

# DOS DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO PROJETO DE PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

*Luiz Luisi\**

O Estado democrático de direito ao surgir em fins do século XVIII, como conseqüência da prédica dos pensadores iluministas, operou uma profunda transformação no ordenamento jurídico-penal. A rigor surge um novo direito penal, tendo como base - a estrita legalidade dos delitos e das penas, a limitação da aplicação da pena a pessoa do delinqüente, o tratamento do acusado e do condenado como pessoa humana, eliminando dos Códigos a tortura e as penas corporais e cruéis. E a limitação do uso da pena somente quando as outras sanções do ordenamento jurídico se revelem impotentes para a proteção de bens de efetiva relevância social.

Outro traço marcante do novo direito penal humanitário e liberal é a sua laicização. No direito penal das ordenações européias do século XV e seguintes, os crimes mais brutalmente apenados, afora os de lesa majestade, eram os que tutelavam a religião e a moral dominante. Nas ordenações filipinas que foram lei entre nós até a nossa Constituição de março de 1824, e até o nosso primeiro Código Penal, o de 16 de dezembro de 1830, os delitos de heresia e de apostasia eram sancionados com a pena de morte cruel, ou seja, a morte no fogo precedida de torturas. O mesmo rigor está presente na tutela dos costumes, ou seja, do sistema moral dominante. Vale lembrar para bem caracterizar o tipo de tutela a incriminação contida no título XIII das ordenações filipinas: “toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimada e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver notícias”. Ainda o título XXV da Filipina: “mandamos que o homem que dormir com mulher casada e que em fama de casada tiver, morra por isso”. E, mais: “toda a mulher que fazer adultério a seu marido, morra por isso”.

Dezenas de semelhantes normas estão presentes nas ordenações do então reino da Espanha e Portugal, editadas em 09 de janeiro de 1603.

O novo direito penal se caracteriza por ter progressivamente descriminalizado tais fatos. Pode-se afirmar que a tendência das legislações contemporâneas dos Estados laicos é no sentido de excluir da tutela penal condutas

---

\* Professor de Direito Penal das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Universidade de Cruz Alta. Professor convidado do Curso de Mestrado da UEM.

exclusivamente morais. E isto importa que na área da criminalidade dita sexual as incriminações tem se limitado aos fatos acompanhados de violência ou ameaça, de fraude ou engodo. E para dar resguardo aos menores. Essa orientação mais se acentuou nas legislações aparecidas no segundo quartel do nosso século. Na Inglaterra o chamado Informe WOLFENDEN, na década de 50, recomendou a descriminalização da homossexualidade entre maiores, e da prostituição. E recomendou que a legislação penal não influísse na moral privada, mas só quando se verificarem danos a terceiros e a ordem pública. Como assinalou Eduardo Vasquez Rissi, “pouco a pouco, e com distintas alternativas vem desaparecendo dos catálogos delitivos figuras como a mancebia, o rapto-consensual, a sedução, a homossexualidade consentida entre adultos, etc.”

Pode-se, portanto, sustentar que os mais recentes Códigos Penais têm limitado a delinqüência sexual às condutas que sejam acompanhadas de violência ou de graves ameaças ou de fraude ou engodo. E, mais: para proteger a juventude. E com relação especificamente à tutela da juventude a faixa etária onde essa proteção se exerce vem sofrendo uma redução, conforme daremos notícia.

O projeto de nova parte especial do Código Penal adotou esta moderna orientação ao disciplinar, sob o nome de CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, a criminalidade a ela concernente.

A matéria constitui objeto do título II do projeto, e dispõe os tipos penais pertinentes em três capítulos. O primeiro prevê os crimes contra a liberdade sexual. O segundo capítulo do título prevê os delitos de Exploração sexual. E o terceiro dispõe sobre ultraje público ao pudor.

No primeiro capítulo estão tipificados o estupro, o atentado violento ao pudor, a violação sexual de menor ou incapaz, o abuso sexual de menor incapaz, satisfação de lascívia própria, ofensa ao pudor do menor, rapto, e o assédio sexual.

