

A REDAÇÃO DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 217-A

THE DRAFTING OF ARTICLE 225 OF THE CRIMINAL CODE RESPONSIBILITY FOR THE CRIME OF ARTICLE 217-A

Suellen de Souza Oliveira¹

Gabriel de Castro Borges Reis²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir acerca da redação do artigo 225 do código penal na responsabilização do crime do artigo 217-A. Levando em consideração que, o Código Penal previu a aplicabilidade de pena quanto ao crime, houve a necessidade de criar novas leis para reforçar a prevenção, assim ocorrendo algumas alterações e implementações em determinados artigos do Código Penal. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, sendo assegurado por lei meios de garantir seu desenvolvimento físico, mental, moral espiritual e social em condições de liberdade e dignidade. Devendo-se compreender que são seres inocentes, vulneráveis e que estão devidamente protegidos e amparados pela lei.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilização; Criança e adolescente; Direitos fundamentais; Lei.

INTRODUÇÃO

Em análise ao atual cenário jurídico, observa-se que o Direito Penal está de forma direta envolvido com o exercício de pretensão punitiva do Estado, onde então

ABSTRACT

The purpose of this article is to discuss the wording of Article 225 of the Penal Code on the liability for the crime of Article 217-A. Taking into account that the Penal Code provided for the applicability of penalties for crime, there was a need to create new laws to strengthen prevention, thus occurring some changes and implementations in certain articles of the Penal Code. The child and adolescent enjoy all fundamental rights to the human person, being assured by law means of ensuring their physical, mental, moral, spiritual and social development in conditions of freedom and dignity. It must be understood that they are innocent, vulnerable beings who are properly protected and supported by the law.i.

KEYWORDS: *Accountability; Child and teenager; Fundamental rights; Law.*

1

2

nasce por meio da ofensa um bem jurídico. Pode-se então colocar que o Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem (MOREIRA, 2009).

Estabelecidas essas premissas, o presente artigo será elaborado para, discutir o artigo 225 do Código Penal (CP), que trata sobre a forma procedimental para apuração da responsabilização penal nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais. Nessa linha, aborda-se a responsabilização dos agentes do crime no artigo 217-A, do CP (estupro de vulnerável). Sendo, o objetivo indagar se a Lei nº 13.718 de 24/09/2018, que altera para pública incondicionada a natureza da ação penal destes crimes, promove com maior efetividade a proteção ao bem jurídico tutelado por essas normas (MILHOMENS, 2020).

Vale reiterar quanto a relevância deste estudo que é um tema atual e de grande relevância jurídica é evidente em face do aumento da criminalidade brasileira, a qual traz como ponto de discussão a tentativa de combater a criminalidade por intermédio do recrudescimento jurídico-criminal.

A temática visa tratar acerca da evolução legislativa ocorrida com as mudanças realizadas no referido artigo, abordando possibilidade de aprimoramento da persecução penal para promover e proteger o bem jurídico tutelado pela norma (dignidade sexual), e conseqüentemente possibilitar a aplicação do *ius puniendi* (dever-direito de punir) contra os autores de crimes sexuais (MOREIRA, 2009).

Inicialmente, trata-se das redações anteriores do referido artigo, até chegar à Lei nº 12.015, de 7.8.2009, bem como da Súmula n. 593 do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, a Lei nº 13.718/2018.

Nesta análise, o trabalho tem a preocupação especial com a inovação trazida ao art. 217-A. Busca-se então situar o leitor quando ao cerne da discussão e alterações ocorridas no Código Penal, referente aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, conforme alteração que foi trazida pela Lei nº 13.718/2018.

Discorrerá rapidamente sobre o processo legislativo que resultou na Lei nº 13.718/2018, evidenciando como a atual redação do artigo 225, do CP pode ter aperfeiçoado a norma penal para realização da persecução penal contra os autores de crimes sexuais.

Na conclusão será possível verificar se é passível de comprovação da hipótese de pesquisa, construída no sentido de que: A alteração da redação do art. 225 do

Código Penal foi (é) um avanço na responsabilização dos autores do crime do art. 217-A.

Para tanto, a metodologia de pesquisa aplicada foi a revisão bibliográfica, com a análise de um estudo de caso fictício, porém, dotado de verossimilhança teórica.

1. AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.718/2018

A Lei n. 13.718/2008 trouxe inovações relevantes, onde passou a tornar práticas criminosas infrações que antes eram tida como infrações menores, ou infrações que encontra-se como um tipo penal correspondente na legislação.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

Lei nº 13.718/2018: Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; revogando o dispositivo de "ofensa ao pudor".

A Lei nº 13.718/2018 foi então publicada no dia 25 de setembro de 2018, a qual pode-se colocar que trouxe alterações significativas concernente aos crimes contra a dignidade sexual, sendo uma destas, alterações promovidas referente ao crime de estupro de vulnerável.

Vale reiterar que o estupro de vulnerável é previsto no art. 217-A do Código Penal, a qual dispõe-se o seguinte:

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

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

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

§2º (VETADO)

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

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

§4º Se da conduta resulta morte:

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

Nota-se então que por meio deste dispositivo fica claro a proibição de se manter relação sexual (conjunção carnal ou outros atos libidinosos) com pessoa que é vulnerável, onde caracteriza-se então como crime, mesmo não apresentado violência, grave ameaça e também independe do consentimento da vítima ou do fato de ter ela mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Foi de suma importância à mudança em considerar não só a conjunção carnal como estupro I, mas também qualquer tipo de ato libidinoso principalmente quanto referente a estupro de vulnerável. Damásio de Jesus é bem específico ao explicar o significado do ato libidinoso: “Trata-se de todo aquele que visa ao prazer sexual, que serve de desafogo à concupiscência. É o ato lascivo, voluptuoso, dirigido para a satisfação do instinto sexual. Deve ter por finalidade a satisfação de um impulso de luxúria, de lascívia.” (JESUS, 2013, p. 163).

Isso ficando mais claro quando em 01 de junho de 2018, por intermédio do Of. n. 704, o então Presidente do Senado Federal, encaminhou o projeto que já tinha sido ampliado pela Câmara dos Deputados visando deixar mais claro esse fator crime, o que então trouxe a redação que foi transformada na Lei n. 13.718/2018, a qual dispõe em seu § 5º do artigo 217-A, in literis:

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Sancionada, em 24/09/2018, pelo Excelentíssimo Presidente da República (em exercício) José Antônio Dias Toffoli, e publicada no dia seguinte, com vigência imediata. A lei marca uma desconfiança do legislador nos tribunais. Diante de inúmeros precedentes dos tribunais de justiça que sustentam que a vulnerabilidade é relativa, a lei buscou reforçar a Súmula n. 593 do STJ para evitar a “liberalidade excessiva” dos julgadores.

Com isso, pode-se então colocar que a Lei n. 12.015/2009 já buscava reduzir a liberalidade dos juízes e, reforçando o que já se expôs, transcrevemos o que o referido autor sustentou em artigo específico sobre o tema:

Dessa forma, impõe-se a conclusão de que a presunção de vulnerabilidade consagrada no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casuística. No entanto, para realizarmos uma melhor interpretação

dessa peculiaridade, recomenda-se ter presente que presunção absoluta ou relativa não se confunde com vulnerabilidade absoluta ou relativa.

O bem jurídico protegido em tese é a liberdade sexual de pessoa considerada vulnerável. O Código Penal tutela a liberdade sexual de cada um, na intenção de evitar que sejam cometidos atos libidinosos ou até mesmo a consumação de conjunções carnais, sem o devido consentimento e maturidade do sujeito passivo. (JESUS, 2013).

A consumação do crime de estupro se dá no momento em que o agente introduz seu órgão genital no da vítima. Independentemente de ser penetração completa ou parcial, independe de haver rompimento do hímen ou não no caso de vítima do sexo feminino, independente se ejaculou após o ato ou não e também vale ressaltar que não é regra haver penetração. Qualquer modalidade de ato libidinoso, seja feito na vítima ou que a vítima seja submetida a fazer no agente (BITENCOURT, 2012).

2. DO CRIME DO ARTIGO 217-A (ESTUPRO DE VULNERÁVEL) NA RESPONSABILIZAÇÃO DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

A Lei 12.015/2009 acabou com o concurso material entre as condutas anteriormente previstas nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor) ambos do Código Penal. Agora, a junção em um único tipo penal previstas no artigo 213 do Código Penal.

As hipóteses de estupro de vulnerável (menor, incapaz, doente mental), antes tratadas de forma genérica pelos artigos 213 e 214 c/c o art. 224 do Código Penal, estão agora previstas no artigo 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável), com outras incriminações e/ou aumento de penas.

