

61

AGO/SET 2014

Coordenação

Damásio E. de Jesus

Fernando da Costa Tourinho Filho

Luiz Flávio Borges D'Urso

Elias Mattar Assad

Marco Antonio Marques da Silva

Conselho Editorial

Ada Pellegrini Grinover

Adeildo Nunes

Amadeu de Almeida Weinmann

Aury Lopes Júnior

Carlos Ernani Constantino

Celso de Magalhães Pinto

César Barros Leal

César Roberto Bitencourt

Élcio Pinheiro de Castro

Fernando Capez

Fernando de Almeida Pedroso

Geraldo Batista de Siqueira

Haroldo Caetano da Silva

José Carlos Teixeira Giorgis

Luiz Flávio Gomes

Marcelo Roberto Ribeiro

Maurício Kuehne

Renato Marcão

René Ariel Dotti

Roberto Victor Pereira Ribeiro

Rômulo de Andrade Moreira

Ronaldo Batista Pinto

Sergio Demoro Hamilton

Umberto Luiz Borges D'Urso

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal



magister
Editora

www.editoramagister.com

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Ano XI

Número 61

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal – nº 38/2007

Superior Tribunal de Justiça – nº 58/2006

Editores

Fábio Paixão

Veruscka Diab

Walter Diab

Diretores

Ana Maria Paixão

Fábio Paixão

Luiz Antonio Paixão

Coordenadores

Damásio E. de Jesus – Fernando da Costa Tourinho Filho – Luiz Flávio Borges D'Urso

Elias Mattar Assad – Marco Antonio Marques da Silva

Conselho Editorial

Ada Pellegrini Grinover – Adeildo Nunes – Amadeu de Almeida Weinmann

Aury Lopes Júnior – Carlos Ernani Constantino – Celso de Magalhães Pinto

César Barros Leal – Cezar Roberto Bitencourt – Élcio Pinheiro de Castro

Fernando Capez – Fernando de Almeida Pedroso – Geraldo Batista de Siqueira

Haroldo Caetano da Silva – José Carlos Teixeira Giorgis – Luiz Flávio Gomes

Marcelo Roberto Ribeiro – Maurício Kuehne – Renato Marcão

René Ariel Dotti – Roberto Victor Pereira Ribeiro – Rômulo de Andrade Moreira

Ronaldo Batista Pinto – Sergio Demoro Hamilton – Umberto Luiz Borges D'Urso

Colaboradores deste Volume

Aury Lopes Jr. – Cezar Roberto Bitencourt – Danilo Andreato – Geraldo Batista Siqueira

Marina da Silva Siqueira – Pedro Felipe Barbosa Fernandes – Renato Marcão

Roberto Victor Pereira Ribeiro – Rômulo de Andrade Moreira – Sergio Demoro Hamilton

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

Publicação bimestral da Editora Magister Ltda. à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser enviados para o e-mail doutrina@editoramagister.com. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 3.100 exemplares.

Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal

v. 1 (ago./set. 2004)-.- Porto Alegre: Magister, 2004-

Bimestral. Coordenação: Damásio E. de Jesus, Fernando da Costa Tourinho Filho, Luiz Flávio Borges D'Urso, Elias Mattar Assad e Marco Antonio Marques da Silva.

v. 61 (ago./set. 2014)

ISSN 1807-3395

1. Direito Penal – Periódico 2. Direito Processual Penal
– Periódico

CDU 342.2(05)

CDU 343.01(05)

Ficha catalográfica: Lúcia Aiquel – CRB 10/499

Capa: Apollo 13

Editora Magister Ltda.

Diretor-Presidente: Carlos Serra

Diretor Executivo: Fábio Paixão

Diretor Administrativo: Nelson Colete

Diretora de Produção: Ana Maria C. Paixão

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar Porto Alegre – RS – 91.340-340

