

Comentários sobre a nova Lei 12.015, de 7 de maio de 2009

André Myssior

Como citar este artigo: MYSSIOR, André. Comentários sobre a nova Lei 12.015, de 7 de maio de 2009. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 3, p. 33-47, 2010.



André Myssior
Mestre em Ciências Penais pela
UFMG. Professor da Escola Superior
Dom Helder Câmara, Advogado

1. INTRODUÇÃO

Em 10 de agosto próximo passado foi publicada no Diário Oficial da União a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, que trouxe várias modificações na Parte Especial do Código Penal no que se refere aos crimes sexuais.

De fato, as alterações trazidas por referida lei vão além de meras mudanças pontuais nos tipos penais previstos e nas penas a eles cominadas. Há uma mudança estrutural na disciplina jurídico-criminal da matéria, o que se nota desde a alteração operada na lei no próprio nome do Título VI da Parte Especial do Código, que trata desses crimes.

Supera-se, com a nova lei, a vetusta denominação *crimes contra os costumes*, passando o Título VI a vigor com a denominação *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. Mais do que uma mera mudança de nomes, essa alteração indica o propósito do legislador de modificar o foco da proteção jurídica.

Ao denominar o título *dos crimes contra os costumes*, o Código Penal transmitia a idéia que a tutela penal dessas condutas dirigia-se mais ao controle da moralidade pública. Com a mudança da denominação para *crimes contra a dignidade sexual*, o legislador transmite a idéia de que o interesse jurídico tutelado refere-se não só à liberdade sexual (Capítulo I), mas à idéia de assegurar a proteção da disposição do corpo para fins sexuais, do regular e saudável desenvolvimento da identidade e maturidade sexual da pessoa e da proteção da pessoa contra diversas formas de exploração sexual.

Em suma, abandona-se a idéia de proteção da moralidade pública, da castidade e do pudor público em prol da proteção da autodeterminação sexual como atributo da própria personalidade do indivíduo e, em última análise, da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, a nova lei altera o foco de proteção, rompendo a antiga busca da tutela de um suposto sentimento ou moralidade pública acerca do sexo para proteger a própria pessoa cuja liberdade, autodeterminação e desenvolvimento pessoal são violadas ou postas em risco no que se refere à atividade sexual.

Conquanto nem todas as alterações processadas no Código Penal Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009 tenham sido, a nosso ver, as mais adequadas, é inegável que, em seu conjunto, referida lei trouxe uma modernização no tratamento penal à tutela dos crimes sexuais.

Na verdade, essa nova lei pode ser tida como continuação do movimento de modernização da disciplina jurídico-penal da matéria, que fora iniciado com a Lei 11.106, de 28 de março de 2005.

A lei de 2005 teve por escopo principal (embora tenha, também, incluído um novo tipo penal no Código – Art. 231-A, tráfico interno de pessoas) a retirada da lei de tipos penais e elementos dos tipos anacrônicos, de pouca ou nenhuma valia mais de sessenta anos após a entrada em vigor da Parte Especial do Código, de 1940.

Assim, na oportunidade, foram revogados os crimes de sedução (art. 217), raptos, em todas suas modalidades (arts. 219 a 222) e adultério, além de eliminada do texto do Código a vetusta expressão *mulher honesta*, bem como as causas extintivas de punibilidade dos crimes contra os costumes relativas ao casamento da vítima com o agente ou com terceiro.

Já a Lei 12.015/2009 atua em outra vertente. Dirige-se à ampliação e adequação da tutela penal da dignidade da pessoa humana no que se relaciona às atividades sexuais.

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, passaremos à análise das alterações específicas trazidas ao ordenamento jurídico por essa nova lei.

2. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

2.1 Estupro e atentado violento ao pudor

Aqui foi mantida a redação original do Código Penal da denominação do capítulo. De fato, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais neste capítulo – em especial após as modificações trazidas pela Lei 11.106/2005 – é a liberdade sexual, compreendida como a livre disposição sobre o próprio corpo para praticar ou deixar de praticar atos de índole sexual. E, assim como na sistemática anterior, os meios de execução desses crimes são basicamente os mesmos: as formas básicas de supressão ou redução da livre emissão volitiva do sujeito passivo, quais sejam, a violência, a grave ameaça, a fraude e a superioridade hierárquica.

A estrutura dos tipos penais desse capítulo, porém, sofreu profundas alterações, que passaremos a destacar.

A primeira e mais notável foi a radical alteração do delito de estupro. Se, originalmente, o estupro era concebido como “*a conjunção carnal natural com mulher, contra a sua vontade, por violência, física ou moral, ou sem o seu válido consentimento*”⁸², pela nova redação do art. 213 a realidade mudou completamente.

Na redação original do Código Penal, a prática de ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça recebia tratamentos distintos conforme o sujeito passivo e a natureza do ato libidinoso praticado.

⁸² MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. RT. São Paulo, 1982, p. 18.