Outra mudança que ocorreu, foi na nomenclatura de crimes contra os costumes, para crimes contra a dignidade sexual, pois o seu bem jurídico tutelado passa a ser a dignidade sexual de qualquer indivíduo.

A Jurisprudência majoritária entende que é tipo misto alternativo. Pela nova Lei, tanto o estupro artigo 213 do Código Penal, quanto o estupro de vulnerável artigo 217-A do Código Penal são crimes hediondos, na forma simples ou qualificada.

Trata o legislador Roberto Bitencourt (2012, p. 127):

Não é da vulnerabilidade eventual, puramente circunstancial, que o dispositivo penal trata. Observando-se as hipóteses mencionadas como caracterizadoras da condição de vulnerabilidade concluiremos, sem maiores dificuldades, que o legislador optou por incluir, nessa classificação pessoas que são absolutamente inimputáveis embora nem todas, quais sejam menores de quatorze anos, ou 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.

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada. (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018).

A Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018 ainda dispõe o seguinte:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de Outubro de 1941(Lei das Contravenções Penais).

A ação penal em caso de crimes de estupro antes da década de 40 era ação penal privada, ou seja, somente era precedida mediante queixa. Após código penal de 1940 passou então passou a ser ação penal pública condicionada a representação, ou seja, mesmo ajuizada pelo Ministério Público, requer ainda representação da vítima quando ao desejo de denunciar o crime. E, atualmente após Lei 12.015/2009, que passou a ser ação penal pública incondicionada.

Com o advento da Lei 12.015/2009 se estabeleceu que a regra fosse a ação penal pública condicionada a representação da vítima, com exceção apenas a vítima vulnerável ou menor de 18 anos, casos em que a persecução criminal se daria independente de sua manifestação, com iniciativa do Ministério Público (ROSA, 2019, p. 05).

Porém vale reiterar as mudanças também quanto aos tipos penais trazidas pela promulgação da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, que trouxe e inovações

quanto a tipificação de crimes sexuais, a qual trouxe abordagem quanto a importunação sexual, e, no caso de crime de estupro deixou mais claro a especificação de aumento de pena quanto a crimes como estupro coletivo e corretivo (quando o autor direciona a pessoas pela sua opção sexual) conforme art. 215-A, in literis:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena – reclusão, de 1(um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Assim, conforme disposto no art. 215-A da Lei n. 13.718/2018 alterou-se a legislação penal, onde buscou assim tornar mais clara a potencialidade de punibilidade desta modalidade criminal e de outras condutas semelhantes.

Outra alteração significativa já evidenciada anteriormente é o seu § 5º do artigo 217-A do Código (estupro de vulnerável), porém também trazendo as penas previstas no caput do artigo e em seus parágrafos § 1º, 3º e 4º, onde tipifica como crime qualquer tentativa de ato libidinoso em desfavor de vulneráveis.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (...) § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

A criação do artigo 217-A do CP, tem como finalidade: “proteger a liberdade individual de autodeterminar-se sexualmente e assegurar, contra abusos de terceiro, as condições necessárias ao desenvolvimento sexual pleno e saudável de crianças, adolescentes e incapazes em geral.” (CONDE, 2012, p. 217)).

A liberdade sexual do menor de 14 anos, porém, encaixa-se em uma noção doutrinária de vulnerabilidade absoluta, pois, como já destacado antes, a criança não possui maturidade para a prática de relações sexuais, então, essa liberdade é restrita e cabe ao Estado, a proteção absoluta dessa criança. Nesse caso, a vítima precisa estar dentro dos tópicos citados no artigo 217 –A do CP e não tem relevância o consentimento da mesma. A tentativa é admissível porque o crime de estupro de vulnerável é plurissubsistente. (GRECO, 2011).

2.1 CONSENTIMENTO E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O termo de vulnerabilidade não se refere somente a pessoa menor de 14 anos, onde por meio das alterações trazidas pela Lei n. 13.718/2018, trouxe especificações de outras situações de vulnerabilidade que podem-se se encaixar na punibilidade do agente, previstas no §1º do art. 217-A:

- Pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;
- Pessoa que, por qualquer causa, não pode oferecer resistência.

Esse dispositivo veio ainda a complementar a situação de amparo para com a vulnerabilidade de pessoas com deficiência, conforme art. 4 da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com deficiência), a qual requer proteção. Porém, em alguns casos, é importante frisar que detentora de capacidade civil de maioridade e mental não se insere em todo o contexto o fator vulnerabilidade, assim com todos os civis em termos de liberdade sexual, conforme prevê expressamente o art. 6º, II, da Lei nº 13.146/2015:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

(...)

