

DAGMAR NUNES GAIO

**O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR À LUZ DO CONCURSO
DE CRIMES E DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso
de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. René Ariel Dotti

CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

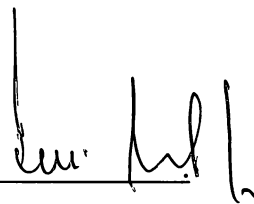
DAGMAR NUNES GAIO

O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR À LUZ DO CONCURSO DE CRIMES E DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador:

Prof. Dr. René Ariel Dotti

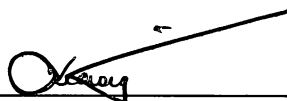


Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof. Dr.



Prof. Dr.



Curitiba, de junho de 2002.

Agradeço a Deus, uma vez mais.

Agradeço ao Prof. Dr. René Ariel Dotti, pela generosidade demonstrada na orientação científica e pela grandeza das lições – acadêmicas, profissionais e pessoais – que, mesmo sem perceber, me propiciou desde o primeiro dia de aula no Curso de Mestrado.

Sin embargo, hoy en día es posible observar a menudo una tendencia a ocuparse de sutilidades casuísticas y construcciones ajenas a la práctica. Es por ello por lo que deseo concluir señalando un serio peligro, (...) el peligro de que la dogmática pierda, como consecuencia de un 'sobrecultivo' teórico, el contacto con la práctica y de que así se vuelva a perder lo alcanzado.

Hans Joachim Hirsch

SUMÁRIO

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMO | ix |
| ABSTRACT | x |
| 1. INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA LEGISLAÇÃO PRECEDENTE ... | 3 |
| 2.1. ORDENAÇÕES FILIPINAS | 3 |
| 2.2. CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO..... | 4 |
| 2.3. CÓDIGO PENAL DE 1890 | 5 |
| 2.4. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS PENAIS | 6 |
| 2.5. CÓDIGO PENAL DE 1969 | 7 |
| 3. O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NO ANTEPROJETO DE REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL | 9 |
| 3.1. GENERALIDADES..... | 9 |
| 3.2. OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL | 10 |
| 3.3. O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR..... | 13 |
| 4. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO | 17 |
| 4.1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL SEXUAL..... | 17 |
| 4.2. OS COSTUMES E O PUDOR SEXUAL..... | 19 |
| 4.3. A LIBERDADE E A AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL; A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 20 |
| 4.4. A ESPECIAL SITUAÇÃO DO INCAPAZ | 31 |
| 5. SUJEITOS DO CRIME | 34 |
| 5.1. SUJEITO ATIVO..... | 34 |
| 5.2. SUJEITO PASSIVO..... | 40 |
| 6. TIPICIDADE OBJETIVA | 45 |
| 6.1. GENERALIDADES..... | 45 |

| | | |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 6.2. | CONSTRANGIMENTO | 47 |
| 6.2.1. | Violência física..... | 47 |
| 6.2.2. | Violência moral | 51 |
| 6.2.2.1. | Generalidades 51 | |
| 6.2.2.2. | Mal grave e determinado..... | 54 |
| 6.2.2.3. | Mal justo ou injusto..... | 55 |
| 6.2.2.4. | Mal iminente ou futuro..... | 57 |
| 6.2.2.5. | Mal direcionado à vítima ou a terceiro..... | 58 |
| 6.2.2.6. | Mal contra a honra ou o patrimônio | 59 |
| 6.2.2.7. | Violência contra coisa ou contra terceiro | 60 |
| 6.2.3. | Violência presumida..... | 61 |
| 6.3. | DISSENSO DA VÍTIMA..... | 65 |
| 6.4. | ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL | 68 |
| 7. | TIPICIDADE SUBJETIVA | 74 |
| 7.1. | INEXISTÊNCIA DE MODALIDADE CULPOSA..... | 74 |
| 7.2. | DOLO DO AGENTE | 74 |
| 7.3. | ERRO DE TIPO EM HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA REAL..... | 82 |
| 7.4. | ERRO DE TIPO EM HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA PRESUMIDA..... | 84 |
| 8. | CONSUMAÇÃO E TENTATIVA..... | 89 |
| 8.1. | O <i>ITER CRIMINIS</i> | 89 |
| 8.2. | O MOMENTO CONSUMATIVO E O INÍCIO DOS ATOS EXECUTÓRIOS .93 | |
| 8.3. | ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E TENTATIVA DE ESTUPRO..... | 95 |
| 8.4. | DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÕES PENAIIS OU CONSTRANGIMENTO ILEGAL..... | 98 |
| 8.5. | TENTATIVA E VIOLÊNCIA PRESUMIDA | 100 |
| 8.6. | DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA | 104 |
| 9. | HEDIONDEZ DO CRIME | 107 |
| 9.1. | GENERALIDADES..... | 107 |
| 9.2. | FORMAS BÁSICA E QUALIFICADAS | 108 |
| 9.3. | VIOLÊNCIA REAL E VIOLÊNCIA PRESUMIDA..... | 114 |

| | | |
|--------|---------------------------------------------------------------------|-----|
| 10. | CONFLITO APARENTE DE TIPOS | 117 |
| 10.1. | GENERALIDADES..... | 117 |
| 10.2. | CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE..... | 120 |
| 10.3. | CRITÉRIO DA CONSUNÇÃO..... | 121 |
| 10.4. | CRITÉRIO DA SUBSIDIARIEDADE..... | 124 |
| 10.5. | CRITÉRIO DA ALTERNATIVIDADE..... | 126 |
| 11. | CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS | 128 |
| 11.1. | GENERALIDADES..... | 128 |
| 11.2. | CONCURSO MATERIAL..... | 131 |
| 11.3. | CONCURSO FORMAL..... | 132 |
| 11.4. | CRIME CONTINUADO..... | 133 |
| 12. | CONFRONTO COM OUTROS TIPOS PENAIS | 139 |
| 12.1. | GENERALIDADES..... | 139 |
| 12.2. | CONSTRANGIMENTO ILEGAL..... | 139 |
| 12.3. | IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR..... | 144 |
| 12.4. | PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE..... | 150 |
| 12.5. | ATO OBSCENO..... | 153 |
| 12.6. | ESTUPRO..... | 155 |
| 12.7. | ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE..... | 156 |
| 12.8. | POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE..... | 158 |
| 12.9. | SEDUÇÃO..... | 160 |
| 12.10. | CORRUPÇÃO DE MENORES..... | 161 |
| 12.11. | ASSÉDIO SEXUAL..... | 163 |
| 12.12. | RAPTO..... | 166 |
| 12.13. | INJÚRIA REAL..... | 167 |
| 12.14. | VILIPÊNDIO A CADÁVER..... | 169 |
| 12.15. | ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NO CÓDIGO PENAL MILITAR.. | 169 |
| 13. | POSSIBILIDADES DE CONCURSO COM OUTRAS INFRAÇÕES PENAIS | 173 |
| 13.1. | LESÕES CORPORAIS E AMEAÇA..... | 173 |
| 13.2. | HOMICÍDIO..... | 175 |
| 13.3. | RAPTO E SEQUESTRO..... | 177 |

| | |
|------------------------------------------------------------------|------------|
| 13.4. ESTUPRO | 179 |
| 13.5. CORRUPÇÃO DE MENORES | 182 |
| 13.6. ATO OBSCENO | 183 |
| 13.7. PERIGO DE CONTÁGIO..... | 184 |
| 13.8. PORTE ILEGAL DE ARMA..... | 186 |
| 13.9. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE DELITIVA..... | 188 |
| 13.9.1. Atos libidinosos praticados contra a mesma vítima..... | 189 |
| 13.9.2. Atos libidinosos praticados contra vítimas diversas..... | 191 |
| | |
| 14. CONCLUSÕES..... | 193 |
| | |
| BIBLIOGRAFIA | 203 |
| | |
| DOCUMENTOS CONSULTADOS..... | 214 |

RESUMO

A partir da constatação de que o crime de atentado violento ao pudor é tratado de forma diversa – e por vezes intrigante – sob os enfoques legal, doutrinário e jurisprudencial, nasce a idéia de realizar um estudo acerca das variações de enquadramento penal operadas no tocante a condutas que, em tese, configuram o aludido delito. Nesse viés, parte-se da verificação histórica da previsão típica do crime nas legislações penais brasileiras. Na seqüência é analisado o complexo conteúdo do bem jurídico tutelado pela norma e as dificuldades de sua adequada compreensão. Segue-se com o estudo dos elementos que integram o tipo penal respectivo e das questões polêmicas que emergem de sua interpretação. São destacadas particularidades acerca dos sujeitos ativo e passivo do crime, a questão do reconhecimento do dissenso da vítima independentemente de reação grandiosa, e os contornos do constrangimento exercido mediante violência ou grave ameaça. Investigam-se a alegada necessidade de que o agente vise à satisfação de sua lascívia, a possibilidade de reconhecimento de exclusão do dolo em razão de erro do agente e o significado da expressão “ato libidinoso”. Também é abordada a classificação do delito como hediondo, em suas variadas modalidades (forma básica, forma qualificada pelo resultado lesão corporal grave ou morte, e mediante violência presumida). A partir das concepções teóricas acerca do início da execução do crime, analisa-se a possibilidade de reconhecimento da tentativa do crime de atentado violento ao pudor. Como próximo passo, efetua-se o estudo teórico do conflito aparente de tipos penais e seus critérios de resolução, seguindo-se com a enunciação de hipóteses que poderiam configurar tal conflito e do enquadramento das condutas analisadas. Por fim, analisa-se o concurso de crimes e efetua-se a proposição de hipóteses em que, no caso concreto, poderiam concorrer, com o delito em questão, outras infrações penais.

ABSTRACT

The idea of accomplishing a study concerning the variations of penal count when related to conducts that, in thesis, configure the crime of violent indecent assault arises from the realisation that the mentioned offence has been treated in several - and sometimes intriguing - ways by law, doctrine and case law. In attention to that, the first part of this work consists of the historical verification of the typical forecast of such crime according to the Brazilian Penal Legislation. In addition, the complex content of the property tutored by the rule of law and the difficulties of its appropriate understanding are hereby analysed. Furthermore, a study of the elements that integrate the (penal) notice of violent indecent assault and of the polemic subjects emerging from its interpretation is presented in this thesis. Following that, particularities concerning the criminal and the victim of the referred crime, the recognition of the victim's dissension independently of strong reaction, and the contours of the duress exercised by means of violence or serious menace are henceforth emphasised. Similarly, the alleged requirement that the criminal of violent indecent assault seeks the satisfaction of his/her lasciviousness and the possibility of exclusion of the malice due to the agent's mistake are hereby investigated, as well as the meaning of the expression "libidinous act". This work does also approach the classification of the crime as hideous, in its varied modalities (its basic form, the form qualified by the result of great bodily injury or death, and the form by means of presumed violence). Likewise, the possibility of recognition of the attempt of violent indecent assault is henceforth under consideration, regarding the theoretical conceptions concerning the beginning of the execution of the crime. Moreover, the apparent conflict of (penal) notices and its resolution criteria are subject to a theoretical study, followed by the enunciation of hypotheses that could configure such conflict and of the count of the analysed conducts. Finally, the cumulation of offences is examined in the present research, and hypotheses in which, in the recorded case, other penal infractions could be cumulated to the crime subject to this thesis are hereby proposed.

1. INTRODUÇÃO

Ao incriminar condutas e estabelecer as respectivas penas, o legislador tem em vista comportamentos que põem em risco ou vulneram bens jurídicos considerados relevantes para determinada comunidade. Muitas vezes, porém, emergem dificuldades para estabelecer de maneira segura os contornos da proteção visada bem como os da conduta vedada.

É justamente o que acontece em relação ao crime previsto no art. 214 do Código Penal brasileiro. Inicialmente, observa-se que o delito recebe o *nomen iuris* de “atentado violento ao pudor” e, topograficamente, na Parte Especial do Código Penal, encontra-se inserido no capítulo I, sob a rubrica de “Crimes contra liberdade sexual”, do Título VI, que cuida dos “Crimes contra os costumes”.

O próprio enquadramento sistêmico já enseja questionamentos acerca do bem jurídico protegido e do alcance da respectiva tutela penal.

Tem-se em conta que a maior eficácia na proteção dos bens jurídicos considerados relevantes demanda atenta e constante reflexão sobre a adequação das previsões legais e de suas interpretações ao longo do tempo.

É certo que ao Direito Penal não compete estabelecer padrões morais de conduta e, portanto, refogem à sua área de incidência condutas de cunho sexual que, não obstante sofram rejeição ou reprovação social, derivam de escolhas levadas a efeito por pessoas capazes e livres de opressão fisiopsíquica.

Mesmo, porém, incidindo o emprego de violência ou grave ameaça para vencer a resistência da vítima, em muitos casos a subsunção de determinados comportamentos à regra ditada pelo art. 214 do Código Penal revela-se tormentosa. Para justificar o enquadramento diverso, são invocados ora a abrangência do termo “ato libidinoso”, ora a necessidade de elemento subjetivo diverso do dolo, ora o incipiente grau de rejeição social a determinada conduta e sua influência na aplicação do princípio da lesividade, ora a falta de correspondência entre a gravidade da conduta

e a sanção penal respectiva, sob o enfoque do merecimento e da proporcionalidade da pena.

Sabe-se que a autonomia sexual, parte integrante da liberdade individual, abarca a livre disposição do corpo e o direito a não sofrer, nessa seara, qualquer intromissão física ou psíquica. O constrangimento da vítima a práticas sexuais não autorizadas, contudo, vai além da violação do corpo, afetando o ofendido em sua dignidade como pessoa humana.

O relevo dos bens jurídicos em jogo evidencia a importância tanto de adequada conformação normativa quanto de cuidadosa aplicação aos casos concretos, consentaneamente com a efetividade da proteção almejada.

Pondo em relevo a repercussão, nas decisões judiciais, das previsões legais acerca da reprimenda respectiva, tanto nas quantidades estabelecidas nos limites abstratos, quanto na sua forma de cumprimento, a evidente – embora nem sempre declarada – mudança de entendimento acerca da configuração do delito em estudo estimula a análise comparativa entre o atentado violento ao pudor e outras infrações penais, buscando, de um lado, a individualização das hipóteses em que há concurso de crimes e, de outro, aquelas em que só aparentemente há concurso de tipos penais.

2. O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA LEGISLAÇÃO PRECEDENTE

2.1. Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas previam, no Título XIII, sanções pela prática do pecado de sodomia ou contra a natureza humana:

Título XIII – Dos que commettem peccado de sodomia, e com alimarias

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inha-biles e infames, assi como os daquelles que commettem crime de Lesa Magestade.

1. E esta Lei queremos, que tambem se entenda, e haja lugar nas mulheres, que humas com as outras commetterem peccado contra natura, e da mesma maneira que temos dito nos homens.
2. Outrosi qualquer homem, ou mulher, que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimária,¹ seja queimado e feito em pó.
3. E as pessoas, que com outras do mesmo sexo commetterem o peccado de mollicie,² serão castigados gravemente com degredo e galés e outras penas extraordinarias, segundo o modo e perseverancia do peccado.

É nítida, no texto em destaque, a preocupação do legislador de então em punir, com rigor máximo, aqueles que atentassem contra a religião e a moral dominante.³

Note-se que a norma nem sequer aludia à violência, desnecessária, portanto,

¹ Aos atentados contra a natureza cometidos por indivíduos sobre animais dá-se o nome de “bestialidade” (VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*. 4ª ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1943, p. 153).

² Ou seja, a “masturbação” (Cfe. CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *O advogado diante dos crimes sexuais*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 102).

³ Viveiros de Castro menciona que em 1523, em Tolosa, “uma mulher e um cão, convencidos de atos de bestialidade, foram queimados vivos e em 1575 um homem e uma mula, sua cúmplice, foram enforcados” (VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*, cit., p. 153).

à configuração da infração.⁴

Com o passar do tempo, a evolução legislativa viria a revelar a laicização do Direito, que acabou atenuando a tutela penal baseada exclusivamente na moral.⁵

2.2. Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830, dedicou um de seus capítulos para os “Crimes contra a segurança da honra”, dividido em três Seções: Seção I – Estupro; Seção II – Rapto; Seção III – Calúnia e Injúrias.

Interessa isolar a primeira Seção, continente de sete artigos e quatro crimes autônomos. Em todos eles, somente a mulher podia ser sujeito passivo.

O defloramento de mulher virgem, menor de dezessete anos; e a sedução de mulher honesta, também menor de dezessete anos, acarretavam pena de desterro para fora da comarca em que residia a ofendida, por um a três anos, além do dever de dotá-la (arts. 219 e 224).

A cópula carnal praticada com qualquer mulher honesta, por meio de violência ou ameaças, dava ensejo a prisão por três a doze anos, sem prejuízo do dote à ofendida. Se prostituta a vítima, a pena era somente a de prisão por três meses a dois anos (art. 222).

O tipo que mais se aproximava do que hoje denominamos atentado violento

⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. II, p. 7.

⁵ LUISI, Luiz. Os crimes contra a dignidade sexual. Palestra proferida em 22 de maio de 1998, no Seminário Reforma do Código Penal, realizado na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Na ocasião, o palestrante afirmou: “Pode-se afirmar que a tendência das legislações contemporâneas dos estados laicos é no sentido de excluir da tutela penal condutas exclusivamente morais. Isso importa que, na área da criminalidade dita sexual, as incriminações têm-se limitado aos fatos de violência ou ameaça, de fraude ou engodo e para dar resguardo aos menores.” Viveiros de Castro relata que em 1867, na França, um homem foi condenado a três meses de prisão por haver praticado ato de bestialidade com uma galinha (VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*, cit., p. 154). Comparando-se com as penas aplicadas no século XVI (v. nota 3, *supra*), fica evidenciado o abrandamento.

ao pudor era o do art. 223:

Art. 223. Quando houver simples offensa pessoal para fim libidinoso, causando dôr, ou algum mal corporeo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
Penas – de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réo pela offensa.⁶

Note-se que a pena devia ser somada à da “ofensa”. Assim, se resultasse morte, devia também ser aplicada a pena decorrente do homicídio (arts. 192 e segs.); e se fossem produzidos “ferimentos”, adicionava-se a sanção correspondente (arts. 201 a 206).

2.3. Código Penal de 1890

Proclamada a República, editou-se, em 1890, um novo Código Penal, que tratou dos “Crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor” no Título VIII do Livro II, referente aos *crimes em espécie*.

O Capítulo I desse Título cuidava da “violência carnal” e dele constavam três crimes, sem rubrica individualizada. Precisamente no art. 266 constava a seguinte disposição:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:
Pena – de prisão cellualar por um a seis annos.
Parapho unico. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.

⁶ A respeito das penas, dispunha aquele Código: “Art. 63. Quando este Código não impõe pena determinada, fixando sómente o maximo e o minimo, considerar-se-hão três grãos nos crimes, com attenção ás suas circumstancias aggravantes ou attenuantes, sendo o maximo o de maior gravidade, á que se imporá o maximo da pena; e o minimo, o da menor gravidade, á que se imporá a pena minima; o médio, o que fica entre o maximo e o minimo, á que se imporá a pena no termo medio entre os dous extremos dados.”

Note-se que em tal dispositivo legal foram usados o verbo “atentar” e o substantivo “pudor”, sugestivos da denominação “atentado ao pudor”.⁷

Diferentemente do Código Criminal do Império, o Código Penal Republicano admitiu, no artigo supratranscrito, a mulher como sujeito ativo e o homem como sujeito passivo de crime sexual.⁸

Também merece destaque a exigência de que a conduta fosse praticada “com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”. Estabeleceu-se, pois, o especial fim de agir, sem o qual não se configurava o delito.

É importante ressaltar que o tipo não se circunscrevia a atos praticados com o fim de saciar paixões lascivas, alcançando também aqueles realizados “por depravação moral”. Tal expressão justificava-se porque já naquela época se havia percebido a existência de indivíduos “que praticam atos que atentam, verdadeiramente, contra o pudor da vítima e isso sem que o seja, muita vez, para a satisfação do instinto sexual em suas variedades aparentes, mas, puramente, pelo desejo insopitável de perverter, ou ainda por uma solicitação autônoma de vício ou degeneração mental”.⁹

Por fim, observe-se que no mesmo dispositivo era previsto também o crime de corrupção de menores.

2.4. Consolidação das Leis Penais

Na Consolidação das Leis Penais, a descrição do atentado violento ao pudor praticamente não sofreu alterações. A pena máxima, contudo, foi reduzida de seis para três anos de prisão celular:

⁷ Tal expressão consta, v.g., in BENTO DE FARIA, Antonio. *Anotações teórico-práticas ao código penal do Brasil*. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904, p. 393; também in SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1924, p. 424.

⁸ Citando Garraud, Bento de Faria anotava, inclusive, que “o atentado ao pudor pode também verificar-se nas relações conjugaes” (BENTO DE FARIA, Antonio. *Anotações teórico-práticas ao código penal do Brasil*, cit., p. 393).

⁹ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*, cit., p. 424.

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violencia ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena – de prisão cellualar por um a tres annos.

§ 1º Excitar, favorecer ou facilitar a corrupção de pessoa de um ou de outro sexo, menor de 21 annos, induzindo-a á pratica de actos deshonestos, viciando a sua innocencia ou pervertendo-lhe de qualquer modo o seu senso moral:

Pena – de prisão cellualar por seis mezes a dois annos.

§ 2º Corromper pessoa menor de 21 annos, de um ou de outro sexo, praticando com ella ou contra ella, actos de libidinagem:

Pena – de prisão cellualar por dois a quatro annos.

A exemplo do que ocorrera no Código Penal de 1890, mais uma vez o crime de corrupção de menores foi descrito no mesmo artigo em que previsto o atentado violento ao pudor.

Percebe-se, contudo, a maior preocupação do consolidador com a pessoa menor de 21 anos. No Código Penal de 1890, a corrupção de menores dava ensejo à mesma sanção estabelecida para o agente que praticasse o atentado violento ao pudor; na Consolidação das Leis Penais, porém, a pena da corrupção ficou mais severa do que a do atentado. Além disso, incriminaram-se as condutas de “excitar”, “favorecer” e “facilitar a corrupção”.

2.5. Código Penal de 1969

Apesar de não ter entrado em vigor, merece referência o Código Penal de 1969, que previa o crime de atentado violento ao pudor no art. 239, com a seguinte redação:

Art. 239. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de dois a seis annos.

Em confronto com o tipo do art. 214 do Código Penal vigente, o art. 239 do

Código Penal de 1969 estamparia uma conduta a mais: “constranger a *presenciar* ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

Comparadas as penas, tem-se que o diploma de 1969 estabeleceria reclusão de dois a seis anos, reprimenda mais branda do que aquela prevista no Código Penal de 1940, de três a sete anos de reclusão. Em compensação, o Código de 1969 ressalvaria as penas correspondentes às eventuais lesões corporais leves (art. 246).¹⁰ Além disso, as hipóteses hoje previstas no art. 226¹¹ não elevariam a pena em um quarto, mas, sim, em um terço, como previa o art. 249 do Código de 1969.

É interessante observar que, em 1990, com o advento da Lei n. 8.072 (Lei dos Crimes Hediondos), a pena para o agente do crime de atentado violento ao pudor foi elevada para reclusão de seis a dez anos.¹²

Importa consignar, de outra parte, que, se entrasse em vigor o Código Penal de 1969, a presunção de violência em razão da idade da vítima ficaria excluída quando o agente supusesse, fundadamente, tratar-se de maior de quatorze anos (art. 247, I):

Art. 247. Presume-se a violência, se a vítima:

I – não é maior de quatorze anos, salvo fundada suposição contrária do agente;

¹⁰ No Código vigente, as lesões corporais leves ficam absorvidas pelo delito sexual; apenas as lesões graves e a morte é que qualificam o crime (art. 223, *caput* e parágrafo único).

¹¹ “Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – se o agente é casado.”

¹² Quanto ao estupro, o Código Penal, na redação de 1940, previa pena de reclusão de três a oito anos (art. 213). No Código de 1969, essa pena seria mantida (art. 238). Com a superveniência da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o art. 213 passou a prever pena de reclusão de seis a dez anos, idêntica à do crime de atentado violento ao pudor. Comparando-se tais penas, percebe-se que, com exceção do sistema legal atual, a pena relativa a este último crime sempre foi menor do que a prevista para a prática do estupro. Essa tendência volta a se fazer sentir no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, como consta em capítulo próprio deste trabalho.

3. O ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NO ANTEPROJETO DE REFORMA DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

3.1. Generalidades

Constituída pelo Ministro da Justiça, Comissão Revisora presidida pelo então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Superior Tribunal de Justiça, apresentou, em 1999, anteprojeto de reforma da Parte Especial do Código Penal.¹

O anteprojeto foi dividido em dezesseis títulos, a saber: Título I – Dos crimes contra a pessoa; Título II – Dos crimes contra a dignidade sexual; Título III – Dos crimes contra o patrimônio; Título IV – Dos crimes contra a propriedade imaterial; Título V – Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; Título VI – Dos crimes contra a família; Título VII – Dos crimes contra a incolumidade pública; Título VIII – Dos crimes contra a paz pública; Título IX – Dos crimes contra a fé pública; Título X – Dos crimes contra a Administração Pública; Título XI – Dos crimes contra a organização do trabalho; Título XII – Dos crimes contra o ordenamento urbano; Título XIII – Dos crimes contra o sistema tributário e aduaneiro; Título XIV – Dos crimes contra a humanidade; Título XV – Dos crimes contra a cidadania e comunidade indígena; e Título XVI – Dos crimes contra o estado democrático e relações internacionais.

Percebem-se, de pronto, duas alterações pertinentes aos chamados crimes sexuais.

Em primeiro lugar, nota-se que se propõe a alteração da denominação do

¹ Integraram dita Comissão, além do Presidente, os Desembargadores Dirceu de Mello e José de Deus Menna Barreto; os Professores Damásio Evangelista de Jesus, Licínio Leal Barbosa, Ney Moura Teles e Luiz Alberto Machado; a Procuradora da República Ela Wiecko de Castilho; o Procurador de Justiça Sérgio Médici; o advogado Nabor Bulhões; e Evandro Lins e Silva, este último como Consultor (cf. Relatório da Comissão Revisora, *in* D'URSO, Luiz Flávio Borges, *Anteprojeto da parte especial do código penal: proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 1).

Título que abarca tais crimes. No Código Penal vigente, o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude e o atentado ao pudor mediante fraude compõem o Capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, integrante do Título que regula os crimes contra os costumes. No Anteprojeto apresentado pela Comissão, o Capítulo dos crimes contra a liberdade sexual faz parte do Título denominado “*Dos crimes contra a dignidade sexual*”.

A par disso, o novo Título ganhou maior destaque na estrutura geral do Código, pois foi inserido logo após o Título referente aos crimes contra a pessoa.

Essas alterações, propostas pela Comissão, receberam a seguinte justificativa: “O Título II – Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual – é expressivo; seu conteúdo aproxima-se dos Crimes Contra a Pessoa. Daí, a opção para anteceder-lo aos Crimes Contra o Patrimônio (Título III). O ser humano ganha, no aspecto, expressão antes não conhecida. Aos Costumes, prefere-se preservar a atividade sexual, nos limites permitidos, preservando-se a liberdade da pessoa.”²

A proposta de mudança atende, em parte, aos reclamos da sociedade, que, por intermédio de associações e entidades de defesa dos direitos humanos – principalmente da mulher e da criança – vinham exigindo uma maior atenção do legislador para os crimes sexuais, máxime aqueles praticados no ambiente doméstico.

Melhor teria sido, no entanto, se houvesse uma desvinculação definitiva entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes ofensivos ao pudor público, deslocando aqueles para o Título I (dos crimes contra a pessoa), precisamente para o Capítulo alusivo aos crimes contra a liberdade.

3.2. Os crimes contra a liberdade sexual

² Relatório da Comissão Revisora, in D’URSO, Luiz Flávio Borges, *Anteprojeto da parte especial do código penal: proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil*, cit., p. 5.

O Capítulo I do Título II do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal dispõe, entre os artigos 162 e 174, sobre os *crimes contra a liberdade sexual*, abrangendo o *estupro*, o *atentado violento ao pudor*, a *violação sexual de menor ou incapaz*, o *abuso sexual de menor ou incapaz*, a *satisfação da lascívia própria*, a *ofensa ao pudor de menor*, o *rapto* e o *assédio sexual*. Eis, na íntegra, o teor das referidas disposições:

TÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

CAPÍTULO I – DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Estupro

Art. 162. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:
Pena – reclusão, de seis a dez anos.

Atentado violento ao pudor

Art. 163. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:
Pena – reclusão, de quatro a dez anos.

Forma qualificada pelo resultado

Art. 164. Nos casos dos arts. 162 e 163, se resulta:

I – lesão corporal grave:

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

II – se resulta lesão corporal gravíssima:

Pena – reclusão, de dez a quinze anos.

III – morte:

Pena – reclusão, de doze a vinte anos.

Aumento de Pena

Art. 165. Aumenta-se a pena, nos casos dos arts. 162, 163 e 164:

I – de metade, se:

a) a vítima é maior de quatorze e menor de dezoito anos;

b) o agente é ascendente ou descendente, padrasto, madrasta, irmão, tutor, curador, empregador ou, por qualquer título, tem autoridade sobre a vítima;

c) o crime é cometido por quem se aproveita do fato de a vítima estar presa, internada em estabelecimento hospitalar ou sob sua guarda ou custódia.

II – de dois terços, se o crime é cometido por duas ou mais pessoas.

Violação sexual de menor ou incapaz

Art. 166. Praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência:

Pena – reclusão, de oito a doze anos.

Abuso sexual de menor ou incapaz

Art. 167. Praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal com menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

Forma qualificada pelo resultado

Art. 168. Nos casos dos arts. 166 e 167, se resulta:

I – lesão corporal grave:

Pena – reclusão, de dez a quatorze anos.

II – se resulta lesão corporal gravíssima:

Pena – reclusão, de doze a dezoito anos.

III – morte:

Pena – reclusão, de quatorze a vinte e dois anos.

Aumento de Pena

Art. 169. Aumenta-se a pena, nos casos dos arts. 166, 167 e 168:

I – de metade, se:

a) o agente é ascendente ou descendente, padrasto, madrasta, irmão, tutor, curador, empregador ou, por qualquer título, tenha autoridade sobre a vítima;

b) o crime é cometido por quem se aproveita do fato de estar a vítima internada em estabelecimento adequado a menores ou hospitalar, ou sob sua guarda ou custódia;

c) o crime é cometido com violência ou grave ameaça.

II – do dobro, se o crime é cometido por duas ou mais pessoas.

Satisfação da lascívia própria

Art. 170. Induzir, mediante fraude, ameaça, promessa de benefício, casamento ou união estável, pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos a satisfazer a lascívia do agente:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Ofensa ao pudor de menor

Art. 171. Praticar na presença de menor de quatorze anos ato de libidinagem, ou induzi-lo a presenciar, para o fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:

Pena – detenção, de um a três anos.

Rapto

Art. 172. Raptar alguém, mediante violência ou grave ameaça, para fim libidinoso:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, além da pena correspondente à violência.

Assédio sexual

Art. 173. Assediar alguém, exigindo, direta ou indiretamente, prestação de favor de natureza sexual, como condição para criar ou conservar direito ou para atender à pretensão da vítima, prevalecendo-se do cargo, ministério, profissão ou qualquer outra situação de superioridade:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Ação penal

Art. 174. Nos crimes definidos neste Capítulo, procede-se mediante queixa.

§ 1º Procede-se, entretanto, mediante ação de iniciativa pública, se:

I – resulta lesão corporal grave ou morte;

II – o crime é cometido com abuso de pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, madrasta, tutor ou curador,

III – o crime é cometido contra menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência.

§ 2º Procede-se mediante representação, se a vítima ou seus pais ou quem sobre ela tem autoridade não podem prover as despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

3.3. O atentado violento ao pudor

No Código Penal atual, o crime de atentado violento ao pudor, em sua modalidade fundamental, dá ensejo a uma pena de seis a dez anos de reclusão (art. 214), sanção idêntica à cominada para o delito de estupro (art. 213).