Quando o ato libidinoso era a conjunção carnal, isso é, a cópula vagínica, o tipo penal era o estupro, desde que o sujeito passivo fosse mulher. Se o ato libidinoso era diverso da conjunção carnal, tratava-se de atentado violento ao pudor (art. 214) e, nesse caso, o sujeito passivo não era distinguido por gênero. Poderia ser homem ou mulher.

A nova redação do art. 213, porém, elimina essa distinção. Considera-se estupro “*constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso*”.

O que significa que, tanto o sujeito passivo quanto o sujeito ativo podem ser o homem e/ou a mulher e que o ato libidinoso praticado mediante constrangimento será de qualquer natureza, consista ou não em conjunção carnal.

Ao aglutinar em um só tipo penal o que anteriormente era previsto em dois tipos apartados (arts. 213 e 214), o legislador conclui um processo de unificação da tutela penal dessas condutas. É que a redação original do Código Penal previa penas diversas para o estupro e o atentado violento ao pudor, sendo aquela mais alta do que essa. Após algumas alterações nos máximos e mínimos das penas cominadas, a Lei 8.072/90 igualou-as no patamar de 6 a 10 anos de reclusão.

Por um lado, é plenamente defensável que a resposta penal àquele que constrange uma mulher ou um homem a uma relação sexual contra a vontade do sujeito passivo, mediante violência ou grave ameaça seja a mesma. Se homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, não se concebe como possa ser mais grave o constrangimento da mulher à conjunção carnal do que o constrangimento de um homem a uma cópula anal.

No entanto, essa equiparação total (no máximo e no mínimo das penas cominadas) pode gerar algumas distorções. Se há uma clara e inegável relação de proporcionalidade entre a conjunção carnal e uma cópula anal ou mesmo ao sexo oral, o mesmo não se pode afirmar entre uma conjunção carnal e diversos outros atos libidinosos, bem menos invasivos ou constrangedores do que aqueles acima referidos.

Assim, poder-se-á chegar à situação (possível, inclusive, desde antes da Lei 12.015, mas desde a edição da Lei 8.072/90) de que um beijo à força ou uma “passada de mão” viesse a ser equiparada à conjunção carnal.

O ideal seria, para garantir a proporcionalidade, seja quando o ato libidinoso fosse perfeitamente equiparável à conjunção carnal, seja quando fosse bastante menos grave, a previsão de uma pena mínima para o atentado violento ao pudor menor do que a do estupro, mas tendo ambos os crimes a mesma pena máxima.

Naturalmente, com a unificação dessas condutas em um só tipo penal, resta eliminada essa possibilidade de adequação das penas cominadas a uma e outra conduta.

2.1.1 A estrutura do tipo, o concurso aparente e o concurso real

Não houve, contudo, sensível alteração no que pertine ao *iter criminis* do delito, ou seja, na forma de execução e seu momento consumativo. O novo delito de estupro (que congrega o que originalmente era tratado como estupro e atentado violento ao pudor) é crime material e que, por

isso, somente se consuma com a produção do resultado naturalístico (conjunção carnal ou ato libidinoso diverso).

O tipo penal passa a apresentar estrutura de tipo misto alternativo, isso é, que prevê mais de uma forma de realização e que não necessita de que todos os resultados previstos sejam realizados para que esteja configurado. Qualquer um deles basta.

Entretanto, pode ocorrer de o agente dar causa a mais de um resultado (conjunção carnal e ato libidinoso diverso ou dois ou mais atos libidinosos diversos) mediante uma ou mais ações. Nesses hipóteses, poderá ocorrer concurso de crimes ou mesmo um concurso aparente de crimes.

O concurso aparente de normas ocorrerá quando houver uma só ação e, embora aparentemente haja mais de um resultado, um deles esteja absorvido pelo outro. Seria, por exemplo, o caso de, mediante violência ou grave ameaça, o agente constranger a vítima à conjunção carnal mas, no curso da execução, vir a praticar outros atos libidinosos. Se esses atos libidinosos diversos da conjunção carnal estão contidos dentro do próprio *iter criminis* da conjunção, tais como manipulações de partes íntimas, abraços, beijos e outros semelhantes, não se pode considerar tais atos como autônomos ou independentes da conjunção.

Essa sorte de atos são aqueles que comumente se chama *praeludia coiti*, isso é, atos libidinosos que, embora diversos da conjunção carnal, estão inteiramente contidos no *iter criminis* dessa e, por força do princípio da consunção, ficam por ela absorvidos.

E, se antes da Lei 12.015/2009, isso impedia o concurso entre os crimes do art. 213 e 214, a partir de sua entrada em vigor não houve alteração. O agente que pratica o crime de estupro na forma acima descrita incorre apenas uma vez nas sanções do atual art. 213.

Caso, entretanto, haja prática de conjunção carnal e de ato libidinoso diverso e esse último não se configure como *praeludia coiti*, isso é, seja autônomo, haverá concurso de crimes, já que haverá pluralidade de resultados. Se essa pluralidade de resultados decorrer de uma só ação haverá concurso formal, se decorrer de pluralidade de ações, concurso material que, conforme o caso, poderá se dar sob a forma de continuidade delitiva.