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

Assim não é o simples fator de ter-se sexo consensual com pessoa portadora de deficiência que já caracteriza estupro de vulnerável. É necessário então que se prove o aporte de vulnerabilidade, como menor também de 14 anos, ou falta de capacidade de entendimento mental, por exemplo. Com isso, compreende-se a necessidade de análise de cada caso em concreto, onde em casos de a pessoa com deficiência tiver discernimento para a prática do ato, o consentimento então é válido e exclui então o crime do art. 217-A do CP, comprovando então que a pessoa com deficiência não será vulnerável.

A enfermidade ou a deficiência mental não são razões absolutas que ensejam a tipificação do crime. Considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, se o enfermo ou doente mental puder expressar sua vontade em realizar o ato sexual, o seu parceiro, ou sua parceira, não poderá ser punido(a) pelo crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A, do Código Penal.

O que se deve punir é o abuso, por alguém mentalmente são, da condição de alguém desprovido da plena capacidade de discernimento sexual. Melhor teria agido nosso legislador se inserisse cláusula semelhante aquela contida no Código Penal português, para o qual constitui elementar o fato de o agente aproveitar-se do estado ou incapacidade do sujeito passivo (art. 165º) (ESTEFAM, 2015, p. 181).

Ainda, ocorre o crime do artigo 217-A do Código Penal, quando por qualquer outra causa, a vítima não puder exercer resistência. Trata-se de pessoas com 14 ou mais anos de idade, que não sofrem qualquer tipo de enfermidade ou deficiência mental.

3. DO ABUSO SEXUAL ENTRE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Para adentrar ao tema de abuso sexual de crianças e adolescentes faz-se necessário já enfatizar o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º, a distinção entre eles está relacionada exclusivamente a idade. Sendo assim, está estabelecido que o primeiro é aquele que está com 12 anos de idade incompletos e o segundo é o que está entre 12 e 18 anos de idade. (BRASIL, 1990).

Trata-se de vulnerável aquele que é considerado frágil e sujeito a qualquer perigo devido a sua incapacidade de resistência. Nessa esfera estão incluídos os menores de 14 anos, bem como o deficiente mental ou aquele que de alguma forma é incapaz. (BRASIL, 1940).

A violência sexual sofrida por menores se tornou motivo de preocupação para a sociedade. Os menores de 14 anos, considerados pelo ordenamento jurídico como vulneráveis, necessitam de um cuidado e atenção especial conforme previsto na Lei nº 12.015/2009, por ser nessa etapa da vida que se desenvolvem fisicamente e psicologicamente. (MIRABETE, 2010, p. 46).

Diante de todas as formas de violência contra criança e adolescente, destaca a violência sexual, que infelizmente ocorre com mais frequência no âmbito familiar, na maioria dos casos o agressor é alguém que tem algum vínculo com a vítima. Essas violências ocorrem com crianças de ambos os sexos, e de certo modo apresentam um certo tipo de vulnerabilidade insegura no âmbito familiar.

Já a família consiste numa categoria de pessoas com grau de parentesco e afinidade entre si e que convivem em um mesmo ambiente conhecido comumente como lar. Tradicionalmente, esta é estruturada por um pai e uma mãe que são

casados ou unidos de fato, possuindo filhos. A família é responsabilizada na proteção, afeto, educação, harmonia e desenvolvimento dos filhos conforme as tradições e valores morais de cada uma.

Em muitos casos a omissão da violência sexual parte da genitora, que acaba permitindo que o companheiro abuse do menor que está sob seu cuidado, o poder de família que é direcionado à ela, para cuidar é zelar da integridade física e psíquica do menor, não é exercido, permitindo que esse tipo de violência ocorra. Casos assim de violência sexual no âmbito familiar deve ser denunciados, programas educacionais nas escolas deveriam ser implantados, para aconselhar as menores a relatarem o que ocorre dentro de seus lares, para que através destes programas educacionais os menores possam se sentir seguros, pois o genitor que tem o dever de cuidar desse menor, e em muitos casos não exercem sua função de maneira correta.