O Anteprojeto da Comissão Revisora, todavia, mantém, para o agente de estupro, pena de reclusão de seis a dez anos (art. 162); mas prevê, para quem praticar atentado violento ao pudor, reclusão de quatro a dez anos (art. 163).

Comentando as propostas da Comissão, Luiza Nagib Eluf considera descabida a previsão de delitos nos quais somente a mulher possa ser vítima: “Os crimes são cometidos contra seres humanos, não contra determinado gênero, apenas.”³

Em seguida, a referida doutrinadora observa que no Anteprojeto existem pelo menos duas distorções nas disposições pertinentes aos delitos sexuais. A primeira é a de que a violação anal é apenada mais brandamente do que o estupro, permitindo o entendimento de que a violação masculina é considerada menos grave do que a feminina; a segunda é a de que a amplitude do tipo de atentado violento ao pudor “abrange desde o beijo até o sexo anal forçado”, quando melhor seria se houvesse uma “previsão escalonada dos delitos sexuais, partindo-se dos de menor potencial ofensivo

³ ELUF, Luíza Nagib. A reforma do código penal. *O Estado de São Paulo*, edição de 12.8.99.

para os mais danosos, em artigos distintos”.⁴

Apenas a primeira questão é tratada no relatório da Comissão Revisora. Afirma-se, ali, que o Anteprojeto “obedece, na cominação da pena, a necessária proporcionalidade. O poder discricionário do Juiz ganha significativa expressão. Em tese, esse delito é menos grave, comparado com o estupro. Todavia, o trauma sofrido pela vítima, tantas vezes, poderá ser mais significativo, merecendo reprimenda mais severa”.⁵

São procedentes as críticas endereçadas ao Anteprojeto. Deveras, não é razoável a previsão de penas distintas para atos que podem ser de mesma natureza (atos de penetração). Do mesmo modo, seria necessário haver o desdobramento do tipo de atentado violento ao pudor, de sorte a estabelecerem-se sanções mais ou menos severas conforme a gravidade da conduta.

Não convence o argumento de que, em tese, o delito de atentado violento ao pudor é menos grave que o de estupro. O próprio relatório da Comissão, aliás, admite que o trauma sofrido pela vítima “poderá ser mais significativo” naquele primeiro delito.

Outro ponto do Anteprojeto, digno de nota, é o que elimina as presunções atualmente estabelecidas no art. 224 do CP.⁶ A proposta da Comissão Revisora contempla tipos próprios para os crimes praticados contra menor de quatorze anos, pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência.⁷ Sob as rubricas “Violação sexual de menor ou incapaz”

⁴ ELUF, Luíza Nagib. A reforma do código penal. *O Estado de São Paulo*, edição de 12.8.99.

⁵ Relatório da Comissão Revisora, in D’URSO, Luiz Flávio Borges. *Anteprojeto da parte especial do código penal: proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 6-7.

⁶ “Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

⁷ “Outra e elogiável orientação do projeto foi a de eliminar as presunções que muitas polêmicas causaram por constantes na legislação penal. Não mais o estupro e o atentado violento ao pudor com a presunção de violência quando o ofendido ou a ofendida eram menores de quatorze anos.

(art. 166) e “Abuso sexual de menor ou incapaz” (art. 167), são previstas punições específicas para o agente que praticar, com as supramencionadas pessoas, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, respectivamente.

É importante destacar que tais dispositivos referem-se a condutas praticadas *sem* violência ou grave ameaça. Havendo constrangimento, por qualquer dessas duas formas, a pena é, no Anteprojeto, aumentada de metade (art. 169, I, “c”).

Apesar desse aspecto positivo, nesses dois dispositivos repetem-se as distorções detectadas nos tipos que tratam do estupro e do atentado violento ao pudor: a distinção entre as penas cominadas para a conjunção carnal e para os outros atos de penetração; e a falta de um escalonamento sancionatório entre as inúmeras condutas configuradoras do abuso sexual de menor ou incapaz.

Também releva destacar que o tipo do art. 166 do Anteprojeto, apesar de aludir a “conjunção carnal”,⁸ alcança tanto o homem quanto a mulher como agente ativo.

Com efeito, a conduta de “praticar conjunção carnal com menor de quatorze anos, ou pessoa alienada, portadora de deficiência mental ou impossibilitada por qualquer outra causa de oferecer resistência” pode ser realizada tanto por homem contra mulher que se enquadre em pelo menos uma das situações previstas no tipo; quanto por mulher contra homem que se encontre em qualquer daquelas condições de fragilidade.

Por fim, é fundamental destacar que, ao considerar os delitos sexuais

O projeto entende que o estupro e o atentado violento ao pudor se tipificam quando o constrangimento à cópula carnal, ou à prática de ato libidinoso, é acompanhado de violência real ou de graves ameaças. Já a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso daquela, com menor de quatorze anos ou incapaz, constituem tipos penais autônomos bastando para a sua configuração que o sujeito passivo seja menor de quatorze anos ou incapaz, ou que por outra causa não possa oferecer resistência” (LUIZI, Luiz. Os crimes contra a dignidade sexual. Palestra proferida em 22 de maio de 1998, no Seminário Reforma do Código Penal, realizado na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul).

⁸ No Código Penal atual, apenas o constrangimento da mulher à conjunção carnal tipifica crime sexual (art. 213). Assim, se uma mulher constrange um homem a manter com ela conjunção carnal, há apenas constrangimento ilegal (art. 146). Não há atentado violento ao pudor, pois o respectivo tipo (art. 214) exige a prática de ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal.

violentos como crimes contra a *dignidade sexual* e, mais especificamente, contra a *liberdade sexual*, a Comissão Revisora ainda não alcançou a exata dimensão do bem jurídico que deve ser protegido.

4. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

4.1. A evolução do direito penal sexual

No plano social, é possível constatar significativa alteração do quadro de valores vigentes e a adoção de uma postura positiva em relação à sexualidade, não só no âmbito do matrimônio, mas também fora dele. Progressivamente, houve uma expansão da liberdade pessoal da juventude, especialmente do sexo feminino, beneficiado com a diminuição dos riscos de gravidez indesejada e com o fim da identificação entre virgindade e honestidade sexual.¹

Essa mudança de mentalidade refletiu também sobre as orientações do chamado *direito penal sexual*, que passou a ser informado por outros princípios.

A partir daí, prevalece a idéia de que só deve ocorrer a intervenção penal quando da prática sexual resulte lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico considerado relevante.² Paulatinamente foi abandonada a penalização de certos comportamentos sexuais realizados no âmbito privado, com discrição e entre adultos, sem prejuízo aos participantes ou a terceiro. Assim, por exemplo, os comportamentos homossexuais entre pessoas adultas, em completa intimidade, sem intervenção de violência, fraude ou abuso de relação de dependência ou corrupção de menores, sem lesão, portanto, a qualquer bem jurídico necessitado de proteção jurídico-penal. De outra parte, conclui-se que o adultério, na maioria dos casos, mais do que causa de

¹ Nesse aspecto: CANTERO, José A. Sainz. La reforma del derecho penal sexual. *Estudios penales*: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 868.

² Roxin destaca a inconveniência de incriminar condutas que, embora imorais, não lesionem bens jurídicos: "... las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes. Así por ejemplo, la punición de relaciones homosexuales u otras consideradas inmorales, mantenidas entre adultos, sólo restringe la libertad del individuo, pero además no sólo es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas socialmente integradas". (ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 56-57).

destruição do matrimônio, é efeito ou sintoma de um casamento já deteriorado. Em casos que tais, a incriminação poderia constituir verdadeiro fator criminógeno, desencadeando fatos delitivos, tal como a extorsão, mediante chantagem de denúncia da prática proibida.³

Segundo Luisi, o fenômeno pode ser percebido na Espanha, onde, anteriormente ao novo Código Penal, ocorreu descriminalização dos delitos de adultério e de mancebia (concubinato), através da revogação, pela Lei n. 22/68, do Capítulo VI do Título IX do Código Penal; e, em 1978, dos delitos de divulgação e propaganda de meios anticoncepcionais.⁴

Hassemer analisa a reforma do direito penal sexual na Alemanha, “o qual, nas etapas anteriores, muito ilustrativamente, compreendia e se intitulava *crimes contra os costumes*”. Sustenta que a mudança teve início com um questionamento crítico acerca do bem jurídico que legitimaria, nesta área, a atuação do direito penal, e que, realizado o 47º Congresso alemão de juristas em 1968, o legislador, no ano seguinte, desconsiderou as ameaças de pena contra figuras como *adultério, homossexualidade entre adultos, atos libidinosos com animais e induzimento à prostituição*, “e restringiu os delitos sexuais aos dois únicos bens jurídicos aceitáveis: liberdade sexual e proteção da juventude”.⁵ Luisi especifica tais decisões e acrescenta a descriminalização do *concubinato*, do *induzimento a práticas anticoncepcionais* e da *pornografia*.⁶

³ Sobre o tema: CANTERO, José A. Sainz. La reforma del derecho penal sexual. *Estudios penales*: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca, cit., p. 860-862.

⁴ LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 40, 2. sem. 1996.

⁵ HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 6, p. 53, abr./jun. 1994.

⁶ “A Corte Constitucional alemã descriminalizou o adultério pela Decisão n. 121, de 19.12.1968, a homossexualidade entre maiores e o concubinato, pela Decisão n. 147, de 03.12.1969, o induzimento a práticas anticoncepcionais pela Decisão n. 49, de 16.3.1971, e em 23.11.73 descriminalizou o lenocínio, em algumas de suas modalidades, e a pornografia, excluindo formas radicais de perversões sexuais”. (LUISI, Luiz. Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, cit., p. 39).

Modificações de outra ordem, porém, também foram constatadas no campo penal, fenômeno identificado por Figueiredo Dias como *neocriminalização*. Com efeito, no âmbito do direito penal português, Figueiredo Dias anota que as mudanças⁷ podem ser vistas sob um duplo enfoque, já que “... o domínio das práticas sexuais, um dos mais atingidos pelo vento da descriminalização” pode ser considerado “simultaneamente um dos mais sensíveis às exigências da neocriminalização”. Destaca a reformulação do crime de estupro, com “alargamento da matéria proibida e punida: já pela renúncia ao requisito da virgindade, já pela possibilidade de um menor do sexo masculino poder figurar como vítima da infracção”.⁸

No Brasil, apesar dos consideráveis avanços, ainda se percebe a forte influência que a moral e os costumes exercem no campo da criminalidade sexual, tanto na esfera legislativa quanto na judicial.⁹

4.2. Os costumes e o pudor sexual

Ainda que com maior intensidade no passado, é inegável a persistente vinculação das condutas sexuais ao pudor, sentimento de fácil compreensão mas de

⁷ Desde o código de 1982 ficou superado o conceito de *crimes contra a honestidade* – a que se referia o código penal de 1886 – quer na redefinição do bem jurídico protegido por tais crimes, a liberdade sexual, quer na eliminação de algumas condutas que até aí eram criminalmente punidas – caso do adultério e de certas condutas homossexuais (LÓPEZ, José António Mouraz. Os crimes contra a liberdade sexual no código penal português após a revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, p. 47-51, abr./jun. 1995).

⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 439.

⁹ A matéria será objeto de abordagem no decorrer do trabalho, mas desde já se destaca o radicalismo no tocante aos atos libidinosos obtidos por meio de fraude, observando-se que enquanto alguns insistem que a figura deve ser mantida nos mesmos moldes, já que só a mulher seria suscetível de um engano dessa ordem, outros defendem a extinção total da previsão típica, sem considerar que com relativa frequência são noticiadas novas ocorrências, especialmente ligadas a influências exercidas por sacerdotes ou por “curandeiros”, e que podem ser vítimas pessoas dos dois sexos. Por outro lado, embora não se exija a *honestidade* da vítima nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a regra é a de que, durante a instrução, policial ou judicial, se vasculhe a vida pessoal no ofendido, tentando enquadrá-lo como recatado ou promíscuo.

complexa apreensão no caso concreto.

Ribeiro Pontes aduz que o pudor é caracterizado como “um sentimento de extrema delicadeza, pertencente ao homem civilizado, mas que, por sua origem e fundamento, diz respeito a um instinto que os costumes desenvolvem” e invoca os ensinamentos de Eugênio de Toledo, para quem “Quanto mais temos amor-próprio, dignidade pessoal e respeito de nós mesmos, mais pudor conservamos e desejamos ser respeitados nesse sentimento”.¹⁰

Por seu turno, Chrysolito de Gusmão sustenta que o *sentimento do pudor* “determina um estado típico de inibição e a ele pode-se ligar essa típica capacidade de repulsão, quase constante, para os atos imorais, vis, grosseiros, desonrantes ou delituosos, repulsão que existe mesmo na ausência de uma cuidada educação”.¹¹

A questão é habilmente exposta por Sênio Reis Alves. O autor inicialmente vincula o pudor a um “sentimento de vergonha, honestidade ou pejo, relacionado como instinto sexual e inato na generalidade das pessoas” e, após invocar a lição de Rocco, que enxerga no pudor “o sentimento moral da própria dignidade pessoal nas relações pessoais”, finalmente e com lucidez, conclui que “a dificuldade está, pois, não em compreendê-lo, mas em defini-lo (Beleza dos Santos, est. cit., 307, dizia mesmo: ‘a natureza deste sentimento – o pudor – tão difícil de analisar e de definir e a sua variabilidade fazem com que só em cada caso se possa determinar quando certo facto se deve ou não considerar ofensivo’).”¹²

4.3. A liberdade e a autodeterminação sexual; a dignidade da pessoa humana

O art. 214 do Código Penal prevê a incriminação de quem constringe

¹⁰ RIBEIRO PONTES, Thiago. *Código penal comentado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 394-396.

¹¹ GUSMÃO, Chrysolito. *Dos crimes sexuais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 173.

¹² ALVES, Sênio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais: notas e comentários aos artigos 163º a 179º do código penal*. Coimbra, Almedina, 1995, p. 8-9.

outrem a praticar ou a se submeter a um ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Atentado violento ao pudor

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Embora a descrição típica não contenha qualquer referência a “pudor”, o *nomen iuris* do delito é atentado violento *ao pudor*.¹³ Juntamente com os crimes de estupro (art. 213), posse sexual mediante fraude (art. 215) e atentado ao pudor mediante fraude¹⁴ (art. 216), o atentado violento ao pudor encontra-se inserido no Capítulo I, referente aos “Crimes contra a liberdade sexual”, dentro do Título VI, que trata dos “Crimes contra os costumes”.

Sustentando que “todos os delitos que compõem este título têm como denominador comum a ofensa a esse sentimento individual e social”, Noronha afirma que “nada perderia a lei se usasse o nome *Crimes contra o pudor*”. Prosseguindo no raciocínio, ressalva que “não se pode, contudo, taxar de imprópria a denominação esposada pelo legislador”. E aduz que “*costumes* aqui deve ser entendido como a conduta sexual determinada pelas necessidades ou conveniências sociais”, e que a objetividade jurídica genérica consiste na “defesa dos *costumes*, ou seja, do mínimo da ética sexual, exigido na vida em sociedade”.¹⁵

Contudo, no tocante à tutela penal, os doutrinadores nacionais convergem para a existência de uma proteção penal à liberdade sexual, vista ou concebida como o

¹³ Recorde-se que, precedentemente, a conduta enquadrava-se no preceito incriminador insculpido no art. 266 do Código Penal de 1890, e consistia em “Attentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violencias ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”; e que a Consolidação das Leis Penais de 1932 manteve a mesma redação do *caput* do art. 266, alterando a pena de prisão celular abstratamente prevista, de 1 a 6 anos para 1 a 3 anos.

¹⁴ Também essa figura típica, não obstante seu *nomen iuris*, está descrita sem qualquer referência a “pudor”: “Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

¹⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 62-64.

direito ao livre exercício da sexualidade e à proteção contra indevidas intromissões nessa seara. Mas afirmativas genéricas e circunscritas ao aspecto material do delito, tais como a de que “a lei protege a inviolabilidade carnal da pessoa contra os atos lascivos diversos da cópula”,¹⁶ são insuficientes para uma aproximação efetiva do conteúdo lesivo do delito. Nesse contexto, destaca-se a lúcida manifestação de Regis Prado, ao proclamar que “a reprovabilidade de tais delitos está sedimentada muito mais na tutela da vítima contra violências físicas e constrangimentos à sua vontade do que na proteção do seu recato sexual”.¹⁷

Grandes debates têm sido travados acerca dos limites de um Direito Penal sexual, sobre os bens a serem protegidos e o alcance da atuação estatal nessa seara.

Como já se disse, há muito tempo predomina entre os autores nacionais¹⁸ e estrangeiros o entendimento de que as práticas sexuais consensuais entre pessoas adultas e capazes estão fora da esfera de interesse do direito penal. Sem pretender impor, didaticamente, valores ou concepções morais,¹⁹ o direito repressivo deve unicamente proteger bens jurídicos fundamentais para a sociedade, dentre os quais, a liberdade e a autodeterminação sexual dos indivíduos.

Fulcrado em Roxin, Nilo Batista sustenta que as condutas puramente

¹⁶ Por todos, SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal: parte especial*. 1ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 184 a 288*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 259. Observe-se que na mesma oportunidade o autor defende que nos casos de crimes sexuais violentos deveria ser pública incondicionada a ação penal.

¹⁸ Em 1975, Munhoz Netto criticava a manutenção de “figuras penais anacrônicas, fundadas em concepções morais ultrapassadas ou em fatos que a consciência social deixou de considerar criminosos”, defendia a “purificação do autêntico direito penal” e apontava as diversas propostas de descriminalização, inclusive das “infrações fundadas exclusivamente na preocupação de tornar dominantes certas concepções morais, como, por exemplo, a blasfêmia, o adultério, o incesto, a sodomia, o homossexualismo ou a prostituição sem envolvimento de menores e sem escândalo público” (MUNHOZ NETTO, Alcides. Anibal Bruno e a reforma penal. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 19/20, p. 44-45, jul./dez. 1975).

¹⁹ Porque refoge ao direito punitivo “a promoção, defesa ou realização de uma qualquer ordem moral”, cfe. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38. Sempre na perspectiva de que “a função precípua do direito penal reside na tutela subsidiária (de ‘ultima ratio’) de bens jurídico-penais”, compreendidos como aqueles bens jurídicos dotados de dignidade penal (p. 62).

internas ou puramente individuais que, embora pecaminosas, imorais, escandalosas, indecentes ou estranhas, não ferem direitos de terceiros, não contêm a *lesividade* capaz de legitimar a intervenção penal. De fato, afirma, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas”, já que “o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”.²⁰

Nessa ordem de idéias, o reconhecimento de uma esfera de autonomia na vida sexual, com a faculdade de utilizar ou não o próprio corpo para fins sexuais,²¹ implica, como consequência necessária, a existência de um sistema de garantias legais de tutela, como, aliás, sucede em relação à generalidade das liberdades. Se e quando esta liberdade for violada de maneira significativa, a intervenção penal encontra-se legitimada e, mais do que isso, torna-se necessária.²²

A chamada liberdade sexual comporta diversos aspectos. Karl Natscheradetz identifica o conteúdo sob dois ângulos de análise:

Num sentido “positivo” ou dinâmico, a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do próprio corpo para fins sexuais, ou seja, a liberdade de opção e de actuação de cada um no domínio da sexualidade, de acordo com os seus desejos, quer no que diz respeito à forma de manifestação da sexualidade, quer quanto ao destinatário da mesma, dentro dos limites implicados pela tolerância e o respeito da liberdade sexual alheia.

Numa acepção inversa, realça-se o carácter “estático” ou “passivo” da liberdade sexual, que consiste na protecção do aspecto defensivo de tal liberdade, no “direito de não sofrer

²⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 91. O autor explica que dentro do conteúdo do princípio da lesividade encontra-se a vedação à incriminação de condutas *desviadas* (com o sentido de fortemente desaprovadas pela coletividade) que não afetem bens jurídicos. Assim, por exemplo, as “práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consencientes”, as quais “só podem ser objeto de apreciação moral” (p. 94).

²¹ Nessa perspectiva, “cada pessoa adulta tem o direito de se determinar como quiser em matéria sexual, seja quanto às práticas a que se dedica, seja quanto ao momento ou ao lugar em que a elas se entrega ou ao(s) parceiro(s), também adulto(s), com quem as partilha”, desde que “aquelas sejam levadas a cabo em privado e este(s) nelas consinta(m)”, *apud* FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3.059.

²² Cfe. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 143; e FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial, cit., v. 2, p. 3.059.

qualquer espécie de intromissão física ou moral dirigida para a realização de actos sexuais”. Nesta perspectiva, a liberdade sexual reside pois no direito de cada um de não suportar de outrem a realização de actos de natureza sexual, contra a sua vontade, qualquer que seja a forma que eles revistam, embora o entendimento do direito penal como *ultima ratio* implique que apenas seja tutelada a liberdade sexual contra acções que revistam uma certa gravidade.²³

Constata-se, porém, a dificuldade de atingir-se um real dimensionamento dos bens jurídicos²⁴ atingidos por agressões de natureza sexual.

Como reconhece Muñoz Conde, cuida-se de “uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de proteger”.²⁵

Roque de Brito Alves sinaliza a necessária mudança de orientação “no sentido de que, tecnicamente, os delitos sexuais – principalmente o estupro e o atentado violento ao pudor – não sejam mais classificados ou catalogados como infrações contra os costumes ou a honestidade sexual e sim, em verdade, como delitos contra a pessoa, como uma violação da personalidade total, devido aos efeitos ou seqüelas complexas que produzem na vítima”.²⁶ E o autor ressalta os problemas subseqüentes ao ato criminoso, já que a vítima fica profundamente traumatizada por ocasião da agressão sexual e também após, “num inegável fenômeno psicossocial de sobrevivitização, permanecendo até, por um longo tempo, socialmente estigmatizada, quase sempre não sendo julgada pela sociedade como inteiramente inocente pelo ato sexual punível que sofreu”. No mesmo diapasão se inserem as conclusões de

²³ NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 141-142.

²⁴ Cabe lembrar a oportuna síntese de Tavares: “O conceito de bem jurídico, é verdade, tem suscitado inúmeras discussões. O enfoque principal que envolve as discrepâncias reside em se saber se esse conceito é puramente uma produção do direito, ou recebe deste unicamente seu reconhecimento, como dado pré-jurídico. Todas as demais questões, praticamente, decorrem dessa posição inicial, tal como, o problema acerca da existência de bens individuais ou coletivos, de bens materiais ou abstratos ou de sua delimitação” (TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p. 79, dez. 1992).

²⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal: parte especial*. 12ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999, p. 194.

²⁶ ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 50-51.

Manzanera,²⁷ destacadas pelo autor, acerca das vítimas de crimes sexuais, violentos ou fraudulentos: “Los delitos sexuales son peculiarmente victimizantes, ya que dejan serias secuelas psicológicas y sociales, producen importantes cambios de personalidad, de conducta y de vida, y provocan una notable sobrevictimización. Por esto la víctima debe ser especialmente atendida y tratada, y debe ponerse gran-cuidado en la prevención, sobre todo en lo referente a niños”.²⁸

Ressalta-se que a gravidade dos crimes sexuais violentos é reconhecida inclusive pelos autores de outros delitos, sendo notório que os presos mantêm um “código de ética” particular e culminam por conferir tratamento mais gravoso aos autores daqueles crimes. E, note-se, com generalizada complacência das autoridades. De outra parte, o Instituto Nacional do Seguro Social acabou por reconhecer um caso de estupro como acidente de trabalho e concedeu auxílio-doença a uma mulher de 41 anos que foi estuprada pelo filho do patrão e, em razão das seqüelas pericialmente constatadas, não conseguiu mais trabalhar.²⁹

Anote-se também que sobejam crimes que tais nos tempos de guerra, impondo-se contato sexual às mulheres dos inimigos vencidos.

O constrangimento a atos sexuais não desejados envolve sempre manifestação de poder e de desprezo pelo ser humano, atingindo-o profundamente em sua dignidade.

Buscando-se fundamento em Kant, designa-se a dignidade humana como “o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma; ou seja, que o homem não deve jamais ser utilizado como meio sem se levar em conta que ele é, ao mesmo tempo, um fim em si”.³⁰

²⁷ No livro “Victimologia”, ed. Porrúa, México, 1990, às págs. 295 e 296, cfê. indicação do autor da citação.

²⁸ ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*, cit., p. 50-51.

²⁹ In: jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 21.9.99.

³⁰ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. Tradução Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 259.

O Conselho de Estado da França, em outubro de 1995, haurindo noção da Corte Européia de Direitos Humanos, definiu tratamento degradante como sendo a atitude “que humilha grosseiramente o indivíduo diante de outrem ou o leva a agir contra a sua vontade ou consciência”.³¹

Ressalvando que “o postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores”, Edilson Pereira Nobre Júnior investiga o conteúdo do princípio da dignidade humana a partir de pontos comuns indicados pelo autores. Menciona que Karl Larenz “reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio”.³² Considerando-o mais completo, invoca Joaquín Arce y Flórez-Valdes, para quem exsurtem quatro importantes conseqüências no respeito à dignidade da pessoa humana:

...a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos: b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação: c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem: d) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.³³

A partir desses parâmetros, compreende-se a imposição de atos sexuais como ofensa séria e grave à intimidade e liberdade do sujeito passivo, invasiva daquilo que constitui a reserva pessoal, o patrimônio íntimo, que, no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano.

Como se evidencia, o gravame vai muito além da violação do corpo.

³¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 245, jan./mar. 2000.

³² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, cit., v. 219, p. 239.

³³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, cit., v. 219, p. 240.

Constitui, pois, inegável equívoco circunscrever o dano ao bem jurídico à utilização forçada do corpo ou de um órgão sexual alheio.

E é isso que se encontra subjacente às alegações de que só se devem punir as agressões sexuais quando afetarem significativamente (intoleravelmente) o bem jurídico protegido.

A chamada liberdade no âmbito sexual não pode ser analisada apenas em função do órgão ou membro do corpo manipulado, confundindo-se, assim, o valor protegido com a ação material intentada. Nesse ponto, apesar da crueza da assertiva, é preciso dizer que não se pune o agente porque penetrou o ânus do ofendido, vale dizer, não se restringe o reconhecimento da existência de dano com base somente na maneira como a zona erógena da vítima é manipulada.

Nessa esteira, qualquer intromissão indesejada, qualquer contato sexual extorquido mediante violência ou grave ameaça lesa o bem jurídico. Não há como deixar de reconhecer que há múltiplas formas de violação desse bem, mas, presente o constrangimento à vítima, é impossível reconhecer a insignificância penal.

Quando se observa a evolução do “direito penal sexual”, conclui-se que houve, nessa área, um abandono da tutela da “honestidade” ou dos “bons costumes”, entendendo-se excluídas do conceito material de crime as *puras violações morais, que não importam lesão de um autêntico bem jurídico*.³⁴

Sob esse viés, exclui-se a “punibilidade de práticas sexuais que, à luz dos *sentimentos gerais de moralidade sexual*, devam ser consideradas *desviadas, anormais, viciosas* ou *contra a natureza*: numa palavra *imorais* (a homossexualidade e a prostituição incluídas)”, e dirige-se a tutela penal para “um bem jurídico

³⁴ “En las legislaciones penales de los países más adelantados sobre la materia, puede registrarse una tendencia a la despenalización de conductas de índole sexual que no aparezcan, en lo básico, como realizadas en contra del consentimiento del sujeto pasivo. Fundamentalmente, pareciera que las normas sobre la cuestión se orientan hacia la evolución de circunscribir la región punitiva sexual en torno a la violencia carnal en sus diversas manifestaciones. Así, poco a poco y con distintas alternativas, fueron desapareciendo de los catálogos delictivos figuras como las relativas al amancebamiento, incesto, rapto, seducción, homosexualidad consentida entre adultos, etc. En este aspecto, es probable que desaparezcan los denominados delitos contra la honestidad y se amplíen los contra la libertad” (ROSSI, Jorge Eduardo Vazquez. *Lo obsceno: limites de la intervencion penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 10-11).

perfeitamente definido e que reentra, de pleno direito, no capítulo dos *crimes contra as pessoas*: o bem jurídico da *liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual*”.³⁵

A doutrina de Roxin, notadamente na concepção da lesividade, é reiteradamente invocada para justificar a exclusão de determinadas condutas do enquadramento típico pertinente ao atentado violento ao pudor. Mas o festejado autor admite a necessidade de incriminação de condutas dirigidas contra concepções religiosas ou a maus-tratos a animais, reconhecendo, em hipóteses que tais, a indevida violação de deveres de solidariedade e de respeito a convicções alheias, e a necessidade de intervenção penal. Nesse sentido:

Na verdade, Roxin, ao defender a exclusão de condutas simplesmente ofensivas de ideologias ou de valores morais do âmbito da punibilidade, adverte para o fato de tal não ser equivalente a dizer-se que o Direito Penal não tem legitimidade para proteger *sentimentos* e situações semelhantes. E concretiza melhor essa idéia através de alguns exemplos. Assim, “quem insulta publicamente uma confissão religiosa de outrem (art. 166), quem subtrai o cadáver ou partes dele (art. 168), quem tem comportamentos sexuais em público (art. 183 a do StGB), perturba a *paz jurídica*, sem a qual um sistema liberal-social não pode existir”. Também em relação aos maus tratos a animais, condutas apontadas por alguns autores como não ofensivas de bens jurídicos, mas apenas da moralidade, contrapõe Roxin a “proteção da vida e bem-estar dos animais”, cuja sensação de dor é semelhante à humana, proteção esta que exprime uma forma de solidariedade do homem para com as outras criaturas; dos animais mais próximos (mais evoluídos) dos homens (*höeren Tiere*) como “estranhos irmãos” (*fremden Brüder*).³⁶

Nesse cariz, visando a critérios para definição da *importância do bem* e do *merecimento da pena*, colhe-se a posição de Fiandaca, no sentido de que “se é verdade que ao legislador restam, de qualquer modo, margens de apreciação no valorar o nível de *significância* de uma determinada ação, nem por isso faltam, a propósito, critérios de orientação de nível constitucional”.³⁷ Nessa linha, prossegue o autor em seu

³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, cit., p. 76.

³⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 535-536.

³⁷ FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*. Traduzido por Heloisa Estellita Salomão. São Paulo, v. 776, p. 436, jun. 2000.

percuciente raciocínio:

Um critério bastante plausível é este: quanto mais alto é o nível do bem no interior da escala hierárquica inserida na Constituição, mais justificado será sustentar o merecimento de pena dos comportamentos que lesionam ou põem em perigo tal bem. Por outro lado, quanto mais baixo é o valor do bem no interior da escala hierárquica, mais justificado será limitar a reação penal a formas particularmente graves de agressão. Para dar um exemplo a todos evidente: enquanto a “vida”, como valor constitucional preeminente, pode legitimamente pretender uma tutela penal sem lacunas, garantida através do concurso de todas as técnicas disponíveis, o mesmo não sucede relativamente ao bem “patrimônio” que, embora na prática protegido de forma excessiva respectivamente à sua categoria constitucional aparece sempre tutelado de modo fragmentário (caráter lacunoso da tutela penal), a par de ser sempre exigido o dolo como critério de imputação subjetiva, não vem incriminada toda lesão, ainda que voluntária, de interesses patrimoniais, mas sim um tipo de agressão de regra caracterizada por um específico *Handlungsunwert* (desvalor da ação).³⁸

A liberdade é um dos bens jurídicos proeminentes, e, no dizer de Muñoz Conde, “el más importante después de la vida y la salud y, probablemente, el más expuesto a ser atacado en la vida cotidiana”.³⁹

Tavares explica que a proibição de ações se justifica quando importam “um resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico”. O fundamento da proibição radica no pressuposto de que “a ação que se quer proibir se manifeste como integrante de uma relação social concreta, que implique em lesar ou pôr em perigo valores igualmente concretos do ser humano, referenciados como bens jurídicos”.⁴⁰ Em seguida, faz uma advertência de fundamental importância para o raciocínio desenvolvido neste trabalho:

A referência a valores concretos não significa identificar o bem jurídico com o objeto material (objeto da ação). O bem jurídico pode ter tanto aspectos materiais quanto ideais, o que não desnatura seu conteúdo concreto. Ao legislador impõe-se que tenha sempre em mente esse caráter concreto, como critério vinculante da seleção de crimes, isto por que a identificação do bem jurídico só se torna possível quando conferido na relação social em que se manifesta. Aí é que entra o conceito moderno de bem jurídico, como delimitação à

³⁸ FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. *Revista dos Tribunais*, cit., v. 776, p. 436.