Na hipótese de haver unicidade de ação e pluralidade de resultados, o concurso formal será necessariamente próprio ou perfeito. Conquanto os crimes concorrentes sejam, naturalmente, dolosos, é difícil imaginar que decorram de desígnios autônomos. Ora, pela redação do art. 70 do Código Penal⁸³, não basta à configuração do concurso formal impróprio que os crimes concorrentes sejam dolosos. Eles devem resultar de desígnios autônomos, ou seja, a motivação para um e outro crime deve ser independente.

Assim, no caso de, mediante uma só ação (a mesma violência ou grave ameaça) o agente mantiver dois ou mais atos libidinosos (seja ou não um deles a conjunção carnal) com a vítima, naturalmente todos os resultados resultarão do mesmo desígnio, isso é, a intenção do agente de satisfazer sua libido através da submissão sexual do sujeito passivo.

⁸³ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior

Quando, porém, houver mais de uma ação e mais de um resultado, o caso naturalmente será de concurso material. Mas se, a despeito da pluralidade de ações e resultados, houver identidade nas circunstâncias de tempo, lugar, meio de execução e outras, o caso será de crime continuado.

A propósito do crime continuado, a nova redação do artigo 213 do Código Penal elimina discussão doutrinária e jurisprudencial que havia em torno da possibilidade de aplicação dessa regra de concurso de crimes entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor.

Até a entrada em vigor da nova Lei 12.015/09, a maioria da jurisprudência entendia que não era possível haver crime continuado entre estupro e atentado violento ao pudor. Nesse sentido:

“PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS CONTRA A MESMA VÍTIMA. CONCURSO MATERIAL. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, conquanto do mesmo gênero (ato libidinoso), constituem espécies diferentes, o que elide a continuidade delitiva e configura o concurso material. Precedentes do STJ e do STF”. (STJ - Acórdão RVCr 534/SP - Relator: Min. PAULO MEDINA - DJ DATA: 06/10/2003 - PG: 00202).

O entendimento segundo o qual o estupro e o atentado violento ao pudor não seriam crimes da mesma espécie decorria do fato de serem previstos em tipos penais diversos. Ora, se, atualmente, ambas as condutas estão previstas no mesmo tipo (que é misto alternativo), não se pode negar que sejam da mesma espécie. E, coincidindo as circunstâncias de tempo lugar, modo de execução e outras semelhantes, não se pode mais negar a incidência da regra do crime continuado, conforme o art. 71 do Código Penal.

2.1.2 Formas qualificadas pelo resultado e causas de aumento de pena

As formas qualificadas pelo resultado que, originalmente estavam previstas em artigo à parte, componente do Capítulo que continha as disposições gerais, passam agora a integrar o próprio artigo 213, nos §§ 1º e 2º.

Mantidas foram as formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave e morte tendo sido, contudo, elevadas as penas cominadas a uma e outra hipótese.

Além disso, passou-se a prever mais uma qualificadora, relativa não ao resultado, mas à idade da vítima (maior de 14 e menor de 18 anos). Nessa hipótese, na forma do § 1º, a pena será a mesma de quando resulta lesão corporal de natureza grave.

Ao lado das qualificadoras mantidas e da nova incluída, figuram as causas de aumento de pena, que podem ser encontradas no artigo 226 (cuja redação definida pela Lei 11.106/2005 resultou inalterada pela Lei 12.015/2009) e no art. 234-A. Esse último artigo trouxe duas inovações, que reforçam a noção de que objeto de proteção jurídica efetivamente foi desviado da moralidade pública representada pelo termo *costumes* em prol da tutela da *dignidade* do sujeito passivo e das conseqüências que o crime sexual gera ou pode gerar para a saúde física e psíquica da vítima.

Assim é que o art. 234-A prevê o aumento de pena de metade se, do crime resulta gravidez (inciso III) e de um sexto a um meio, se resulta à vítima doença sexualmente transmissível de que

sabe ou deveria saber ser portador (inciso IV) ⁸⁴. A determinação, pelo juiz, do *quantum* de aumento nessa hipótese deverá atender a dois critérios: à natureza e gravidade da moléstia transmitida e ao dolo do agente. Uma vez que o dispositivo legal admite as modalidades dolo direto e dolo eventual, naturalmente o aumento no primeiro caso deverá ser maior do que no segundo, ante o maior desvalor da ação quando o agente efetivamente deseja o resultado do que quando apenas consente com sua produção.

2.2 VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE

O crime que, originalmente, tinha o *nomen iuris* “posse sexual mediante fraude” passa a ser designado por “violação sexual mediante fraude”. A mais significativa modificação nesse artigo já tinha sido operada pela Lei 11.106/2005. Antes da entrada em vigor dessa lei, o sujeito passivo da posse sexual mediante fraude era “mulher honesta”. Esse elemento normativo do tipo já não tinha, mesmo, de subsistir, dada a sua profunda inexatidão e subjetivismo. Foi, então, suprimida a expressão “honestas”, passando o sujeito passivo a ser apenas “mulher”.