Na maioria dos casos esse agressor é alguém de dentro da casa ou alguém que tenha acessibilidade a casa do menor, facilitando que essa violência aconteça. A vítima não menciona o que acontece, alguns casos por medo, outros por vergonha. Conforme dados do Ministério da Saúde, 70% das vítimas de estupro são de fato, crianças e adolescentes; e os autores em maior parte são membros familiares de seu convívio ou não (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

O estupro de vulnerável vale para aqueles que são menores de quatorze anos, ou que não tenham sanidade mental, ou que não oferecem nenhum tipo de resistência para o ato. No entanto, a vulnerabilidade é dividida em duas partes: Absoluta: em que a vítima é menor de quatorze anos. Relativa: em que a vítima é menor de dezoito anos e é justamente sobre esse debate que a pesquisa debaterá quando analisar a vulnerabilidade referente aos menores. E ainda, que as possíveis formas que levam a extinguir o abuso sexual contra crianças e adolescente pelos detentores de sua guarda, sejam efetivas (SILVA; FERREIRA; SOARES, 2019).

É importante esclarecer que este crime ocorre com bastante frequência contra crianças ou adolescentes que estão em situação de fragilidade, seja ela emocional, física ou mental. Um exemplo da primeira seria uma criança filha de pais separados que convive com a mãe e é abusada pelo padrasto; da segunda, um adolescente que é portador de uma doença física e/ou mental. São situações que as dificultam a alcançar a possibilidade de defesa e de clamar ajuda (CAVALCANTE, 2018).

Destaca-se: quanto mais frequentes os abusos, maiores os impactos nas dimensões física, sexual, emocional e moral da criança e do adolescente, pois dificilmente os abusados esquecem a violência sexual.

Não se pode encobrir a ofensa à criança e adolescente com a argumentação de que a sociedade e os costumes estão evoluindo, aceitando que um adulto mantenha relações sexuais com um menor de quatorze anos. O que se preza, no entanto, é justamente a proteção da dignidade sexual do incapaz, combatendo qualquer tipo de violência. Esta proteção é encargo da família, da sociedade e, também, do Estado, posto que está tutelada pelo direito penal, haja vista ser bem jurídico de altíssima relevância. E, nisso cabe ao Estado tornar-se responsável por tutelar os interesses individuais e coletivos, oferecendo liberdade, desde que não transgridam os limites da naturalidade humana (CERQUEIRA; COELHO, 2014).

Todo ato ou omissão praticado por pais, parentes ou responsáveis contra crianças e/ou adolescentes que, sendo capaz de causar dano físico, sexual ou psicológico à vítima, implica de um lado uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (AZEVEDO; GUERRA, 1995, P.78).

Portanto, qualquer pessoa de qualquer idade poderá ser vítima do crime de estupro de vulnerável, mas para isso deve-se comprovar a sua situação de vulnerabilidade. O juiz avaliará em cada caso concreto se está presente este pressuposto elementar, tomando por base documentos que apontam a idade da vítima, ou perícia médica/psiquiátrica especializada, se ao tempo do fato a vítima estava inconsciente, isto por meio de testemunhas, fotografias, filmagens, etc.

3.1 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Com relação a proteção integral da criança e do adolescente, destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente conforme Lei n. 8069/1990 a qual evidencia tanto direitos das crianças e adolescentes, como também o dever de proteção destas crianças em situação de risco, seja por negligência, fatores de violência, abandono e também de sua proteção física e psicológica.

Outro instituto que aborda tal proteção é o art. 227 da Constituição Federal de 1988, a qual aduz que:

Art. 227 É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes á vida, á saúde, á educação, ao esporte, ao lazer, á profissionalização, á cultura, á dignidade, ao respeito, á liberdade e á convivência familiar e comunitária.

Nota-se então que são vários os institutos, Constitucional, legais, civis, e também Penal, como no caso de caracterização de crime, deve-se buscar a proteção integral de crianças e adolescentes, isso sendo dever do Estado e da família.

4. DA AÇÃO PENAL

Inicialmente é necessário reiterar que delitos são descrito em ação penal, e, de iniciativa privada, principalmente quanto a casos de abusos sexuais contra crianças, com apenas quatro exceções:

- a) se o delito era praticado com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador (ação penal pública incondicionada);
- b) se resultava, da violência empregada, lesão corporal grave ou morte (também ação penal pública incondicionada);
- c) se a ofendida ou seus pais não podiam custear as despesas de um processo penal sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família (ação penal pública condicionada à representação).
- d) se resultasse lesão corporal leve, aplicava-se o Enunciado 608 da súmula do STF, segundo o qual, "no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada." Este preceito sumular, aliás, não sofreu qualquer alteração com a alteração do artigo 225 do código penal.