³⁹ CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal: parte especial*. 12ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999, p. 194.

⁴⁰ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, cit., número especial de lançamento, p. 81.

tarefa de identificação dos dados reais que o compõem, como fato natural, bem como orientação para a sua criação pelo Direito. O legislador está vinculado a só erigir à categoria de bem jurídico valores concretos que impliquem na efetiva proteção da pessoa humana ou que tornem possível, ou assegurem sua participação nos destinos democráticos do Estado e da vida social.⁴¹

Nessa perspectiva, desvinculando-se a noção de bem protegido em relação à de objeto material, evidencia-se que quaisquer violações forçadas à intimidade/liberdade sexual configuram lesão a esse bem jurídico, um dos mais importantes para o ser humano, impondo-se, pois, a resposta penal correspondente, que deverá ser dosada em cada caso.

Voltando à lição de Fiandaca, os bens relevantes merecem diversas escalas de proteção, tanto na esfera do dano quanto na do perigo que uma conduta pode causar. E assim em relação ao bem “vida”, em que se pune a tentativa ainda que não resulte qualquer dano à integridade corporal (repita-se, o bem jurídico é distinto do objeto material).

A violação coativa, na esfera sexual, do bem jurídico “liberdade” não pode ser considerada um indiferente penal. Como também não pode se limitar ao etiquetamento de perturbação ofensiva ao pudor ou perturbação da tranqüilidade, quando configuram evidente violação à liberdade individual. Qual é a razoabilidade de enquadrar na disposição do art. 146 do Código Penal quem constringe outrem a ingerir uma taça de sorvete e na lei de contravenções penais aquele que constringe a vítima ao toque em partes íntimas?

Na mesma linha, pune-se como crime a violação da correspondência, de qualquer natureza, da vítima, sob a justificativa de proteção ao valor “intimidade”; mas não se reconhece a mesma importância ao constrangimento ao beijo lascivo...

A orientação voltada à desvalorização da relevância da danosidade do crime sexual violento também é percebida nas condutas mais graves, como aquelas que

⁴¹ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, cit., número especial de lançamento, p. 81.

envolvem penetrações corporais. Isso se verifica, por exemplo, na freqüente comparação da pena mínima do estupro e do atentado violento ao pudor com a do homicídio, sem atentar para o fato de que a pena mínima do roubo, quando majorada (e, no mais das vezes, incide pelo menos uma das causas de aumento do § 2º do art. 157), é de cinco anos e quatro meses, crime que, não obstante o emprego de violência ou grave ameaça, atinge o patrimônio, bem passível de recomposição.

Aliás, causa espécie que, enquanto no delito de roubo é convergente o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da inaplicabilidade do princípio da insignificância, no delito sexual recorre-se, com preocupante freqüência, a argumentos relativos à quantificação da lesão do bem jurídico.

Curiosa é a sociedade que pune com 4 a 6 anos e 8 meses de reclusão quem por motivo de preconceito impede o ingresso de pessoa menor de dezoito anos em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau (art. 6º, parágrafo único, da Lei 7.716/89), mas, ignorando a relevância do bem (valor) protegido nos chamados crimes sexuais, propugna pela redução da respectiva proteção penal.

É acentuado o desvalor do ato nas hipóteses em que o agente, ignorando completamente a vontade da vítima e o respeito que ela merece como ser humano, impõe-lhe, egoisticamente, atos que, embora possam trazer felicidade e gratificação quando praticados voluntariamente, humilham e ferem profundamente quando forçados, repercutindo para além do momento em que foram praticados.

O que se conclui, portanto, é que são múltiplos os valores atingidos pelo crime de atentado violento ao pudor, alcançando a própria dignidade da pessoa humana; não porque os atos sexuais sejam, em si, “indignos”, mas porque sua imposição macula indelevelmente a realização pessoal.

4.4. A especial situação do incapaz

O bem jurídico protegido assume conotações próprias quando se trata de

vítimas menores de idade ou outras pessoas consideradas incapazes de resistência.

A idéia de liberdade sexual está vinculada à de capacidade de consentir. Em relação ao menor, busca-se proteger sua liberdade futura, a normal evolução e desenvolvimento de sua personalidade, para que, na fase adulta, opte livre e conscientemente por um comportamento sexual. No tocante aos incapazes, a proteção objetiva evitar que sejam utilizados como instrumentos, como objetos sexuais de outrem.⁴²

No novo Código Penal Espanhol, há referência à “indenidade sexual” de tais pessoas. Segundo Juan José González Rus, considera-se que, nesses casos, o bem jurídico protegido não é a liberdade sexual, mas um bem que pode ser designado como a *intangibilidad sexual* do indivíduo que possua determinada qualidade ou se encontre em determinadas situações especificadas pela lei. Nesse viés, a lei declara, em definitivo, que tais pessoas são sexualmente intocáveis. Acrescenta que não se cuida aqui de *inviolabilidad carnal*, já que “a *intangibilidad sexual* é uma característica das pessoas que não possuem liberdade sexual”.⁴³

No art. 224, “a”, do código penal brasileiro, veda-se a prática de atos sexuais com menor de quatorze anos. Sustenta-se que o limite legal não corresponde à realidade, dada a precocidade com que os menores adquirem conhecimentos, teóricos e/ou práticos, acerca da sexualidade.

Observa-se que tem havido, no Brasil, de tempos em tempos, redução dessa idade em previsões legais assemelhadas. Assim, segundo Pagliuca, “no Estatuto

⁴² Nesse sentido: “... no se puede hablar ya de la ‘libertad sexual’ como bien jurídico específicamente protegido (...) dado que los sujetos pasivos sobre los que recaen son personas que carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces). (...) en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas” (CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal*: parte especial. 12. ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999, p. 196).

⁴³ RUS, Juan José González. El bien jurídico protegido en el delito de violación. *Estudios penales*: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 752-754.

Imperial se falava em *dezessete* anos e no Republicano e Consolidação das Leis Penais em *dezesseis*”.⁴⁴

Há quem defenda a supressão dessa proteção, mas predominam as manifestações por nova redução no patamar etário, reconhecendo-se, mesmo entre autores liberais, a necessidade de proteção especial a vítimas de pouca idade. Luiz Flávio Gomes, por exemplo, invoca a distinção entre criança e adolescente operada pela Lei 8.069/90 para sustentar a existência de proibição de contato sexual com menores de doze anos (hipótese em que se reconheria o abuso sexual, ante a invalidade do consentimento da vítima).⁴⁵ O autor reconhece que liberdade sexual não existe tanto nas hipóteses em que “a resistência é vencida (casos de violência, de *agressão*)”, quanto naquelas em que “a vítima não tem possibilidade de resistir (casos de *abuso*) ou de resistir validamente (caso de menor que não pode dar consentimento válido), seja, enfim, quando não é dada à vítima a possibilidade de resistir (caso de exploração)”.⁴⁶

⁴⁴ PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. *Direito penal moderno: parte especial do código penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 219. Assim o Código Penal do Império, art. 224: “Seduzir mulher honesta, menor de *dezasete* annos e ter com ella cópula carnal”; e o Código Republicano, art. 272: “Presume-se cometido com violencia qualquer dos crimes especificados neste e no capítulo precedente, sempre que a pessoa offendida for menor de *16* annos” (PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001).

⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, na *Nota do autor*, p. 7. O autor também sustenta que a questão não é definir a natureza – absoluta ou relativa – do mencionado art. 224; e, procurando afastar da previsão legal a parte que considera inconstitucional, opera a distinção entre *agressão* sexual e *abuso* sexual, para reconhecer que o último somente se caracteriza quando a vítima está incapacitada de oferecer resistência ou quando o seu consentimento não é válido (vale dizer, quando é criança, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente). Já quando o ato sexual é praticado com adolescente, cujo consentimento, sustenta o autor, tem relevância jurídica desde que não viciado, “pode ou não constituir um abuso sexual, tudo dependendo de ter ou não havido consentimento válido”.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*, cit., p. 71.

5. SUJEITOS DO CRIME

5.1. Sujeito ativo

Qualquer pessoa penalmente capaz pode ser sujeito ativo do crime de atentado violento ao pudor. O constrangimento e o ato libidinoso integrantes do tipo penal podem ser praticados, indistintamente, por pessoa do sexo masculino ou feminino. É, pois, exemplo de crime comum, que não exige qualquer condição ou qualidade especial do sujeito ativo.

Há que se destacar que o autor do crime pode ser o cônjuge da vítima. Em relação ao marido, é importante anotar que mesmo quando a doutrina e a jurisprudência não reconheciam a ocorrência de estupro quando o cônjuge varão constrangia a esposa à conjunção carnal, a caracterização do atentado violento ao pudor no leito conjugal era facilmente admitida se o ato libidinoso imposto fosse coito oral ou anal, referidos, com frequência, como “perversões”, “atos depravados” ou “contra a natureza”, aos quais a vítima não teria que se sujeitar, não obstante o dever de coabitação.

Com efeito, é perceptível que a submissão involuntária a tais práticas sexuais era considerada mais gravosa pelos autores e julgadores. Nesse passo, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em 1967, invocando a lição de Nelson Hungria: “Ao contrário do que ocorre com o estupro, o atentado violento ao pudor pode ser praticado pelo marido contra a mulher. Com o casamento, não fica a mulher inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo. Se este, por exemplo, a constrange violentamente a atos sexuais contra a natureza (*non serbato debito vaso*), incorre, indubitavelmente, na sanção do art. 214”.¹

¹ “Atentado violento ao pudor – Delito caracterizado – Acusado que mantém coito anal com sua esposa, contra a vontade desta – Condenação mantida – Inteligência do art. 214 do Código Penal. Ao contrário do que ocorre com o estupro, o atentado violento ao pudor pode ser praticado pelo marido contra a mulher. Com o casamento não fica esta inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos

Mais de dez anos depois, ainda se mostrava necessária a repulsa expressa dos doutrinadores ao reconhecimento de exercício regular de direito na conduta do marido que constringia à esposa à conjunção carnal. Avulta, pois, o interesse histórico de artigo de Celso Delmanto, publicado na década de 1980, sustentando a existência, nesses casos, de abuso de direito e ressaltando, inclusive, que “A questão não é acadêmica, pois com frequência maior do que se imagina registram-se nos fóruns casos de esposas feridas por maridos rejeitados em suas vontades”.²

Essa disparidade de tratamento³ evidencia que a proteção da vítima não

do espôso” (Ac. da 1ª Câm. Crim. do TJSP, na Apelação Criminal n. 91.606, j. 07.08.67, rel. Des. Ferreira Prado. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 394, p. 80-81, ago. 1968).

² DELMANTO, Celso. Exercício e abuso de direito no crime de estupro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 536, p. 257, jun. 1980. Essa advertência merece ser conjugada aos seguintes comentários do mesmo autor: “(...) Por mais absurdo que possa parecer, nem mesmo as lesões corporais leves que o marido causasse à mulher seriam puníveis, pois elas são elemento da violência do crime de estupro, e não delito autônomo (RT 512/376). O próprio Nelson Hungria escreve que ‘o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma’ (*Comentários ao código penal*, Rio, 1959, VIII/126). (...) Apenas ressalvam que o ato praticado à força pelo esposo configuraria o crime quando a oposição da mulher fosse fundada em razões poderosas, exemplificando, como resistência legítima, a recusa a relações com marido afetado de moléstia contagiosa. (...) Legalmente, os penalistas tradicionais apontam fundamento fora da definição legal do crime, sustentando que o caso seria de exclusão da antijuridicidade. Para eles, o marido que constringe a mulher com aquela finalidade estaria no exercício regular de um direito (CP, art. 19, III, segunda parte), que torna lícito o comportamento. (...) O direito à conjunção carnal é eufemisticamente referido pela lei civil, quando esta aponta, como dever dos cônjuges, a ‘vida em comum, no domicílio conjugal’ (CC, art. 231, II). É nesse dever que se ‘encontra incluído’ o de manter relacionamento carnal (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, São Paulo, 1979, VI/126). (...) Como adverte Washington de Barros Monteiro, ‘o emprego de meios coercitivos deve ser arredado de modo absoluto’, por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar (*Curso de Direito Civil*, São Paulo, 1979, II/111). Escrevendo há muitos anos, Carvalho Santos já afastava a possibilidade de obrigar-se a mulher à vida em comum, considerando intolerável o entendimento de antigamente, quando se internava a esposa em convento, até que esta se resolvesse a voltar para a companhia do marido (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, 1961, IV/328). (...) Entendemos que a posição penal tradicional, favorável ao marido e vexatória para a mulher, é fruto de tabu herdado de eras menos civilizadas e que não se compadece com a época em que vivemos. (...) Além de *imoral e degradante*, é tecnicamente insustentável do ponto-de-vista jurídico-penal. (...) A conduta do marido que força a esposa, mediante violência física ou grave ameaça, não constitui exercício regular de direito, mas, sim, abuso de direito. (...) *O comportamento deve ser punido, em respeito à lei e à liberdade da mulher, ainda que casada*” (DELMANTO, Celso. Exercício e abuso de direito no crime de estupro. *Revista dos Tribunais*, cit., v. 536, p. 257-259).

³ Causa espécie encontrarem-se ainda decisões desse jaez, afirmando que a mulher não pode ser vítima de estupro praticado pelo marido: “Ao contrário do que ocorre com o estupro, o

estava essencialmente ligada à liberdade de escolha do parceiro para relacionamentos sexuais (já que o marido teria sido escolhido), mas à violação de sua dignidade, de sua honra, de seu pudor, ao ter que se submeter a atos sexuais contra a sua vontade. Tais vítimas estavam se recusando a serem usadas⁴ e clamando por respeito a convicções pessoais sobre as condutas que deveriam ou não ter no exercício de sua sexualidade.

Aliás, a existência de relacionamento amoroso de qualquer natureza não constitui causa impeditiva do reconhecimento do crime de atentado violento ao pudor, que pode ser praticado contra namorado, concubino, companheiro ou parceiro eventual. Com efeito, “não é de se reconhecer (...) um consentimento genérico⁵ abrangendo todos os atos de libidinagem, *atos do mesmo gênero*”.⁶ Nesse particular, o raciocínio de Mestieri, em monografia sobre o crime de estupro, aplica-se também ao atentado violento ao pudor. O autor aponta “a ilogicidade de Maggiore de que a mulher consentindo, sendo parceira na prática de um ato libidinoso, deva suportar os riscos (?) da entrega não podendo opor as limitações *de um contrato ilícito* (?). Por mais imoral que possa parecer, a prática de atos de libidinagem, seja qual for, é lícita do ponto de vista jurídico-penal. Será *excepcionalmente* ilícita nos casos tipificados em lei”.⁷

Sob outro viés, é admissível o concurso de agentes, tanto na co-autoria quanto na participação em sentido estrito. Responde pelo crime tanto quem pratica o ato libidinoso quanto quem constrange a vítima mediante violência ou grave ameaça.⁸

atentado violento ao pudor pode ser praticado pelo marido contra a mulher. Com o casamento, não fica a mulher inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo. Se este, por exemplo, a constrange violentamente a atos sexuais contra a natureza (*no serbato debito vaso*), incorre, indubitavelmente, na sanção do art. 214 do CP” (Ac. da 5ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. 123.887-3/5, j. 27.10.93, rel. Des. Celso Limongi, *in Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 206, p. 93-94, dez. 1994).

⁴ Ressalte-se também que não se poderia alegar ofensa ao pudor público ou à moralidade social nos casos em que os cônjuges aquiescessem a tais práticas.

⁵ O tema guarda relação com as considerações acerca da violência empregada para inibir ou suplantar a vontade da vítima e o elemento subjetivo do agente, vale dizer, sobre a existência de dolo ou a presença de erro quanto ao consentimento.

⁶ MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 85.

⁷ MESTIERI, João. *Do delito de estupro*, cit., p. 86.

⁸ Pertinentes se revelam as considerações de Pilar Gómez Pavón: “Como ya hemos dicho

Também incide na responsabilização penal quem concorre eficazmente para a sua prática, como nas hipóteses em que o partícipe efetua a vigilância do local onde está sendo perpetrado o crime.

Se, porém, em revezamento e com recíproca colaboração, mais de um dos agentes praticar atos libidinosos com a vítima, cada um responderá pelo crime de atentado ao pudor que cometeu e, em concurso material, pelos praticados pelos demais.⁹

Impende atentar para as hipóteses em que o crime é praticado com quebra do dever do garantidor. Infelizmente, não é rara a prática de atos libidinosos contra crianças no âmbito familiar, com ciência e colaboração de quem tinha a obrigação de proteger as vítimas. Assim, por exemplo, em relação a pais, padrastos ou concubinos da mãe das vítimas, em hipóteses em que a dependência econômica ou a preservação do vínculo amoroso fala mais alto que a proteção materna.

Nesses casos, a omissão é penalmente relevante, tal como decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao reconhecer que a inércia da mãe que assistiu passivamente ao estupro e atentado violento ao pudor de sua própria filha, menor com sete anos de idade e que sofreu lesões corporais de natureza grave, consistiu em violação ao dever de proteção e contribuiu para o fato delituoso.¹⁰

en páginas anteriores, la violación no constituye un delito de propia mano. Su esencia no radica en ningún especial deber, ni es necesaria la realización corporal, en cuanto el ataque al bien jurídico no viene dado sólo por el acceso carnal, sino por el empleo de la fuerza o intimidación para conseguir doblegar la voluntad contraria de la víctima a la realización del mismo” (PAVÓN, Pilar Gómez. El delito de violación: algunas cuestiones. El código penal de 23 de noviembre de 1995. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 17, p. 93, jan./mar. 1997).

⁹ Ac. da 2ª Câ. Crim. do TJSC, na Ap. Crim. n. 29.424, j. 2.4.93, rel. Des. José Roberge. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 703, p. 336-338, maio 1994.

¹⁰ “Estupro – Co-autoria – Crime praticado na presença da mãe da vítima (...) Omissão penalmente relevante (...) Ementa oficial: ‘Ainda que não haja prova suficiente da efetiva participação da mãe da menor nos fatos delituosos cometidos contra a mesma na sua presença, é de se considerar sua inércia ou passividade como omissão penalmente relevante, porque violou seu dever de proteção para com a filha, concorrendo para a prática dos crimes, pelo que se impõe a condenação da mesma como incurso nas penas cominadas aos mesmos crimes praticados pelo réu, na medida de sua culpabilidade’ ” (Ac. da 1ª Câ. Crim. do TJMG, na Ap. Crim. n. 38.658/1, j. 04.04.1995, rel. Des. José Loyola. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p. 629-632, mar. 1996). No caso, a pena da

Admite-se também a autoria mediata,¹¹ quando o agente se vale de terceira pessoa, que age sem culpabilidade, para submeter a vítima ao ato libidinoso diverso da conjunção carnal.¹²

Divergem os autores quanto ao enquadramento legal da conduta da mulher que constrange um homem à conjunção carnal. Crime de estupro não se configura em razão da exigência típica em relação ao sujeito passivo. Em geral se afirma que o crime será de constrangimento ilegal.¹³ Mas outros sustentam que o delito praticado é o de atentado violento ao pudor: “(...) E é formidável, então, a seguinte hipótese: uma mulher, mediante ameaça, consegue que um homem ceda em ter com ela cópula normal. O fato (...) não deixará de ser punido a título de atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência de *conjunção carnal*, pois, mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representa ato libidinoso”.¹⁴ É também o pensamento de Regis Prado: “O crime poderá ser praticado por uma mulher contra um

ré, idêntica à fixada para o co-réu, foi reduzida de 1/3, mas nos termos do art. 29, § 1º, do CP (participação de menor importância).

¹¹ Observe-se a linha de raciocínio de Pilar Gómez Pavón: “Admitida la coautoría, nada obstaculiza a apreciación de una autoria mediata. (...) La lesión del bien jurídico libertad sexual no se produce sólo con el acceso carnal, sino con la realización del mismo mediante el uso de la fuerza o intimidación. (...) no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento” (PAVÓN, Pilar Gómez. El delito de violación: algunas cuestiones. El código penal de 23 de noviembre de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, cit., v. 17, p. 92).

¹² De fato, não se exige a satisfação da lascívia do agente e o contato corporal com a vítima pode ser praticado por terceiro. Em clássico estudo sobre o concurso de agentes no crime de estupro é admitida a teoria mediata em hipóteses em que “o executor é inimputável por menoridade ou por doença mental”, destacando o autor: “Ao referir-se à autoria mediata com instrumento de menor idade, o Prof. Roberto Baraúna observa que ‘há uma autoria mediata, no que tange ao crime praticado efetivamente, mas as penas deste crime devem ser aumentadas em razão do concurso formal com a corrupção moral da L. n. 2.254/54’ [sic]” (ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. A autoria mediata e o crime de estupro. A pluralidade de pessoas no fato punível. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 307, p. 39, jul./set. 1989).

¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 859.

¹⁴ FRANCO, Ary Azevedo. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. organizado por J.M. de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947, v. IV, p. 390.

homem, ainda que a *meta optata* seja a conjunção carnal, pois em tal hipótese é impossível que se configure o delito de estupro (...). Consuma-se, no entanto, o delito de atentado violento ao pudor, em face do contato do pênis com a vulva, o que, indubitavelmente, expressa a prática de ato libidinoso”.¹⁵

Observa-se que nesses casos a conjunção carnal é o resultado pretendido e atingido pelo sujeito ativo e o referido contato dos órgãos sexuais é ato preliminar e integrante do caminho natural da cópula, restando absorvido por ela. Subsiste, na espécie, o constrangimento ilegal, figura típica subsidiária do crime de estupro.¹⁶

Ainda, há que se referir às condições especiais do sujeito ativo que determinam a incidência de causa de aumento de pena prevista no art. 226 do Código Penal.

Se o agente praticar o crime mediante concurso de pessoas (inciso I); se for ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela, (inciso II); ou se for casado (inciso III), a pena é aumentada de quarta parte.

A regra do inciso III incide também no caso de agente do sexo feminino e igualmente se coincidirem o sexo do sujeito ativo e passivo do crime.¹⁷ De fato, a

¹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 184 a 288*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 204.

¹⁶ Nesse sentido: “O crime de estupro nada mais é do que uma modalidade especial de constrangimento. Se o constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do C. Pen., é um crime contra a liberdade individual, o estupro é um crime contra uma especial manifestação desta liberdade individual, qual seja a liberdade sexual. (...) Assim, certamente, o constrangimento exercido contra um homem, no sentido de com ele realizar-se conjunção carnal, não poderá configurar crime de estupro. A prevenção contra esta conduta somente pode encontrar-se na norma do art. 146, pois a liberdade sexual é uma forma de manifestação da liberdade individual” (ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. A autoria mediata e o crime de estupro. A pluralidade de pessoas no fato punível. *Revista Forense*, cit., v. 307, p. 40).

¹⁷ Em artigo específico sobre o dispositivo, Delmanto aduz: “Aplica-se aos crimes dos arts. 213 a 220 do Código Penal, compreendendo, portanto, o estupro, o atentado violento ao pudor, a posse sexual mediante fraude, o atentado ao pudor por fraude, a sedução, a corrupção de menores, o rapto violento ou fraudulento e o consensual. Não alcança, porém, os crimes de lenocínio e de tráfico de mulheres, descritos nos arts. 227 a 231 do diploma legal. (...) Como se sabe, o legislador penal brasileiro sempre considerou relevante o subsequente casamento da vítima com seu ofensor. Nos mesmos crimes em que é aplicável a causa de aumento aqui tratada, o matrimônio da ofendida com o

doutrina afirma que a majoração da reprimenda não se limita ao agente que, por já possuir vínculo matrimonial, não possa reparar a ofensa através do casamento com a vítima,¹⁸ mas também retribui a maior censurabilidade do agente.¹⁹

A subsistência dessa última causa de aumento merece, certamente, amplo questionamento. Com efeito, há uma significativa convergência para a descriminalização do adultério e para que a censura penal sobre autores de crimes sexuais incida somente nas hipóteses de maior gravidade, quando se evidencia acentuado desvalor na conduta do agente que pratica as condutas valendo-se da violência ou da incapacidade de defesa da vítima, hipóteses que afastam a possibilidade da união conjugal.

5.2. Sujeito passivo

O tipo penal refere-se a “alguém”, não exigindo, portanto, condição ou qualidade especial do sujeito passivo.

O crime pode, portanto, ser praticado contra qualquer pessoa, independente de sexo, estado civil, idade, capacidade de entendimento ou profissão do ofendido. É irrelevante para o resultado típico o fato de a vítima ser *meretriz*, porque o fato de mercadejar seu próprio corpo não implica a obrigação de se submeter às

agente acarreta a extinção da punibilidade, seja antes, durante ou após a ação penal. (...) Por isso, é possível, em tese, a aplicação da causa de aumento da pena, mesmo que ofensor e ofendido sejam ambos masculinos ou femininos, nos crimes em que a igualdade de sexo não interfere (atentado violento ao pudor, corrupção de menores etc.)” (DELMANTO, Celso. O casamento como causa de aumento da pena. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*. Rio de Janeiro, v. 34, p. 102-105, jul./dez. 1982).

¹⁸ Até porque poderia haver “impossibilidade de casamento do agente com a vítima por diversas outras razões. São as hipóteses de impedimentos resultantes de parentesco, idade, incapacidade de consentir ou manifestar concordância, ser a vítima ela própria já casada etc.” (DELMANTO, Celso. O casamento como causa de aumento da pena. *In: Revista de Direito Penal e Criminologia*, cit., v. 34, p. 105).

¹⁹ Dizia-se que, nesses casos, a conduta criminosa do casado, a quem incumbia precipuamente a defesa dos costumes, feria mais fundo o mínimo ético necessário ao convívio social (NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 200).

extravagâncias ou taras sexuais de quem quer que seja, como reconhecem nossos tribunais em relação ao estupro²⁰ e na linha de pensamento de Costa Júnior: “sujeito passivo é quem sofre o atentado, inclusive a meretriz, que não pode ficar à mercê dos caprichos lúbricos, ou das perversidades sexuais do parceiro”.²¹

Houve quem alegasse que o tipo não se aperfeiçoaria no caso de atos libidinosos praticados em crianças de três, quatro anos, e até menos, porque não teriam consciência do que seja pudor. Esta tese, no entanto, foi rechaçada violentamente pela doutrina e pela jurisprudência, que têm entendido, muito pelo contrário, haver, nesses casos, circunstância especial de agravamento do crime, denotando o agente maior periculosidade e revelando até sintomas de morbidez.

Considera-se que na hipótese de meninos e meninas de muito pouca idade, há o atentado violento ao pudor no simples ato de passar as mãos nas nádegas e nas partes pudendas em geral, independentemente da realização de coito anal e outras intimidades maiores, ou de ter havido contato dos órgãos sexuais. É irrelevante, para a consumação do crime, que a vítima tenha, ou não, consciência da natureza dos atos nela praticados.²²

O art. 224 do Código Penal contempla vítimas com menor poder de

²⁰ “Estupro – Prostituta possuída à força por carcereiro do presídio em que se encontra detida – Condenação decretada – Inteligência do art. 213 do CP. Comete estupro o carcereiro que constringe detenta a manter com ele relações sexuais, ainda que se trate de prostituta” (Ac. da 2ª Câmara Criminal do TJSP, na Ap. Criminal n. 6.220-3, j. 18.5.81, rel. Des. Rezende Junqueira. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 555, p. 344, jan. 1982).

²¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 504.

²² FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 557/558. Também a doutrina portuguesa repele a necessidade de acompanhamento constante ou compreensão do ato pela vítima: “Relativamente a todo o acto sexual de relevo compreendido pelo art. 163º não se torna necessário o seu acompanhamento consciente pela vítima, uma vez que o tipo abrange também aqueles casos em que o acto teve lugar com pessoa tornada inconsciente ou posta na impossibilidade de resistir. Muito menos se exige a compreensão pela vítima do significado sexual do acto (concepção dominante na doutrina alemã; contra todavia S/S/ Lenckner § 184c 11); e ainda menos a apreensão do seu carácter sexualmente ‘imoral’. O problema releva principalmente, como bem se compreende, perante actos praticados em ou com crianças” (DIAS, Jorge de Figueiredo, org. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I, p. 452).

resistência, vale dizer, de defesa, de reação, à ação do agente. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal com tais pessoas será considerado atentado violento ao pudor ainda que não tenham manifestado oposição (por incapacidade de fazê-lo na ocasião) ou mesmo que tenham concordado com o ato, pois a lei considera inválido esse consentimento.

Há quem sustente que, diante da impossibilidade de manter conjunção carnal com vítimas de tenra idade, o agente incidiria no crime de atentado violento ao pudor.²³ Nesse sentido decidiu em 1995 o Tribunal de Justiça de São Paulo, invocando lições da medicina legal acerca do desenvolvimento físico no período pré-pubertário, para desclassificar o crime de estupro, praticado contra uma menina de pouco mais de um ano, para atentado violento ao pudor. No corpo do acórdão está reproduzido ensinamento extraído do livro “Curso Básico de Medicina Legal” de Odon Ramos Maranhão, no sentido de que “é preciso que se considere preliminarmente se a pessoa a ser examinada é menor e é púbere. Tem-se demonstrado que o desenvolvimento orgânico na fase pré-pubertária (menores até mais ou menos 7 ou 8 anos) é totalmente insuficiente para a prática da conjunção carnal. As tentativas geralmente se acompanham de violência e não raro produzem a morte da vítima”.²⁴

Outra decisão, também proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no

²³ Excluindo a possibilidade do crime de estupro: “O sujeito passivo é sempre a mulher, qualquer que seja a sua condição e qualidade, excluídas as menores de tenra idade, dada a impossibilidade de conjunção carnal, o que deve ser verificado em cada caso concreto” (GUSMÃO, Sady Cardoso de. Estupro. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947, v. XXI, p. 89. Em sentido contrário, decisão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “Estupro – Delito caracterizado e não meramente tentado – Cópula não conseguida pelo agente devido à tenra idade da vítima – Violência constatada em seu órgão sexual – Condenação mantida – Inteligência do art. 213 do Código Penal” (Ac. da 3ª Turma. do TJES, na Ap. Crim. n. 6.540, Vitória, j. 13.03.68, rel. Des. Epaminondas Amaral. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 395, p. 379, set. 1968).

²⁴ Ac. da 5ª Câmara Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 191.146-3/7, j. 19.10.95, rel. Des. Cardoso Perpétuo, m. votos. A íntegra do acórdão foi obtida junto ao órgão julgador; a ementa pode ser encontrada in FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3.065.

final de 1994,²⁵ sustentou a ocorrência de atentado violento ao pudor, pela prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, e de estupro tentado em hipótese de cópula vulvar. Foram invocadas lições de medicina legal para definir em que consiste a “vulva” e concluir pela inexistência da conjunção carnal.²⁶ Também se recorreu à lição de Hungria²⁷ e de autores estrangeiros, dentre os quais o argentino Carlos Creus.²⁸ Ocorre que, consultando o último autor, se observa que do acórdão consta apenas parte

²⁵ Ac. da 3ª Câ. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 166.226-3, j. 17.10.94, in *JTJ*, 168/299-303.

