

CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, EM FACE DA NOVA LEI

FERNANDO TOURINHO FILHO *

A matéria aqui enfocada a princípio pareceu-nos muito simples pela fusão dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, daí por que, numa primeira manifestação sobre o assunto, julgávamos que a prática da conjunção carnal e de outros atos libidinosos que ultrapassassem os *praeludia coiti* pudessem gerar um concurso material. É até provável que no 1º volume do nosso *Curso e no Manual*, edição 2010, houvéssemos deixado registrado esse entendimento. Penitenciamos-nos do equívoco, malgrado haja inúmeros autores de renome que adotaram também aquela primeira visão.

Antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, os crimes contra a liberdade sexual eram de ação penal privada, exceto nas seguintes hipóteses: a) se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; b) se o crime fosse cometido com abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrastrito, tutor ou curador; c) se da violência empregada resultasse lesão corporal grave ou morte.

Tínhamos, ao lado do estupro, o atentado violento ao pudor. Aquele definido no art. 213 e este no art. 214. Hoje, o art. 214 foi revogado e o seu texto foi acrescido ao do art. 213, dando origem a duas condutas com o *nomen juris* de estupro. Assim, a pena cominada àquele que, com violência, passa a mão nas partes pudendas de alguém é a mesma cominada àquele que constrange alguém (não é apenas a mulher, mas o homem também, como sugeria Magalhães Noronha, *Direito Penal*, v. 3, p. 110), mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal, coito anal ou à *immissio penis in os ou fellatio in ore*. O Código Penal italiano, à maneira do que dispunha até há pouco tempo nossa legislação, distingue o crime da violência carnal do ato libidinoso cometido com violência. De fato. No art. 519 cuida da "*violenza carnale: chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale...*", e no art. 521 trata

* Promotor de Justiça aposentado e Prof. de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Araraquara.

dos *"atti di libidine violenti"*: Quando, mediante violência ou grave ameaça, alguém pratica *"atti di libidine diversi dalla congiunzione carnale"*. E aí se insere uma série de atos luxuriosos.

O nosso art. 213, parece-nos, tornou-se uma aberração, tratando com igualdade situações desiguais. A doutrina já começa a indagar se constitui um só crime ou dois o fato de alguém, mediante violência, após o coito anal manter, logo em seguida, cópula vaginal. Haveria unidade delitual? Há, atualmente, no corpo do art. 213 duas condutas: "o constranger alguém mediante violência ou grave ameaça à conjunção carnal" e "o constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". O núcleo verbal é o mesmo: "constranger". A nosso juízo, os atos de lascívia praticados por força de desordenado apetite sexual que podem preceder à conjunção carnal, inclusive o *cunnilingus*, todos eles, incluindo o coito vaginal, formam uma só e única figura delitual, visto que os desígnios guardam a mesma homogeneidade. Tudo se entrelaça, tudo se reúne no mesmo contexto do depravado, do licencioso... E se, após ou antes do coito vaginal, o agente obriga a vítima a ser *fellator* ou com ela comete coito anal? Haverá concurso de crimes? O novo texto do art. 213 reza:

"Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos."

A doutrina distingue os delitos **de um só ato** ou **de vários atos**. Exemplo do primeiro é o homicídio e do segundo, o roubo impróprio (furto e violência empregada para assegurar a subtração da coisa alheia). Entre essas duas classes, ensinam **Jescheck** e **Thomas Weigend**, está a dos delitos "mistos alternativos". Nestes há várias condutas opcionais que se encontram submetidas à mesma cominação penal. Assim, cometendo o autor uma, várias ou todas as ações alternativas previstas na disposição legal, deverá ser considerado um só crime e não um concurso de delitos integrado por aquelas condutas (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. Miguel Olmedo Caradenete, Granada, Comares, 2002, p. 285).

Embora **Edmund Mezger**, analisando esses tipos mistos, falasse de "lei mista alternativa" e de "lei mista cumulativa", dando como exemplo deste último o crime de lesão corporal, que, entre nós, está redigido tal qual no Código alemão - ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem -, deixou entrever não existir, na hipótese, concurso. *Verbis*: "En el § 223 (*maltratar en el cuerpo o perjudicar la salud*) se deberán admitir dos variedades de un caso solo y no dos casos independientes" (*Derecho Penal, Parte General*, trad. Dr. Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, p. 153). Vale dizer: no art. 129 há duas condutas no mesmo tipo, e não dos tipos independentes. A prática de qualquer uma das condutas constitui crime. E se o agente, ao ofen-

der a integridade corporal acarreta dano à saúde da vítima, o crime continua o mesmo. Bem diversos os exemplos dados por Heleno Fragoso: arts. 135, 180, 242, etc. todos do Código Penal (*Lições de Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 178), uma vez que nessas disposições legais há várias figuras típicas, ensejando, assim, o concurso material.