Assim, com exceção destas quatro hipóteses, o exercício da ação penal só seria possível por meio do oferecimento de queixa, onde até então ação penal de iniciativa privada. Mas diante da nova redação dada ao art. 225 do Código Penal, nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI (respectivamente, crimes contra a liberdade sexual e crimes sexuais contra vulnerável: artigos. 213 a 218-B) a ação penal agora é tida como pública incondicionada.

4.1. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Reitera-se então que diante do art. 225 do Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual passam então a ter titularidade do Ministério Público (ação penal incondicionada). Basta que a autoridade tenha conhecimento dos fatos, independentemente do ofendido (maior e capaz), para iniciar a persecução penal, mesmo que tal ato venha a lesar ainda mais a vítima do crime.

Para Nicolit (2014), a ação penal pública incondicionada, é a regra com fulcro artigo 100 caput do Código Penal. Do dever estatal resulta como regra a obrigatoriedade do Ministério Público, a qual deve então romover a ação penal diante de um ato tipificado como crime (Princípio da Obrigatoriedade). Caso o Ministério Público perceba que no caso concreto existe prova evidente do fato, deverá realizar a denúncia, não se atribui ao Ministério Público a autonomia de escolha acerca da oportunidade da iniciativa da ação penal, quando constatada a presença de conduta ilícita, e satisfeitas as condições da ação penal (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade) (PEDROSO, 2019).

A peça inaugural é a denúncia e o titular exclusivo é o Ministério Público, depois de apresentada a denúncia o titular da ação não pode mais voltar atrás (Princípio da Indisponibilidade). O Ministério Público atua como substituto processual da vítima devendo representar os seus interesses até o final da ação.

4.2 AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

A ação penal pública condicionada, refere-se a autorização da vítima ao titular exclusivo da ação, para que possa propor a ação penal. É uma condição para a procedibilidade (NICOLIT, 2014). Antes da mudança do artigo 225 do Código Penal, os crimes contra a dignidade sexual, dependiam de representação. Que seria, a manifestação de vontade do ofendido (maior e capaz) ou de seu representante legal, para que fosse possível propor a ação penal.

De acordo com Oliveira (2012) em consequência da denominação da doutrina de *strepitus iudicii*, (escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal), resguarda-se a vítima, a liberdade de escolha e conveniência da instauração da ação penal, com o propósito de abster a criação de novos danos em seu patrimônio – moral, social,

psicológico etc. – diante de provável resultado negativo trazido pelo conhecimento divulgado do fato criminoso.

O requerimento de instauração de inquérito é suficiente para caracterizar a representação do ofendido que será irretratável, depois de oferecida a denúncia, de acordo com o artigo 25 do Código de Processo Penal (NICOLIT, 2014).

A lei prevê prazo decadencial para o oferecimento da representação do ofendido (maior e capaz), previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime. Diferentemente da requisição do Ministro da Justiça, prazo também previsto no artigo 38 do Código de Processo Penal, que não prevê prazo decadencial para o seu oferecimento (VITAL, 2020).

4.3 AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA

Baseia-se na autorização constitucional (artigo 5º LIX), que possibilita à vítima ou ao seu representante ingressar diretamente com ação penal por meio de oferecimento da queixa crime, em casos de ações públicas, quando o Ministério Público ficar inerte, deixar de oferecer a denúncia no prazo legal (artigo 46 Código de Processo Penal). A titularidade da ação penal não é da vítima. Está prevista no artigo 29 do Código de Processo Penal, art. 100 § 3º do Código Penal e no artigo 5º LIX da Constituição Federal (NICOLIT, 2014).

4.4 POR QUE A AÇÃO PENAL NOS CRIMES SEXUAIS (QUE SÃO DELITOS GRAVES E ABOMINÁVEIS) ERAM, EM REGRA, DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO?

Pode-se observar que por muito tempo a denúncia de crimes de abusos sexuais eram tidos como vergonhosos, e o ordenamento jurídico brasileiro atual, busca-se evitar o *strepitus iudicii* do processo e a revitimização.