²⁶ Destacam-se as lições médico-legais transcritas e a conclusão dos julgadores: “Ora, segundo Paciornick compreende a vulva os órgãos genitais externos da mulher, englobando as formações labiais (grandes e pequenos lábios), o espaço interlabial e os órgão eréteis (*Dicionário Médico*, 3ª ed. – voce: vulva, Guanabara Koogan, 1978, Rio). E na lição gráfica de Almeida Júnior a vulva (comissura anterior) se insere no ‘esquema dos órgãos genitais externos femininos’ (ob. cit., pág. 319 – fig. 49). Fritz Kahn refere-se aos lábios vulvares, afirmando que o pórtico vaginal não é livre mas sim rodeado e protegido por dois pares de dobras de pele; os internos, chamam-se pequenos lábios; os de fora, chamam-se grandes lábios. A maneira de dois roletes adiposos eles formam a vulva (*O Corpo Humano*). Assim, é de se verificar que a vulva se localiza na parte externa do órgão genital feminino, não traduzindo o tocar com o pênis qualquer penetração *in vas*, por mínima que seja, pois não se encontra no interior do corpo da mulher. E, sem órgão penetrável, ou seja, que possa ser introduzido, que se deixa introduzir, aquilo em que outro corpo pode entrar (do latim *penetrabilis* – Silveira Bueno – *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa*, vol. 6º, voce: penetrável, LISA, 1988, São Paulo), não pode haver penetração ou introdução, caso contrário estaríamos diante de uma *contradictio in adjectio*. Penetração, mínima que seja nos lábios vulvares é ilógico e sem qualquer sentido anatômico, ante suas formas, passíveis tão-somente de pressão. Atrito do pênis com os órgãos esternos femininos não é conjunção carnal, pois esta pressupõe ligação, união (do latim *coniunctionen* - Silveira Bueno – ob. cit. voce: conjugação)” (Ac. da 3ª Câ. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 166.226-3, j. 17.10.94, in *JTJ*, 168/299-303, p. 302).

²⁷ Assim transcrita no acórdão: “Quanto ao ponto de vista dos juspenalistas, o festejado Hungria afirma que: ‘O estupro consuma-se com a *imissio penis in vaginam*. Basta uma introdução parcial (que torne possível a cópula), e não é necessário o orgasmo ou a ejaculação...Se não há introdução do membro viril ou se ocorre o simples contato superficial dos órgãos genitais, não poderá ser reconhecida senão a tentativa de estupro...’ (“Comentários ao código penal”, vol. VIII/115-116, 5ª ed., Editora Forense, 1983, Rio).” (Ac. da 3ª Câ. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 166.226-3, j. 17.10.94, in *JTJ*, 168/299-303, p. 301).

²⁸ O trecho transcrito no *decisum* foi o seguinte: “O atual Carlos Creus analisando a questão sob a luz do direito argentino ensina que: ‘La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima...’ (“Derecho Penal – Parte Especial”, t. 1, 3ª ed., Astrea, 1991, Buenos Aires).” (Ac. da 3ª Câ. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 166.226-3, j. 17.10.94, in *JTJ*, 168/299-303, p. 301).

da lição, cuja conclusão conduz ao entendimento contrário. Observe-se:

ALCANCE DE LA PENETRACIÓN – La penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como sería la desfloración u otras lesiones). En virtud de esto, la doctrina habla de la penetración perfecta y de la penetración imperfecta. Quedan comprendidas en el concepto de la ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima, que sin tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado coito *vulvar* o *vestibular*; pero no se incluyen los acercamientos sexuales en los que el órgano masculino no alcanza esas zonas, como es el denominado coito *inter femora*, que no pasa, en todo caso, de ser un abuso deshonesto.²⁹

²⁹ CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte especial*. 6^a. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997, t. 1, p. 170.

6. TIPICIDADE OBJETIVA

6.1. Generalidades

Na lição de Aníbal Bruno, “é através do tipo que se exprime o preceito destinado a conceder a determinado bem jurídico a proteção penal”. Assim, “em *matar alguém* – tal pena está contido o comando proibitivo que se enunciava diretamente em legislações antigas – *não matarás*”,¹ de modo que o comportamento criminoso, por ajustar-se ao tipo legal de crime, não transgride a lei penal, mas sim o mandamento normativo subjacente no tipo.²

Desse modo, o *tipo penal* é um modelo abstrato de comportamento proibido; consiste na “descrição esquemática de uma classe de condutas que possuam características danosas ou ético-socialmente reprovadas, a ponto de serem reputadas intoleráveis pela ordem jurídica”.³

Além da função de garantia, anota Toledo, o modelo de conduta punível possui função pedagógica, na medida em que “se apresenta como algo diretamente revelado pelo legislador para que todos possam conhecer, de modo fácil e simples, as normas que impõem aos súditos de um determinado Estado o dever de não matar, não furtar etc.”⁴

Tavares explicita que na descrição da conduta proibida tradicionalmente identificam-se *elementos descritivos* e *elementos normativos*, e, embora não haja entre eles “uma distinção nítida e absoluta”, classificam-se como *elementos descritivos* “aqueles conceitos que, para a sua configuração, independem da atuação ou da influência da vontade do agente ou de juízos de valor”, e tais como os conceitos de

¹ BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 54-55.

² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 154.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 127.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, cit., p. 154.

matar (art. 121), *destruir* (art. 163), *alguém* (art. 121), *coisa* (art. 155), *mulher* (art. 213), “cuja apreensão de significado é acessível a todos”, enquanto os *elementos normativos* “exigem, para sua compreensão, um juízo de valor, com base em circunstâncias ou indicações situadas geralmente fora da norma penal”, tal como os conceitos de *alheia* (art. 155), *honesto* (art. 216), *documento* (art. 297), as ações de *poluir* (art. 271), *falsificar* (art. 297), *usurpar* (art. 328) ou os objetos *recém-nascido* (art. 134), *virgem*” (art. 217).⁵

Aníbal Bruno alerta que alguns autores sustentam que “todo elemento do tipo é normativo, porque mesmo aqueles que são correntes na linguagem comum, uma vez penetrando no Direito, perdem o seu sentido usual e ficam necessitados de interpretação”.⁶ De outra parte, conquanto reconheça que “não se pode prescindir, na construção dos tipos, de termos passíveis de interpretação”, sustenta a necessidade de restrição do emprego dessa espécie de elemento, que “introduz no tipo um germe de imprecisão que lhe perturba a fixidez de limites”.⁷

Tal receio não é unânime⁸ e pode ser afastado desde que o intérprete se conscientize de que a apreciação não deve ser feita a partir de uma perspectiva pessoal arbitrária ou caprichosa, mas como critério objetivo, segundo o pensamento social vigente.⁹

Inserido no capítulo referente aos crimes contra a liberdade sexual, o

⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 188.

⁶ BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, cit., p. 49.

⁷ BRUNO, Aníbal. Sobre o tipo no direito penal. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria*, cit., p. 61.

⁸ Nesse sentido: “Na verdade, os tipos normativos não ferem o princípio de *certeza jurídica*, simplesmente pelo fato de exigir uma valoração do jurista: a segurança permanece, só que mister se faz sofra o elemento normativo uma análise não descritiva mas valorativa da expressão” (SZNICK, Valdir. *Direito penal na nova constituição*. São Paulo, Ícone, 1993, p. 35).

⁹ “En cambio, los elementos normativos de valoración cultural o extrajurídica serán aquellos que requieran de apreciaciones dotadas de contenido ético o social, lo cual, sin embargo, no debe entenderse desde una perspectiva arbitraria o caprichosa del juzgador, sino com criterio objetivo, o sea, ‘según la conciencia de la comunidad’” (LUNA CASTRO, José Nieves. *El concepto de tipo penal en México*. México: Porrúa, 1999, p. 26).

atentado violento ao pudor guarda pertinência com os “atos libidinosos” diversos da conjunção carnal impostos sob coação, quando deixam de ser “um indiferente penal” e passam a ser considerados como condutas inadequadas e passíveis de punição.

“Constranger” é o verbo núcleo do tipo objetivo e indica o cerceamento da vontade da vítima através de um mecanismo anormal de força, física ou moral, resultando na obrigatória submissão do ofendido a um comportamento desejado somente pelo agente constrangedor.

Acompanhando o verbo constranger, são indicadas a “violência ou grave ameaça” como modos de execução da conduta proibida, restringindo as formas de execução do delito.

Para a completude da infração penal, exige-se o dissenso da vítima, o constrangimento exercido mediante violência ou grave ameaça, e a prática de “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, elementos que neste trabalho serão analisados separadamente.

6.2. Constrangimento

O atentado ao pudor pode ser praticado mediante o emprego, pelo agente, de violência ou grave ameaça contra a vítima, configurando-se, então, o *constrangimento* exigido pelo preceito incriminador.

A violência física e a grave ameaça constituem a chamada *violência real*; e a denominada *violência ficta, presumida* ou *indutiva* configura-se nas hipóteses do art. 224 do CP.

6.2.1. Violência física

A violência é um *meio* de que se vale o agente para alcançar a prática do ato libidinoso. Trata-se de um elemento do tipo objetivo, *modalidade* da ação de

constranger alguém. Nesse diapasão, Everardo Lima aduz que “se ela pertence ao próprio ato libidinoso, deixa de ser um meio, tornando-se um *fin em si mesma*, caso em que se exclui a tipicidade do fato. Assim, não existe violência, conforme a descrição típica do atentado violento ao pudor, nem na *vis grata puellis*, em que o dissenso é só aparente”.¹⁰

Da violência física podem resultar vias de fato,¹¹ lesões corporais de natureza leve ou grave, até a morte.

Para impedir ou anular a resistência da vítima à prática do ato libidinoso, o agente pode valer-se de desforço físico, empurrando-a violentamente, atingindo-a com socos, pedradas ou outros objetos, jogando-a ao solo, imobilizando-a, amordaçando-a, tudo de forma a tolher ou inibir seus movimentos.

Não se deve avaliar a violência por sua quantidade e sim por sua idoneidade, por sua eficácia em vencer a resistência do sujeito passivo, considerando sempre o contexto fático em que o poder físico é exercido sobre o corpo da vítima. Assim, não se pode estranhar que uma pessoa atacada, em inferioridade de condições frente a seu agressor, compreendendo que o ataque é real, deixe ou desista de resistir pela convicção da inutilidade de tal empenho e pelo temor de sofrer danos maiores, talvez irreparáveis.¹²

Figueiredo Dias assevera que “não é necessário que a força usada deva

¹⁰ LIMA, Everardo da Cunha. Atentado violento ao pudor. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 377.

¹¹ “... las señales de violencia (...) no pueden ser elemento para considerar que existe el delito...” (CANDAUDAP, Celestino Porte Petit. *Ensayo dogmatico sobre el delito de violación*. 1ª ed. México: Editorial Jurídica Mexicana, 1966, p. 113).

¹² Nesse ponto, não se pode olvidar a pertinência de considerações dessa ordem: “Y aún a costa de pecar de reiteración, vale la pena recordar que ni por un momento debe perderse de vista la situación en la que se halla el sujeto pasivo: atacado, en inferioridad de condiciones, temiendo por su vida, humillado...Tolerar en esas circunstancias la violación no es sinónimo de consentimiento. Como tampoco lo es el que, eventualmente, la víctima experimente algún placer, como ya advertía Groizard. Si tal sucediese, al margen de constituir un pobre consuelo para aquélla, se habrá yacido con violencia o con intimidación (*vid.* la sentencia de 19 de octubre de 1989)” (BERENGUER, Enrique Orts. *Comentarios al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, v. 1, p. 917).

qualificar-se de pesada ou grave, mas será em todo o caso indispensável que ela se considere idônea, *segundo as circunstâncias do caso* (...) a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima”.¹³ Com efeito, as condições pessoais do ofendido e o desenrolar da ação no caso concreto são considerados no exame da existência e da idoneidade da violência como força capaz de esmagar a vontade e obstar a reação. Nesse cariz, a precisa lição do autor: “sob certas circunstâncias concretas, nomeadamente em função da debilidade, física ou psíquica, do carácter temeroso ou assustadiço da vítima pode bastar, v.g., uma bofetada, ou fechá-la contra a sua vontade num quarto ou mesmo num automóvel, ou transportá-la de um lugar para outro: é aqui decisiva em princípio a perspectiva da vítima”.¹⁴

A violência física pode ser de tal magnitude que anule a vontade do ofendido ou pode atuar parcialmente sobre seu corpo e sua vontade. Na última hipótese, pondera Everardo Lima, “exige-se, apenas, que a força, sofrida pelo paciente, tenha-lhe coarctado a vontade por inibição ou medo, permanecendo, na sua plenitude, o dissenso, a vontade decididamente contrária à violência”.¹⁵

Tal como se dá com a ameaça, não é necessário que a violência persista durante todo o processo executivo do crime, ou que seja continuada.¹⁶

Aníbal Bruno anota que Welzel distingue a violência física da ameaça, dizendo que a primeira já contém em si o mal enquanto a última apenas o anuncia e conclui: “há realmente *na violência física a ameaça da continuação* de um dano, *mas há também o dano sofrido*, que de fato quebrou a resistência”.¹⁷

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, org. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I, p. 454.

¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo, org. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. cit., t. I, p. 454.

¹⁵ LIMA, Everardo da Cunha. Atentado violento ao pudor. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., p. 377.

¹⁶ GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947, v. XXI, p. 90.

¹⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda., 1956, t. II, p. 550.

Apesar do emprego de força física é possível que o crime se configure mediante constrangimento moral. Assim ocorre se a violência é aplicada não sobre o corpo da pessoa com quem o agente pretende a prática do ato libidinoso, mas, sim, sobre outra pessoa, um filho da vítima, por exemplo, acompanhada da ameaça de que não cessará enquanto a vítima não concordar com o fim do agente. Da mesma forma, o constrangimento é moral se o contato sexual entre o agente e a vítima não se dá imediatamente após o emprego da violência física contra a última, mas em outras circunstâncias, persistindo, porém, o temor despertado pelo ataque anterior.¹⁸

De outra parte, não elide o crime a circunstância de ter sido empregada a violência pelo agente como meio de forçar a vítima, com quem até então trocava carinhos, a praticar um ato libidinoso não querido e não autorizado por ela. O consentimento anterior para a prática de certos atos não autoriza o agente a empregar força física para obrigar a vítima a se submeter a outra espécie de ato libidinoso. Nesse caso, tendo ocorrido oposição da vítima antes e durante o ato libidinoso diverso da conjunção carnal imposto pelo agente, configura-se o crime. Não obstante a maior dificuldade probatória em casos que tais e a possibilidade de posturas cépticas, é inegável que o ofendido pode concordar com determinadas práticas sexuais e se recusar a outras, e sua vontade deve ser respeitada, sob pena de inequívoca violação da liberdade sexual.¹⁹

¹⁸ Nesse sentido: “Por último, ha de destacarse la necesaria proximidad, mejor inmediatez temporal entre la violencia ejercida y el contacto sexual, pues si después de haber usado violencia el sujeto activo, el pasivo ha podido huir o impetrar ayuda, se desvanece este requisito implícito en la regulación legal, y un posterior acceso carnal entre los mismos sujetos, sin violencia, no constituiría una violación violenta, aunque podría inscribirse en la intimidatoria, en tanto en la víctima estuviese latente el temor despertado por el ataque precedente y bajo sus efectos prestase su consentimiento, siempre que el atacante fuera consciente de ello y lo aprovechase para satisfacer su deseo” (BERENQUER, Enrique Orts. *Comentarios al código penal de 1995*, cit., v.1, p. 917).

¹⁹ A lição de Candaudap, apesar de referir-se ao crime de “violação”, aplica-se também aos casos de atentado violento ao pudor: “Cuando el ofendido, al principio otorgue el consentimiento y posteriormente haya oposición del mismo ofendido, debiéndose concluir que existe el delito de violación, porque la ausencia de consentimiento es anterior o concomitante a la realización de la cópula. Se ha establecido por los Tribunales que ‘la comprobación de que la víctima de un atentado sexual haya aceptado en principio el mismo, no excluye la posibilidad de que ya al procederse a la

Ante a exigüidade do processo executivo do delito em determinados casos (toque nas partes pudendas, por exemplo), a *surpresa* é meio apto a permitir ao agente que alcance o desiderato que não seria possível atingir sem ela.²⁰ A *surpresa* ou a *destreza*, pois, devem ser enfocados como atos violentos para a caracterização do mencionado crime, pois “a rapidez e insídia do ato, inspirados pela certeza do pleno dissentimento do sujeito passivo e pelo propósito de satisfazer mais facilmente o desejo lascivo, têm caráter essencial, senão formal, de violência”.²¹

As lesões leves (quando decorrentes do constrangimento ou do ato libidinoso) e as vias de fato integram o tipo. Quando resulta lesão corporal de natureza grave ou morte e tais conseqüências não estavam abrangidas pelo dolo do agente, incidem as formas qualificadas previstas no art. 223 do Código Penal.²²

6.2.2. Violência moral

6.2.2.1. Generalidades

Tratando do crime de estupro, Paulo José da Costa Júnior define a violência moral ou grave ameaça como a “manifestação expressa ou tácita, explícita ou implícita, real ou simbólica, escrita, oral ou mímica, direta ou indireta, do propósito de

copulación, oponga resistencia para el acto, mordiendo a su violador y lanzando gritos en demanda de auxilio...” (CANDAUDAP, Celestino Porte Petit. *Ensayo dogmatico sobre el delito de violación*, cit., p. 61).

²⁰ SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 653.

²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*, arts. 184 a 288. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 205. No mesmo sentido: “constitui violência a prática de ação rápida e inopinada, que tenha surpreendido a vítima, impedindo-lhe a defesa” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. II, p. 8-9).

²² Em capítulo específico deste trabalho são encontradas variações em torno do tema, inclusive sobre o concurso de crimes quando os eventos mais graves também foram desejados ou aceitos pelo agente.

causar um dano ou uma situação de perigo, para que a ameaçada consinta na conjunção carnal”.²³

A exemplo do que se dá no crime de estupro, o constrangimento constitutivo do crime de atentado violento ao pudor também pode consistir em intimidação da vítima pelo vaticínio de mal grave (*vis compulsiva, conditionalis* ou *vis animo illata*). O ofendido se sujeita à libidinagem do agente em razão do anúncio ou promessa²⁴ de um mal relevante; deixa de opor resistência em função do gravame que sobreviria em razão de sua negativa à ação pretendida pelo sujeito ativo.

A violência moral consiste na manifestação (por palavras, atos ou sinais, repita-se) do propósito de causar um mal a alguém. O constrangimento ocorre quando a ameaça consegue viciar a vontade da vítima. É o temor do suposto dano – que, independentemente de sua natureza, apresente alta significação para o ofendido –, que o leva ao ato libidinoso.

Não se exige a renovação da ameaça durante todo o processo executivo. Basta que o mal vaticinado pela ameaça proferida no início da ação tenha sido capaz de atuar sobre o ânimo da vítima, inculcando-lhe temor e fazendo-a aceitar o ato libidinoso para não ter que suportar, como represália, o mal prometido. A vítima, afetada psicologicamente pela força intimidativa da ameaça exteriorizada antes da prática libidinoso, a ela sucumbe.

Ainda nessa linha, pode-se dizer que, se o ofendido já sofreu, pouco antes, constrangimento moral para a subtração de seus bens, não é necessário que o agente exteriorize nova ameaça para que o ato libidinoso que se seguir ao desapossamento

²³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 502.

²⁴ A grave ameaça é uma modalidade de coação moral e o anúncio do mal pode se efetivar sem a correspondente verbalização, restando traduzido por atitudes do agente. Nesse sentido, tem-se entendido que configura roubo a hipótese de os agentes abordarem a vítima de surpresa gritando e exigindo a entrega dos bens, ainda que não tenha sido exibida qualquer arma e não tenha sido proferida ameaça expressa, já que, em tal situação, a vítima sente-se atemorizada pelas próprias circunstâncias da abordagem.

patrimonial seja enquadrado no art. 214 do Código Penal. A intimidação inicial, a grave ameaça empregada *originariamente* para fim diverso (v.g. roubo) já é suficiente para obstar qualquer reação ao ato libidinoso subsequente.

O reconhecimento da existência de coação moral compreende a análise do grau de resistência do ofendido, considerando-se as suas condições físicas, a sua idade, a sua instrução, a sua condição social, o seu temperamento e as circunstâncias do delito. Em determinados casos, a pluralidade de agentes ou a grande superioridade física do sujeito ativo pode, por si, inibir a oposição da vítima.

Maior relevo assume a prova circunstancial do delito quando o constrangimento decorre exclusivamente da intimidação da vítima. Ausente, pois, qualquer seqüela física, o comportamento da vítima após o crime e a firmeza de suas declarações serão decisivos para formar convicção a respeito dos fatos.

Nesse particular, a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de que, nos delitos sexuais, cometidos quase sempre na clandestinidade, as declarações do ofendido, na ausência de qualquer indicativo de que pretendesse deliberadamente prejudicar um inocente, podem sustentar o decreto condenatório.

Admite-se que o constrangimento moral possa ser efetivado por meio de palavra, escrito, sinal, gesto ou qualquer outro meio simbólico. “Num olhar pode haver gravíssima ameaça”, sustenta Magalhães Noronha.²⁵ A idoneidade da ameaça, tal como a da violência física, está relacionada à capacidade que o meio empregado tem de produzir o resultado visado pelo agente.²⁶

Como meio coercitivo da vontade alheia, a ameaça deve ser *grave*, apta a incutir na vítima o temor de relevante dano. O agente vale-se da intimidação para desestimular a reação do ofendido. Nas palavras de Hungria, “dá-se, com ela, a

²⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Crimes contra os costumes*: comentários aos arts. 213 a 226 e 108, n. VIII, do código penal. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 30.

²⁶ Tal como no roubo, a exibição ameaçadora de arma ou instrumento com poder vulnerante caracteriza a coação moral capaz de anular a resistência do ofendido. O emprego de revólver de brinquedo ou a simulação de porte de arma também podem, na espécie, constituir meio idôneo ao constrangimento da vítima.

subjugação da vontade alheia pelo medo”.²⁷ E o medo tem especial relevo no direito penal, podendo, até mesmo, como lembra Luís Alberto Machado, afastar o juízo de censura do agente por inexigibilidade de conduta conforme o direito.²⁸

Para a caracterização do atentado violento ao pudor, exige-se a *coação moral* do ofendido, que age contra a sua vontade. A existência de *fraude ou engano* da vítima leva ao reconhecimento de figura penal diversa, o atentado ao pudor mediante fraude (CP, art. 215).²⁹

É certo que o tipo penal não estabelece os contornos de que se deve revestir a grave ameaça para ser considerada apta a vencer a resistência da vítima e caracterizar o constrangimento constitutivo da infração penal. Entende-se que a essência da previsão está relacionada ao sacrifício a que se submete a vítima para preservar o bem jurídico ameaçado; o sujeito passivo coloca o bem visado pelo agente acima do direito de dispor livremente de seu próprio corpo e cede às exigências do sujeito ativo para evitar o malefício prometido, sujeitando-se ao ato libidinoso que não é de sua vontade.

6.2.2.2. Mal grave e determinado

Diz-se que inexistente ameaça quando o mal anunciado é improvável, ligado a credices, sortilégios e fatos impossíveis. Não configura coação moral a ameaça proferida em termos vagos, incertos e aleatórios, ou em tom de bazófia, bravata, ou *jocandi animo*, ou, ainda, se ressurtir de impossível realização.³⁰

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 110.

²⁸ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 149.

²⁹ Esse crime e seus pontos de contato com o delito do art. 214 do CP são tratados no capítulo do confronto de crimes.

³⁰ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 2000, p. 535. O autor ainda invoca a lição de Odin Americano para ressaltar que “prometer a deportação para a lua não é ameaça séria, como prometer o anel de Saturno não constitui sedução”.

A propósito disso, Feu Rosa afirma ser necessário que o ofendido creia na possibilidade de sua concretização, razão pela qual, sustenta, não se prestam para caracterizar o resultado típico ameaças ridículas, impossíveis e inidôneas, como, por exemplo: “o agente ameaçar ‘jogar uma praga’, ‘bater uma pomba’, ou ‘espalhar’ que sabe que ela ‘deu’ para fulano, se ela não ‘der’ para ele também etc.”³¹

Para Noronha, o mal deve ser *dependente da vontade e da ação do criminoso* (se ficasse condicionado à vontade de outrem não subordinado ao agente perderia a ameaça muito de sua força coativa),³² *determinado* (se vago e indefinível poder-se-ia duvidar da coação moral), *possível* (um dano quimérico não pode coagir alguém) e *iminente* (ao malefício prometido para futuro longínquo, a vítima poderia opor-se por outros meios; seu sacrifício não seria o último recurso para evitá-lo), a não ser que fosse *inevitável*, hipótese em que seria possível admitir o mal *futuro* para caracterizar a coação.³³

Em essência, o prejuízo anunciado deve ser grave e deve ser possível, assim julgado segundo as circunstâncias e as condições pessoais da vítima. É o que sustenta Bruno, asseverando que o decisivo será sempre que esta sofra realmente a coação e, assim, se veja forçada a cumprir o que o agente determina.³⁴

6.2.2.3. Mal justo ou injusto

Não precisa ser *injusto* (ilícito, indevido ou reprovável) o mal prometido,

³¹ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 2, p. 544.

³² O sujeito passivo acredita na realização do dano contido na promessa intimidativa, por ação direta ou por interferência do agente. BRUNO aduz que o agente pode anunciar um mal a ser praticado por ele mesmo ou por outrem, mas, em todo caso, que seja *ou pareça ser* à vítima dependente de sua vontade (BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 343).

³³ NORONHA, Edgar Magalhães. *Crimes contra os costumes*, cit., p. 31.

³⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 343. Desse modo, mesmo a ameaça incapaz de executar-se por estar fora das possibilidades humanas será idônea, se o paciente a considera realizável e, assim, sofre a coação da vontade (BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 344).

bastando que o agente dele se valha para coarctar a vontade de outrem. Com efeito, enquanto no crime de ameaça o mal precisa ser injusto, para o crime de constrangimento ilegal não o precisa ser, bastando que incuta na vítima o temor de grave dano. Como ensina Hungria, “pouco importa a *justiça* do mal. O agente pode ter a faculdade ou mesmo o dever de ocasionar o mal, mas não pode prevalecer-se de uma ou outro para obter a posse sexual da vítima contra a vontade desta”.³⁵

Nessa linha, sustenta-se que comete crime de estupro o sujeito ativo, policial, que, tendo o dever legal de prender uma mulher que se encontre em situação de flagrante delito, em vez de fazê-lo, *ameaça-a de prisão*, caso ela não se entregue aos seus desejos.³⁶

Até mesmo a existência do *crime sexual continuado* pode ser reconhecida no caso de ameaça de mal que não se revista de injustiça. Magalhães Noronha menciona a hipótese em que o agente, sujeito ativo de estupro continuado, nutria avassaladora paixão por uma senhora e era repellido por esta até que, ao tornar-se senhor de um *segredo* da vítima, cuja revelação lhe causaria grave dano, ameaça-a, de divulgá-lo. Assim, “aterrada e pondo esse bem ameaçado acima da própria honra, ela acede aos seus desejos, sendo possuída inúmeras vezes”.³⁷

A ameaça de quem possui patentes provas de um crime seria *justa*, mas revestir-se-ia de *injustiça* se o agente disso de aproveitasse para colimar um objetivo não menos criminoso,³⁸ impondo à vítima uma prática sexual por ela não desejada, sob pena de divulgação.

Peculiar hipótese de configuração da coação moral, citada por Luís Gutierrez Jimenez, é lembrada por Regis Prado: “Um sujeito, muito depravado, tem conhecimento das relações adúlteras de uma mulher casada, e se apresenta a ela

³⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 111.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999, p. 98.

³⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 85.

³⁸ GUSMÃO, Chrysolito. *Dos crimes sexuais*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2001, p. 99.

afirmando saber do relacionamento entre ela e seu amante e possuir provas irrefutáveis desse fato, que poderá levar ao conhecimento de seu marido, se dentro de um determinado prazo ela não se entregar a ele. Se essa mulher aceder ao que lhe é proposto, para não se expor às consequências de tão grave acusação, haveria hipótese clara e manifesta de violência moral”.³⁹

Diversa é a hipótese, porém, em que o ofendido, para evitar a denúncia de um crime que cometeu, “transige amigavelmente, de sua própria iniciativa, com o ameaçante, dispondo-se à prestação de um favor em troca do outro”.⁴⁰ O mesmo raciocínio poderia ser aplicado a hipóteses em que o ofendido, ausente a coação, propõe ou anui à prática sexual visando a evitar a divulgação de um segredo, a cobrança de uma dívida, o despejo de um imóvel, ou outro prejuízo que almeje evitar.

6.2.2.4. Mal iminente ou futuro

Ribeiro Pontes, invocando Liszt, observa que a modalidade mais grave de ameaça é a de um perigo atual para o corpo ou a vida”.⁴¹

Magalhães Noronha, conforme já explicitado, sustenta que para caracterizar-se a coação o malefício deve ser iminente, mas o admite futuro ou longínquo quando se afigurar também *inevitável*.

Para Jorge Severiano Ribeiro, não se impõe a obrigatoriedade de perigo *atual*; há que se admitir, desde que grave, também a ameaça futura.⁴²

A ameaça deve ser de mal *presente e irreparável*. Diante, porém, da impossibilidade de fixar regras a respeito da violência moral, tudo depende das

³⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito penal brasileiro: parte especial*, v. 3, p. 198.

⁴⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 111.

⁴¹ RIBEIRO PONTES, Thiago. *Código penal comentado*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 353.

⁴² RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1945, v. IV, p. 83.

condições pessoais da vítima.⁴³

Analisando a coação moral, Fernando de Almeida Pedroso aduz que é necessário realizar um confronto entre o mal real e próximo e o mal futuro e hipotético e a análise do reflexo do temor no psiquismo do ofendido, “sua repercussão a nível de determinação própria da vontade”. Assim, seria possível, no caso concreto, admitir ou repelir o reconhecimento de significativa coação moral em hipóteses em que o ofendido se submete à vontade do sujeito ativo ante a ameaça de protesto de títulos, de propositura de ação civil, de revelação de fatos verídicos (inclusive, exemplifica, de anterior emissão de cheques sem fundo pela vítima, de sua homossexualidade ou de um eventual adultério).⁴⁴

O gravame temido pela vítima pode traduzir-se num perigo imediato ou não.⁴⁵ Para efeito de caracterização de efetivo constrangimento, o mal anunciado, seja de próxima realização ou não, precisa se revestir de seriedade e gravidade tais que a vítima se veja impossibilitada de resistir. O direito, bem ou interesse ameaçado ostentará valor preponderante para o ofendido e sua proteção ensejará o sacrifício da liberdade sexual.

6.2.2.5. Mal direcionado à vítima ou a terceiro

O mal prometido pode ser dirigido à própria vítima, ou a terceira pessoa, com ou sem vínculos com o ofendido, ou até mesmo a coisas e animais.

Não resta dúvida de que o anúncio da prática de um mal grave contra parentes ou pessoas ligadas afetivamente ao ofendido seja capaz de afetar psicologicamente à vítima, levando-a a optar pela submissão ao ato de libidinagem

⁴³ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*, cit., p. 99.

⁴⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 534-535.

⁴⁵ Tanto é assim, que configura coação moral a ameaça de desmoralização da vítima ou de levar à desonra um parente que lhe seja caro.

querido pelo agente. Mesmo quando a ameaça se dirige a pessoa estranha, pode o constrangimento surtir tal efeito, dependendo do gravame prometido, da natureza e do grau da violência a ser exercida contra terceiro. A ameaça configura-se desde que a previsão do dano ao terceiro exerça no ânimo do coagido a compulsão perturbadora da sua liberdade de querer e agir, com o poder de dominar a sua resistência.⁴⁶

Discorrendo sobre a violência moral no crime de estupro, Magalhães Noronha aduz que se configura o constrangimento à vítima quando o sujeito ativo obtém sua submissão ao ato libidinoso ao proferir ameaça de *incendiar casa habitada* ou de *seqüestrar um terceiro*, pondo-o em risco de morte.⁴⁷

6.2.2.6. Mal contra a honra ou o patrimônio

Ressalta Jorge Severiano Ribeiro que o Código, embora fale em grave ameaça, não diz *contra que e contra quem*, sendo possível admitir-se que seja dirigida a outros bens jurídicos além da vida ou integridade física, tais como o patrimônio e a honra.⁴⁸ Também Aníbal Bruno, ao discorrer sobre a ameaça, ensina que “O dano que é objeto da ameaça pode ser diretamente pessoal, como a destruição da vida ou a lesão do corpo, ou ser moral ou econômico, dano cuja previsão possa efetivamente comover a vítima a ponto de causar-lhe a sensação de angústia e medo que constitui a intimidação”.⁴⁹

Lembra Noronha que Lucrecia não se entregou a Tarquínio, quando ele a quis matar, mas acedeu quando ameaçou assassinar um escravo e deixá-lo a seu lado, para fazer crer que os encontrara amando.⁵⁰

Nesse diapasão, Darcy Arruda Miranda invoca a hipótese em que “um

⁴⁶ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 343.