www.editoramagister.com magister@editoramagister.com

Serviço de Atendimento – (51) 4009.6160

Sumário

Em Evidência

1. Breve Esboço a Respeito da Inexistência de uma Teoria Geral do Processo
Rômulo de Andrade Moreira 5

Doutrina

1. Prescrição: Acórdão Confirmatório de Condenação Não Interrompe a Prescrição
Cezar Roberto Bitencourt 48
2. Direito à Duração Razoável do Processo Tem Sido Ignorado no País
Aury Lopes Jr. 55
3. Primeiras Observações sobre a Presença da Parte Civil no Projeto de Código de Processo Penal
Sergio Demoro Hamilton 61
4. O Sistema Acusatório e os Artigos 212 e 310, II, do CPP
Renato Marcão 69
5. Da Competência pelo Lugar da Infração – Crimes Plurilocais e Crimes a Distância
Geraldo Batista Siqueira, Marina da Silva Siqueira e Pedro Felipe Barbosa Fernandes .. 75
6. Favorecer Exploração Sexual de Criança, Adolescente ou Vulnerável É Hediondo, mas Comprá-lo para Fins de Exploração Sexual, Não(!?). A Lei 12.978/2014 e a Inclusão do Art. 218-B do CP no Rol dos Crimes Hediondos
Danilo Andreato 94
7. A Didática do Processo em Cernelutti
Roberto Victor Pereira Ribeiro 100

Jurisprudência

1. Supremo Tribunal Federal – Tóxicos. Tráfico. Utilização de Transporte Público. Pena. Causa de Aumento. Não Aplicação do Art. 40, III, da Lei nº 11.343/06. Ordem Concedida
Relª Minª Rosa Weber 106
2. Superior Tribunal de Justiça – Pena. Compensação da Agravante da Reincidência com a Atenuante da Confissão Espontânea. Possibilidade
Rel. Min. Nefi Cordeiro 111

Favorecer Exploração Sexual de Criança, Adolescente ou Vulnerável É Hediondo, mas Comprá-lo para Fins de Exploração Sexual, Não(!?). A Lei 12.978/2014 e a Inclusão do Art. 218-B do CP no Rol dos Crimes Hediondos

DANILO ANDREATO

Professor Adjunto das Faculdades Santa Cruz (Graduação e Especialização); Mestre em Direito (PUCPR); Especialista em Direito Criminal (Unicuritiba); Titulado em Formação Especializada em Direitos Humanos (Universidad Pablo de Olavide – Sevilla, Espanha); Assessor Jurídico da Procuradoria da República no Paraná (Ministério Público Federal).

RESUMO: Publicada no DOU em 22.05.2014 e em vigor imediatamente, a Lei nº 12.978 promoveu duas alterações, uma no Código Penal e outra na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). A primeira, meramente cosmética; a segunda, não. A questão primordial que será abordada aqui se centrará em inclusões que, por coerência, deveriam ter sido efetuadas na Lei nº 8.072/90 na mesma ocasião.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Hediondos. Violência Sexual contra Menores. Dignidade Sexual da Criança e do Adolescente.

SUMÁRIO: 1 Linhas Iniciais. 2 Primeiro, a Seção de Perfumaria... 3 Notas sobre a Inclusão do Art. 218-B do CP no Rol dos Crimes Hediondos. 4 Violência Sexual contra Menores e a Ausência de Uniformidade do Tratamento Jurídico-Penal. 5 Tutela Penal da Dignidade Sexual da Criança e do Adolescente: Mandado Constitucional de Criminalização. 6 Mas, então, por quê? Sugestões *De Lege Ferenda*.

1 Linhas Iniciais

Publicada no Diário Oficial da União em 22.05.2014 e em vigor imediatamente, a Lei nº 12.978 promoveu duas alterações, uma no Código Penal e outra na Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). A primeira, meramente cosmética; a segunda, não. A questão primordial que abordarei na sequência se centrará em inclusões que, por coerência, deveriam ter sido efetuadas na Lei nº 8.072/90 na mesma ocasião.

2 Primeiro, a Seção de Perfumaria...

A modificação no CP é desprovida de repercussão prática no mundo jurídico. Houve simples mudança da denominação do seu art. 218-B, que agora possui o *nomen juris* “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável”.

Nada mudou com relação às elementares desse delito. A novidade no CP ficou por conta da inclusão da expressão “de criança ou adolescente” na rubrica marginal do dispositivo. Apesar disso, os menores de 18 anos já eram tutelados por esse tipo penal, incluído no CP na reforma de 2009. Confira-se:

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

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

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

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

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

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

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

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

3 Notas sobre a Inclusão do Art. 218-B do CP no Rol dos Crimes Hediondos

Reflexos práticos e de grande monta houve com a modificação da Lei nº 8.072/90, na qual se incluiu o inciso VIII no seu art. 1º, constituindo crime hediondo a prática das condutas descritas no *caput* e §§ 1º e 2º do art. 218-B do CP. Assim, quem cometer esse ilícito se sujeitará a regras mais rigorosas do que as estabelecidas aos crimes comuns, entre elas a progressão de regime após o cumprimento de 2/5 da pena, se o condenado for primário, e de 3/5 se reincidente (art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90). Nos crimes não hediondos, o tempo mínimo exigido para que o preso venha a progredir de regime é de 1/6 da pena, nos termos do art. 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

As modificações de natureza material penal decorrentes da Lei nº 12.978/2014 somente atingirão aqueles que, no dia 22.05.2014 ou em data posterior, tiverem cometido o delito do art. 218-B do CP, pois parcela dos seus efeitos penais tornou-se mais grave, não podendo alcançar fatos pretéritos, em obediência ao princípio da irretroatividade da lei penal *in pejus* (art. 5º, XL, da CF). Muitos já se ocuparam, com maior amplitude, das repercussões mencionadas neste e no parágrafo anterior. Como antecipei, meu objeto de análise é outro. Não é sobre o que mudou, mas sobre o que, de maneira equivalente, *deveria* ter mudado.

4 Violência Sexual contra Menores e a Ausência de Uniformidade do Tratamento Jurídico-Penal

A doutrina afirma que o Brasil adota o *critério legal* para a caracterização de determinado delito como hediondo. Desse modo, em primeira análise, crime hediondo é aquele que o legislador disser que o é, mas para isso, *aparentemente, o critério é nenhum*. Se o legislador achar que deve, insere este ou aquele crime no elenco do art. 1º da Lei nº 8.072/90, sem maiores esforços argumentativos, para, coerentemente, justificar o aumento da lista.

A prostituição e exploração sexual de menores e vulneráveis causam *horror e asco*. O legislador já deveria ter acrescentado o crime do art. 218-B do CP no catálogo da Lei nº 8.072/90 há bastante tempo. Uma oportunidade perdida ocorreu quando da reformulação pontual do Código Penal por força da Lei nº 12.015/09, referente aos crimes contra a dignidade sexual, por meio da qual também se alterou a Lei nº 8.072/90. Talvez não o tenha feito porque não estávamos prestes a sediar a Copa do Mundo, nem a receber, no período em que esse evento acontece, visitantes nacionais ou estrangeiros em cidades “nada turísticas” como Salvador, Fortaleza, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e as demais sedes brasileiras do campeonato mundial de futebol da FIFA de 2014. Difícil entender...

A alteração legislativa é positiva. Porém, é bom sempre lembrar, o direito penal e processual penal não são a cura para os males universais, nem é com punição exacerbada que se reduzirá a criminalidade. Por outro lado, soa ilógico *não estar entre os crimes hediondos* o fato de o sujeito promover ou facilitar o deslocamento de alguém *menor de 18 anos* dentro do território nacional *para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual*. Trata-se do crime de *tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual*, cuja pena prevista, no cenário apresentado, é de dois a seis anos de reclusão, com aumento da metade da pena, porque a vítima possui idade inferior a 18 anos (art. 231-A, *caput* e § 2º, I, do CP).

Por igual, para nossos legisladores, *não é hedionda* a conduta de alguém que, por exemplo, *compra criança ou adolescente para que sirva de objeto de exploração sexual*, seja em contexto de tráfico interno (art. 231-A, §§ 1º e 2º, I, do CP) ou

internacional de pessoas (art. 231, §§ 1º e 2º, I, do CP, que sanciona de três a oito anos de reclusão, majorada a pena da metade, por ter sido cometido contra menor de 18 anos). Dizem os dispositivos:

“Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

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

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

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

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

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

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

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima,

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

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

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

No § 1º do art. 231 do CP, também deveria ter sido previsto o verbo “vender”. Perceba-se que o art. 231-A, § 1º, do CP, acertadamente, incrimina tanto a conduta “vender” como “comprar” a pessoa traficada. Outro ponto a se destacar é que ambos os tipos penais, no inciso II do § 2º, majoram as reprimendas quando a vítima for vulnerável, isto é, na dicção normativa, alguém que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”. Sem dúvida alguma, os arts. 218-B, 231 e 231-A do Código Penal têm em mira a tutela da dignidade sexual dos vulneráveis, das crianças e dos adolescentes, embora os dois últimos tipos penais não se dediquem exclusivamente a isso.