Por seu turno, a Lei 12.015/2009 empregou à prática da conjunção carnal e do ato libidinoso diverso mediante fraude a mesma lógica empregada quando esses atos são praticados mediante violência ou grave ameaça. Da mesma forma que o art. 214 foi revogado, passado o delito de estupro a compreender tanto a conjunção carnal quanto o libidinoso diverso, a violação sexual mediante fraude configura-se também com a prática de qualquer ato libidinoso.

Assim, o sujeito passivo deixou de ser apenas a mulher, passando a ser designado pelo termo “alguém”, que não faz distinção quanto ao gênero.

Outra alteração pela qual passou referido artigo foi a introdução de outro meio de execução, além da fraude. Passa a haver, também, o crime quando a conjunção carnal ou ato libidinoso diverso ocorre mediante fraude *ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima*.

Ao se prever a possibilidade da configuração do crime do art. 215 do Código Penal mediante outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima, criou-se um problema para distinguir entre a violação sexual mediante fraude e uma das modalidades estupro de vulnerável prevista no § 1º do art. 217-A (que será objeto de análise mais detalhada à frente). Referido parágrafo ostenta a seguinte redação:

“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”. (grifamos)

Combinando-se a previsão desse parágrafo com a do *caput*, isso significa que manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém que, por qualquer causa (assemelhada) à menoridade de 14 anos ou à deficiência mental, não tem condições de oferecer resistência configura o crime do art. 217-A, § 1º.

⁸⁴ Os incisos I e II do art. 234-A foram vetados.

Pense-se, então, na seguinte situação: o agente, sorrateiramente, coloca um potente sonífero na bebida de uma mulher e, aproveitando-se do efeito da droga, mantém com ela conjunção carnal. Seria, a princípio, verdadeiro afirmar tanto que o agente *praticou conjunção carnal mediante meio que impediu a livre manifestação de vontade* (art. 215 – pena de reclusão de 2 a 6 anos) quanto que o agente *teve conjunção carnal que não podia oferecer resistência* (art. 217-A, § 1º – pena de reclusão de 8 a 15 anos). Então, qual crime praticou o agente?

Registre-se que, se a administração da droga causar efetivo dano (dano significativo) à integridade física do sujeito passivo, isso poderá configurar lesão corporal que, por sua vez, configurará a *violência*. E, mantida a conjunção carnal mediante violência, nenhuma dúvida há: o crime é de estupro.

Entretanto, se a simples inconsciência da vítima não for apta a configurar a lesão corporal, sequer leve, persiste a questão lançada acima. Haverá aí caso claro de sobreposição de normas com o mesmo conteúdo, regulando a mesma matéria. E a opção deverá ser feita pela incidência do artigo 215, em detrimento do § 1º do art. 217-A. Isso porque é inegável que o ato sorrateiro de ministrar droga que possibilite ao agente a prática da conjunção carnal (ou outro ato libidinoso) assemelha-se muito mais à *fraude* do que à menoridade ou à deficiência mental. Apesar de a pena cominada ao art. 215 ser menor do que a do art. 217-A, § 1º aplica-se o primeiro.

De fato, impedir a vítima de manifestar livremente sua vontade é praticamente sinônimo de a vítima não poder oferecer resistência (por ato do agente). Apenas poderá haver a configuração da última hipótese do § 1º do art. 217-A quando a circunstância que impossibilita a resistência da vítima não foi criada pelo agente, isso é, quando ele se aproveita de uma situação preexistente, decorrente de caso fortuito, força maior ou por ato de terceiro (com quem não haja prévio encontro de vontades, pois nesse caso haveria concurso de agentes). Caso contrário, isso é, se o próprio agente criou a situação que impossibilita a resistência da vítima, isso se assemelhará à fraude e o crime será o do art. 215.

Ainda no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, resta o assédio sexual (art. 216-A), cuja estrutura típica permanece a original, incluída no texto do Código Penal pela Lei 10.224, de 15 de maio de 2001. A única modificação quanto a esse crime trazida pela Lei 12.015/2009 foi a inclusão de parágrafo prevendo causa de aumento de pena quando a vítima é menor de 18 anos, mantendo coerência com o § 1º incluído no art. 213. Por ser essa a única alteração trazida ao assédio sexual, dispensa-se o tratamento desse crime em item à parte para o fim a que se destina este estudo.

3. DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

O Capítulo II do Título VI da Parte Especial do Código Penal traz uma forma nova de abordagem dos crimes sexuais, introduzindo na lei a figura do *vulnerável*, previamente inexistente.

Talvez resida nisso um dos aspectos mais dignos de elogios da lei. Resistindo a algo que se vê com crescente frequência em novas leis penais, o legislador evitou usar o termo “vulnerável” como elemento normativo do tipo, o que causaria sérios transtornos na interpretação e aplicação da lei. Ao contrário, definiu precisamente o seu conteúdo.

Por vulnerável entende-se a pessoa que, por sua idade (ora fixada em 14 anos, ora em 18), deficiência mental ou outra causa que impeça a resistência, tem menor capacidade de autodeterminação, de consentir livre e validamente e de dispor de seu próprio corpo.