⁴⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 80.

⁴⁸ RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, cit., v. IV, p. 83.

⁴⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 352.

⁵⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 81.

indivíduo inescrupuloso tem em mãos um documento cuja revelação pode levar um chefe de família respeitado às grades de uma prisão e exige da esposa ou de uma filha (e poderia ser de um filho) “a entrega do corpo para atos de libidinagem sob a condição de não publicar ou de rasgar o documento”.⁵¹

Também a ameaça de destruição de um *objeto* de grande estima da vítima configura violência moral. Ressalve-se, porém, que, nessa hipótese, só se admite a ocorrência de constrangimento enquanto a violência prometida não é exercitada, porque o poder sobre a vítima desapareceria com a destruição do objeto.⁵²

A esse respeito, exemplifica Valdir Sznick afirmando que pode existir constrangimento moral quando a prometida violência se dirige a um móvel ou quadro da vítima.⁵³

6.2.2.7. Violência contra coisa ou contra terceiro

O fato de o agente arrombar a porta da residência onde se encontra a vítima ou de abater um seu empregado ou qualquer terceiro que pudesse auxiliá-la pode infundir temor na vítima e obstar-lhe a resistência ao ato libidinoso. Nessas hipóteses, efetivamente o sujeito ativo empregou violência física, mas como não foi diretamente sobre o corpo do ofendido, sua ação constitui coação moral. O motivo determinante da sujeição da vítima foi o temor que adveio da violência física aplicada contra coisa ou contra terceira pessoa; o receio de que o agente pudesse persistir na violência e

⁵¹ MIRANDA, Darcy Arruda. Do atentado violento ao pudor. *In: Justitia*, v. 39, p. 94. Há que se discordar do autor em relação à solução por ele preconizada na hipótese em que o agente, embora tenha conseguido o ato sexual visado, posteriormente concretiza o mal anteriormente prometido. Não vinga a mudança na capitulação do crime para posse sexual mediante fraude (se o ato obtido pelo agente foi a conjunção carnal) ou atentado ao pudor mediante fraude (no caso de ato libidinoso diverso). A posterior execução do mal prometido não transmuda o crime para o atentado ao pudor mediante fraude. A dupla vileza do agente, primeiro ao coagir a vítima e depois ao quebrar a promessa, não pode beneficiá-lo.

⁵² MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 75.

⁵³ SZNICK, Valdir. *Crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 1992, p. 165 e 175.

provocar outros danos.

Aníbal Bruno, ao discorrer sobre o constrangimento ilegal, aduz que “por ação ou omissão, pode a violência dirigir-se diretamente sobre a pessoa da vítima, ou agir indiretamente, recaindo sobre terceiro, mesmo estranho, ou ainda sobre coisa, desde que aquele que se pretende constranger possa sofrer o impacto da violência como coação contra a sua liberdade de querer e agir”. Nesse sentido, o renomado autor cita como exemplos romper com um tiro um pneu de automóvel para obrigar o motorista a parar ou destelhar a casa para que o morador dela se retire.⁵⁴

Observa-se que não deixa de existir coação moral na violência física contra a própria vítima, que teme a continuidade ou o agravamento do dano que sofreu ou está sofrendo. Nesse particular, Aníbal Bruno invoca a distinção operada por Welzel, ao dizer que a violência física já contém em si o mal enquanto a ameaça apenas o anuncia. Assim, conclui o autor, há realmente na violência física *a ameaça da continuação* de um dano, mas há também o dano sofrido, que de fato quebrou a resistência.⁵⁵

6.2.3. Violência presumida

Se o ato libidinoso diverso da conjunção carnal for praticado com pessoa que se enquadre em qualquer das previsões do art. 224 do Código Penal, o eventual consentimento da vítima é considerado inválido, presumindo-se, portanto, a violência constitutiva dos crimes de conotação sexual.

Enquanto nas hipóteses de violência real a vítima do delito é subjugada e dominada pelo agente através do emprego de força contra o seu corpo (*vis corporalis* ou *atrox*) ou é intimidada pelo vaticínio de mal grave e imediato (*vis compulsiva, conditionalis* ou *vis animo illata*), nas hipóteses de violência presumida, embora

⁵⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 342.

⁵⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 170.

presente a aquiescência, o consentimento é considerado – por motivos que a lei erigiu – como ineficaz, inoperante e inválido juridicamente.⁵⁶

No caso da letra “a” do art. 224, a presunção é relativa – não pela anterior experiência sexual da vítima, que é irrelevante diante da vedação absoluta da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de quatorze anos⁵⁷ –, mas porque admite prova em contrário no plano do dolo do agente (CP, art. 20, *caput*) quanto à idade da vítima. Nessa hipótese exige-se o dolo direto ou eventual do autor acerca do ofendido. Se o autor, em razão das circunstâncias,⁵⁸ acredita que o sujeito passivo tem idade superior a catorze anos, ocorre o *error aetatis*. O tema tem merecido percuciente análise do Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça.⁵⁹

Nas hipóteses das alíneas “b”⁶⁰ e “c” do art. 224, a presunção é relativa sob

⁵⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Aspectos polêmicos de processo e direito penal*. São Paulo: LEUD, 1997, p. 153.

⁵⁷ Atente-se para a lição de Vicente Sabino Júnior, ainda e sempre invocada: “Presume-se o Código Penal, em seu art. 224, se a vítima: a) não é maior de quatorze anos, porque a sua tenra idade não lhe permite um consentimento válido, ainda que dela tenha sido a iniciativa ou a provocação para o ato sexual. Para Manzini, a espécie não cogita de presunção de violência, mas do *dever absoluto de abster-se o homem da conjunção carnal com pessoas particularmente tuteladas pela lei*, que esta considera carnalmente invioláveis, ainda quando consintam” (SABINO JÚNIOR, Vicente. 1ª ed. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, v. 3, p. 884).

⁵⁸ Sabino Júnior destaca a necessidade de circunstâncias capazes de gerar fundada e séria convicção no agente de que a ofendida é maior de quatorze anos (certidão de nascimento com a idade aumentada, ou o fato de ser a vítima já mulher prostituída de porta aberta) (SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal: parte especial*, cit., v. 3, p. 885).

⁵⁹ Ac. da 5ª Turma do STJ, no RESP 252827/GO, rel. Min. Felix Fischer, DJ 04/09/2000.

⁶⁰ A posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é de que “a alienação ou a debilidade mental, referidas pela norma, deverão ser confirmadas por prova pericial, de forma a eliminar por inteiro a capacidade de entendimento ou de autodeterminação, nos moldes do art. 26 do CP. Os chamados *fronteirios* não podem ser considerados incapazes” (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 518). Mas, em monografia sobre a violência presumida, José Lima de Oliveira argumenta em sentido contrário, sustentando que formas leves de debilidade estão incluídas na letra *b*, e concluindo que “As palavras *alienado* e *débil mental* usadas na alínea *b* do art. 224 do CP não têm sentido erudito, mas vulgar, significando respectivamente formas graves e leves das doenças mentais, vistas do prisma ético-jurídico” (OLIVEIRA, José Lima de. *Violência presumida: Estudo médico-legal*. Salvador: S. A Artes Gráficas, 1959, p. 92) e, dentre os doutrinadores, invoca o pensamento de NORONHA, *verbis*: “‘alienada ou *débil mental* diz nosso diploma, abrangendo, dessarte, todos os casos de enfermidade psíquica que tiram ao ofendido a livre capacidade de discernimento e apreciação do ato lesivo da liberdade sexual’ (Op. cit. pg. 352). E, mais adiante: ‘o alienado é, conseqüentemente, o indivíduo distinto de si mesmo

o enfoque da consciência do autor acerca da condição da vítima.

Acrescente-se que, na hipótese da letra “b”, não se admite o dolo eventual quanto ao estado mental da vítima.⁶¹

De outra parte, na hipótese da letra “c”, o fator impossibilitante da defesa da vítima (doença, paralisia, velhice, embriaguez, desmaio, ministração de sonífero, afrodisíacos⁶², drogas etc.)⁶³ pode ou não ter sido provocado pelo agente.⁶⁴

Questiona-se a caracterização da violência presumida, dentro da fórmula genérica da letra “c”, no caso de vítima adormecida.

A amplitude da regra evidencia a intenção de assegurar ampla proteção a pessoas que se encontrem impossibilitadas, ainda que momentaneamente,⁶⁵ de opor-se

e diferente dos demais, como se costuma dizer... A par do alienado, protege a lei o fronteiroço, o débil mental, considerado na psicopatologia como o indivíduo que sofre de perturbação mais atenuada” (OLIVEIRA, José Lima de. *Violência presumida: Estudo médico-legal*, cit., p. 55). Há decisões nesse sentido, como, dentre outras, a inserta na Revista dos Tribunais 573/364.

⁶¹ Nesse sentido: “É necessário que a vítima, em virtude da doença mental, seja inteiramente incapaz de entender a natureza de seu gesto ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Exige-se que o agente efetivamente conheça o estado doentio da vítima, não bastando o dolo eventual. Se a debilidade mental não era perceptível desde logo, cede a presunção de violência, que, também nesta hipótese, é relativa.” (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*, cit., v. 3, p. 141).

⁶² Ribeiro Pontes anota: “Legrand du Saulle, quanto aos narcóticos, é de opinião que pouco importa que sejam aplicados com o fim de causar o sono ou intoxicação, ou para excitar o apetite sexual da mulher, e daí o se enquadrarem em tal grupo os *afrodisíacos*, uma vez que produzam qualquer dos citados resultados” (RIBEIRO PONTES, Thiago. *Código penal comentado*, cit., p. 353).

⁶³ “Por ‘cualquier otra causa’ están comprendidos, por ejemplo, los casos de privación de movimientos del sujeto pasivo como secuela de una enfermedad – una parálisis – o de la ocasional atadura de sus extremidades” (ORGEIRA, José Maria. *Violación. In: Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. XXVI, p. 701).

⁶⁴ Nesse sentido: “É indiferente, para a configuração da violência, que a vítima seja colocada em tal estado por provocação do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o ofendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 184 a 288*, cit., v. 3, p. 254).

⁶⁵ Aníbal Bruno, discorrendo sobre outras causas que impossibilitam a defesa do ofendido, destaca que tais hipóteses, perfeitamente enquadráveis na letra *c* do art. 224, são consideradas como de violência real em outros países: “...ações químicas ou mesmo puramente psíquicas, fora da ameaça, que restrinjam ou anulem a consciência, como o uso de inebriantes, entorpecentes, ou a sugestão hipnótica, ou o emprego das chamadas drogas da verdade ou da confissão, destinadas a violentar o querer do paciente e dele obter declarações sobre fatos que ele pretendia calar” (BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 344). Mais adiante, afirma: “Tais meios são, em geral, incluídos pela doutrina estrangeira na *categoria de violência*, embora não

a eventuais investidas sexuais não autorizadas.⁶⁶ Assim, não há de se descartar peremptoriamente a possibilidade de reconhecer-se o emprego de violência quando a vítima está “dormindo ou é assediada repentinamente na cama, em estado de semi-sonolência, por pessoa de compleição física muito mais forte”.⁶⁷ Segundo Nelson Hungria, “é presumida a violência sempre que a vítima, seja qual for a causa, não tenha podido oferecer resistência”,⁶⁸ ressaltando que “é controvertido se entre as causas do estado de inconsciência ou de incapacidade de oposição pode ser incluído o sono natural”.⁶⁹ Heleno Cláudio Fragoso observa que a fórmula legal é ampla, abrangendo qualquer hipótese que a vítima se encontre em situação de não poder resistir, “não se excluindo, em casos especiais, o próprio sono”.⁷⁰ Magalhães Noronha rejeita a possibilidade de cópula com ruptura do hímen sem que a vítima desperte. Porém, admite que ela aconteça se se tratar de mulher de sono profundo e habituada ao coito, ressaltando, ainda, que, “quanto aos atos libidinosos integrantes do atentado ao pudor, é claro que muito mais facilmente poderão ser praticados”.⁷¹

Também na hipótese da letra “c” enquadra-se a conduta do hebiatra Eugênio Chipkevitch, que sedava seus pacientes, crianças e adolescentes entre 10 e 16 anos, e os submetia a diversos atos libidinosos, inclusive coito anal, documentados em

aplicados pela força, mas de forma dissimulada. Observa-se, como diz MEZGER, que também essa aplicação atua fisicamente sobre a vítima. E essa atuação física, oposta à ameaça, é absorvida no largo conceito de violência hoje admitido. O Código suíço distingue, ao lado da violência e da ameaça, o emprego desses outros meios que restringem a liberdade de ação da vítima e que os intérpretes entendem como referindo-se ao uso daqueles agentes químicos ou daqueles processos psíquicos acima referidos” (BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*, cit., p. 345).

⁶⁶ “Trata-se dos casos em que a vítima possui paralisia, embriaguez completa por álcool ou outra substância inebriante, esgotamento extremo, como anemia profunda ou pneumonia no auge, meios hipnóticos (sem fraude – art. 215), até mesmo sono profundo etc.” (PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direito penal moderno: parte especial do código penal*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 220).

⁶⁷ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*, cit., p. 559.

⁶⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 235.

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 237.

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. cit., v. II, p. 41.

⁷¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. atualizada por Adalberto J. Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 183.

cerca de trinta fitas de vídeo apreendidas pela polícia. No caso, *não havia cooperação, nem força física; havia força química*. Os fatos foram amplamente divulgados pela imprensa nacional no mês de março de 2002 e foram causa de grande indignação social, tal como a descoberta, na mesma época, de incontáveis casos de práticas pedófilas por parte de professores e padres católicos de vários níveis de hierarquia da Igreja, atingindo principalmente crianças e adolescentes do sexo masculino.

6.3. Dissenso da vítima

No crime de atentado violento ao pudor, o ato libidinoso é praticado sem o consentimento da vítima, que a ele se submete mediante constrangimento (nas hipóteses de violência real), ou mediante aceitação considerada juridicamente inválida (em hipóteses de violência presumida). O verbo reitor da conduta típica — *constranger* — evidencia a ausência de consenso na prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

A tutela penal não alcança os atos libidinosos praticados voluntariamente por pessoas maiores e capazes. Só adquirem relevância típica as condutas sexuais impostas à vítima mediante violência ou intimidação (CP, art. 214, *caput*) ou obtidas de pessoas incapazes de opor resistência em razão de peculiares condições físicas ou psíquicas (CP, art. 214 c/c art. 224).

A ausência de consentimento válido é, pois, elemento do tipo, indispensável para o reconhecimento do crime.⁷²

Tratando do crime de estupro, cuja estrutura típica também prevê o constrangimento mediante violência ou grave ameaça, Paulo José da Costa Júnior aduz que a vítima “deverá opor-se, decididamente, enquanto dispuser de forças (vontade

⁷² O consentimento exclui o tipo objetivo formal quando a tipicidade está vinculada à não concordância. MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*, cit., p. 135.

que não quer não se afrouxa, dizia Dante)”.⁷³

Observa-se, no entanto, que, embora o dissenso deva ser verdadeiro, a *manifestação* da discordância não precisa ser grandiosa ou ininterrupta, especialmente nas hipóteses em que o sujeito passivo se encontra armado. Com efeito, em determinadas situações a reação do ofendido não seria apta a evitar a consumação do crime e ainda poderia exacerbar a tensão ou a fúria do agente e desencadear um dano pessoal ainda maior. Em casos que tais, não teria sentido exigir que a vítima, em defesa da sua honra, arrisque a própria vida, só consentindo com o ato sexual após esgotada toda sua capacidade de reação.⁷⁴

A significativa inferioridade de força, a dor e o medo⁷⁵ também podem influir decisivamente para a deliberação do sujeito ativo de não reagir ou não prolongar a reação.

⁷³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*, cit., p. 502.

⁷⁴ FERNANDES, Antônio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro – enfoque vitimológico, *Revista dos Tribunais*, v. 653, p. 274, mar. 1990. A propósito, destaca-se decisão do Supremo Tribunal Federal que, reconhecendo a existência de autêntico dissenso da vítima, rechaçou a anterior absolvição de autor de crime sexual, proferida ao argumento de que a ofendida “cedeu às investidas do réu”. A Corte Suprema acolheu as manifestações ministeriais e reconheceu como grave ameaça a intimidação levada a efeito por agente desarmado, considerando que as atitudes do acusado foram suficientes para infundir na vítima temor de um mal grave e injusto. A ofendida, contra a sua vontade, cedeu por se sentir seriamente ameaçada e violentada. Concluiu-se que o relato da vítima, acerca do pavor que sentiu com o modo brutal com que o autor falou e a despiu, já demonstrava a força intimidatória sobre ela exercida pelo apelado. Ademais, ponderando-se “... o conhecimento (...) das notícias estampadas diariamente nos matutinos de todo o País, que relatam um sem número de mulheres mortas, ou gravemente feridas ao resistirem aos assédios de estupradores, ficou assentado que ‘o local ermo para onde foi levada já era suficiente para intimidar. E, ali, adiantariam outras manifestações de resistência?’. Além disso, ‘nos dias atuais, a coação nas condições em que foi imposta impõe receio de mal maior às moças, constrangidas a entrarem no cerrado ermo’” (Ac. da 1ª Turma do STF, no *Habeas corpus* n. 68.080-1/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. 19.2.1991, DJ 15.3.1991).

⁷⁵ Destaque-se que no passado o medo integrava a noção de violência: “O *stuprum violentum* era cometido contra a vontade da mulher, a cópula não permitida e não consentida. A noção de violência era ampla, compreendendo não só a força, a *vis*, entendida como a *necessitas imposita contraria voluntati*, como está em *Digesto*, Liv. IV, 2. 1 (Ulpiano), mas também o *metus*, um *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione*” (MESTIERI, João. A condição da mulher e os crimes contra a moralidade em Roma. *Livro de Estudos Jurídicos*. Coordenadores James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, n. 2, p. 363).

A ausência de luta corporal não elide a existência de dissenso autêntico durante toda a fase executiva do delito. Da mesma forma, o reconhecimento do crime não depende da presença ou do número de lesões corporais na vítima. A prova do crime pode ser feita por outros meios, à luz do princípio da convicção racional do julgador.

Cumprido ressaltar que a inexistência de vinculação do juiz criminal ao processo que instruiu (princípio da identidade física) e, de outra parte, a existência de duplo grau de jurisdição, impõem, ao magistrado responsável pela colheita da prova oral, particular cuidado naquelas hipóteses em que a palavra dos protagonistas do crime constitui o principal elemento de convicção do julgador. Avulta a importância de ouvir com atenção acusado e vítima e tentar reproduzir, com fidelidade e detalhamento, as declarações prestadas, de modo a possibilitar que também as contradições, hesitações e emoções que transpareçam em audiência possam, ao menos minimamente, ser alcançadas por outro órgão do judiciário que intervenha no processo. Por vezes a constituição física, a postura e o comportamento dos inquiridos influem decisivamente para o convencimento sobre a veracidade, no todo ou em parte, das declarações.⁷⁶ Mas é preciso que o juiz-instrutor procure integrar, ao relato colhido, esse acervo de informação não verbal, às vezes decisivo para a valoração da prova.

Felizmente, vai longe o tempo em que se duvidava da ocorrência do estupro ao argumento de que esse crime poderia ser facilmente evitado pela vítima com a movimentação constante do corpo.⁷⁷

⁷⁶ Com efeito, é ponto assente que a comunicação não se estabelece apenas por palavras e que estas devem ser apreciadas no contexto da mensagem em que se integram. Assim, a linguagem silenciosa do comportamento, as certezas, incoerências, lacunas, coincidências e inverossimilhanças, inflexões de voz, (im)parcialidade, serenidade, “olhares de súplica”, seriedade e sentido de responsabilidade manifestados, são elementos que auxiliam no processo de avaliação da credibilidade do depoimento.

⁷⁷ cfe. RIBEIRO PONTES, Thiago. *Código penal comentado*, cit., p. 352.

6.4. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal

Peculiar relevo apresenta o *ato libidinoso diverso da conjunção carnal*, elemento normativo do tipo previsto no art. 214 do Código Penal.

Para o sistema criminal pátrio, conjunção carnal – que também configura ato libidinoso – é a cópula realizada por duas pessoas de sexos diferentes, com penetração, ainda que mínima, do pênis no conduto vaginal.

O conceito de ato libidinoso para efeitos de caracterização do atentado violento ao pudor, extrai-se, pois, por exclusão, consistindo, a rigor, em todo ato corporal lúbrico, com conotação sexual – que não seja conjunção carnal ou a isso tenha visado – exercido *com, por* ou *sobre* pessoa de um ou outro sexo. Com efeito, a tipificação exclui tão somente a cópula normal e os atos a ela tendentes.

É inegável que toques nas partes pudendas e outras zonas erógenas do corpo – inclusive a boca – revestem-se, quase sempre, de caráter sexual e configuram atos libidinosos. Questão diversa é saber se a pena prevista para o crime de atentado violento ao pudor guarda proporcionalidade com a conduta criminosa, o que se examinará mais adiante.

Note-se que a previsão típica brasileira não contém qualquer exigência no tocante à gravidade da conduta. Não se fala, por exemplo, em ato sexual “de relevo”, como previsto no Código Penal Português.

Dentre o que já escreveu a respeito do beijo lascivo, destaca-se a inesquecível argumentação de Peco, sempre digna de atenta leitura:

Para Majno, jamás puede constituir un acto libidinoso, sólo ofensa al pudor, lo cual no se asienta en el acto singular del beso, sino en el hecho complejo de las circunstancias concomitantes. Sólitamente el beso ilícito no es un accidente aislado, es un episodio de actos dirigidos al desahogo pleno de la lujuria; más cuando es un acto singular, procura un desenlace libidinoso. En las relaciones sexuales, el beso, aun el más aparentemente casto, tiene un deajo lascivo, si se penetra en los estratos más profundos del acto deleitoso. En las empresas sensuales, la destreza y el instinto, se conciertan en el beso, como

poderoso estímulo para provocar la excitación voluptuosa. ¿Puede cuestionarse la lascivia de besos ardorosos ininterrumpidos, aunque no vayan acompañados de otras exteriorizaciones: si seniles deformaciones caducas del instinto, si juveniles desbordes prematuros? Parejas consideraciones arriban al rechazo de la tesis de Viazzi, para quien el beso, aun violento, no configura acto libidinoso alguno, por constituir un hecho sexual secundario. Aparte de las dificultades, a veces insuperables, para diferenciar los hechos sexuales secundarios de los principales, el beso lascivo tiene tanta propiedad para la excitación sexual, como cualquier tocamiento libidinoso. Para De Luca, el que besa a una joven, la compulsa violentamente a tolerar un acto no querido y acaso repugnante, concurriendo el delito de violencia privada, si el agente tiene conciencia de la falta de consentimiento de la persona besada. Al igual de la violación, el abuso deshonesto o el acto violento libidinoso, es un gajo separado del tronco jurídico de la violencia privada; por consiguiente, sólo cobra este aspecto cuando las legislaciones no estructuran independientemente los delitos contra la libertad sexual. El beso no consentido, según Maggiore, es un acto libidinoso, salvo que la costumbre lo convierta en lícito: beso entre parientes o entre extraños, por amistad, devoción, etiqueta, rito; es uno de los casos de derogación de la ley por la costumbre. (...) El beso fugitivo de un audaz, por venganza, se acerca más a la injuria que al acto libidinoso: la ofensa es más poderosa que lasciva; el beso cálido de un atormentado es más vecino del abuso deshonesto que de la injuria: el deleite prevalece sobre la afrenta. (...) En la lista de los sentimientos, el beso ilícito lesiona conjuntamente el honor, el pudor y la castidad, pero de manera principal produce lastimadura en uno u otros sentimientos, según el complejo de las circunstancias, sobre todo, el impulso y el móvil. (...) Con todo, arguye Pende, reprimir como injuria, el beso violento movido por la venganza, equivale a considerar ultraje al pudor o injuria según sea pública o privada la violación cometida por venganza. Contra esta argumentación se opone este razonamiento: en la violación por venganza concurren todos los extremos del delito: violencia y conjunción carnal; en tanto, que en el beso violento el propósito vengativo elimina, casi siempre, la voluptuosidad consiguiente al acto libidinoso. En suma, para la represión a título de acto violento libidinoso, a la ofensa al pudor y a la castidad, se ha de agregar el propósito lascivo.⁷⁸

O tipo penal em comento confere severo tratamento a quem, mediante violência ou grave ameaça, imponha a outrem a prática de ato libidinoso. Muitas críticas incidem sobre o dispositivo e não são poucos os que, invocando a sanção prevista, defendem sua inaplicabilidade em relação a uma série de condutas que, de rigor, se enquadrariam na figura típica.

É fácil constatar que, até o advento da Lei 8.072/90, os doutrinadores brasileiros, como regra, reconheciam grande amplitude ao conteúdo da expressão ato

⁷⁸ PECO, José. Abuso deshonesto. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. I, p. 140-141.

libidinoso, aí incluindo os toques em partes íntimas das vítimas, mesmo que sobre as roupas, e o famigerado beijo lascivo, desde que extorquidos do ofendido mediante violência ou grave ameaça. Com a elevação das penas e a previsão de tratamento mais gravoso aos autores do crime, operou-se significativa mudança de entendimento. Assim, por exemplo, Bitencourt⁷⁹ e Nucci⁸⁰.

Se, de um lado, a gravidade da sanção penal impõe uma mudança legislativa, permitindo melhor compatibilização entre a conduta e a reprimenda, de outro, preocupante se mostra a extensão que é conferida, na prática, ao raciocínio dos doutrinadores. Com efeito, o crime é grave e não pode haver a banalização da violação de bens jurídicos tão caros ao ser humano.

Para ilustrar, colaciona-se uma decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça

⁷⁹ “A partir da Lei dos *crimes hediondos*, em que pese a divergência, passar as mãos nas coxas, nádegas e seios da vítima, ou mesmo um abraço, configura, a nosso juízo, a *contravenção* do art. 61 da lei especial. Essa interpretação é recomendada e autorizada pelo *princípio da proporcionalidade*, não se podendo ignorar o desnível que estas condutas apresentam em relação não só ao desvalor da ação como também em relação ao desvalor do resultado, exigindo, estas, menor severidade na sua repressão (proporcional)” (BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 700).

⁸⁰ “Distinção entre atentado violento ao pudor e importunação ofensiva ao pudor: em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida integralmente em regime fechado, não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal, e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. Além disso, é preciso considerar o tempo utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor, mas uma importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo. Neste último caso, trata-se do delito previsto no art. 214. Convém mencionar a lúcida manifestação de Delmanto a respeito do cuidado do juiz ao proceder à distinção entre o crime e a contravenção: ‘A cominação de pena *igual* à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime *hediondo* (art. 1º da mesma lei), é de todo excessiva nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva (...), sendo a sua pena mínima (seis anos) até mesmo superior ao mínimo previsto para a lesão corporal seguida de morte (quatro anos). Diante do absurdo e da incongruência da lei, restaria ao juiz, nessas hipóteses, *desclassificar* o delito para a contravenção do art. 61 da LCP, que, sob o *nomen juris* de *importunação ofensiva ao pudor*, pune com multa aquele que ‘importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor’; ou caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato *atípico*’ (*Código Penal comentado*, p. 417)” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 586).

de São Paulo, em um caso em que o réu era acusado da prática, no mesmo contexto fático, de roubo e de atentado violento ao pudor. Os julgadores reconheceram a configuração do crime de roubo sustentando que “O roubo simples caracterizou-se, não sendo caso de desclassificação para furto por arrebatamento: a ofendida se sentiu atemorizada, porque o acusado fazia menção de sacar da cintura uma arma. A ameaça, portanto, existiu e o nobre Magistrado, em sua bem cuidada sentença, acertou, ao considerar caracterizado o roubo simples”. Bem diversa, porém, foi a solução para o crime sexual. Observe-se: “Quanto ao delito de atentado violento ao pudor, no entanto, embora ponderoso o entendimento do Meritíssimo Juiz, é preciso considerar que o beijo tentado e o apalpamento dos seios e do órgão genital da vítima não levaram senão alguns segundos, como se pode inferir das declarações de Cláudia de Paschoal, às fls. 36”. E mais adiante: “Ora, no caso, tudo indica que o acusado se encontrava um tanto embriagado. Praticou a subtração e culminou por tentar beijar a vítima, passando-lhe a mão nos seios e no órgão genital. Mas, é evidente que a intenção libidinosa, se houvesse, não iria limitar-se a atos tão ligeiros”. Vale dizer, reconheceram a existência de grave ameaça, tanto que enquadraram a subtração patrimonial como roubo, mas a intervenção na intimidade da vítima foi deveras minimizada, sendo desclassificada para a contravenção de perturbação da tranqüilidade (sem, ressalte-se, indicar se presente o acinte ou o motivo reprovável exigidos pelo art. 65 da Lei de Contravenções Penais). O verdadeiro móvel da decisão, nesse particular, foi o argumento final: “Nem seria crível que se pudesse impor ao apelante a pena de seis anos, a mesma para atos muito mais reprováveis, como o coito anal e a felação. Se a pena deve equiparar-se ao desvalor da conduta, como aceitar a imposição da pena de seis anos, para quem sequer passou a mão na vítima por baixo da roupa?”. Como se vê, para o ataque sexual, sequer o constrangimento ilegal – a “maravilha curativa”, referida por Roberto Lyra⁸¹ –, foi reconhecido pelo Tribunal.⁸²

⁸¹ “O crime de constrangimento ilegal, como o de ameaça, ataca a liberdade moral. O art. 146 contém norma genérica, que servirá, subsidiariamente, para sancionar qualquer violência não

Atualmente é quase uníssono o entendimento de que a atuação do direito penal deve ser reservada para as condutas que violem gravemente bens jurídicos considerados relevantes. Ou, de outro modo: “Constitui-se, portanto, em preocupação elevada o limitar as condutas a serem criminalizadas, só se devendo considerar dignas de tal aquelas que, efetivamente, ofendam, de forma grave, bens jurídicos relevantes” porque “... dado o impacto decorrente da utilização do direito penal, ela somente se legitima quando da ocorrência de eventual necessidade impositiva, no sentido de refrear grave violação a valores constitucionais”.⁸³

É preciso refletir sobre a medida em que tal linha de raciocínio possa incidir em se tratando de direitos fundamentais, cuja proteção implica um acentuado desvalor de conduta do agente.⁸⁴ Conquanto justificável o estabelecimento de penas menores para determinadas hipóteses de violações, é questionável negar a atuação estatal quando há intromissão coativa sobre a esfera de liberdade e de dignidade do indivíduo.

No tipo do crime em estudo, a *norma de conduta*⁸⁵ é “é proibido

prevista de modo expreso, ou sem correspondência precisa ao rigor dos demais textos. É um recurso elástico a simplicidade dos preceitos, diante da complexidade da vida, agravada pela aplicação literal e pelas mudanças, hoje radicais, de costumes e de interesses. É ‘maravilha curativa’, como o art. 132” (LYRA, Roberto. Constrangimento ilegal. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. XXII, p. 38-40).

⁸² Ac. da 5ª Câ. Crim do TJSP, na Ap. Crim. n. 135.642-3, rel. Des. Celso Limongi, j. 11.02.93.

⁸³ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

⁸⁴ “El Derecho no puede prohibir la causación de resultados, sino sólo la realización de acciones dirigidas a la lesión de un bien jurídico o que lleven consigo la posibilidad (peligro) de dicha lesión. (...) En los delitos dolosos de acción se prohíben las acciones dirigidas por la voluntad a la lesión de los bienes jurídicos, siempre que sean, al mismo tiempo, peligrosas, es decir, que la producción del resultado delictivo aparezca *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable. Estas normas prohibitivas tienen su fundamento en la valoración positiva de ciertos bienes por parte del Derecho, que los eleva a la categoría de bienes jurídicos y en la valoración negativa de las acciones dirigidas a su lesión y que sean peligrosas desde el punto de vista *ex ante*” (CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. II: Teoría jurídica del delito, p. 155-156).