5 Tutela Penal da Dignidade Sexual da Criança e do Adolescente: Mandado Constitucional de Criminalização

A inserção do art. 218-B do CP na disciplina dos delitos hediondos veio com mais de 25 anos de atraso. Desde 1988, a Constituição Federal impôs ao legislador infraconstitucional que elaborasse lei para, *de maneira austera*, punir violações sexuais contra menores. Está no art. 227, § 4º, da CF: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”.

O Brasil assumiu idêntico compromisso perante a comunidade internacional. A título exemplificativo, é o que se verifica da leitura do art. 34 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente¹ (Decreto nº 99.710/90), ao dispor que “os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual (...)”, e do seu Protocolo Facultativo referente à venda de menores, à prostituição infantil e à pornografia infantil (Decreto nº 5.007/04). Veja-se, ainda, o art. 7 da Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores (Decreto nº 2.740/98), segundo o qual “os Estados Partes comprometem-se a adotar, em conformidade com seu direito interno, medidas eficazes para *prevenir e sancionar severamente* a ocorrência de tráfico internacional de menores definido nesta Convenção”, tema pertinente ao art. 231 do CP.

¹ Embora oficialmente denominada Convenção sobre os Direitos da Criança, sem aludir em seu título a “adolescente”, o art. 1º desse diploma considera criança “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Tal conceito abrange, em nosso ordenamento, a criança e o adolescente, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.069/90.

Esse débito legislativo tem sido pago a conta-gotas. Parte dele foi quitado com as Leis ns. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 12.015/09 e 12.650/2012 (início da prescrição nos crimes sexuais contra menores²). Contudo, nesse particular, persiste a omissão dos nossos congressistas ao não criarem meios legais direcionados à harmoniosa e adequada observância do art. 227, § 4º, da Carta de 1988, que estabelece como obrigação constitucional a rigorosa tutela penal da dignidade sexual da criança e do adolescente. Ao não se desincumbirem desse múnus, ferem o *princípio da proporcionalidade* na dimensão da *proibição da proteção deficiente (ou insuficiente)*.

Cuida-se de *imperativo de tutela*, verdadeiro *mandado de criminalização* por meio do qual os direitos fundamentais expressam não apenas uma vedação do excesso, mas também proíbem o Poder Público de não proteger tais direitos ou de lançar mão de mecanismos insatisfatórios para salvaguardá-los, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal (2ª T., HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2012).

6 Mas, então, por quê? Sugestões De Lege Ferenda

Por que os crimes dos arts. 231 e 231-A do Código Penal, quando praticados contra crianças, adolescentes ou vulneráveis, não estão relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072/90? No que se diferem em essência ou são menos abjetos do que o delito do art. 218-B do CP? Pode-se perguntar o mesmo envolvendo tantas outras infrações penais.

Na linha da alteração promovida pela Lei nº 12.978/2014 e por congruência, igualmente deveriam caracterizar crime hediondo as situações do: a) art. 231, *caput* e § 1º, sempre que em combinação com o inciso I ou II do § 2º do mesmo artigo do CP; e b) art. 231-A, *caput* e § 1º, se presente a causa de aumento do inciso I ou II do § 2º desse artigo do CP. Ao que parece, o “critério” utilizado pelo legislador para dizer o que é crime hediondo não é muito *legal*.

TITLE: Promoting sexual exploitation of children or teenagers is heinous, but buying it to sexually exploit it is not(!?). Law 12.978/2014 and the inclusion of Article 218-B of the Penal Code in the category of heinous crimes.

ABSTRACT: Published in the Federal Gazette on May 22, 2014, and becoming effective immediately after that, Law 12.978/2014 caused two modifications, one in the Penal Code and another in Law 8.072/90 (Law of Heinous Crimes). The first one was merely cosmetic; the second one was not. The primary issue that is going to be treated here concerns the inclusions that, due to coherence, should be made in Law 8.072/90 in the same occasion.

KEYWORDS: Heinous Crimes. Sexual Violence against Minors. Sexual Dignity of Children and Teenagers.

2 Sobre o assunto, consulte-se: ANDREATO, Danilo; ARAS, Vladimir. Termo inicial da prescrição nos crimes sexuais contra crianças e adolescentes: o art. 111, V, do CP (Lei 12.650/2012). *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n. 13, jun./set. 2012, p. 201-205. Disponível em: <http://reid.org.br/arquivos/00000315-18-danilo_reid-13.pdf>.