Mas o sucesso do legislador em escapar da armadilha de utilizar o termo *vulnerável* como elemento normativo não torna o Capítulo imune a críticas. Passemos, então, à análise dos novos tipos lá previstos.

3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A presunção de violência que existia na redação original do Código Penal foi mantida, mas não como uma disposição geral aplicável aos artigos precedentes, mas como tipo penal autônomo.

Originalmente, as hipóteses de presunção de violência, que eram previstas no art. 224 (revogado pela Lei 12.015/2009), atuavam substituindo o elemento do tipo *violência* dos artigos 213 e 214.

Pela construção de um novo tipo penal que dispõe simplesmente “*ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos*”, ficou clara a intenção do legislador de acabar de vez com a discussão que havia sobre o revogado artigo 224, no sentido de ser absoluta ou relativa a presunção de violência quando o sujeito passivo era menor de 14 anos. É clara a intenção do legislador de simplesmente proibir a prática de atos sexuais com menores de 14 anos, presumindo de forma absoluta a total invalidade do consentimento porventura exprimido por pessoa menor dessa idade. É igualmente clara a intenção de reprimir o abuso sexual de crianças e jovens adolescentes.

Mas, para garantir essa proteção, é verdadeiramente necessário presumir absolutamente a invalidade do consentimento de qualquer menor de 14 anos? Lembre-se que os primeiros entendimentos no sentido de ser relativa a presunção, que datam da última década do século passado, fundaram-se (dentre outros argumentos) na constatação de que, na sociedade contemporânea, é um dado da realidade que frequentemente uma pessoa menor de 14 anos já possui maturidade e discernimento suficiente no que se refere ao sexo para consentir de modo válido para a prática de ato sexual.

Essa constatação toma ainda mais força quando se lê a exposição de motivos da Parte Especial do Código Penal. Tendo sempre em mente que a exposição de motivos é de 1940, convém lembrar o que se escreveu na ocasião a respeito da presunção de violência:

“Na identificação dos crimes contra a liberdade sexual é presumida a violência (art. 224) quando vítima: *a*) não é maior de 14 (quatorze) anos; *b*) é alienada ou débil mental, conhecendo o agente esta circunstância, ou *c*) acha-se em estado de inconsciência (provocado, ou não, pelo agente), ou, por doença ou outra causa, impossibilitada de oferecer resistência. Como se vê, o projeto diverge substancialmente da lei atual: reduz, para efeito de presunção de violência, o limite de idade da vítima e amplia os casos de tal presunção (a lei vigente presume a violência no caso único de ser a vítima menor de dezesseis anos). Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes,

é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem”.

É então de se indagar: se é verdade que, em 1940, *seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14 (quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem*, o que dizer da época atual?

Não se pretende aqui, em absoluto, defender como sendo salutar o fato de pessoas de doze, treze anos já terem vida sexual ativa. Mas, da mesma forma que, em 1940 – antes, portanto, da televisão, da internet e outros meios de difusão de informação massiva – notou-se uma precocidade no conhecimento dos fatos sexuais, é inegável que, sessenta e nove anos depois esse processo acelerou-se. Insista-se que esse fato não é destacado como algo bom. É destacado apenas como fato. E se é um fato indesejável, certamente o direito penal não é o instrumento mais apropriado para enfrentá-lo.

E, atento a essa realidade, e do ponto de vista exclusivamente do direito penal, continua parecendo-nos muito mais adequado que a presunção de violência quando o sujeito passivo é menor de 14 anos seja tida por relativa, não absoluta, atribuindo-se ao réu o ônus de provar a validade plena do consentimento da pessoa menor com quem manteve conjunção carnal ou ato libidinoso diverso.

De fato, com a nova sistemática da disciplina dos crimes sexuais trazida pela Lei 12.015/2009, faz ainda menos sentido proibir terminantemente a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de 14 anos, presumindo-se absolutamente a violência.

Se o que antes era chamado *crime contra os costumes* é agora denominado *crime contra a dignidade sexual*, uma reflexão faz-se pertinente. Pode-se entender por *dignidade sexual* a garantia de autodeterminação, de plena e personalíssima disposição do próprio corpo, do próprio desejo e das próprias preferências sexuais pela pessoa. É perfeitamente nítida a intrínseca relação entre a dignidade sexual e a dignidade da pessoa humana. E, naturalmente, se a pessoa cuja dignidade sexual é violada é *vulnerável*, a resposta estatal deve ser severa.

Mas, ao se considerar que, com freqüência, encontrar-se-á pessoa menor de 14 anos apta a consentir livre e validamente para a prática de relação sexual, pode-se afirmar que proibir absolutamente que com ela se mantenha conjunção carnal ou mesmo atos libidinosos diversos e de menor intensidade (o que inclui beijos, e outras carícias) acaba por violar a própria dignidade sexual da menor a que se visa proteger! A dignidade sexual não envolve somente o direito de negar-se à prática sexual quando não se a deseja; mas também o de manter o relacionamento quando ambas as partes validamente consentem.

E maior relevância toma essa reflexão, quando se percebe que a pena mínima cominada ao crime do artigo 217-A é de oito anos. Mais alta, portanto, do que a pena mínima cominada ao homicídio simples!