⁸⁵ “Uma vez elaborado o texto legal, cabe ao intérprete desse enunciado (e ao aplicador da lei), em primeiro lugar, extrair a *norma de conduta* (qual é a pauta de conduta que está sendo exigida de todas as pessoas: no homicídio, *v.g.*, do enunciado legal se extrai a pauta de conduta: é proibido matar) e a *norma de sanção* (o que e como o juiz deve sancionar quem violar a norma de conduta: a

constranger, mediante violência ou grave ameaça, a ato libidinoso”. Nesse passo, é importante não perder de vista que dano e lesão são coisas diversas,⁸⁶ que objeto jurídico e objeto material não se confundem,⁸⁷ e que merece especial cuidado a análise de condutas que envolvam constrangimento do ofendido para a prática de atos que, embora prazerosos quando consentidos, agridem, em maior ou menor grau, quando impostos.

quem viola a norma de conduta o juiz tem de aplicar a pena de seis a vinte anos de reclusão) Toda a *norma de conduta* tem duas dimensões: a *valorativa* (toda a norma existe em função de um valor, isto é, de um interesse ou bem que o legislador valorou positivamente e quer proteger) e a *imperativa* (a norma cria uma pauta de conduta e exige de todos que se comportem de acordo com a pauta estabelecida; a pauta de conduta é, por isso, coativamente imposta a todos)” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 102).

⁸⁶ “Tudo isso revela o quanto é importante distinguir entre dano e lesão: dano é um conceito natural; lesão ou perigo concreto de lesão é um conceito normativo (depende de um juízo de valor)” (GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*, cit., p. 104).

⁸⁷ “O objeto jurídico do crime não se confunde com seu objeto material. Este constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa) incluído na definição do delito, sobre o qual vem recair a ação punível. (...) *A priori*, não é possível afirmar que o bem jurídico seja sempre um estado ou uma condição, e muito menos a identidade substancial do objeto de proteção, pois este será, conforme seja a norma, realmente um estado, como a integridade corporal, mas pode também ser um sentimento como a honra, um direito subjetivo, como a propriedade, enfim pode ser um bem corpóreo ou incorpóreo. (...) Não se deve confundir o bem jurídico com o escopo da norma. Fim e objeto são categorias logicamente distintas, mesmo não havendo escopo sem objeto. (...) O fim da norma é a tutela de um valor social, que não se compõe exclusivamente de um bem jurídico: o desvalor da conduta não é dado apenas pela ofensa a um bem jurídico. (...) Mas o escopo da norma é elemento valioso para identificação do bem jurídico, pois chegamos a este através da interpretação da norma, onde o escopo é de capital importância (método teleológico). Ao descobrirmos o escopo que a norma penal quis perseguir com sua incriminação, teremos descoberto o objeto jurídico. Não é tarefa fácil, mas imprescindível ao jurista” (LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 81- 82).

7. TIPICIDADE SUBJETIVA

Bastante controvertido na jurisprudência, o tipo subjetivo do atentado violento ao pudor demanda particular reflexão, especialmente porque tem sido invocado para justificar o enquadramento, em outras figuras típicas, de condutas objetivamente caracterizadoras de atos libidinosos.

7.1. Inexistência de modalidade culposa

Inicialmente se anota que, ausente previsão legal respectiva, não se cogita da responsabilização penal por atentado violento ao pudor *culposo*.

Como é curial, para o sistema penal brasileiro a punição da modalidade culposa do comportamento incriminado é excepcional. A regra é a de que ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente, nos termos do art. 18, parágrafo único, do Código Penal, que, após enunciar o princípio reitor, estabelece a exceção “salvo nos casos previstos em lei”. Assim, no silêncio do tipo penal pátrio acerca de punição para a prática culposa de determinada conduta, somente incide sanção penal diante da comprovação do dolo do agente.

7.2. Dolo do agente

Da regra do art. 214 do Código Penal emerge somente a punição do agente a título de dolo.

Animado pelo chamado dolo *direto*,¹ o sujeito ativo, consciente e

¹ O dolo eventual pode fazer-se presente quando o agente age com dúvida em relação ao consentimento, assumindo o risco de produzir o resultado. Em comentários ao crime do art. 163º do Código Penal Português, anota-se que “o tipo subjectivo de ilícito exige o dolo, em qualquer das suas formas. Hipóteses de dolo eventual suscitar-se-ão sobretudo, na prática, relativamente à falta de acordo ou à vontade contrária da vítima. O agente tem de actuar representando pelo menos como possível a resistência e, nos termos do art. 14º-3, conformar-se com a realização do tipo objectivo, isto

voluntariamente, dirige sua ação à obtenção do ato libidinoso, com ciência da sua libidinosidade e do constrangimento imposto à vítima. Concorrem para a prática da infração penal os momentos intelectual e volitivo do dolo identificados por Welzel.

Da leitura do art. 214 extrai-se que o tipo não exige qualquer elemento subjetivo além do dolo. Não há, na descrição típica correspondente, menção a eventual especial fim de agir. O sujeito ativo age impulsionado pela decisão e vontade de constranger a vítima a ato libidinoso diverso da conjunção carnal. É o quanto basta.²

Há quem sustente, no entanto, que seria imprescindível o agente praticar a ação visando à satisfação da lascívia. Nesse sentido, por exemplo, Guilherme Nucci: “Elemento subjetivo do tipo: é o dolo. Não existe a forma culposa. Há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na *finalidade especial de satisfazer a própria lascívia*. Esse objetivo é o que diferencia o atentado violento ao pudor do constrangimento ilegal”.³

Por sua vez, Bitencourt afirma peremptoriamente: “O elemento subjetivo geral é o dolo, constituído pela vontade consciente de praticar ato libidinoso, diverso da conjunção carnal. A nosso juízo, é absolutamente irrelevante a eventual existência de *elemento subjetivo especial* da conduta praticada”.⁴

Regis Prado diz que a doutrina diverge quanto à presença ou não, no tipo

é, com a utilização da coacção (exactamente nestes termos, para o direito suíço, Trechsel art. 187 9)” (DIAS, Jorge de Figueiredo, org. *Comentário conimbricense do código penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, t. I, p. 456).

² Neste particular, merecem atenção os posicionamentos colhidos por Dávila: “Eugenio Cuello Calón cita algunos fallos judiciales que declaran la existencia de este delito aun cuando los actos impúdicos se realicen sin fin lúbrico, siempre que haya ofensa para la honestidad de la víctima. Carlos Creus dice que ‘si se tiene en cuenta el bien jurídico protegido, hay que concluir en que, cualquiera que sea el móvil del autor, si el acto tiene objetivamente por sí mismo un sentido sexual o impúdico, igualmente ataca aquel bien, aunque el agente no haya querido con él dar rienda suelta a sus impulsos sexuales’” (Carlos Creus, *Derecho Penal: parte especial*, Buenos Aires: Astrea, 1988, t. I, p. 232). DÁVILA, Roberto Reynoso. *Delitos sexuales*. México: Porrúa, 2000, p. 38.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 585.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 859.

legal, do *elemento subjetivo especial do injusto*; há uma corrente entendendo que a norma penal exige que a conduta do agente tenha por finalidade a satisfação da própria lascívia, e outra, repelindo a tese anterior por considerá-la radical e divorciada da melhor interpretação do art. 214 do Código Penal, que não exige para a sua configuração “o fim de saciar paixões lascivas” previsto no art. 266 do Código de 1890. Para a segunda, defendida por Magalhães Noronha e Paulo José da Costa Júnior, não importa que o agente tenha praticado o ato libidinoso com a intenção de humilhar a vítima ou de vingar-se desta, já que o elemento subjetivo do delito exige apenas que o agente tenha consciência e vontade de praticar um ato libidinoso que viole o pudor sexual da vítima. Por fim, Regis Prado conclui que o melhor posicionamento é aquele que prima pela existência de um *elemento subjetivo especial do injusto* no delito de atentado violento ao pudor, “qual seja o *especial fim de praticar com a vítima ato libidinoso diverso da conjunção carnal*”, constituindo, pois, o crime em apreço *delito de tendência (intensificada)*, tal como o delito de estupro.⁵

Da lição de Paulo José da Costa Júnior, porém, não se extrai a exigência do especial fim⁶ de satisfação da lascívia, mas o mesmo objetivo apontado por Regis Prado: alcançar a prática do ato libidinoso visado. Observe-se: “Além do dolo genérico (vontade de empregar a violência na conjunção carnal), o crime exige o dolo específico, representado pela finalidade de manter conjunção carnal com mulher. É esse elemento que irá nortear o julgador a detectar se se trata de tentativa de estupro, ou de atentado ao pudor. (...). Irrelevantes os motivos determinantes do crime, ou o fato de achar-se o agente dominado por violenta paixão”.⁷

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 184 a 288*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 206.

⁶ Releva observar a diferença entre motivo e fim: “Móvel e finalidade são duas palavras diversas, com distinto significado. Móvel, ou motivo, é o impulso que impele o agente a seu ato; finalidade, pelo contrário, é o escopo, o alvo ao qual ele se endereça com seu ato. O primeiro é um ponto de partida; o segundo, de chegada. O móvel, v. g. pode ser o ciúme; o fim, o homicídio” (MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 99).

⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo:

A questão foi objeto de polêmica entre Magalhães Noronha e Nelson Hungria.

No tocante ao elemento subjetivo do crime de estupro, Noronha sustenta que o objetivo do agente é a conjunção carnal com a ofendida e que os motivos determinantes do delito não influem em sua constituição. Assim, o ataque a uma virgem pode ser motivado pelo desejo único de desafogar a luxúria ou de vencer a resistência dos pais e conseguir desposar a amada.⁸ Quanto ao crime de atentado violento ao pudor, assevera que a lei deixou de prever *o fim* do agente, como fazia o Código Penal anterior, o qual, no art. 266, dizia taxativamente: “... com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”.⁹ Para Noronha, o crime completa-se com o dolo genérico; o elemento psicológico é constituído pela vontade de realizar um ato libidinoso com a consciência de sua libidinosidade, nada importando que a ação seja movida por outro escopo que o da satisfação carnal.¹⁰ Observa o autor que a ofensa ao pudor é, via de regra, a consequência natural, normal e imediata do ato libidinoso, e assim não seria admissível a alegação do réu de não querer ferir o pudor do ofendido, principalmente considerando, destaca Noronha, que o nosso Código Penal equipara o dolo eventual ao direto, “consumando-se o crime não só quando o agente quis o resultado que produziu como também quando, querendo o ato e sendo-lhe indiferente o resultado, assumiu, entretanto, o risco de produzi-lo”. Na seqüência, critica a opinião de Hungria,¹¹ afirmando que “deserve inteiramente aos interesses sociais”.¹² E

Saraiva, 2000, p. 502.

⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 82.

⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 98.

¹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 101.

¹¹ “A taxativa referência da lei a especiais motivos (impulsos lascivos ou depravação moral) é passível de censura, por isso que implica uma desarrazoada restrição. O nosso estatuto penal foi infiel ao seu modelo, isto é, o Código Penal português, que, no seu art. 391, é muito mais amplo na identificação do crime em questão: ‘Todo o atentado contra o pudor de uma pessoa de um ou de outro sexo, que for cometido com violência, quer seja para satisfazer paixões lascivas, quer seja por outro qualquer motivo, será punido etc.’. Perante o texto da nossa lei, não cometerá o crime em apreço o indivíduo que, praticando o ato impudico, tenha tido por móvel, *in exemplis*, o exercício de uma

exemplifica: “O indivíduo que, de arma em punho, obriga a esposa de seu inimigo ao coito nefando, completo ou incompleto, com o fim de escarnecer dele mais tarde, não atenta absolutamente contra o pudor da mulher: pratica somente o levíssimo crime de injúria real (art. 140, § 2º)”.¹³ E prossegue na crítica a Hungria:

Engana-se ainda o eminente professor quando diz que é pelo fim específico do atentado ao pudor que ele se distingue do estupro consumado ou tentado. Ora, se o projecto penalista admite que para o estupro é necessário o dolo específico — a conjugação sexual é o escopo da vontade do agente e nisto reside a distinção entre a tentativa de estupro e o consumado ou tentado *atentado violento ao pudor* (que visa a ‘ato libidinoso diverso da conjugação carnal’) —, claro está que para o discrimine entre as duas figuras não é mister dolo específico no atentado ao pudor, visto que no estupro o *fim* é exclusivamente a *conjugação sexual*, que, em hipótese alguma, entra no delito do art. 214. Noutras palavras, basta haver no estupro *dolo específico*, para que se distinga do atentado violento ao pudor, que se contenta com o genérico (vontade, representação do resultado e consciência da antijuridicidade).¹⁴

No atentado violento ao pudor o agente constrange (ou tenta constranger) a vítima a ato libidinoso distinto da cópula vaginal. Isso consta claramente do tipo penal respectivo. Mas dizer que o fim do agente é praticar com a vítima ato libidinoso diverso da conjugação carnal é diferente de afirmar que seu fim é o de satisfazer a própria lascívia.

Analisando o elemento subjetivo do crime de estupro, Mestieri aduz que o dolo desse crime “consiste no propósito, presente na ação delituosa, de obter a conjugação carnal natural *contra* a vontade da mulher; isto é, tendo presente a necessidade de remoção de *obstáculo* apresentado pelo dissenso e resistência da vítima”.¹⁵ Ao depois, acrescenta: “O tipo básico do delito é *congruente* e se forma, o

vingança ou o simples propósito de desacreditar a vítima. Não é suficiente que o ato seja lesivo ao pudor: é ainda preciso que obedeça à finalidade de saciar paixão lasciva ou de depravação moral” (HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: parte especial*. 1937, v. 2, p. 39, *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 101-102).

¹² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 100.

¹³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 100-101.

¹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 101.

¹⁵ MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 91.

tipo subjetivo, do dolo e das demais características subjetivas; contudo, não são relevantes manifestações subjetivas não encontrando correspondência no tipo objetivo, máxime as *finais*, de vez que o dolo é genérico e não específico.”¹⁶

Após tratar da configuração do “ato libidinoso”, Chrysolito de Gusmão ressalta:

O usarmos a expressão *manifestação da atividade sexual* é decorrente de se não poder aplicar, em forma absoluta, ao nosso Código (1890), a restrição que os escritores italianos aplicam ao Código da Itália de 1889, fixada pelo erudito Viazzi, e que seguida foi por Puglia, Pozzolini e outros, qual a de que tais atos devem ser um *equivalente fisiológico e psíquico da conjunção carnal, da cópula*, princípio que é de aplicar, certamente, ao nosso Código como preceito fundamental, mas não como restrição absoluta, pois pode o ato, como veremos, ter como causa, como fundamento, não a satisfação, unicamente, das paixões lascivas, mas, também, *a mera depravação moral*, distinção legal essa que não é de desprezar, na errônea pressuposição de que se trate de expressões equipolentes. Indivíduos, de fato, há, no-lo comprovam os estudos de Antropologia e Medicina Legal, que praticam atos que atentam, verdadeiramente, contra o pudor da vítima e isso *sem que o seja, muita vez, para a satisfação do instinto sexual em suas variantes aparentes, mas, puramente, pelo desejo insopitável de perverter, ou ainda por uma solicitação autômata de vício ou degeneração mental...*¹⁷

Nessa linha, Feu Rosa observa que o entendimento jurisprudencial tende a firmar-se no sentido de que “o elemento psíquico do crime de atentado violento ao pudor pode ser o objetivo de desprezo, ridículo, achincalhe, enfim, de alguma ou qualquer espécie de ofensa moral, fora a lascívia carnal, e que há a consumação do crime, sem necessidade de se investigar o objetivo do agente, desde que tenha havido agressão ao pudor e oposição enérgica e sincera da vítima”.¹⁸

¹⁶ O autor ainda invoca a lição de Ernesto Ure: “es totalmente indiferente que el inculpado haya actuado para desahogo de su libido, por pasión amorosa, por venganza o superstición, o por el deseo de tener descendencia o de deshonorar a la víctima, o para decidirla a consentir en el matrimonio propuesto” (MESTIERI, João. *Do delito de estupro*, cit., p. 91).

¹⁷ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 174.

¹⁸ FEU ROSA Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 558.

Discordando da exigência de que a atuação do agente vise à satisfação de seu apetite sexual,¹⁹ Damásio E. de Jesus e Júlio Fabbrini Mirabete também sustentam que a lei não exige esse requisito, bastando a intenção de praticar o ato e a consciência de sua libidinosidade. Para esses autores, portanto, mesmo que o ato tenha sido praticado por vingança ou para envergonhar a vítima, constituirá crime de atentado violento ao pudor, e não constrangimento ilegal.²⁰

Especificamente em relação ao tema, quatro decisões judiciais merecem destaque.

Na primeira, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em fevereiro de 1977, reconheceu a prática de crime de atentado violento ao pudor por policiais que obrigaram presos à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, admitindo que o móvel dos agentes não era a satisfação da lascívia. Os agentes constrangeram um detento “de certa idade, aleijado e doente” à prática de “cunnilingus” em uma detenta. Os julgadores entenderam que a configuração típica prescinde de indagação acerca do objetivo do agente e depende apenas da imposição à vítima da prática de ato libidinoso que fere o pudor.²¹

Na segunda, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em setembro de 1993, rejeitando a tese de não-configuração do delito por ausência do fim de satisfazer a concupiscência, manteve condenação a 7 anos de reclusão (art. 214 c.c.

¹⁹ Em comentários ao Código Penal português, Sénio Manuel dos Reis Alves explica o elemento subjetivo da *violação*, crime que abrange, além da conjunção carnal, também outros atos libidinosos que importem penetração, como coito anal ou bucal: “O elemento subjectivo do crime de violação não merece tratamento desenvolvido, na medida em que se trata de matéria onde tem havido entendimento pacífico. Saliente-se, apenas, que o dolo do agente há-de abranger não só a vontade de praticar a cópula (ou coito anal) mas, também, o conhecimento das circunstâncias de facto que a lei considera elementos do crime (é, nomeadamente, necessário que o agente saiba que realiza a cópula contra a vontade da mulher ou que o consentimento por ela eventualmente prestado não é livre e, consequentemente, relevante)” (ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais*: notas e comentários aos artigos 163º a 179º do código penal. Coimbra: Almedina, 1995, p. 38).

²⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 105; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 2, p. 419-420.

²¹ Ac. da 1ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 130.920, Capital, rel. Des. Cavalcanti Silva, j. em 14.2.77. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 500, p. 310-314, jun. 1977.

art. 61, “d” - meio cruel). Entenderam os julgadores que o réu agira para castigar a vítima, e não com propósito lascivo, quando obrigou a amásia a despir-se e ficar de gatinhas e depois golpeou-lhe as nádegas com o facão, cortou-lhe o seio, queimou, com ponta de cigarro, seu seio e sua vagina e nesta introduziu a mão e uma bucha. E aduziram que, embora o motivo do agente possa ser o desprezo, o ridículo da vítima, a intenção é praticar um ato que lesa o pudor, e a liberdade sexual não é menos agravada porque o fim do agente não era a luxúria. Realçaram os atos de sadismo, a posição desenganadamente erótica e as regiões visadas pelos atos – vagina, nádegas e seios, e enfatizaram que a lei não reclama o fim especial de satisfação da lascívia.²²

Na terceira, o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Campina Grande, na Paraíba, em agosto de 1996, condenou por atentado violento ao pudor, na forma qualificada pela gravidade das lesões, agentes que abordaram a vítima, apossaram-se de seu carro, conduzindo-a para local distante e um deles, nela provocou, com uma faca, cortes nas coxas e na região pélvica, depois cortou os pequenos e grandes lábios da vagina e introduziu o cabo da faca, uma peixeira, em seu ânus. Afirmaram que não manteriam relações sexuais com a vítima porque ela “não era mulher que dava tesão para os dois”. O julgador entendeu que as condutas praticadas se inserem no âmbito do prazer erótico do sadismo e que os atos eram de concupiscência. O magistrado também reconheceu a autonomia do crime de seqüestro, ressaltando que a intenção delitiva era de restrição da liberdade e não subtração violenta do veículo.²³

Por fim, e em sentido contrário, uma decisão absolutória da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferida em setembro de 1985, sustentando, equivocadamente, que só se configura o crime de atentado violento ao pudor quando o ato, além de materialmente indecoroso, traduz, por parte do agente, expansão de luxúria. No caso em julgamento, professores de educação física, a título

²² Ac. da 5ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 145.985-3/3, Diadema, rel. Des. Dante Busana, j. em 9.9.93. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 702, p. 330-332, abr. 1994.

²³ Ação penal n. 015/96, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande, PB, prolatada em 15 de agosto de 1996 pelo Juiz de Direito Wolgram da Cunha Ramos.

de trote, introduziram, no ânus de menores com idade entre 12 e 14 anos, o bico de tubos de pasta dentifírcia e ali os espremeram, injetando o conteúdo no interior do reto dos menores e dizendo-lhes que isso era para que eles evacuassem branco e assim não fossem mais “virgem”. Os menores, escolares de cidades vizinhas, tinham ido participar de um campeonato e estavam sob guarda de um dos professores, nas acomodações do ginásio de esportes local. Os agentes haviam sido condenados em primeira instância por atentado violento ao pudor na forma continuada, porque se entendeu que as vítimas, que sofreram lesões corporais de natureza leve, não teriam condições de opor reação, quer pela condição física e diferença de idade, quer pelo respeito ao mestre. O Tribunal, porém, entendeu que os atos, não obstante imorais, não tinham o fim de satisfazer a concupiscência dos agentes.²⁴

7.3. Erro de tipo em hipóteses de violência real

Deveras interessante se afigura a discussão acerca da possibilidade de reconhecimento, nessa espécie delitiva, do *erro de tipo* (art. 20, *caput*, do CP).

Cogita-se da admissão – para efeito de afastamento da tipicidade – da insciência do agente no tocante a algum dos elementos constitutivos do tipo legal. Imperfeito revelar-se-ia o momento cognoscitivo, que, segundo a lição de Machado, compreende “o conhecimento das circunstâncias objetivas do fato legal, sejam positivas, sejam negativas (v.g., o não consentimento no crime de rapto, art. 219)”²⁵

O crime de atentado violento ao pudor pressupõe o constrangimento da vítima, por meio de violência física ou moral. O sujeito passivo, contra sua vontade, pratica ou permite que com ele se pratique o ato libidinoso visado pelo agente. A figura típica contém a falta de consentimento da vítima como elemento da definição

²⁴ Ac. da 6ª Câmara Criminal do TJSP, na Ap. Crim. n. 33.436-3, São João da Boa Vista, rel. Des. Álvaro Cury, j. em 25.9.85. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 604, p. 324-327, fev. 1986.

²⁵ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 107.

legal do crime, vale dizer, o dissenso do ofendido funciona como elementar do tipo. Assim, o seu consentimento funciona como causa de exclusão da tipicidade do delito sexual; a presença de seu consentimento torna atípico o fato. Em casos que tais, atribui-se efeito de atipicidade ao consentimento válido, impedindo-se a persecução criminal.

No delito em comento, é necessário que o agente tenha consciência do ato libidinoso e conheça a vontade contrária ou a oposição da vítima, pois tal circunstância completa a violência, elemento do delito. Assim, o erro sobre o consentimento constitui erro de tipo, excludente do dolo (CP, art. 20).

Em alguns casos, a violência física, em maior ou menor grau, integra determinados *jogos sexuais consensuais*, não se caracterizando, aí, os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do CP, mas podendo responder o agente por lesões à integridade física da vítima. E a simulação de resistência, com maior ou menor empenho, também pode fazer parte de certas práticas sexuais. Por outro lado, o sujeito passivo pode, no exercício de sua liberdade sexual – que deve ser respeitado – concordar com determinados atos e se opor sinceramente a outros. Seu parceiro de lubricidade, contudo, pode crer que a negativa é fictícia, fantasiosa e acabar por realmente conseguir à força, contra a vontade do ofendido, a prática de determinado ato libidinoso.²⁶

A falsa percepção do agente acerca do dissentimento do ofendido pode provir de afoiteza, displicência, açodamento, desatenção; derivada, pois, de culpa. A punição pela modalidade culposa do crime sexual, contudo, resta inviabilizada ante a

²⁶ Podem ser invocados os exemplos apontados por Mestieri: “...Não se opondo a mulher ao congresso sexual não teremos dissenso e por isso nem mesmo violência *típica*. Não existirá o crime de estupro por deficiência do tipo objetivo. Supondo o agente a existência de consentimento – é a segunda hipótese – inferindo erroneamente o consentimento, seja das atitudes da mulher, de seu silêncio (*consentire etiamsi videtur qui non testificatur dissentire*), da natureza da reação oposta, da situação de fato e suas peculiaridades (*consensus non minus ex facto quam ex verbis colligitur*) desde que adequadas a provocar o erro, é de se reconhecer o erro de tipo em benefício do agente, incidindo a regra do art. 17, Código Penal” (MESTIERI, João. *Do delito de estupro*, cit., p. 86).

inexistência de previsão típica.

No mesmo diapasão, ROXIN discorre a respeito do “erro sobre a concorrência ou não concorrência de consentimento”, analisando duas hipóteses distintas: uma em que o agente intervém na esfera jurídica alheia acreditando equivocadamente que há consentimento; outra, em que ele desconhece o consentimento que existe objetivamente. Ponderando que o consentimento, quando admissível, exclui o tipo, aduz que a suposição errônea sobre sua existência é um erro de tipo que exclui o dolo e permite a penalização por fato imprudente (já vimos que no Brasil não há previsão de modalidade culposa para o crime do art. 214 do CP). De outra parte, se existe consentimento que não é conhecido pelo agente, então não se realiza o tipo objetivo; mas como o autor atua assim mesmo, com dolo típico completo, hipótese é de tentativa impossível, com tratamento próprio.²⁷ Observa-se que na segunda hipótese, ausente o dissenso, elemento do tipo, não se perfaz o crime de atentado violento ao pudor previsto no art. 214 do Código Penal, não incidindo responsabilização penal autônoma para o agente.

7.4. Erro de tipo em hipóteses de violência presumida

Especialmente em casos em que vítima de estupro ou atentado violento ao pudor enquadra-se nas hipóteses do art. 224 do Código Penal, é possível reconhecer o

²⁷ “Un error así puede presentarse de dos maneras: por un lado, quien irrumpe en una esfera jurídica ajena puede creer equivocadamente en la concurrencia de consentimiento; y por otro lado, puede desconocerlo, aunque exista objetivamente. Los problemas que en estos casos se derivan de la diferente adscripción sistemática del consentimiento y del acuerdo (cfr. para más detalles nm. 9 s.), no se presentan desde el punto de partida aquí defendido. Puesto que el consentimiento, siempre que sea admisible, excluye en todo caso la realización del tipo (nm. 12 ss.), su suposición errónea es un error de tipo, que, según el § 16, excluye sin excepción el dolo y permite, a lo sumo, una penalización por hecho imprudente. Y si concurre un consentimiento que no es conocido por el autor, entonces no se realiza el tipo objetivo; como el autor actúa, sin embargo, con dolo típico completo, se da una tentativa imposible, cuyo castigo se rige por los §§ 22 y 23” (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña e outros. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997, t. 1, p. 553).

erro de tipo.²⁸

Fernando de Almeida Pedroso admite a existência de erro de tipo quando o sujeito ativo mantém relação sexual com uma moça que conta apenas com treze anos de idade (art. 213 c.c. art. 224, “a”), mas que apresenta compleição e desenvolvimento físicos avantajados, aparentando cerca de vinte anos, idade que o agente supôs que ela possuísse.²⁹

Destaca-se que, nas hipóteses do art. 224 do CP, os componentes do tipo objetivo devem estar compreendidos no dolo do agente.³⁰ De fato, a equiparação legal (denominada *presunção*) não implica responsabilidade objetiva. O dolo do agente deve abarcar os componentes da violência ficta. Nas três alíneas do art. 224 do CP, a conduta do sujeito ativo deve estar informada pelo dolo, exigindo-se consciência do autor acerca da condição da vítima (na hipótese da alínea *b*, exige-se o dolo direto, admitindo-se o dolo eventual nas demais alíneas).

O reconhecimento do erro de tipo, aliás, foi o real fundamento do voto – acolhido pela maioria – proferido em maio de 1996 pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, absolvendo um réu anteriormente condenado por estupro com *presunção* de violência em razão da idade da vítima com quem mantivera conjunção carnal, uma menina de doze anos.³¹ O fato foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação de massa, mas sem os necessários esclarecimentos. É verdade

²⁸ A matéria foi abordada no tópico referente ao dissenso da vítima.

²⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 2000, p. 477.

³⁰ Em 1963, em famoso estudo sobre a idade da vítima e seus efeitos na esfera penal, já se reconhecia a possibilidade de exclusão da tipicidade nesses casos: “Teoricamente, o erro de tipicidade exclui o dolo, e, portanto, a própria tipicidade, enquanto que o erro de proibição, não alcançando a parte objetiva da figura típica, não tira o caráter doloso do fato, excluindo, apenas, a culpabilidade. (...) Em conseqüência, quando vencível o erro, na primeira hipótese, será o agente punido por crime culposos, se prevista a modalidade na lei, mas, na segunda, não sendo afetado o dolo pelo erro, haverá apenas uma diminuição de culpabilidade, e, por conseguinte, um abrandamento da pena” (GUERREIRO, Geraldo Arruda. A idade da vítima nos crimes contra os costumes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 201, p. 387, jan./fev. 1963).

³¹ Ac. da 2ª Turma do STF, no *Habeas Corpus* n. 73662-9/MG, rel. Min. Marco Aurélio.

que o acórdão mencionou várias vezes a evolução dos costumes e o irrestrito acesso à mídia, fatores determinantes para um contato precoce com a sexualidade, razão pela qual não existiriam mais “crianças de doze anos”, mas “moças de doze anos”. Em nenhum momento, porém, afirmou-se que a “evolução dos costumes” autorizava qualquer um a manter conjunção carnal com menores de quatorze anos. Não se disse que essa modalidade de crime não subsistia. E, não obstante todo esse discurso sobre os novos tempos e a “revolução comportamental”, bem assim a afirmativa de que “a presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade”, a absolvição se fulcrou no reconhecimento de que a presunção é relativa, mas não em razão de anterior experiência sexual da vítima, e sim por defeito na formação do dolo do agente, que agiu sem conhecer a idade da vítima, um dos elementos do tipo. Observe-se:

... A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher *e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos*, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. (...) A partir do exame da prova coligida, sustenta-se que não houve o estupro em si, já que *a vítima se passara por pessoa com idade superior à real, quer sob o aspecto físico, quer sob o aspecto mental*, tendo confessado em Juízo que mantivera relação sexual com o Paciente por vontade própria. (...) Ressalta-se que *o paciente pressupôs estar mantendo conjunção carnal com pessoa de idade superior aos dezesseis anos, verificando-se, assim, verdadeiro erro de tipo*. (...) Soma-se depoimento da testemunha Henrique Ambrósio de Souza, consoante o qual *‘(...) a vítima aparentava ter uns 15 ou 16 anos; é do conhecimento do declarante que ela saía com outros; que chegou a ver a menor sair à noite com outras pessoas de moto; que a menor anda muito pela noite ficando até de madrugada na rua e o depoente a considera uma prostitutazinha.’* (...) O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, *tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos*. (...) A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, *ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público*. (...) Consoante ensina Magalhães Noronha, a presunção inscrita na letra ‘a’ do artigo 224 do Código Penal é relativa, podendo ser *excluída pela suposição equivocada do agente de que a vítima tem idade superior a quatorze anos* (...). Também Heleno Cláudio Fragoso (...) afirma que a presunção em comento não é absoluta, *‘pois o erro plenamente justificado sobre a idade da vítima exclui a aplicação de tal presunção’*. Por tais razões, concedo a ordem para absolver o paciente. É o meu voto.

A ausência do dolo quanto a um dos elementos do tipo independe de “revolução comportamental”. O direito penal não se compadece com a responsabilidade objetiva e por isso afasta, nesse caso, a presunção de violência.

Ainda, vale referir a contradição constante da fundamentação. O voto reproduziu o depoimento da vítima que, com doze anos, afirmou: “*que a depoente não tem medo de pegar aids, nem de engravidar porque se tiver um filho o criará.*” E o julgador, falando da época em que foi editado o Código Penal, “nos idos dos anos 40”, afirmou que “àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida”, mas, “nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo”.