Nesta parte o projeto inovou e procurou superar antigos problemas das legislações penais anteriores.

Repete o *nomem juris* de legislação atual, pondo como bem jurídico tutelado a liberdade sexual. E se perfilia ao entendimento de que certos crimes sexuais atentam fundamentalmente contra a liberdade da pessoa humana. Aliás o recente Código Penal espanhol de 1995 dá ao título VIII o nome de “Delitos contra a liberdade sexual”. Também o Código Penal do México de 1993 no título XV dá aos crimes sexuais o nome de “Delitos contra a liberdade e normal e desenvolvimento psico-sexual”. O recente Código Peruano por sua vez no capítulo IX refere como título “Violação da Liberdade Sexual”. E o projeto do novo Código Penal Italiano insere como capítulo III do título “Os crimes contra a liberdade”, os delitos “contra a liberdade sexual”.

Outra e elogiável orientação do projeto foi a de eliminar as presunções que muitas polêmicas causaram, por constantes na legislação atual. Não mais o estupro e o atentado violento ao pudor com presunção de violência quando a ofendida ou o ofendido eram menores de 14 anos. O projeto entende que o estupro e o atentado

violento ao pudor se tipificam quando o constrangimento a cópula carnal, ou prática de ato libidinoso, é acompanhado de violência real ou de grave ameaça. Já a conjunção carnal e o ato libidinoso diversos daquela com menor de 14 anos ou incapaz constituem tipos penais autônomos, bastando para a sua configuração que o sujeito passivo seja menor de 14 anos ou incapaz, ou que por outra causa não possa oferecer resistência. O projeto neste aspecto inovador prevê os tipos de “violação sexual do menor”, e o de “abuso sexual de menor”. O primeiro consiste em “praticar conjunção carnal com menor de 14 anos de idade ou pessoa alienada ou débil mental, ou impossibilitada por qualquer causa de oferecer resistência”. A pena é de 08 a 12 anos de reclusão. O segundo foi assim tipificado: “praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de 14 anos de idade ou pessoa alienada ou débil mental, ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência”. A pena é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão.

Neste aspecto o projeto orientou-se pela diretriz presente em alguns Códigos editados nestes últimos lustros. O Código Penal Peruano é nesse sentido modelar pois disciplina a matéria de forma analítica, prevendo o máximo de pena de 15 anos se a vítima é menor de 07 anos, de 08 anos quando a idade do ofendido vai de 07 a 10 anos, e de 05 anos se a idade da vítima é de 10 a 14 anos. Ressalte-se, a título de informação, que o estupro e o ato libidinoso com menor de 12 anos são punidos pelo Código Penal Cubano com pena de 08 a 20 anos ou pena de morte (letra a, do inciso 3º, do artigo 289, do Código Penal de Cuba de abril de 1988).

Quanto ao estupro e ao atentado violento ao pudor o projeto prevê como causa especial de aumento de pena ter a vítima idade de 14 a 18 anos, ou se cometido contra pessoa presa, internada em hospital ou sob guarda ou custódia do autor do delito. Nestas hipóteses o aumento será da metade da pena. Também está prevista o aumento de  $\frac{2}{3}$  da pena se o estupro ou o atentado violento ao pudor é praticado por duas ou mais pessoas. Também estão previstos aumentos de pena quando a conjunção carnal ou ato libidinoso tem como ofendidos menores de 14 anos ou pessoa incapaz, quando houver violência ou grave ameaça, e quando o agente for ascendente ou descendente, “madrasta, irmão, tutor, curador, empregador, ou por qualquer título tenha autoridade sobre a vítima”. Também é causa especial de aumento nos delitos referidos se o agente se aproveita do fato da vítima estar hospitalizada, internada em estabelecimento para menores, ou ainda se a vítima está sob a guarda ou custódia do agente. Em todas essas hipóteses o aumento é da metade. Todavia o aumento será do dobro da pena se o crime é cometido por duas ou mais pessoas.