Assim é que, a despeito da alteração legislativa em tela, continuamos a sustentar que a presunção de violência (embora essa expressão não seja mais utilizada pela lei, continua viva) seja relativa. A presunção absoluta é, no mínimo, injusta e desproporcional.

Mas, como o novo artigo 217-A não lida com a questão de presunção trazida pelo antigo art. 224, a solução deverá ser diversa da que se defendia antes das alterações trazidas pela Lei 12.015/09.

Na hipótese de se verificar, pela prova dos autos, que o ato libidinoso (consistente ou não em conjunção carnal) mantido com menor de 14 foi livremente consentido e, mais, que o sujeito passivo tinha noção suficiente para ter como válido esse consentimento, a solução deverá ser a absolvição, por atipicidade material.

Se a simples prática de ato libidinoso com menor de 14 anos já configura o tipo, não se pode perder de vista que esse juízo de tipicidade está a atender critério puramente formal. Sabe-se, porém, que o moderno Direito Penal não se satisfaz com um conceito puramente formal de tipicidade. O juízo de tipicidade submete-se à constatação da tipicidade formal (perfeita justaposição da ação humana à previsão anterior e abstrata da norma pena incriminadora) e à constatação da tipicidade *material*, que pode ser entendida como a verificação da lesão efetiva ou do perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal proibitiva.

No caso de o sujeito passivo ser comprovadamente apto a consentir validamente para a prática do ato sexual, não haverá lesão ao bem jurídico tutelado. O bem jurídico *dignidade sexual*, como já dito, pressupõe o direito da pessoa dispor livremente de seu corpo e exercer livremente (respeitado, é óbvio, o direito alheio) seu desejo sexual. Ora, se a pessoa já possui desenvolvimento mental e social suficientes para consentir livremente com a prática do ato sexual, é a proibição legal dessa relação sexual (trazida pelo art. 217-A) que está a violar a dignidade sexual do sujeito passivo.

Logo, no caso de haver prova de que o sujeito passivo tem conhecimento suficiente dos fatos sexuais, o fato será materialmente atípico. Não haverá crime. Entendimento diverso contraria o próprio espírito da Lei 12.015/09, quando essa desloca o eixo de proteção penal dos *costumes* (tutela eminentemente da moral sexual) para a *dignidade sexual* (eminentemente ligada da dignidade da pessoa humana). E tutela eminentemente moral não dá ensejo, não confere legitimidade, ao Direito Penal, na medida da exata advertência de Claus Roxin.⁸⁵

Esta es la cuestión acerca del 'concepto material de delito', es decir, de la cualidad en cuanto a contenido de la actuación punible. (...) Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio policriminológico sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende cómo 'protección subsidiaria de bienes jurídicos'.

(...)

La exigencia de que el Derecho penal sólo puede proteger 'bienes jurídicos' ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las

⁸⁵ Derecho Penal - Parte General t. I - traduzida da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal - Editorial Civitas: Madrid, 1997. p. 51/52.

ultimas décadas. Se partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados bienes previamente dados (...) y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido.

3.2 DEMAIS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEIS

A nova Lei 12.105/2009 traz o arcabouço maior para a proteção da dignidade sexual do vulnerável do que se via tanto na redação original do Código Penal como nas alterações procedidas pela Lei 11.106/2005.

Os artigos cuja redação foi alterada e os que foram introduzidos no Código Penal demonstram uma nítida intenção do legislador em punir com mais rigor condutas que afetem, direta ou indiretamente a dignidade sexual do vulnerável, notadamente no que se refere à prostituição e demais formas de exploração sexual.

A propósito, a própria introdução dessa elementar “outra forma de exploração sexual”, que se vê em diversos dispositivos já é em si inovação no sentido de ampliar a tutela penal desse bem jurídico, na medida em que se reconhece a realidade de que a submissão, induzimento, facilitação à prostituição, bem como a obtenção de qualquer vantagem sobre essa atividade é apenas uma forma de exploração sexual. Isso é, pode haver exploração sexual de outra natureza que não a prostituição. Compreendida a prostituição apenas como a atividade sexual que se exerce mediante paga, é inegável que a submissão da pessoa (especialmente se vulnerável) a atividades desse jaez, mas em que não haja pagamento, é igualmente ofensiva à dignidade sexual.

Conclui-se, então que, realmente, faz sentido ampliar a tutela penal, através de tipos mais abertos, que permitam incluir atividades de exploração sexual que não se exerçam mediante pagamento, ou seja, que não se configurem como prostituição.

3.2.1 Art. 218

A indução do vulnerável, menor de 14 anos, pune aquele que, ainda que indiretamente, contribui para a ocorrência do estupro de vulnerável. É necessário, porém, identificar quando esse crime efetivamente estará realizado e, mais, quando a ação, embora coincidente com a descrição abstrata do tipo, realmente configurará a infração do art. 218, ou significará concurso de agentes sob a forma de participação, para o crime do art. 217-A – estupro de vulnerável.