Analisando o art. 213 do CP, observamos que se trata de tipo misto alternativo. É indiferente para o mundo fenomênico que o agente cometa uma só conduta ou as duas. O núcleo verbal de ambas está em "constranger" (constranger à conjunção carnal e constranger alguém a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso). Se houver apenas o coito (vagínico ou anal) violento, haverá estupro. Se for tão somente outro ato libidinoso cometido com violência, ainda haverá estupro. E se o agente, perdido na sua escomunal luxúria, praticar ambas as condutas? O crime é o mesmo, como é o mesmo crime o importar, o transportar, o guardar e, após, vender a substância entorpecente.

Eventualmente pode haver a continuidade delitiva, ainda que a conduta seja a mesma. Meditando sobre o tema, achamos que no estupro não se pode exigir do sátiro comedimentos, e sim descomedimentos. Com desbragada luxúria, o impudente pode, com a sua vítima subjugada, no mesmo dia ou em dias diferentes, não se contentar apenas com os atos que prelidiam a cópula vaginal e com o próprio coito, e com esta sua desvairada lubricidade, repetir duas, três ou mais vezes as condutas recriminadas.

No que tange à ação penal, o legislador dispôs no art. 225 do CP que, nos crimes definidos nos Capítulos I e II, a ação penal depende de representação, salvo se a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. O Capítulo I compreende os crimes definidos nos arts. 213 (estupro), 215 (posse sexual mediante fraude), 216-A (assédio sexual) e 217-A (estupro de menor de 18 e, obviamente maior de 14 anos ou de vulnerável) e o Capítulo II os previstos nos arts. 218, 218-A e 218-B (dos crimes sexuais contra vulnerável).

Vulneráveis são as pessoas que os italianos denominam "persone handicappate", objeto de proteção especial pela lei de 5 de fevereiro de 1992: "È persona handicappata colui che presenta una minorazione física, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative".

Daí a majoração da pena nos delitos sexuais cometidos contra essas pessoas mentalmente enfermas ou impossibilitadas de resistir em razão das próprias condições de inferioridade psíquica ou física.

E se da violência empregada no estupro cometido contra alguém maior de 18 anos resultar lesão grave ou morte? Qual seria a ação penal? Pela redação do art. 225, *caput*, a ação penal ficaria subordinada à representação. É verdade que, nesse caso, o crime seria complexo, à dicção do art. 101 do CP. *Verbis*: “Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Realmente, se da violência empregada na prática do estupro resultar lesão grave ou morte, tal circunstância constitui um fato cuja ação penal é pública incondicionada; logo, na hipótese do art. 213, §§ 1º e 2º do CP, a ação penal será pública incondicionada. ALOYSIO DE CARVALHO FILHO falava, até, em “crime circunstância” e “crime resultado”. *Verbis*:

“A ação pública, cabível no crime elemento ou no crime circunstância, prevalece, por essa forma, no crime resultado absorvendo a ação privada, *se for o caso* (grifo nosso). Realmente, se para fatos que integram ou agravam determinado crime adotou o legislador a ação pública, quando considerados em si crime, não se justificaria que o delito-síntese fosse perseguível por iniciativa particular” (*Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1955, v. IV, p. 39).

É a mesma disposição contida no art. 131 do Código Penal italiano:

“Art. 131. **Reato complesso. Procedibilità di ufficio.** Nei casi preveduti dall’ articolo 84, per il reato complesso, si procede sempre di ufficio, se per taluno dei reati, che ne sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti se deve procedere di ufficio”.

De fato, se da violência empregada no estupro resultar lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, à dicção do art. 101 do CP.