O projeto ainda tipifica de forma qualificada tanto o estupro e o atentado violento ao pudor como a conjunção carnal e ato libidinoso com menor de 14 anos, se resultar lesão corporal ou morte. Nos casos de estupro e atentado violento ao pudor se resulta lesão corporal a reclusão é de 08 a 12 anos, e se resulta morte é de 12 a 20 anos. A forma qualificada da violação sexual de menor ou incapaz e de

abuso sexual de menor ou incapaz se resulta lesão corporal implica em pena de 10 a 14 anos, e se resulta morte de 14 a 20 anos.

No capítulo dos crimes contra a liberdade sexual está ainda prevista a Satisfação de lasciva própria apenada com reclusão de 01 a 04 anos, e consiste em "Induzir pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, mediante fraude, ameaça, promessa de benefício, casamento ou união estável a satisfazer lascívia do agente". Também no capítulo em causa está o crime de Ofensa ao pudor de menor punido com pena de detenção de 01 a 03 anos, assim tipificado: "Praticar na presença de menor de 14 anos ato de libidinagem, ou induzido a presenciá-lo para o fim de satisfazer lascívia própria ou alheia". Ainda no mesmo capítulo o delito de rapto apenado com pena de 01 a 04 anos, e que assim está prevista: "Raptar alguém mediante violência ou grave ameaça, para fins libidinosos".

Atenção especial merece o delito de assédio sexual. Trata-se de um tipo penal constante em poucos Códigos. Não está presente no Código Penal da Bolívia de 1973, no da Colômbia de 1976, no do Peru. Também o Código Penal Português de 1982 não prevê este tipo. Todavia o Código Penal Espanhol de 24 de novembro de 1995 o tipifica em seu artigo 184. Também o Código Penal Mexicano contém este delito dando-lhe o nome de "Hostigamento sexual". O Código Penal referido que data de 1992, o prevê em seu artigo 259, bis. E o Código Penal do Paraguai que está por entrar em vigor o prevê em seu artigo 113.

O mencionado Código Penal Espanhol dá a seguinte redação ao tipo penal em causa:

*Quem solicita favores de natureza sexual para si ou para outrem prevalecendo-se de uma situação de superioridade de trabalho, docente, ou análoga, com anúncio expresso ou tácito de causar a vítima um mal relacionado com as legítimas expectativas que pode ter no âmbito de dita relação.*

A pena prevista é de 14 a 24 fins de semana da prisão, ou multa de 06 a 12 meses. Ou seja: de 180 a 365 dias multa, tendo presente o disposto no inciso 4, do artigo 50 do Código em causa.

Por sua vez o artigo 259, bis, do Código Penal Mexicano dá ao tipo em causa, a seguinte redação:

*Quem com fins lascivos assedia reiteradamente pessoa de qualquer sexo, valendo-se de sua posição hierárquica derivada de suas relações de trabalho, docentes, domésticas, ou de qualquer outra que implique subordinação se lhe imporá sanção até 40 dias multa. Se o assediador for servidor público e utilizar os meios ou as circunstâncias que o cargo lhe proporcione será destituído de seu cargo.*

O Código Penal Paraguai que está para entrar em vigor dispõe sobre o assédio sexual em seu artigo 113, e assim o tipifica:

*Quem com fins sexuais assedia outra pessoa abusando da autoridade ou influência que lhe conferem suas funções”, ser-lhe-a aplicada pena de até 02 anos.*

No projeto, o delito em causa está assim tipificado:

*Assediar alguém com violação do dever inerente ao cargo, ministério ou profissão, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favores sexuais como condição para criar ou conservar direito ou para atender a pretensão da vítima.*

A pena prevista é de detenção de 06 meses a 02 anos ou multa.

A redação do texto espanhol, se é feliz quando fala em prevalecendo-se de situação de superioridade de trabalho, docente e análoga, é, no entanto, de difícil compreensão, com características até esotéricas na parte final do tipo. A imprecisão do texto do artigo 184 do Código Espanhol é evidente.