De início, é importante deixar claro que, embora o núcleo do tipo seja “induzir”, não basta para a configuração do crime a mera indução do menor de 14 a satisfazer a lascívia de outrem. O crime somente resta configurado quando há, efetivamente, a prática do ato libidinoso. Isso porque se, a despeito da persuasão do agente, o sujeito passivo não satisfaz a lascívia de outrem, isso significará que a ação do sujeito ativo foi inidônea a atingir o fim a que se destina. Em outras palavras, haverá crime impossível.

Assim, o que dirá se o ocorrido foi a indução à satisfação à lascívia de outrem ou estupro de vulnerável em concurso de agentes não será a prática ou não do ato libidinoso. Será a existência do acordo prévio de vontades entre o indutor e o sujeito que pratica o ato libidinoso com o menor de

14 anos. Se não houver esse acordo prévio de vontades, o indutor responderá pelo crime do art. 218 e o que praticou o ato libidinoso responderá pelo delito do art. 217-A. Se houver o acordo prévio de vontades, ambos responderão por estupro de vulnerável, cada um na medida de sua culpabilidade (art. 29); o que praticou o ato libidinoso responderá como autor, o que induziu responderá como partícipe (auxílio).

3.2.2 Art. 218-A

A previsão desse crime visa à proteção da dignidade sexual do vulnerável, na medida em que submissão do menor de 14 a assistir a prática de ato libidinoso compromete diretamente o desenvolvimento regular de sua personalidade no que se refere ao sexo.

Necessário anotar que, pela estrutura do tipo, não basta à configuração do crime a realização de ato libidinoso perante pessoa menor de 14 anos. Além de, obviamente, ser necessária a ciência do(s) autor(es) da presença do vulnerável, o tipo prevê o fim especial de agir “*a fim de satisfazer a lascívia própria ou de outrem*”.

Dessa forma, o crime somente existirá se a presença do menor de 14 for elemento necessário à satisfação do desejo sexual exibicionista do agente.

3.2.3 Art. 218-B

É através do crime previsto neste artigo que o legislador visa punir mais severamente a exploração da prostituição e outras formas de exploração sexual infantil e de adolescentes. Isso fica claro já no *caput*, que considera, para fins desse artigo, vulnerável a pessoa menor de 18 anos. Nos artigos antecedentes, viu-se é considerada vulnerável a pessoa menor de 14 anos. O art. 218-B amplia esse limite etário.

A estrutura desse tipo penal mantém a lógica segundo a qual a prostituição, em si, não é ilícita. O crime ocorre quando outrem dá, de qualquer forma, ensejo a que a pessoa venha a se prostituir ou se mantenha nessa situação. Se o sujeito passivo é vulnerável, aplica-se a pena do art. 218-B. Se não, a do art. 228.

Outra interessante inovação trazida por esse artigo – direcionada mais claramente à repressão da prostituição e exploração sexual infantil e de adolescente – é o § 2º. Esse parágrafo faz incidir 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; e II) o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

No caso do inciso I, supre-se lacuna até então existente na lei. Até o advento da Lei 12.105/2009, não era punível a pessoa que mantinha relação sexual com o menor prostituído ou submetido a outra forma de exploração sexual. E é evidente que a impunidade do usuário desse serviço espúrio favorece a continuação da exploração.

Ressalte-se apenas que o inciso I restringe a punição do sujeito que mantém conjunção carnal ou outro libidinoso quando o sujeito passivo é maior de 14 e menor de 18 anos pois, se, menor de 14 a vítima, o crime será de estupro de vulnerável.

Já o inc. II pune o indivíduo que mantém o estabelecimento onde as atividades descritas no *caput* ocorrem, de forma mais grave (a pena cominada é maior) que o artigo 229 – casa de prostituição. Assim, a pessoa que mantém o estabelecimento onde se desenvolve prostituição ou exploração sexual de vulnerável incide na pena do art. 218-B, § 2º, inc. II. Caso haja no estabelecimento, também, prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoas não vulneráveis, haverá o concurso formal com o crime do art. 229.

4. DO LENOCÍNIO E DO TRÁFICO DE PESSOA PARA FIM DE PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

Neste Capítulo, a Lei 12.015/2009 não trouxe muitas alterações. As mais notáveis são a alteração do art. 229, que trata da casa de prostituição e a inclusão, nos demais tipos penais que tratam de prostituição da elementar “outras formas de exploração sexual”, o que já foi objeto de comentário no item anterior.

Com relação à casa de prostituição, o legislador finalmente deu algum sentido ao tipo – oportunidade que, lamentavelmente, foi perdida na Lei 11.106/2005.

A redação anterior do art. 229 mostrava-se, já há algum tempo, incrivelmente defasada. Não havia mais sentido em manter no tipo a expressão “lugar destinado a encontros para fins libidinosos” já que isso, formalmente, incluiria estabelecimentos absolutamente aceitos na sociedade atual, tais como os hotéis.

A redação atual do tipo dirige-se, efetivamente, a dos fins visados pela nova lei, que é a repressão da exploração da dignidade sexual da pessoa sob qualquer forma. Assim é que a lei restringe-se, atualmente, à punição daquele que mantém o estabelecimento em que ocorra a *exploração sexual*, ocorra ou não a intenção de lucro (prostituição).