Ora, é no mínimo curiosa a afirmação feita pelo eminente ministro, pois, ao mesmo tempo em que admite a incapacidade das infantes para vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir – e, *in casu*, isso ficou evidente pelo teor das declarações da ofendida –, reputa-as dotadas de amadurecimento e discernimento para reagirem ante a adversidades...

Ressalta-se que Luiz Flávio Gomes critica o entendimento de que a anterior experiência sexual do menor de quatorze anos possa ser invocada para afastamento da norma legal. Com veemência, sustenta que “o julgador *sponte propria* está ampliando a configuração típica dada pelo legislador, para exigir também a *honestidade* da vítima menor”, o que configura “uma concepção moralista do tipo penal e de uma ampliação típica absolutamente ilegítima, embora tenha a virtude de procurar fazer justiça em cada caso concreto”.³²

³² GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

Ainda, com propriedade, demonstra que a linha de argumentação rechaçada acaba por reintroduzir conceitos morais na análise do crime, retornando-se à noção de *costumes* para o reconhecimento da existência ou não de bem jurídico digno de proteção. Observe-se: “A exigência de um *plus* (honestidade, ingenuidade, recato, indenidade, incolumidade etc.) para se reconhecer ou não o delito significa aprofundado apego legalista ao ‘bem jurídico’ *costumes*, hoje rejeitado por toda doutrina”.³³

³³ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*, cit., p. 68.

8. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

8.1. O *iter criminis*

Diz-se que crime consumado é a ação inteiramente adequada ao tipo penal, em todos os seus aspectos, objetivo e subjetivo.¹

Com propriedade, Aníbal Bruno diz que o crime percorre um caminho, desde o momento em que germina, como idéia, no espírito do agente, até aquele em que se consuma; mas só a partir de determinado ponto ele passa a interessar ao direito punitivo.²

Se o crime entrou em execução, mas, antes que se realizasse em todos os seus termos a figura típica, seu caminho foi interrompido por circunstância alheia à vontade do agente, configura-se a tentativa (a rigor a tentativa imperfeita, que se opõe à chamada tentativa perfeita ou crime falho, hipótese em que o agente ultimou o processo executivo mas a consumação não ocorreu). De fato, a *interferência de causa independente da vontade do agente*, cortando o processo causal e impedindo a consumação, é elemento constitutivo e característico da figura típica da tentativa.³ Em casos que tais, na fase de execução o agente faz menos do que pretendia, subsistindo “uma defasagem entre a realidade pretendida (*meta optata* = fim desejado) e o evento realizado, de forma incompleta”.⁴

Como ressalta Reale Júnior, a tentativa, instituto da Parte Geral, constitui uma *regra operante*, que se soma aos tipos da Parte Especial, construindo-se uma nova forma típica, a forma tentada, cuja incriminação se fundamenta na tutela do valor expresso no tipo penal. Exemplificando, a tentativa de homicídio implica um novo

¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 191.

² BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, tomo II, p. 229.

³ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, cit., p. 202.

⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.72.

modelo, iluminado pelo valor vida, merecedor de tutela contra sua inviolabilidade por ação de dano efetivo e total ou perigo de dano.⁵

A doutrina ressalta a dificuldade de realizar a distinção entre atos preparatórios – usualmente impunes – e atos de tentativa. Zaffaroni e Pierangeli aduzem que este “é um dos problemas mais árduos da Dogmática e, seguramente, o mais difícil do estudo da tentativa”.⁶ E Reale Júnior pondera que “certo está Nelson Hungria ao considerar que cada qual das inúmeras teorias possui parcela de razão”.⁷ No mesmo diapasão, Roxin destaca que as fórmulas apontadas para delimitação entre preparação e tentativa servem como linhas de orientação, uma vez que “resulta da natureza das coisas o não poder encontrar-se uma delimitação fina e milimetricamente precisa; pois a realidade tem conteúdos demasiado diversos para se poder traçar uma linha de separação”.⁸

Sintetizando as correntes doutrinárias acerca da distinção entre atos preparatórios e executivos, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que existem dois posicionamentos básicos: a) os que a negam (*teoria subjetiva*) e incidem em um Direito Penal de ânimo, já que invocam um critério processual (univocidade); b) os que a afirmam (*teorias objetivas*), destacando, dentre esses, os que identificam o “começo de execução” com o início da ação típica (*teoria objetivo-formal*), o que acaba por reduzir demasiadamente o âmbito dos atos executórios; outros que incluíram dentro deles também os atos imediatamente anteriores ao início da ação típica (*teoria objetivo-material*), apelando, para tanto, ao critério de um terceiro observador, o qual se valeria da concepção natural “uso da linguagem” (variante de Frank), o que os tornava demasiadamente amplos; e, ainda, os que procuram combiná-los para atender ao plano concreto do autor (*teoria objetivo-individual*). Ao final, os mencionados

⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, cit., p. 203.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 42.

⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, cit., p. 200.

⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz e outras. 3ª ed. Lisboa: Vega, 1998, p. 305.

autores concluem que a última corrente “parece se aproximar da realidade, embora tenhamos, ainda, um longo caminho a percorrer”.⁹

É certo que o começo de execução tem que ser analisado em relação a cada tipo penal,¹⁰ mas, além da descrição típica, é preciso atentar para o bem jurídico protegido¹¹ e sua particular forma de ofensa,¹² bem como para o chamado *plano concreto do autor*.

Especificamente no tocante ao crime de atentado violento ao pudor, a possibilidade de caracterização da tentativa é aceita pela maior parte da doutrina,¹³ mas

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa*, cit., p. 54. Em oportunidade anterior, obtemperaram: “acreditamos que ‘o critério objetivo-individual constitui uma maior aproximação ao núcleo do problema, estavam certos de que não o soluciona. Trata-se de um princípio geral orientador, que não proporciona qualquer regra certa. Bem cientes estamos de que não pode haver uma regra geral certa, e, por conseguinte, não é isto o que pretendemos. O correto é que este princípio tampouco resolve sempre as dúvidas quando tratamos de aplicá-lo aos casos individuais’” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa*, cit., p. 52).

¹⁰ Sustentado a teoria objetiva individual, aduz Welzel: “La tentativa comienza com aquella actividad com la cual el autor, según su plano delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. (...) Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar com fractura, matar etc.). A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. 11ª ed., 4ª ed. castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez Y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 224).

¹¹ REALE JÚNIOR sustenta que “não há tipificação de tentativa quando, não tendo o bem jurídico sido posto em perigo, é impossível afirmar se o resultado deixou de ocorrer, por desistência *ab initio* do agente ou em razão de causa independente de sua vontade. Quando posto o bem jurídico em perigo, de modo irreversível, tem-se a configuração concreta de elemento integrador da tentativa, qual seja a presença de causa independente da vontade do agente, que inviabiliza a consumação do resultado desejado” (REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*, cit., p. 202).

¹² ASSIS TOLEDO adverte que “não se deve confundir bem jurídico tutelado com objeto material do crime. (...) o objeto de tutela são valores ético-sociais, não apenas as coisas materiais sobre que recai a ação criminosa (No mesmo sentido, Bettioli, *Diritto penale*, cit., p. 177). (...) É um equívoco (...) confundir-se dano, evento danoso, com ofensa ao bem jurídico. (...) Na tentativa idônea de homicídio pode não haver dano algum, mas, apesar disso, haverá sempre um ataque ao bem jurídico vida humana” (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 20).

¹³ Em contrário: “O delito aperfeiçoa-se com a realização do ato libidinoso, independentemente de haver o agente satisfeito o seu objetivo. A tentativa é inadmissível, porque, para a sua consumação, é suficiente que se inicie o ato libidinoso” (SABINO JR., Vicente. *Direito penal: parte especial*. 1ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, v. 3, p. 868. Nesse raciocínio, o autor leva em conta somente a prática do ato libidinoso, olvidando que, presente o desiderato de constranger a

é comum à menção, não obstante a admissibilidade em tese, à difícil comprovação da tentativa na prática.¹⁴

Num primeiro esforço superatório da dificuldade de traçar a linha divisória entre a tentativa e o crime consumado, há que se recordar que no crime de atentado violento ao pudor estão previstas duas condutas típicas:

a) a vítima é obrigada a *praticar ato libidinoso*, ou seja, o sujeito exige uma *conduta ativa* da vítima no ato sexual. Ex.: vítima obrigada a acariciar o pênis do agente ou nele realizar sexo oral, ou a se automasturbar.

b) a vítima é coagida a *permitir que nela seja praticado o ato de libidinagem*, isto é, que tenha uma *conduta passiva* no ato. É o que ocorre, por exemplo, quando a vítima é obrigada a suportar que o agente nela pratique sexo oral ou que introduza o pênis em seu ânus.

Sem dúvida o crime de atentado violento ao pudor apresenta certa complexidade,¹⁵ porque compreende o emprego do constrangimento à vítima, mediante violência ou grave ameaça, mas se aperfeiçoa com a prática do ato libidinoso distinto da conjunção carnal, subordinando-se, pois, a consumação delitiva à realização de tal ato.¹⁶

A análise, contudo, é particularmente importante para os fins propostos no trabalho e leva em conta a perspectiva de Roxin, para quem “pode alcançar-se uma maior concretização quando se faz uma diferenciação segundo as diversas formas de aparecimento do comportamento criminoso e, quanto a estas, novamente segundo grupos de casos”.¹⁷

vítima ao ato libidinoso, a primeira ação explicitada no tipo (violência ou grave ameaça) já é começo de execução da subsequente (imposição de ato libidinoso).

¹⁴ Nesse sentido, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*, cit., p. 504; PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 700.

¹⁵ A terminologia aqui não se refere à divisão entre crime simples e complexo.

¹⁶ Como já se observou, a efetiva satisfação da lascívia do agente não é exigida pelo tipo.

¹⁷ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, cit., p. 305.

8.2. O momento consumativo e o início dos atos executórios

Consuma-se o crime quando o sujeito passivo, coarctada sua vontade em razão da violência ou grave ameaça exercida pelo agente, inicia a prática ou passa a suportar o ato libidinoso.

Plurissubsistente (apesar de instantâneo), o crime em análise comporta vários atos ou fases em seu processo executivo. A atividade do agente pode ser cindida, na composição de atos que levam até a *meta optata* (consumação propriamente dita).

Observa-se que a ação criminosa é suscetível de desdobramento, quer se valha o agente do emprego de violência física, quer se utilize da violência moral para vencer a resistência da vítima. Da mesma forma, também exsurge viável a preferida divisão em hipóteses de violência presumida.

Pode ser facilmente observado o fracionamento no *iter criminis* nos casos em que já houve o emprego da violência real (violência física ou grave ameaça) mas o ato libidinoso visado pelo agente não chegou a ser praticado; ou seja, quando houve interrupção da ação no lapso que medeia entre o constrangimento da vítima e a efetivação do ato atentatório ao pudor propriamente dito.

É o que ocorre se o sujeito ativo, imbuído do propósito de levar a efeito ato caracterizador desse crime e valendo-se de força física, empurra ou pressiona a vítima contra uma parede, um muro, ou o próprio chão e, antes mesmo de apalpar o corpo do vítima é impedido de prosseguir na ação delituosa.

Nesse diapasão, afirma Nelson Hungria:

...há que distinguir dois momentos no atentado violento ao pudor: o momento inicial, que é o emprego de violência ou ameaça, e o momento libidinoso, isto é, o do ato lascivo ou de expansão de luxúria. Com a realização deste é que o crime se consuma. O momento consumativo coincide com a prática do ato libidinoso. Se, empregada a violência ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de prosseguir, frustrando-se, de todo, o momento libidinoso, o que se pode reconhecer é a simples tentativa, posto que, pelas

circunstâncias, seja inequívoco o fim de lascívia.¹⁸

Nos termos do art. 14, II, do Código Penal exige-se, para o reconhecimento da tentativa, tenha sido iniciada a execução. O emprego da violência (*lato sensu*) é elemento constitutivo do crime e configura início da execução.

Poder-se-ia objetar que a utilização de violência pode esgotar-se em si mesma ou estar relacionada com outro desiderato criminoso. O exame das *circunstâncias* do fato levará à conclusão sobre a infração penal em questão, tal como ocorre na hipótese em que a conduta criminosa consiste em desfecho de tiro em direção a outrem, podendo o agente ter objetivado feri-lo, amedrontá-lo ou matá-lo.

O reconhecimento da *tentativa* do delito do art. 214 é possível, desde que fique demonstrado que o agente queria a prática de um ato sexual diverso da conjunção carnal,¹⁹ pela ou com a vítima, deu início à execução mas não obteve êxito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Nessa linha de pensamento, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou condenação pelo art. 214 c/c art. 14, II, do CP, a 2 anos e 5 meses, em regime inicial fechado, por crime cometido em junho de 1994. O réu, segundo se extrai da decisão, agarrou a vítima por trás, derrubou-a ao solo e tentou levantar sua blusa, mas sua ação criminosa não ultrapassou a fase da tentativa porque, ante a resistência da vítima e por ter sido alertado para a chegada de terceiros, o agente empreendeu fuga.²⁰

Observa-se, contudo, que, se o agente visava determinado ato libidinoso e sua ação é interrompida antes que lograsse êxito integral, mas depois de já ter levado a cabo outros atos configuradores do delito, impõe-se o reconhecimento da forma consumada do crime de atentado violento ao pudor. Assim, não se cogita de atos

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 131.

¹⁹ O dolo informa a conduta do agente, com consciência e vontade.

²⁰ Ac. da 1ª Câmara Crim. do TJSP, na Ap. 178.830-3/3, in *RT*, 722/434 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 269-271).

preparatórios ou de mera tentativa do crime do art. 214 na hipótese em que o agente pretendia a penetração anal, mas, após já ter despido e apalpado a vítima, não consegue, por circunstâncias alheias à sua vontade, consumir a prefalada cópula. É certo que a norma legal prevê a conduta de “praticar”, que significa realizar, executar, exercer, mas o delito em comento apresenta-se consumado sempre que o autor leva a efeito qualquer ato libidinoso idôneo à caracterização da infração penal. Os atos precedentes àquele efetivamente buscado pelo agente já impõem o reconhecimento da forma consumada. Nesse diapasão, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a existência de crime consumado, e não apenas tentado, quando o réu chegou a esfregar e pressionar o pênis no ânus de adolescente com 12 anos, ainda que sua intenção de consumir a penetração anal tenha sido frustrada pela chegada de policiais ao local dos fatos.²¹

Na hipótese de *grave ameaça*, vale referir, pela aplicabilidade do raciocínio para o crime de atentado violento ao pudor, decisão da Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no sentido de que a proposta de conjunção carnal acompanhada de exteriorização de promessa de mal grave à vítima que se negava ao ato sexual caracteriza início de execução e enseja o reconhecimento da forma tentada do delito de estupro.²² Foi mantida, na espécie, a sentença condenatória, ao argumento de que configura início de execução a efetivação da grave ameaça tendente a vencer a resistência da vítima.

8.3. Atentado violento ao pudor e tentativa de estupro

Em certos casos, embora já tenham ocorrido toques ou pressões em partes

²¹ Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 409-410.

²² A ementa foi lançada nos seguintes termos: “Estupro – Tentativa- Proposta de realização do ato sexual mediante grave ameaça – Início de execução – Reação eficaz da vítima – Desnecessidade de contato íntimo – Crime caracterizado” (Ac. da Turma Criminal do TJMS, na Ap. 1.347/86, j. 23.4.86, rel. Des. José Rizkallah, *in Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 610, p. 395-396, ago. 1986).

íntimas da vítima, a análise do móvel do autor pode indicar que se trata de estupro tentado e não de atentado violento ao pudor (consumado ou tentado). Com efeito, se o agente, querendo praticar estupro, deita-se sobre a mulher mas não consegue consumar a conjunção carnal, responde por tentativa de estupro. Deve-se levar em conta, portanto, o dolo do agente (a vontade dirigida à obtenção da conjunção carnal).²³

Há situações ambíguas, em que não se extrai, com razoável certeza, se o objetivo do agente era a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso diverso. Em hipóteses que tais, a dúvida por vezes tem ensejado o enquadramento típico no delito do art. 214. Nesse sentido, decidiu, em outubro de 1992, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sustentando que, na ausência de comprovação da intenção de cópula vagínica, se reconhece tentativa de atentado violento ao pudor. No caso em julgamento, um jovem, nu e encapuzado, aguardou a passagem de uma ex-professora e a atacou, com evidente propósito libidinoso, não alcançado ante firme e tenaz resistência da vítima, que acabou por reconhecê-lo.²⁴

De outra parte, a responsabilização penal do réu, inicialmente condenado por tentativa de estupro, foi alterada para *tentativa de atentado violento ao pudor*, em julgamento da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 1994. O agente adentrara no quarto de uma menina com 09 anos, que dormia, e tentou agarrá-la e beijá-la. A vítima resistiu e empurrou o agente, que acabou por fugir ante a aproximação de terceiros.²⁵

Ainda, por votação unânime, em dezembro de 1995, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou uma condenação por *tentativa de atentado violento ao pudor*, tendo consignado, porém, que a hipótese caracterizava, na

²³ O confronto das diversas infrações penais, com detalhamento das particularidades próprias e dos pontos comuns, é realizado no capítulo próprio deste trabalho, razão pela qual aqui prevalece o escopo de indicar a variação jurisprudencial.

²⁴ Ac. da 1ª Câm. Crim. do TJSC, na Ap. Crim. n. 28.920, in *JC*, 71/353 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 376-378).

²⁵ Ac. da 3ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 172.868-3/2, in *RTJE*, 135/233 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 308).

verdade, a forma consumada do delito em apreço, pois “o passar as mãos nos seios e nas nádegas da vítima caracteriza o contato corporal que faz consumir o delito (RT 397/84, 458/303). Ante a ausência de recurso da acusação, a matéria se tornou preclusa”. No processo em questão, a ação executiva assim se desenvolveu: “após entrar no banheiro destinado às mulheres, procurando satisfazer a sua libido, mediante o emprego, reiterar-se, de violência real, o apelante agarrou a ofendida, apertou-lhe os seios e passou a mão em suas nádegas, chegando a abrir-lhe a blusa, enquanto a ameaçava de morte e lhe dizia que iria ‘comê-la’. O apelante só não avançou porque os gritos da vítima chamaram a atenção de populares, obrigando o recorrente a dela se afastar”²⁶.

Existem, também, julgados em que se opera a desclassificação da imputação, de atentado consumado para estupro *tentado*, ainda que o réu não tenha mencionado o propósito de conseguir a conjunção carnal. Também aqui se evidencia que o rigor da pena acaba por influenciar a apreciação da hipótese fática concreta. De outra parte, já se optou, embora reconhecendo que a ação executiva e o móvel do agente dirigiam-se à obtenção carnal violenta, pelo enquadramento da conduta no delito de constrangimento ilegal, em sua forma tentada.

Nesse sentido menciona-se a desclassificação delitiva para *tentativa de constrangimento ilegal* levada a efeito pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em janeiro de 1997. Na hipótese, o réu, após perseguir e estuprar outra mulher, seguiu a vítima pela rua e, diante da tentativa de fuga desta, passou a correr atrás dela, gritando para que parasse e que estava armado com um estilete. Como a vítima entrou numa casa para se refugiar, o acusado forçou a porta, para abri-la. O órgão julgador chegou a declinar que “O *modus operandi* do acusado foi o mesmo que empregou para estuprar Rosana [a vítima anterior], o que *autoriza concluir que queria também estuprá-la*”, mas decidiu pela configuração do crime de constrangimento

²⁶ Ac. da 1ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 160.494-3/2. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 229, p. 119 *et seq.*, nov./96.

ilegal, na forma tentada. Para tanto, invocou a lição de Heleno Cláudio Fragoso no sentido de que o crime do art. 146 “exige a consciência da ilegitimidade da ação, sendo irrelevantes os motivos determinantes e o fim visado, salvo quando excluam a antijuridicidade do constrangimento”. Argumentou-se que “o crime do art. 146 é subsidiário em relação àqueles em que a vítima sofre constrangimento (...), razão por que fica absorvido pelo roubo, pelo atentado violento ao pudor, (...) etc. Quando, porém, o agente (...) não consegue o ato libidinoso, *ficando apenas nos atos preparatórios*, ou na simples intenção, não há razão para o desaparecimento do crime do art. 146, que, *in casu*, ficou na esfera da tentativa, pois a vítima conseguiu escapar à perseguição (...)”. Ainda, foi invocada a lição de Frederico Marques, no sentido de que “o *início da execução* somente é relevante, para caracterizar a tentativa, *se há um começo de ataque ao interesse penalmente tutelado*, através de atos que revelem o início da ação típica que levaria à lesão do bem jurídico”.²⁷

8.4. Desclassificação para contravenções penais ou constrangimento ilegal

Nos casos de violência física, nota-se que são muitas as decisões que operam desclassificações para infrações penais de menor penação.

Por vezes, tem-se optado pela desclassificação do delito em estudo para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-lei 3.688/41) ou para a de perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP).

Na Comarca de Tatuí-SP, um réu havia sido condenado, como incurso no art. 214 c/c art. 14, II, do CP, a 3 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, por ter empregado força física para beijar uma moça de 15 anos, em dezembro de 1993. A 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, desclassificou de tentativa de atentado para a contravenção de importunação

²⁷ Ac. da 2ª Câ. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 215.229-3/9, rel. Des. Oliveira Passos, j. 20.01.97. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 739, p. 604-605.

ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP). No voto vencido, o Des. Cerqueira Leite mencionou que o agente derrubou a vítima, sentou sobre suas pernas e tentou beijá-la à força e destacou que foram comprovadas lesões no cotovelo e na face da vítima e que seus gritos foram ouvidos por um vizinho que correu em seu socorro e ouviu seu relato acerca do ocorrido.²⁸

Já a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que, se o efetivo contato físico entre o agente e a vítima se restringiu a “mero beijo indesejado”, a infração penal é tão-somente a de perturbação da tranqüilidade (art. 65 da LCP).²⁹

Por sua vez, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em fevereiro de 1993, decidiu que a ausência de prova do fim libidinoso leva à desclassificação para a contravenção do art. 65 do Decreto-lei 3.688/41. Esse julgado encerra uma hipótese peculiar. O réu, simulando estar armado, subtraiu determinados bens da vítima, tendo sido reconhecida a prática de roubo simples, com emprego de grave ameaça. Na oportunidade, o agente tentou beijar a vítima na boca e apalpou-lhe os seios e a região genital. Os julgadores, contudo, enfatizando a severidade da punição do atentado violento ao pudor e a falta de diferenciação na apenação de penetrações e de toques no corpo das vítimas, acabaram por desconsiderar a violência moral que serviu para a configuração do roubo e afastaram o crime de atentado violento ao pudor, até mesmo na forma tentada.³⁰

E mais, em decisão proferida pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, em abril de 1995, foi reformada sentença condenatória por atentado violento ao pudor, condenando-se o réu pela contravenção penal prevista no

²⁸ Ac. da 4ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 169.185-3/8, j. 24.10.94, rel. desig. Des. Emeric Levai, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 717, p. 381-383, jul. 1995.

²⁹ Ac. da 2ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. 84.848-3, j. 02.04.90, rel. Des. Ângelo Gallucci, RT 659/260, cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, p. 440-441.

³⁰ Ac. da 2ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. 182.145-3, *JTJ*, 144/275 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 415-417).

art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, por entender-se que “apalpadelas superficiais sobre as vestes” da vítima não configuram o ato atentatório ao pudor. O réu, vizinho da vítima, batera em sua porta e apanhando a ofendida desprevenida e sem desconfiar que tal fato pudesse ocorrer, agarrou-a por alguns instantes, apalpando seu corpo sobre as vestes. Vale a pena transcrever a argumentação do acórdão:

Considerar os fatos como atentado violento ao pudor consumado, crime hediondo sujeito à pesadíssima pena a ser cumprida integralmente no regime fechado, seria demonstrar excessivo rigor, não condizente com o mal cometido. A reprimenda cominada ao crime hediondo, na prática, seria completamente inadequada. O castigo seria totalmente desproporcional, de modo que poderia até mesmo ferir o sentimento de justiça de muitos. O julgador, como é cediço, sempre deve fixar uma pena que seja “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (parte final do art. 59 do CP). Tal finalidade, expressamente prevista pela lei, não seria alcançada se o fato objeto deste processo fosse enquadrado no art. 214 do CP, pois, ante a má formulação da Lei n. 8.072, de 1990, resultaria uma pena desnecessária e profundamente iníqua. Por tudo isso, a infração é desclassificada para o art. 65 da LCP, impondo-se a pena de um mês e quinze dias de prisão simples.³¹

8.5. Tentativa e violência presumida

Maior dificuldade pode ser encontrada para a caracterização do *conatus* em hipóteses de *violência presumida*, especialmente nos casos em que o ofendido não é maior de catorze anos e o constrangimento resta caracterizado ante a invalidade da eventual aquiescência ao ato. Tratado rarefeitamente na doutrina, o tema tem sido objeto de oscilante orientação jurisprudencial.³²

³¹ Ac. da 2ª Câmara Criminal do TJSP, na Ap. Crim. 182.145-3, j. 24.04.95, rel. Des. Silva Pinto, JTJ 173/309, cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 262-263.

³² Assim sendo, sobreleva o interesse da análise efetuada por Roxin a respeito de “casos de atentado ao pudor”. Roxin ressalta que “os casos dos projectados abusos sobre crianças (§ 176 do Código Penal Tedesco) tornaram-se particularmente actuais, sob o ponto de vista da delimitação entre acção preparatória e tentativa”, e considera que a jurisprudência tem antecipado muito os limites da tentativa. Nesse particular, aponta os seguintes casos: “1) O autor convida uma menina de 12 anos a ir com ele, recebendo ela, entretanto, 5 marcos. Ele quer praticar actos sexuais sobre a menina, na sequência do convite, numa casa adequada a isso. A menina rejeita. 2) A uma outra menina, igualmente de 12 anos, que leva um bebé a passear num carrinho, pergunta o réu por quanto tempo ela

Nesse particular, destaca-se decisão da 4ª Câmara de Férias do Tribunal de Justiça de São Paulo,³³ proferida em janeiro de 1994, confirmando a absolvição de réu acusado de tentativa de atentado violento ao pudor. Na hipótese, o réu ofereceu certa quantia em dinheiro a um menor com 10 anos de idade para que o acompanhasse até o banheiro da Estação Rodoviária. O acusado, já no reservado, retirou a roupa e, com o pênis ereto, pediu ao menor que lhe sugasse o membro. O proprietário do estabelecimento flagrou o réu nessas condições e impediu a prática de atos libidinosos. O Tribunal ponderou que o menor, após o convite, avisou ao patrão e compareceu ao local combinado não porque tivesse anuído à prática de ato libidinoso, mas porque,

ainda está de serviço. Quando ouve que a menina estará livre a partir das 17 horas, convida-a a ir ter, às 17 horas, ao carrossel de cavaleiros, prometendo comprar-lhe chocolate e andar de carrossel com ela. Na verdade, ele quer abusar sexualmente da criança. A menina aceita aparentemente a oferta, mas conta à mãe, que avisa a polícia”. Em ambos, o BGH admitiu a tentativa de abuso sexual de pessoa menor de 14 anos. O autor reconhece que, nas duas hipóteses, “já principiou uma relação autor-vítima, mas falta a estreita conexão temporal necessária para a entrada no estágio de execução”. Rejeita a tentativa no caso n. 2 e em todas as hipóteses em que “se não chega ao encontro projectado”. Sustenta que também no caso n. 1 o acontecimento ainda não saiu do estágio da preparação, aduzindo que “o começo da execução de um acto sexual não reside ainda no convite para ir com, mesmo que este convite se deva converter logo a seguir no acto; pelo contrário, ele só se ‘põe em marcha’ – exactamente no sentido figurado do termo – quando o autor vai ter directamente com a vítima ao local que lhe parece apropriado para a execução. *Pois só a partir daí a criança perde, também do ponto de vista do autor, a protecção do seu ambiente e cada novo passo levará directamente ao resultado*”. Também assim “depois do afastamento do acompanhante protector”. Por outro lado, discorda de dois doutrinadores que exigiriam demais para reconhecer a tentativa nesses casos. Primeiro Lenckner, que aceita uma tentativa “no conduzir para o local do crime” mas, em todo o caso, só “se o autor já a caminho inicia uma determinada influência sobre a criança”. E, indo mais longe, exige Rudolphi que “o autor tenha já provocado a resolução da criança de praticar actos impúdicos ou de os suportar e procure, de ora avante, com ela, um local apropriado para a imediata execução das acções”. Segundo Roxin, este requisito adicional da influência sexual tentada ou até conseguida é excessivo. Sustenta que “quando a criança, pela mão do autor, abandonou a esfera de relativa segurança (o local de brincadeira, o local da habitação, o meio das pessoas conhecidas e amigas) e foi conduzida, propositadamente, para o local do facto, encontra-se sob o poder do autor e o resultado é iminente”. Acrescenta que “não se pode tratar da questão mais táctica, do ponto de vista do autor, de saber se a influência sobre a vontade começará mais cedo ou mais tarde. Tanto mais que ‘a vontade’ da criança não desempenha qualquer papel no emprego dos métodos mais graves – ameaça ou violência”. Ao contrário, admite “só acção preparatória, se o autor vai ter com a vítima ao cinema para só a seguir ao espectáculo procurar o local do crime; pois aqui a acção típica só principiará com o abandono do cinema” (ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*, cit., p. 318-319).

³³ Ac. da 4ª Câm. de Férias do TJSP, na Ap. Crim. n. 128.648-3, in *JTJ*, 157/298 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 317-318).

segundo afirmou, para saber o que o réu queria com ele, e ciente de que poderia contar com a pronta interferência do empregador. Reconheceu-se, *in casu*, a existência de simulação de consentimento e a impossibilidade de êxito do agente na caracterização do delito previsto no art. 214 mesmo na sua forma tentada, cuidando-se, pois, de crime impossível.

Já a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que configurava tentativa de atentado violento ao pudor a conduta consistente em apalpação das nádegas e sopro nos mamilos, tentando sugá-los, em menor com 10 anos de idade, em hipótese em que o ofendido e seu pai tinham ciência da intenção do réu e compareceram ao local, primeiro um e depois outro, em estado de vigilância. Com efeito, o órgão julgador, embora reconhecendo que o réu, após pendurar notas de dinheiro em uma árvore, tocara e abraçara a vítima, sustentou que a rapidez da ação não permitia conclusão segura sobre a consumação do ato libidinoso. A redução da pena pela tentativa alcançou a fração de 2/3 sob o fundamento de que o réu estava sob vigilância do pai da vítima, que impediria um maior desenvolvimento da conduta criminosa.³⁴

Sob outro cariz, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu – com base nas lições de Hungria e Fragoso – que o toque nos seios da vítima, durante o período de *sono* desta se enquadra na hipótese de presunção de violência do art. 224, “c”, do CP,³⁵ mas, pela rapidez da ação³⁶ até o despertar da ofendida, caracteriza o atentado violento ao pudor apenas na forma tentada. O réu havia sido

³⁴ Ac. da 1ª Câm. Crim. do TJSP, na Ap. Crim. n. 155.598-3/5, *in RT*, 707/295 (Cfe. ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 309-311).

³⁵ O enquadramento do sono como hipótese de violência presumida, no art. 224, letra “c”, do CP, é tratado em capítulo próprio deste trabalho.