Por outro lado, nesses 69 anos de vigência do nosso Código Penal a regra contida no art. 103 (primitivo art. 101) jamais foi invocada, porquanto nas hipóteses de crime complexo, a ação penal já vem prevista na própria parte especial. Vejam-se e a propósito os crimes de injúria real (art. 140, § 2º c/c o art. 145 *caput*), de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 c/c o respectivo parágrafo único), de alteração de limites (art. 161 c/c o seu § 3º), de dano (art. 163 c/c o art. 167), de latrocínio (art. 157 c/c o seu § 3º), todos do Código Penal. Por isso mesmo, nossos doutrinadores, sem discrepância, sempre disseram que a regra do art. 101 era inócua, uma vez que a solução já vinha traçada na parte especial do estatuto penal. A propósito, dentre outros, Rogério Greco, *Curso de Direito Penal, Parte geral*, Rio de Janeiro, Impetus, 2002, p. 682 e Paulo José da Costa Júnior, *Código Penal Comentado*, São Paulo, DPJ, 2007, p. 305). Realmente, a disposição do art. 101 é inócua diante do próprio sistema adotado pelo Código, especificando quando a ação é pública incondicionada (regra geral), condicionada ou de iniciativa privada.

Não se invocava a regra do art. 101 no crime de estupro, quando da violência resultava lesão grave ou morte, porquanto o art. 223 solucionava a questão, dizendo que a ação seria pública incondicionada.

Agora, com a revogação expressa do art. 223 do CP, outro caminho não nos resta senão invocarmos a disposição pertinente ao crime complexo, a menos que se dê nova redação ao art. 225 do CP.

O grande Ruy dizia: "se a lei não for certa, não pode ser justa. Para ser, porém, certa, cumpre que seja precisa, nítida, clara" (*Escritos e discursos seletos*, Rio de Janeiro, Ed. José Aguilar, 1960, p. 1.052).

Observou CARLOS MAXIMILIANO que "o conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação". E mais adiante acrescentou: "Dia a dia, no Foro e nas Câmaras, se acaloram os debates sobre textos de uma clareza meridiana, e os próprios juízes, em sua maioria tradicionalista, discutem e afinal decidem sobre a verdadeira exegese de normas aparentemente perfeitas" (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 37).

Note-se que a própria Procuradoria-Geral da República ingressou até com uma ADIN, contra os desacertos do citado diploma, sendo relator o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

O novo diploma criou perplexidade. Até mesmo membros do Ministério Público e Juízes sentiram a mudança. E ficamos pensando: e como agirão as Autoridades Policiais, Juízes e membros do Ministério Público desses brasis afora? Por isso mesmo, para evitar que os usufrutuários de dúvida entrem em ação, o Senador ANTÔNIO CARLOS JR., da Bahia, apresentou projeto ao Senado, propondo nova redação art. 225 do CP. Deverá ficar assim:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for menor de 18 anos, pessoa vulnerável, se da violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte ou se o autor da conduta punível for ascendente, descendente, colateral até o 3º grau, tutor, curador ou pessoa que conviva com a vítima sob o mesmo teto.

E se da violência empregada resultar lesão corporal leve? A nosso sentir, há de prevalecer a Súmula 608 do STF. Fácil de entender: antes da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro era de ação penal privada ou pública condicionada se a vítima fosse pobre. Por outro lado, mesmo após a promulgação da Lei n. 9.099/95, cujo art. 88 transmudou a ação penal de pública incondicionada para condicionada nos crimes de lesões corporais leve e culposa, a referida Súmula continuou vigendo. E com razão: a Suprema Corte, ciente de que nos crimes de estupro normalmente da violência resulta lesão corporal leve, e querendo dar maior proteção às vítimas desses crimes, em

geral meninas pobres, e até mesmo para evitar transações vergonhosas, elaborou a Súmula 608. Permitiu, inclusive, nos demais crimes sexuais, quando a vítima era pobre, que a representação pudesse ser feita pelos tios, avós ou até mesmo pela pessoa sob cujo teto convivesse. Fez mais: permitiu que prova da pobreza pudesse ser feita a qualquer momento, admitiu a pobreza presumida (caso de empregadas domésticas) e aboliu, quanto a esses crimes, o entendimento de não se admitir a figura do Assistente da Acusação.

Se assim é, com maior razão deve continuar o preceito sumular, uma vez que o crime de estupro passou a ser de ação pública condicionada.

Insta observar que os processos por crimes contra a liberdade sexual cuja ação penal era privativa da ofendida devem continuar, por ser esta mais benígna. Apenas em relação aos fatos que ocorreram após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009 é que se deve invocar o novo diploma. Por óbvio, no que respeita aos processos instaurados contra ascendentes, tutores e curadores cuja ação penal era pública incondicionada, ninguém ousará arguir a necessidade de representação. A uma porque não haveria quem pudesse fazê-la; a duas, pela imoralidade.

Em relação àqueles que cometeram, em concurso material, estupro e atentado violento ao pudor, antes do advento do novo diploma, observar-se-á a regra do parágrafo único do art. 2º do CP.