro. Podemos verificar também que não há mais possibilidade em se falar em concurso de crimes com relação ao estupro e atentado violento ao pudor.

Por fim, verificamos o posicionamento dos doutrinadores acerca da nova lei nº 12.015 de 2009, analisando os benefícios que ela trouxe para a sociedade pelo prisma dos crimes sexuais, visto que o Código Penal dista de 1940 e os costumes, a cultura das pessoas passou por uma mudança incontestante nesse aspecto.

Percebe-se que mais uma vez os anseios de maior rigor punitivo, com fulcro nas relevantes razões de combate à violência sexual, pedofilia e outras práticas reprováveis, preocupações que seguramente inspiraram a nova lei, com o tempo vão sendo mudado de acordo com as punições feitas ao agente.

REFERÊNCIAS

ABREU, I. Filho. **Codex. Vade Mecum**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. vol. I. 6.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código Penal**. Org. Luiz Flávio Gomes. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. 12.ed. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais , 2011.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual**: comentários aos novos crimes do título VI do Código Penal (arts. 213 à 234 B) alterados pela lei 12.015/2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Manual de Direito Penal**: parte geral 5ª. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial, (arts. 213 a 359-H). 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. ed. 11.São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito penal**: parte especial. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2010. (coleção ciências criminais; Coordenação de Luis Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha. 3. ed. SP: RT, 2010. v. 3.(Coleção ciências criminais).

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**, 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. vol. v. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini e **FABRINI**, N. Renato. **Manual de Direito Penal** (arts. 121 a 234-B do CP). 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual** (comentários à lei 12.015). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito Penal**. 4ª ed. São Paulo: Rideel, 2010. (Coleção de Direito Penal).

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal**: parte especial, tomo I (arts. 121 a 234). 5. ed. São Paulo: Riddel, 2010.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito processual penal**. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2010. (Coleção de Direito Rideel).

SILVA De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005