4.4.1 *Strepitus iudicii*

Na tradução literal do termo latim *strepitus iudicii* tem-se o significado de barulho, ruído e escândalo, o que normalmente esses casos de abuso pode vir a

ocorrer. Mediante casos de abusos sexuais e estupro a vítima pode-se ser acometida de situação constrangedora, onde a ação penal pode vir a ocasionar exposição, e sendo importante que caso a vítima assim se manifeste o processo ocorra em sigilo (art. 234-B do CP). Além de alguns casos que só se tem a palavra da vítima, o que pode ser motivo de dúvida ou até mesmo alguns casos em se transfere responsabilidade pelos crimes sexuais para a vítima. E, submeter a vítima a ouvir ou ler tal espécie de argumentação implica, sem dúvidas, mais sofrimento (VITAL, 2010).

4.4.2 Revitimização

O processo de revitimização aduz o processo envolto a traumas decorrentes de delitos sexuais ou violência por parte da vítima, onde quando a vítima é inquirida sobre fato, pode-se vir a ocasionar novo trauma, novo sofrimento, e, em cada novo depoimento pode vir a ocorrer violência psíquica. Assim a revitimização nada mais é que no processo de sofrimento continuado ou repetido da vítima ao ter que lembrar esses fatos, o que pode causar processo de traumatização secundária. Para evitar a ocorrência de tal fato seria fundamental atendimento humanizado e integral a pessoas vítimas de violência sexual como abuso e estupro (ABREU, 2020)

Com isso entendia o legislador que a vítima maior de idade e pessoa não vulnerável, ela é quem deveria decidir se desejaria ou não deflagrar a instauração do processo. Mas um fator de evolução foi que o legislador fez uma opção e acabou com a ação penal condicionada nos crimes sexuais, e portanto, passando estes então a ser delitos de ação pública incondicionada. A vítima então continua tendo sua autonomia, e devendo esta decidir ou não levar tal fato ao conhecimento das autoridades (VITAL, 2020).

Porém é importante frisar que a Lei nº 13.718/2018 somente passou a vigorar em 25 de setembro de 2018, e por se tratar de lei penal mais gravosa (*novatio legis in pejus*), ela é irretroativa, não alcançando fatos praticados antes da sua vigência, isso inclusive para ações penais. Então crimes antes dessa data, e no caso de agente que tenha cometido crime contra uma mulher maior de 18 anos um assédio sexual (art. 216-A do CP), a ação penal continua sendo pública condicionada à representação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, as alterações promovidas pela Lei 13.718/78 no que se refere aos crimes sexuais, foram favoráveis para a sociedade, fazendo com que tais crimes não fiquem mais impunes, uma vez que o Estado terá total acesso para promover a denúncia e punição do agressor, pois a mudança da competência para propor a ação penal, que originalmente era privada, foi transformada em condicionada a representação pela mudança ocorrida em 2009 e por fim pública incondicionada pela mudança que aconteceu em 2018, que inclusive trouxe novos tipos penais que possibilitaram um alcance maior de situações que sempre ocorreram, mas por falta de tipificação ficavam impunes. Dessa forma, as mudanças decorrentes vieram para esclarecer alguns pontos que necessitavam de esclarecimento e também a ação sendo pública incondicionada é desfavorável para o réu, pois não terá o benefício da decadência do direito de representação, e tantos outros explanados.

No entanto, para chegar até o presente momento com razoável proteção, teve de passar por um considerável processo. Faz parte desse processo as mudanças que ocorreram na lei penal como, por exemplo, a implantação da Lei 12.015/2009, bem como os Programas Nacionais de Enfrentamento a Violência Sexual Contra Criança e Adolescente.

Com a alteração da redação do artigo 225 do Código Penal, pode se, considerar um avanço na responsabilização dos autores do crime do artigo 217-A. A efetividade da lei é uma forma de intimidar o agente a não praticar crime contra os menores de 14 anos.

Até recentemente esses crimes carregavam consigo fortes traços de legislações passadas, que possuíam atitudes machistas. O ponto que minimizou tais características, no âmbito no código penal, foi a reforma trazida pela Lei nº. 13.718 de 2018, que entre diversas mudanças, unificou o crime contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, e estabeleceu que, para os crimes contra a liberdade sexual, a ação cabível era a ação penal pública incondicionada.

Posto que, estejam presentes meios que procuram superar a ofensa a integridade da criança e do adolescente, é certo trabalhar na intensificação das ações absolutamente ligadas ao enfrentamento da exploração sexual, mobilizando e sensibilizando a sociedade como um todo.