Dessa forma, reprime-se aquele que promove a exploração sexual, sem reprimir a prática da prostituição em si que, como já dissemos anteriormente, não é ilícita.

5. AÇÃO PENAL

Por fim, destaca-se a alteração procedida pela Lei 12.015/2009 no que tange à ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Na redação original do Código Penal, previa-se que a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e de corrupção de menores era, em regra, de iniciativa privada.

Essa antiga disposição gerava controvérsias, principalmente no que se referia aos crimes complexos (estupro e atentado violento ao pudor), já que o meio de execução (ameaça ou violência), quando praticados de forma autônoma (respectivamente, arts. 129 e 147 do Código Penal), eram de ação pública.

Inicialmente, a questão chegou a ser pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 608, que prevê:

“No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal concretizado nessa Súmula (de 1984) decorria do fato de que a violência real, como meio de execução do crime de estupro (e também do atentado violento ao pudor) seria sempre infração de ação pública incondicionada (lesão corporal ou via de fato).

Porém, com o advento da Lei 9.099/95, a discussão reiniciou-se. Referida lei previu que o crime de lesão corporal simples seria de ação pública condicionada. Por extensão, passou-se a considerar que a iniciativa do Ministério Público na contravenção de vias de fato também dependeria de representação do ofendido.

Passou-se, então, a indagar: se o crime de ameaça é de ação pública condicionada e esse fato não transforma o estupro cometido mediante grave ameaça, nos termos da Súmula 608 do STF em crime de ação pública, tal Súmula permanece válida após a lesão corporal (violência real) ter sido transformada, também, em crime de ação pública condicionada? Embora o Supremo não tenha cancelado essa súmula após o advento da Lei 9.099/95, a questão persistiu.

Era, também, difícil conciliar o fato de o estupro e o atentado violento ao pudor, crimes de tamanha gravidade (considerados, inclusive, hediondos pela Lei 8.072/90), fossem de ação penal de iniciativa privada. Nesse sentido, já defendia Eugênio Pacelli de Oliveira, antes do advento da Lei 12.015/09:⁸⁶

“Se já era inaceitável a jurisprudência nesse sentido – o de admitir ações privadas para crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados sem violência *real*, e, sim, *moral* –, agora, a partir de recentes julgamentos na Suprema Corte, a questão passou a ser teratológica.

“Com efeito, a Suprema Corte vem decidindo que o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados em quaisquer de suas formas, simples ou qualificadas, caracterizam-se como *crimes hediondos*, independentemente do resultado qualificado previsto no art. 223. Sem adentrar o mérito da interpretação (...) o fato é que ali se vislumbra o alto grau de reprovação aos citados delitos.

(...)

“Como, enfim, lidar com uma ação penal *privada*, informada pelo princípio da *disponibilidade*, e não pela obrigatoriedade, em um crime considerado *HEDIONDO*? Morta a vítima, divulgado o fato, instruído o processo, não remanesceria qualquer interesse público a ser tutelado?”

A nova redação do art. 225 solucionou essas questões, transformando os crimes dos Capítulos I e II em de ação pública condicionada, ressaltando, no parágrafo único que, quando a vítima for menor de 18 anos ou vulnerável, a ação será pública incondicionada.

Modificação extremamente salutar. Ao prever, em regra, para os crimes contra a liberdade sexual a ação pública condicionada, a nova lei elimina as perplexidades causadas pela previsão

⁸⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 142/143.

anterior de ação de iniciativa privada, mantendo, contudo, a discricionariedade da vítima quanto ao desejo de representar ou não.

E, ao prever para os crimes sexuais contra menores e vulneráveis a ação pública incondicionada, retira dos representantes legais a discricionariedade, mantendo toda a iniciativa nas mãos do Ministério Público, o que atende à supremacia do interesse público sobre o particular no que pertine à proteção da criança e do adolescente.

6. CONCLUSÃO

Como dito no início, o propósito desse estudo era apenas o de analisar as mudanças introduzidas no Código Penal pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, não de fazer um estudo sistemático de todos os crimes contra a dignidade sexual.

Por essa razão, restringimo-nos à análise das mudanças mais relevantes introduzidas pela nova lei, como contributo para o início do estudo do impacto dessa nova legislação.

Para encerrar, não poderíamos deixar de anotar que, na verdade, de nada adiantará a existência de nova lei, com a previsão de novos crimes e de penas mais altas, se, na prática, não houver melhor aparelhamento e mais eficiência dos órgãos públicos encarregados da fiscalização, investigação, processo e punição daqueles que praticam essa sorte de atos abomináveis e dignos resposta firme e certa do Estado.

7. BIBLIOGRAFIA

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 3 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1981. Volume 2.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 1958. Volume 8.

MESTIERI, João. Do Delito de Estupro. 1 ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1982.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1979. Volume 3.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General* t. I - traduzida da 2ª ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conllendo e Javier de Vicente Remesal – Editorial Civitas: Madrid, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alii. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.