A redação dada pelo legislador mexicano parece-me incensurável. Evita eventuais conflitos de interpretação quando fala em “assediar reiteradamente”, excluindo a possibilidade que o assédio possa consistir apenas em uma conduta. Mesmo porque a expressão assédio implica na reiteração de conduta. Mas se não expresso no texto pode ensejar se entenda bastante apenas uma conduta para se configurar o tipo. Também preciso é o texto do tipo do artigo 259, bis, do Código Mexicano, quando diz que os sujeitos passivos podem ser “pessoa de qualquer sexo”. E também correto é o tipo em causa quando acentua a superioridade hierárquica da relação entre assediante e o assediado especificamente nas relações de trabalho, docente, doméstica, ou similares. Correta outrossim a pena aplicável ao servidor público desconstituindo o tipo de sua feição bagatelar, pois que impõe uma sanção séria, ou seja, a de destituição do cargo.

O texto do projeto com a devida vênia não me parece dos mais felizes, por não ter dado ênfase a relação de subordinação entre o assediante e o assediado. E, também, por ter incluído a exigência indireta de prestação de favores sexuais.

Permito-me sugerir uma fórmula para o tipo em causa:

*Assediar reiteradamente pessoa de qualquer sexo solicitando a prestação de favores sexuais, prevalecendo de uma situação de subordinação em relações de trabalho, docentes, domésticas, ou análogas.*

Quanto a pena adotaria a detenção de 01 a 03 anos, para evitar a prescrição da pena concretizada. E acresceria como efeito da condenação, se o assediador for servidor público, e utilizou os meios e as circunstâncias que o cargo lhe proporciona, a destituição do cargo. E se for profissional e assediar, valendo-se da relação profissional, a interdição do exercício da profissão pelo prazo da pena privativa da liberdade que lhe for aplicada. E acresceria também a pena de multa cumulativamente, e não como alternativa.

Considerando a redação dada ao artigo 169 do projeto convém aclarar alguns elementos de sua estrutura típica. O verbo assediar implica em uma reiteração de conduta. A rigor importa em insistência. De outro lado o uso da expressão alguém torna certo que o sujeito ativo da conduta pode ser de qualquer sexo. Claro, outrossim, o texto quando impõe para a tipificação a prestação de favores sexuais. Isto importa em qualquer forma de prática sexual. Seja a ortodoxa, como as demais. Outrossim, o tipo para se configurar torna necessária a transgressão de um dever inerente a cargo, ministério ou profissão. E, também, necessário se faz que o agente exija, ainda que indiretamente os favores sexuais. E, ainda, para que o assediado ou a assediada venha obter ou conservar um direito, ou para que tenha atendida uma sua reivindicação.

O projeto tornou o tipo um pouco complexo. De um lado impõe que o assediar exija a prestação de favores sexuais. De outro lado esta exigência é feita para que o assediador crie ou conserve um direito da vítima, ou como condição para o atendimento de uma pretensão desta.

Todavia o aspecto mais criticável é ter previsto a multa como alternativa viabilizando a sua aplicação isolada. Isto abre um caminho para a prescrição, posto que a execução da pena de multa só pode ter início após seu trânsito em Julgado.

É de enfatizar-se, ainda, que a repercussão maior do fato punido pelo artigo 169 do projeto será no plano cível, onde os assediados postularão o pagamento de dano moral.

Do ponto de vista processual determina o artigo 170 do projeto que nos crimes contra a liberdade sexual se procederá mediante queixa. No entanto prevê a possibilidade da ação ser pública condicionada a representação quando a vítima, seus pais ou quem sobre ela tenha autoridade carecem de recursos para proverem as despesas do processo. Também está prevista ação pública incondicionada em três hipóteses a saber: quando resulta lesão corporal grave ou morte; quando o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padastro, madastra, tutor ou curador. E quando o crime é cometido contra menor de 14 anos, incapaz ou pessoa impossibilitada de oferecer resistência. Vale dizer que nos crimes de violência sexual e de abuso sexual de menores de 14 anos a ação é pública incondicionada.