A família é a base de todo o desenvolvimento da criança, é o princípio de sua educação e formação, desse modo, é inaceitável que a sua fragilidade seja atacada pela violência sexual. Uma possibilidade de intervenção da violência é incentivar os pais a discutir esse assunto com os filhos, com o intuito de impedir qualquer violência por parte de um ente familiar próximo ou mesmo por qualquer outra pessoa.

E, por esse motivo e por muitos outros, que o presente artigo expõe a necessidade da prevenção do abuso na vida das crianças e dos adolescentes, pois sua integridade deve ser preservada acima de tudo e o Estado é que possui força maior para prevenir esse crime.

REFERÊNCIAS

ABREU, Irelly Lorena Alves. A oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: uma análise da lei nº 13.431/2017. **Conteúdo Jurídico**. 14 jul 2020. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54888/a-oitiva-de-criancas-e-adolescentes-vtimas-de-violencia-sexual-uma-anlise-da-lei-n-13-431-2017>. Acesso em 30 nov 2020.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA, V. N. **A violência doméstica na infância e na adolescência**. São Paulo: Robe Editorial, 1995.

AZEVEDO, M. A.; GUERRA; V. N. A (Orgs.). **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu. 1989.

BITENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de Direito Penal**: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6 ed. Rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, set 1940.

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 09 de out de 2020.

_____. Lei Federal 8069/90: **Estatuto da Criança do Adolescente**. Brasília, 1990.

_____. **Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF, jul 2015

_____. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF, ago 2009.

_____. **Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF, set 2018.

_____. **Lei nº 13.718/18, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em: 04 de out de 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 608.** In: Súmulas. São Paulo: Empório do Direito, 2019. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/sumula-608-stf-estupro>

CAVALCANTE, M. A. L. As mudanças nos crimes sexuais promovidas pela Lei 13.718/2018. **Dizer o Direito**, 03 out. 2018. Disponível em <http://crianca.mppr.mp.br/pagina2165.html#:~:text=226%20do%20C%C3%B3digo%20Penal%20traz,e%20o%20estupro%20%22corretivo%22>. Acesso em: 18 out. 2020.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. **Estupro no Brasil:** uma radiografia segundo os dados da Saúde. Brasília: IPEA, 2014.

CONDÉ, Teófilo Tavares Ducarmo. **Estupro de vulnerável:** relativização da vulnerabilidade do maior de doze anos. 2012. Disponível em <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-74b4f5118c3951acd24058e0dc8bbbbb.pdf> Acesso em: 01 dez 2020.

ESTEFAM, André. **Direito Penal:** parte especial. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, parte especial. Editora Impetus, 8ª edição, revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILHOMENS, Juan Carlos Moreira Cavalcante. MACIEL, José Alves. **Abuso de vulneráveis no âmbito familiar.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do

Conhecimento. Ano 05, Ed. 03, Vol. 05, pp. 25-41. março de 2020. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/abuso-de-vulneraveis>

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, R. A. Ação Penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável – a lei 12.015/09. **Migalhas**. São Paulo, 27 ago. 2009. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/91630/acao-penal-nos-crimes-contra-a-liberdade-sexual-e-nos-delitos-sexuais-contra-vulneravel---a-lei-12-015-09>. Acesso em: 25 set. 2020.

NICOLITT, André. **Manual do Processo Penal**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2014, p.238).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Ação Penal Pública Condicionada. **Revista do Ministério Público de São Paulo**, 2019. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/2acz6b.pdf>. Acesso em: 30 nov 2020.

ROSA, Flávia Laurindo da. **As Falsas Memórias Presentes nos Depoimentos de Crianças em Casos de Violência Sexual**. 2019. Disponível em: < <https://riuni.unisul.br/handle/12345/5226> > Acesso em: 30 nov 2020.

SILVA, A. M. C.; FERREIRA, M. R. S.; SOARES, S. R. Evolução das ações penais sobre os crimes contra a dignidade sexual, desde a redação original do artigo 225 do Código Penal, até as recentes alterações ocorridas pelo advento da Lei 13.718/18. In: **IV PROSA JURÍDICA**, 2019, Piriri. Anais... Piauí: CHRISFAPI, 2019. p. 07-08

VITAL, Danilo. **A ação por estupro é condicionada se vulnerabilidade é relativa, diz 6ª Turma**. Revista **Consultor Jurídico**, 6 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-06/acao-estupro-condicionada-vulnerabilidade-relativa>. Acesso em 30 nov 2020.