3. No capítulo II, com o título DA EXPLORAÇÃO SEXUAL estão previstos três tipos: o lenocínio, o tráfico de pessoas e a mediação para satisfazer lascívia alheia.

O lenocínio é tipificado como “organizar, dirigir, controlar ou tirar proveito da prostituição alheia, recrutar pessoas para encaminhá-las a prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone”. A pena prevista é de dois a cinco anos e multa.

A norma que dispõe sobre o **Tráfico de pessoas** está assim redigida: “promover ou facilitar a entrada no território nacional de pessoa que venha a

exercer a prostituição, ou sua saída para exercê-la no estrangeiro”. A pena é de 03 a 06 anos de reclusão.

O único aspecto criticável relativamente a esses tipos concerne a sanção prevista. Dada a torpeza que caracteriza tais delitos as penas previstas me parecem brandas. Para o lenocínio entendo que o mínimo deve ser de três anos e o máximo de 08. E para Tráfico o mínimo deve ser 04 anos e o máximo de 10 anos.

Especial menção merece o delito a que se deu o nome “mediação para satisfazer a lascívia de outrem”. Não integrando o caput do tipo o intuito de lucro, ou outra motivação torpe, e sendo entre maiores a prática é simplesmente imoral. Razão porque não vejo porque tipificar-se tal conduta. Ausente a violência ou ameaça, a exploração comercial, a fraude ou engodo, a mediação eventual no meu entendimento, embora pese a imoralidade da conduta, não tem a gravidade necessária para a sua criminalização.

Todavia quando tal conduta é cometida com fins de lucro, com violência ou grave ameaça, com engodo, e se a vítima for menor de 18 anos, ou estiver sujeita a autoridade do agente, ou existir relações de parentesco entre o autor e a ofendida a criminalização se impõe.

Estas circunstâncias figuram no projeto não como qualificadoras, mas como causas de aumento de pena. E, pois, não tipificam. Entretanto, vênia devida, que o tipo penal em causa deve ter outra redação. E permito-me sugerí-la:

*Induzir alguém a satisfação de lascívia alheia se a vítima for menor de 18 anos ou incapaz de consentir, ou se estiver sujeita a autoridade do agente ou com ele ter relações de parentesco, ou quando o agente comete o fato com fins lucrativos ou abusando do estado de abandono ou de extrema necessidade da vítima.*

A pena deverá ser no mínimo de 02 anos e no máximo de 08 anos.

4. O capítulo 3, intitulado do Ultraje público ao pudor prevê seis tipos, a saber: ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, representação de espetáculo obsceno e a pornografia infantil tipificada em três modalidades.

O **ato obsceno** é definido: “Praticar em lugar público, aberto ou exposto ao público, ato obsceno que cause escândalo”. A pena prevista é de detenção de três meses a um ano ou multa.

O projeto representa neste particular uma melhoria, pois o Código vigente não exige que ato cause escândalo e não inclui o lugar exposto ao público.

O Escrito ou objeto obsceno prevê as mesmas hipóteses do artigo 234, do atual Código Penal. A sua tipificação é feita no projeto nos termos seguintes: “produzir, distribuir, vender, expor a venda e exhibir publicamente, importar, exportar, adquirir ou ter em depósito para o fim de venda distribuição ou exibição, pública livros, jornais, revistas, filmes, fotografias, desenhos ou qualquer outro objeto de caráter obsceno em desacordo com as normas legais”. A pena prevista é de detenção de 06 meses a 02 anos e multa.

A Representação de espetáculos obscenos está prevista no inciso II, do artigo 234, do atual Código. Recebe no projeto uma tipificação, assim dispondo: "fazer ou promover representação teatrais, circenses, ou cinematográficas, efetuando transmissões radiofônicas ou televisivas, ou realizar em lugar público ou acessível ao público qualquer espetáculo de caráter obsceno em desacordo com as normas legais". A pena prevista é de detenção de 06 a 02 anos e multa.

É de ressaltar-se que tanto no delito de Escrito ou objeto obsceno "como no da Representação de espetáculos obscenos", se ressalva que o delito só ocorre quando as condutas previstas nos tipos conflitem com as normas legais. Com a devida vênia embora em homenagem ao princípio da determinação seja conveniente a maior clareza possível no texto dos tipos penais, despiciendo parece figurar nesses tipos a expressão em desacordo com as normas legais. E isto porque se a prática dessas condutas é feita com obediência as normas legais que as permitem, não há conflito com a ordem jurídica, pois se trata de hipótese de exercício regular de direito. E, pois, não constituem condutas ilícitas. Todavia a inserção no texto da necessidade do conflito com as normas permissivas faz com que as condutas em causa quando realizadas em consonância com essas normas, resultem atípicas.

O projeto prevê o crime de pornografia infantil criando novos tipos. Dispõe no caput do artigo 178 como delito "ou Fotografar ou publicar cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente". A pena prevista é de reclusão de 01 a 04 anos e multa. Um pequeno reparo. Entendo que melhor seria ao invés das expressões criança ou adolescente que se fixasse a idade, que poderia ser de 18 anos.

O artigo 179 do projeto entende, ainda como pornografia infantil: "Produzir ou dirigir representação teatral, circense, televisiva, ou cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cenas de sexo explícito ou pornográfico". A pena prevista é de reclusão de 01 a 04 anos e multa. Vale o reparo anterior relativamente as expressões criança ou adolescente. Entendo também aqui, deva fixar-se a idade.

Por fim no Parágrafo Único do artigo 179 está dito que constitui delito contracenar com criança ou adolescente nas circunstâncias previstas no caput do artigo 179. E tal fato é punido com as mesmas penas cominadas para os demais tipos em que estão previstos os delitos de pornografia infantil.

5. O projeto descriminaliza o delito de sedução e os da corrupção de menores, mas, tão somente, como está previsto no artigo 218 do Código Penal vigente. A corrupção de menores, no entanto, continua criminalizada, em outras normas incriminadoras. Descriminaliza, também, o crime de "casa de prostituição" do artigo 229, cujo texto é o seguinte: "Manter por conta própria ou de terceiros, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente". Em verdade tal delito está desde muito descriminalizado de fato. Em um País onde qualquer

cidade, ou mesmo vila que se preze, têm um, dois, ou mais motéis, inclusive com publicidade em outdoors, e mesmo nas televisões, é certo que este “crime” não mais integra o elenco dos delitos. O mesmo ocorre com o chamado raptó consensual previsto no atual Código no artigo 220. Também descriminaliza, em parte, os delitos de posse sexual e de atentado ao pudor mediante fraude, previstos nos artigos 215 e 216 do Código Penal vigente. Nos artigos mencionados se prevê como crime a posse sexual ou atentado ao pudor quando a vítima é mulher honesta e o autor agiu com fraude. O projeto no entanto, de certo modo, mantém a posse sexual e o atentado ao pudor mediante fraude, tipificados na “satisfação de lasciva própria” mas o limita aos casos em que a vítima é menor de 18 anos e maior de 14 anos, prescindindo da honestidade da ofendida.

Pode-se, em conclusão, dizer presente na disciplina dos crimes sexuais do projeto aquilo que tenho chamado de aporia dominante na legislação penal contemporânea. De um lado a descriminalização e a despenalização. E de outro lado, a neocriminalização. Esta reflete uma nova axiologia resultante da revolução industrial e tecnológica em curso. Revolução esta que trouxe em seu bojo o que se convencionou chamar de liberação da mulher, bem como o reconhecimento de direitos às minorias sexuais. E isto se refletiu na disciplina dos delitos sexuais, determinando um repensamento na tipologia criminal pertinente. De um lado, como já acentuado, uma expressiva descriminalização, mas, de outro lado, criminalizações, consectários da liberação feminina e das minorias eróticas.

Afora as reservas explicitadas o projeto de nova parte especial do Código Penal Brasileiro, no pertinente aos crimes sexuais, é um passo na melhoria da legislação penal brasileira.