³⁶ Conforme consta no capítulo deste trabalho sobre a violência física, “A *surpresa* ou a *destreza* devem ser enfocadas como atos violentos para a caracterização do mencionado crime, pois ‘a rapidez e insídia do ato, inspirados pela certeza do pleno dissentimento do sujeito passivo e pelo propósito de satisfazer mais facilmente o desejo lascivo, têm caráter essencial, senão formal, de violência’ ” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial arts. 184 a 288*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 205).

condenado, na primeira instância, como incurso nas disposições do art. 214 c/c 224, “c”, do CP, porque, em junho de 1992, adentrara sorrateiramente no quarto de duas jovens, que se encontravam dormindo, e, posicionando-se entre ambas, acariciara-lhes os seios, até que a ação foi percebida por uma delas, que se pôs a gritar. Os julgadores invocaram uma decisão inserta na *RT*, 563/307, em que se reconheceu configurada a tentativa de atentado violento ao pudor na hipótese de o acusado atacar a vítima na rua, de inopino, apalpando seus seios. Curiosamente, sustentaram que a hipótese era de concurso formal, porque, não obstante tratar-se de duas vítimas, a ação tinha sido uma só. A diminuição pela tentativa foi de metade, invocando-se que, no tocante ao *iter criminis*, “o réu ingressou na residência e iniciou a prática dos atos libidinosos quando as vítimas acordaram”.³⁷

Em lição que guarda pertinência com a temática da tentativa nas hipóteses de violência presumida, Celestino Candaudap, em monografia sobre o delito de “violação”, ensina que, quando o agente, utilizando bebidas alcoólicas, narcóticos, afrodisíacos, hipnotismo etc., retira da vítima a capacidade de resistência, configura-se a tentativa do crime sexual. O autor enfatiza que os atos praticados, consistentes no meio empregado para anular a liberdade de determinação sexual e alcançar a cópula, configuram um primeiro ataque ao bem jurídico, tal como o emprego de violência ou grave ameaça nos casos de violência real.³⁸

³⁷ ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 315-317.

³⁸ “Y es indudable que el comienzo de ejecución, o sea, la tentativa inacabada, se efectúa com la vis absoluta o compulsiva. Así, Frías Caballero expone: 'La fijación del comienzo de la ejecución debe efectuarse de conformidad a la regla del uso del medio señalado por el tipo; apenas se use la violencia o la amenaza en forma efectiva y real, la tentativa ha comenzado', y agrega, con respecto a los casos de hipnotismo, embriaguez, afrodisíacos, narcóticos, etc., cuando son utilizados por el agente com el propósito de llegar por esse medio a la realización de la cópula, lo siguiente: 'Apenas el sujeto pasivo ha sido hipnotizado, narcotizado, excitado irresistiblemente, reducido a cosa inerte y pasivo por el efecto del alcohol, etc., la tentativa ha comenzado'. (...) No habrá ninguna duda al respecto, si se piensa que estos actos son ya un primer ataque al bien jurídico protegido en modo subsidiario, puesto que anulan la libertad de determinación sexual” (CANDAUDAP, Celestino Porte Petit. *Ensayo dogmatico sobre el delito de violación*. México: Editorial Jurídica Mexicana, 1966, p. 72-73).

8.6. Desistência voluntária

Outra questão palpitante é a do cabimento, no atentado violento ao pudor, da *desistência voluntária*.³⁹ Valdir Sznick sustenta a sua admissibilidade e, exemplificando, afirma que deve subsistir só o delito de ameaça se o agente ameaçou a vítima, levou-a até um local próprio, mas desistiu da ação antes mesmo que as roupas fossem tiradas.⁴⁰

De acordo com o escólio de Regis Prado, tanto a desistência voluntária quanto o arrependimento eficaz, “independentemente do fundamento que se lhes atribua – utilidade político-criminal, prêmio ou merecimento – revestem-se da qualidade de causa pessoal de exclusão de pena ou de impunidade”.⁴¹ Não se trata de juízo de atipicidade se o começo da execução é objetivo e subjetivamente típico; tanto assim que o desistente responde pelos atos já praticados no decorrer do *iter criminis*. E quando na tentativa resultam consumados atos que constituem delitos por si mesmos estamos diante da chamada *tentativa qualificada*. Nesse caso, desaparece a pena da tentativa, mas subsiste a pena dos delitos que foram consumados em seu curso.⁴²

Por isso se faz imprescindível verificar exatamente em que consistiu, em cada caso, a ação do sujeito ativo; quais os atos por ele praticados até a interrupção do processo executivo.

Se, empregada a grave ameaça, o agente, antes de forçar a vítima a qualquer ato libidinoso, interrompe a execução por vontade livre, ausente qualquer influência externa, responderá tão-somente pelo delito de ameaça (se o mal prometido era, além

³⁹ A chamada desistência voluntária encontra-se prevista no art. 15 do Código Penal brasileiro, nos seguintes termos: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”.

⁴⁰ SZNICK, Valdir. *Crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 1992, p. 198.

⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 297.

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 715.

de grave, injusto) e não sofrerá responsabilização penal na hipótese de ter vaticinado mal justo.⁴³

Se o agente tiver empregado violência, sem que seus atos tenham consistido em ato libidinoso (ressaltando-se que a lei não distingue a maior ou menor gravidade do ato libidinoso) e desistir voluntariamente de prosseguir na execução, será responsabilizado por vias de fato ou eventuais lesões que tenha causado.

Sempre, porém, que, exercida a coação física ou moral, a obtenção do ato libidinoso restar frustrada por circunstância alheia ao querer do agente, como a aproximação de terceiros, integralizada está a tentativa do crime.

Assim, carece de rigor técnico a sempre invocada decisão da lavra do Min. Amaral Santos, do Supremo Tribunal Federal, proferida no Recurso Extraordinário 72.336-SP.⁴⁴ Do corpo da decisão extrai-se que o réu foi visto “(...) um pouco encostado na vítima, esta na parede; ele estava com a mão na boca da vítima”, que “(...) tinha ele, então, uma das mãos tapando a boca da moça e a outra no avental que chegou a ser desabotoado, na altura do peito”, que “(...) A ofendida chegou a sentir o membro ereto do apelado”. Apesar desse conjunto probatório, contudo, o ilustre relator asseverou que “(...) a violência não é afirmada de modo peremptório (...) Nem o ato libidinoso se verificou, se é que esse seria o objetivo do agente”. Argumentou que o acusado “(...) sentiu que agira mal, enganado em seu raciocínio, e isso haverá de servir, para toda a vida, de séria advertência, contra impulsos que devem ser controlados”. E, que “Havendo, portanto, dúvida quanto ao uso de violência conscientizada, nenhum dos dois crimes se configurou, nem mesmo na forma tentada. O que o apelado fez, foi molestar injusta e impudicamente a ofendida, perturbando-lhe, por motivo reprovável, a tranquilidade e atingindo sua honorabilidade pessoal. Por isso, parece-nos já punido pelo arranhão que sofreu em sua reputação social e outros

⁴³ O mal não injusto pode configurar a grave ameaça exigido no tipo do art. 214, conforme explicitado em capítulo próprio deste trabalho.

⁴⁴ Ac. da 1ª Turma do STF, no RE 72.336/SP, j. 24.03.72, rel. Min. Amaral Santos, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, n. 62, p. 689-692.

problemas que por certo terão surgido, em conseqüência, inclusive de ordem familiar”. O recurso extraordinário foi provido, para restaurar a sentença absolutória da primeira instância. A ementa da decisão foi lançada nos seguintes termos: “Não pratica atentado violento ao pudor aquele que agarra mulher e desiste do seu intento, interrompendo a ação, em face da aproximação de terceira pessoa ou mesmo porque sentira que agira mal, enganado em seu raciocínio, e que não chega a praticar ato algum caracterizador do delito”.

Pelo contexto fático extraído do acórdão o crime, na verdade, já se consumara. E mais, acaso não tivesse ocorrido a prática de qualquer ato libidinoso, ainda assim a condenação se imporá porque teria havido tentativa.

Além disso, conforme observam Zaffaroni e Pierangeli, não há desistência voluntária quando o agente interrompe a execução em razão da representação de uma *ação especial do sistema penal*, este entendido como o complexo que pode conduzir à punição do fato, abrangendo a atuação de agentes públicos (tenham comparecido ao local durante o serviço ou por motivos pessoais), particulares (pessoas que passam pelo local) ou aparatos mecânicos (como alarmes).⁴⁵ A continuação da execução foi inibida pela aproximação de terceiros no local, e é curial que os agentes de tal tipo de delito servem-se da clandestinidade para assegurar o êxito na empreitada e a subsequente impunidade. Aníbal Bruno observa que “na desistência voluntária, o agente mudou de propósito, já não quer o crime; na forçada, mantém o propósito mas recua diante da dificuldade de prosseguir”.⁴⁶

Essa oscilação de tratamento jurídico presente que campeia na jurisprudência enseja a reflexão da influência da gravidade da sanção penal correspondente ao crime em questão nas soluções preconizadas, levando a afastar o seu reconhecimento, até mesmo na forma tentada.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, cit., p. 712.

⁴⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, cit., t. II, p. 246.

9. HEDIONDEZ DO CRIME

9.1. Generalidades

O inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e *os definidos como crimes hediondos*, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, editou-se a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 (posteriormente modificada pelas Leis 8.930/94 e 9.695/98), cujo art. 1º relaciona os crimes considerados hediondos ou a eles equiparados. Além disso, o referido diploma legal dispôs, no art. 2º, que tais crimes são insuscetíveis de anistia, graça, indulto, fiança e liberdade provisória, além de que a pena deve ser cumprida integralmente em regime fechado.

Para a definição dos crimes hediondos, o legislador preferiu o critério legal ao judicial. Poderia ter enunciado o conceito de hediondez, atribuindo-se ao juiz o enquadramento de cada caso à descrição legal. Em vez disso, optou pela expressa enumeração dos crimes considerados hediondos.¹

Sendo assim, somente por lei pode ser operada a ampliação ou a restrição do rol, que é taxativo. Todos os crimes relacionados na lei e somente eles são considerados hediondos.

O atentado violento ao pudor consta no rol do art. 1º da Lei 8.072/1990: “São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n.

¹ Quando da elaboração do Projeto da Lei dos Crimes Hediondos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mantido no âmbito do Ministério da Justiça, chegou a estudar a adoção de um critério misto. Assim, a lei consideraria hediondos alguns crimes expressamente enumerados e também aqueles que, praticados com violência a pessoa, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, provocassem intensa repulsa (Cfe. JESUS, Damásio E. de. Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos?, *in* www.damasio.com.br, fev. 2001).

2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) VI. atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); (...).”² Dúvida não há, portanto, de que o crime de atentado violento ao pudor é classificado como hediondo.

Duas questões são, contudo, suscitadas pela doutrina e pela jurisprudência. A primeira pertine à hediondez do crime de atentado violento ao pudor praticado mediante *violência presumida*; a segunda indaga se o crime é hediondo apenas nas *formas qualificadas* ou também na *modalidade básica*. É delas que se tratará nos subitens que se seguem.

9.2. Formas básica e qualificadas

O Código Penal estabelece, no art. 223, que a pena será de reclusão, de oito a doze anos, se da violência resultar lesão corporal de natureza grave; e que será de reclusão, de doze a vinte e cinco anos, se do fato resultar morte. São formas qualificadas que se aplicam aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

A doutrina propende a afirmar que o atentado violento ao pudor é crime hediondo tanto na forma básica quanto nas modalidades qualificadas. Nesse sentido são as lições de Cezar Roberto Bitencourt,³ Celso Delmanto,⁴ Damásio de Jesus⁵ e Victor Eduardo Rios Gonçalves,⁶ dentre outros. Diverge, todavia, desse entendimento

² É interessante observar que, em razão do critério adotado, não é hediondo o crime de atentado violento ao pudor previsto no Código Penal Militar (art. 233). Como a Lei 8.072/1990 faz expressa alusão aos crimes previstos no *Código Penal*, não é possível estender suas disposições à legislação castrense.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*. em coop. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 694.

⁴ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. em coop. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 412.

⁵ JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 718. Também in *Direito penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1999, p. 101.

⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-8.

Alberto Silva Franco, argumentando que a expressão “e sua combinação com”, inserta no inciso VI do art. 1º da Lei 8.072/1990, tem o mesmo sentido da locução “combinado com”, consagrada na lei, na doutrina e na jurisprudência.⁷ Essa observação leva-o a concluir que somente é hediondo o crime de atentado violento ao pudor praticado nas formas qualificadas.

Também considerando que o art. 1º, incisos V e VI, da Lei 8.072/1990 alude à combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 223, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal e parte do Superior Tribunal de Justiça, até dezembro de 2001, vinham entendendo que o estupro e o atentado violento ao pudor seriam crimes hediondos somente quando da violência resultassem lesões corporais de natureza grave ou morte. Desse modo, refugiriam do alcance da Lei dos Crimes Hediondos as modalidades básicas daqueles delitos.

Assim, em julgado de relatoria do Min. Néri da Silveira, restou assinalado que “Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime hediondo, nos termos da Lei n. 8.072/1990, art. 1º, inciso VI, é necessário que do fato resulte lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 214 combinado com o art. 223, *caput* e parágrafo único”).⁸

Note-se, porém, que, diversamente do afirmado no dito acórdão, o inciso VI do art. 1º da Lei 8.072/1990 não se refere, exatamente, ao art. 214 *combinado* com o art. 223, *caput* e parágrafo único. O texto legal estabelece, sim, que é considerado hediondo o “atentado violento ao pudor (art. 214 *e sua combinação* com o art. 223, *caput* e parágrafo único)”.⁸

É importante destacar, de outra parte, que o próprio Supremo Tribunal

⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238.

⁸ Ac. da 2ª Turma do STF, no *Habeas corpus* n. 78.305/MG, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 8.6.99, DJU de 1.10.99, p. 30. O mesmo entendimento foi adotado no julgamento dos seguintes casos: *Habeas corpus* n. 80.479/RJ, 2ª Turma, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 5.12.2000, DJU de 27.4.2001, p. 61; *Habeas corpus* n. 80.353/SP, 2ª Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 24.10.2000, DJU de 15.12.2000.

Federal decidira que “Para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, nos casos de atentado violento ao pudor, não se exige a ocorrência de lesão grave ou morte”.⁹

Ora, o art. 9º da Lei 8.072/1990 vale-se de expressão verbal idêntica à estampada no inciso VI do art. 1º. De acordo com aquele dispositivo legal, as penas fixadas no art. 6º para o crime capitulado no art. “214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único” do Código Penal são acrescidas de metade.

Cabia, pois, indagar-se: por que, para a aplicação da majorante, não se exigia a ocorrência de lesão corporal grave ou de morte? Por que, para os fins previstos no art. 2º da Lei 8.072/1990, o Supremo Tribunal Federal entendia que somente as formas qualificadas é que configuravam crimes hediondos; e para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da mesma lei o Excelso Pretório já dispensava a ocorrência de lesões corporais graves ou morte? A contradição era evidente.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão era controvertida. Enquanto a 6ª Turma vinha entendendo que “O crime de atentado violento ao pudor, praticado sem lesão corporal grave ou morte, não se encontra compreendido no conceito de crime hediondo”,¹⁰ a 5ª Turma decidia que “O atentado violento ao pudor real, mesmo na forma básica, é crime hediondo”, ao fundamento de que “Nos casos em que a Lei n. 8.072/90, em seu art. 1º, pretende indicar apenas as formas qualificadas ela o faz de forma clara, inequívoca”.¹¹

Dentre as duas posições, afigura-se melhor a segunda. Se o legislador pretendesse exigir a combinação dos artigos, certamente teria utilizado a expressão

⁹ Ac. da 2ª Turma do STF, no *Habeas corpus* n. 77.480-7/SP, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 6.10.98, DJU de 7.5.99.

¹⁰ Ac. da 6ª Turma do STJ, no Recurso Especial n. 297.148/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. em 15.3.2001, DJU de 11.6.2001, p. 266. No mesmo sentido: *Habeas corpus* n. 14.640/SP, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 6.2.2001, DJU de 25.6.2001, p. 249.

¹¹ Ac. da 5ª Turma do STJ, no *Habeas corpus* n. 15.963/MG, rel. Min. Felix Fischer, j. em 28.6.2001, DJU de 28.8.2001, p. 508.

“art. 214 *combinado* com o art. 223, *caput* e parágrafo único” ou, então, “art. 214 *em* sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único”. A fórmula verbal por ele adotada não é restritiva. Ao dizer “art. 214 *e* sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único”, o texto alcança tanto a modalidade básica quanto as formas qualificadas. O uso da conjunção coordenada aditiva “e” conduz a essa conclusão, não sendo dado presumir o equívoco gramatical do legislador.

Além disso, se fosse sua intenção restringir a hediondez às formas qualificadas, não teria o legislador, no início do inciso VI do art. 1º da Lei 8.072/1990, se referido genericamente ao “atentado violento ao pudor”; certamente teria feito expressa menção às “formas qualificadas”, como fez, aliás, nos incisos I (homicídio qualificado), II (latrocínio, ou roubo qualificado pelo resultado), III (extorsão qualificada pela morte) e VII (epidemia com resultado morte). É certo que no inciso IV o texto alude a “extorsão mediante seqüestro *e* na forma qualificada”, modo de expressão que também poderia ter sido utilizado nos incisos pertinentes ao estupro e ao atentado violento ao pudor. Mas também é certo que a indicação genérica destes últimos crimes nos incisos V e VI não pode ser restringida por presunção, pois é evidente que a hediondez, sempre que não especificado de modo diverso, alcança as modalidades básicas e também as formas qualificadoras do delito.

Nem se diga, de outra parte, que, sem a lesão corporal grave ou a morte, o crime perderia o caráter vil, abjeto e ignóbil próprio da hediondez. A repulsa externada pelo ordenamento positivo encontra explicação na natureza do crime de atentado e em sua objetividade jurídica, não na extensão ou gravidade dos ferimentos sofridos pela vítima.

Felizmente, em dezembro de 2001, o Supremo Tribunal Federal adotou novo entendimento ao decidir que a hediondez dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor não se restringe às formas qualificadas, alcançando também aquelas das quais não resulta lesões corporais graves ou morte.¹²

¹² Ac. do Pleno do STF, no HC n. 81.288-1/SC, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j.

Tratando da questão gramatical, a Min. Ellen Gracie mostra que a conjunção “e” – inserta na expressão “art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único” constante do inciso V do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos – tem função *aditiva*, abarcando, portanto, também a modalidade básica do crime de estupro (e, por identidade de razões, também do atentado violento ao pudor).¹³

No mesmo voto, a julgadora salienta também o equívoco de centrar-se a atenção exclusivamente nas conseqüências físicas¹⁴ do crime sexual e ressalta a

17.12.2001.

¹³ “Até mesmo a pura análise gramatical, ou literal, do dispositivo nos leva à mesma conclusão. Compõe-se a redação do inciso como segue: “V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, parágrafo único)”. Vale dizer, após o *nomen juris* genérico do delito e, entre parênteses, encontra-se o número que o artigo assumiu no corpo do Código Penal. Seguem-se (e aí estão, a meu sentir, as duas palavras de cuja exata apreensão semântico/estrutural depende a perfeita interpretação de todo o artigo e o deslinde da *mens legis*), a conjunção e e o pronome sua (combinação etc). Na língua portuguesa, a conjunção e tanto pode assumir significado aditivo quanto adversativo. A última estrofe do belíssimo poema “Acordar da cidade de Lisboa”, de Fernando Pessoa, no heterônimo Álvaro de Campos, nos dá exemplo de ambas as formas. Diz ele: ‘Por isso, não te importes com o que penso, // E muito embora o que eu te peça, // Te pareça que não quer dizer nada, // (...) // Dá-me rosas, rosas, // E lírios também.’ (PESSOA, Fernando – Poesias de Álvaro de Campos, Lisboa, Ática, 1964, p. 102). Valho-me do concurso do Prof. Adalberto Kaspary, autor renomado de diversos livros de português jurídico (KASPARY, Adalberto José. *Habeas verba*: português para juristas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, 235 p.), para afirmar que “na estrofe do poeta, o primeiro E tem valor adversativo, sendo perfeitamente substituível por uma das conjunções adversativas propriamente ditas, tais como mas ou porém. Já no dispositivo sob análise, a conjunção e está inquestionavelmente em sua acepção básica, originária, isto é, aditiva. Até porque a conotação adversativa desta conjunção se verifica mais em textos literários, subjetivos, sendo incompatível com o valor denotativo, não-subjetivo, com que as palavras devem ser empregadas no linguajar jurídico-legal” (Do voto da Min. Ellen Gracie, do STF, proferido no HC n. 81.288-1/SC, j. 17.12.2001).

¹⁴ “Os primeiros relatos, acerca dos transtornos psicológicos decorrentes do abuso sexual datam de 1890, através das observações de Freud (FREUD, 1995; MILLER, 1998). Atualmente, de acordo com a AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION COMMITTEE ON NOMENCLATURE AND STATISTICS (1994), a violência sexual associa-se com a Síndrome da Desordem Pós-Traumática (SDPT), entidade nosológica desenvolvida após qualquer evento traumático ou extraordinário, dentro da experiência humana. De acordo com BRESLAU et al. (1998), cerca de um terço dos casos de SDPT são relacionados com o abuso sexual. A SDPT divide-se em duas fases. A primeira, denominada ‘fase aguda’, caracteriza-se por processo psíquico de desorganização, durando de poucos dias a algumas semanas. Os sintomas referidos pela mulher incluem a angústia, o medo, a ansiedade, a culpa, a vergonha, a humilhação, a autocensura e a depressão. Podem ocorrer reações somáticas, como: fadiga, tensão, cefaléia, insônia, corrimento vaginal, pesadelos, anorexia, náuseas e dor abdominal (BURGESS & HOLMSTRON, 1973). Nesta fase, o evento de uma gravidez decorrente de estupro intensifica e agrava as conseqüências da SDPT (DREZETT et al., 1998). Na segunda, chamada de ‘fase crônica’, desenvolve-se um processo de

importância do princípio do respeito à dignidade humana:

O delito de que estamos tratando é daqueles que, por suas características de aberração e de desrespeito à dignidade humana, causa tão grande repulsa, que as próprias vítimas, em regra, preferem ocultá-lo e que a sociedade, em geral, prefere relegar a uma semiconsciência sua ocorrência, os níveis desta ocorrência e o significado e repercussões que assume para as vítimas deste tipo de violência.

Também o Min. Carlos Velloso, relator designado para a lavratura do acórdão, evidencia os danos psicológicos sofridos pela vítima dos crimes sexuais:

No tipo objetivo de ambos os crimes – estupro e atentado violento ao pudor – está presente a violência ou a grave ameaça, a deixarem na vítima seqüelas morais graves. Escrevendo sobre o crime de estupro, lecionou a desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que “a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte.” E acrescenta: “Ora, não são meras conseqüências de ordem física que caracterizam o estupro como crime hediondo, mas sim as seqüelas de ordem psíquica e emocional que marcam a mulher para o resto da vida, ainda que de forma invisível.” (Maria Berenice Dias, “Estupro, crime duplamente hediondo”, “Correio Braziliense”, “Caderno Direito e Justiça”, 27.8.2001).

reorganização psíquica que pode durar de meses a anos. A vítima passa a rememorar intensamente a violência, construindo pensamentos estupro-relacionados (SHIPHERD & BECK, 1999). Podem se estabelecer diversos transtornos da sexualidade, incluindo o vaginismo, a dispareunia, a diminuição da lubrificação vaginal e a perda da capacidade orgásmica. Cerca de 40% das mulheres apresentam queixas sexuais após o estupro, sendo que algumas podem evoluir para quadros mais severos, culminando na completa aversão ao sexo (BURGESS & HOLMSTRON, 1973; MASTERS & JOHNSON, 1979; BECKER et al., 1984). A fase crônica também se caracteriza pela ocorrência de problemas como: depressão, bulimia, anorexia nervosa, baixa auto-estima, fobias diversas e dificuldades de relacionamento interpessoal (HALL et al., 1989; MOSCARELLO, 1990; MACKEY et al., 1992; DANSKY et al., 1997; KULKOSKI & KILIAN, 1997; THELEN, SHERMAN, BORST, 1998; ROOSA, REINHOLTZ, ANGELINI, 1999). A prevalência de idéias suicidas persistentes e de tentativa de suicídio é elevada nos casos de SDPT, principalmente entre adolescentes abusados durante a infância. Neste grupo, a tentativa de suicídio alcança até 15% das vítimas femininas, com percentual semelhante para o sexo masculino (BOWYER & DALTON, 1997; BRYANT & RANGE, 1997; STHATAM et al., 1998). Há dados que sugerem que o risco seja ainda maior para mulheres revitimizadas (CLOITRE, SCARVALONE, DIFEDE, 1997). Em nosso meio, há registro de taxas um pouco menores, em torno de 10% (DREZETT et al., 1996)” (Do voto da Min. Ellen Gracie, do STF, proferido no HC n. 81.288-1/SC, j. 17.12.2001).

Em julgamentos subseqüentes¹⁵, o Supremo Tribunal Federal observou a nova orientação, pacificando o entendimento, naquela Corte, de que a hediondez incide também sobre as modalidades básicas dos crimes de atentado violento ao pudor e de estupro.

9.3. Violência real e violência presumida

Ao tratar dos crimes sexuais, o Código Penal alude a duas espécies de violência: a real e a presumida. Desta última trata o art. 224 do Código Penal: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.”

Como já se assinalou, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor são hediondos somente quando deles resultar lesões corporais de natureza grave ou morte, ficando, destarte, excluídos os casos de violência presumida.

O Superior Tribunal de Justiça decidia no mesmo sentido, aduzindo que “a violência ficta não está arrolada expressamente no art. 1º da Lei 8.072/90”.¹⁶

Não há dúvida de que o inciso VI do art. 1º da Lei dos Crimes Hediondos não menciona o art. 224 do Código Penal. O silêncio do texto legal não autoriza, todavia, a conclusão de que se pretendeu excluir o caráter de hediondez do atentado violento ao pudor praticado com violência presumida.

Com efeito, observa Guilherme de Souza Nucci que o texto legal “não

¹⁵ HC 81289, HC 81391, HC 81403 e HC 81413, 1ª Turma, j. 05.02.2002, rel. Min. Sydney Sanches.

¹⁶ Ac. da 5ª Turma do STJ, no Recurso especial n. 282.766/SC, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 28.6.2001, DJU de 27.8.2001, p. 387. No mesmo sentido: *Habeas corpus* n. 16.782/GO, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 19.6.2001, DJU de 3.9.2001, p. 234; *Habeas corpus* n. 15.780/SP, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 17.5.2001, DJU de 3.9.2001, p. 263; *Habeas corpus* n. 16.710/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 19.6.2001, DJU de 13.8.2001, p. 293.

necessitaria ter descrito a combinação dos arts. 213 e 214 com o art. 224, pois este não cria *novas* figuras típicas incriminadoras, mas unicamente dá elementos para a tipificação desses crimes, quando cometidos contra pessoa incapaz de consentir, levando em conta os tipos penais existentes (que são hediondos)”.¹⁷ E acrescenta o mesmo doutrinador:

Ora, que diferença substancial existe entre uma conjunção carnal com violência real, praticada contra quem podia consentir e não o fez, e uma conjunção carnal com violência presumida, praticada contra quem não podia consentir e o fez? Nenhuma, para efeito de concretização do tipo penal do art. 213. Ter relação sexual com uma menor de 15 anos, contra sua vontade, ou ter relação sexual com uma menor de 8 anos, contando com seu consentimento, é igualmente hediondo e punido de acordo com as penas previstas pelo art. 213. Logo, partilhamos do entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor cometido com violência ficta são hediondos.¹⁸

Também defendendo a hediondez do estupro e do atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida, Victor Eduardo Rios Gonçalves anota:

...o estupro é sempre definido no art. 213 do CP. O art. 224 menciona apenas as hipóteses em que a violência é presumida e, portanto, não precisa ser provada. Não altera, contudo, a capitulação jurídica do estupro simples que é sempre no art. 213. Com efeito, o emprego de violência é elementar do estupro (art. 213) e as hipóteses de violência presumida estão contidas nessa elementar. O art. 224 não descreve, por si só, uma conduta típica, e tanto é assim que não possui pena própria.¹⁹

É possível que haja, subjacentemente, outra razão a explicar o entendimento jurisprudencial mais brando e flexível. Talvez pensando em casos como o do constrangimento ao beijo lascivo ou à apalpadela nas partes pudendas, os julgadores reputem exagerado considerar o crime como hediondo. Não se olvide, porém, que tais

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 609.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, cit., p. 609.

¹⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*, cit., p. 7. Embora o texto refira-se ao crime de estupro, ao tratar do atentado violento ao pudor o autor invoca as mesmas observações (obra citada, p. 8).

decisões acabam por colocar a salvo dos rigores da Lei 8.072/1990 hipóteses como as de estupro ou de atentado violento ao pudor praticado mediante violência ficta contra crianças da mais tenra idade. O coito anal praticado com um párvulo de quatro anos, por exemplo, revela a mesma sordidez e torpeza que se fazem sentir no ato símile realizado com violência real contra indivíduo púbere ou adulto.

É certo que, por vezes, parece desproporcional a imposição de restrições tão severas – como de fato o são as previstas na Lei dos Crimes Hediondos – contra autor de conduta de pequena gravidade. Mas também é inadmissível que, a pretexto disso, se desvirtue o texto e o sentido da lei, praticando-se a desproporcionalidade inversa. O caso é de rever-se a descrição do tipo, de sorte a admitir gradações de pena conforme a gravidade da conduta. Enquanto isso não ocorre, à lei há de dar-se cumprimento.

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento anterior e passou a decidir pela hediondez dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo quando não há violência real.²⁰ No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a questão ainda não resta pacificada. A 5ª Turma alinhou-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;²¹ já a 6ª Turma, mesmo depois do julgamento do Excelso Pretório, decidiu pela não-hediondez do crime, quando praticado com violência presumida.²²

²⁰ Ac. do Pleno do STF, no *Habeas corpus* n. 81.288-1/SC, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 17.12.2001, já referido neste trabalho.

²¹ “Ressalvado entendimento do relator e seguindo o novo entendimento do Pleno do Pretório Excelso (Informativo 255), o atentado violento ao pudor, na forma básica, o que inclui o caso de violência presumida, é crime hediondo, incidindo, então, a regra inserida no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90” (Ac. da 5ª Turma do STJ, no *Habeas corpus* n. 19221/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. em 7.2.2002, DJU de 4.3.2002, p. 284, unânime). No mesmo sentido: HC 19478/SC, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. 19.3.2002, DJU 29.4.2002, p.268, unânime.

²² Ac. da 6ª Turma do STJ, no *Habeas corpus* n. 19275/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. 7.2.2002, DJ 1.4.2002, p. 225, unânime.

10. CONFLITO APARENTE DE TIPOS

10.1. Generalidades

Não raras vezes, um único fato parece amoldar-se, em primeira análise, a mais de um tipo penal; ou, como afirma Fernando de Almeida Pedroso, é possível que os tipos se coordenem, relacionem e interpenetrem, de sorte que um mesmo episódio encontre a possibilidade de ser captado, alcançado e subsumido por mais de um tipo legal delitivo.¹

Trata-se, aqui, do *conflito aparente de tipos*, fenômeno também denominado, na doutrina, de *concurso aparente de normas*,² *conflito aparente de normas*,³ *concurso aparente de tipos*,⁴ *concurso fictício de leis*, *concorrência imprópria*, *concurso ideal impróprio* e, ainda, *concurso impróprio de normas*.⁵

Diz-se *aparente* o conflito porque, em tais casos, não é possível a aplicação simultânea ou cumulativa das normas penais.⁶ Na interpretação adequada dos tipos, a concorrência acaba descartada, dado que um dos tipos exclui o outro ou os outros.⁷ Como anota João Mestieri, “a característica do concurso aparente de tipos é a

¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 2000, p. 629.

² Era essa a expressão que constava no Anteprojeto Hungria, art. 5º. Utiliza-a DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 286. O mesmo jurista vale-se, também, da terminologia *conflito aparente de normas*.

³ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 629; também CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 59.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 736; também MESTIERI, João. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1, p. 253.

⁵ Cfe. JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 107.

⁶ Segundo JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 108, o conflito é aparente “porque só seria real se a ordem jurídica não resolvesse a questão”.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 736.

incompatibilidade e não a coexistência dos tipos que se apresentam como ensejando a integração”.⁸

O conflito aparente de tipos não se confunde com o concurso de infrações penais, tratado em outro capítulo deste trabalho e que se dá, no já citado dizer de Aníbal Bruno “quando o mesmo agente, por meio de uma só ou de várias ações, realiza duas ou mais figuras delituosas, idênticas ou diversas”.⁹

A propósito da distinção entre o conflito aparente de tipos e o concurso de infrações penais, ensina Bacigalupo que no primeiro caso se discute sobre a relação de tipos *entre si*, enquanto nas hipóteses de concurso ideal ou real se trata da relação *entre vários tipos penais e uma ou várias ações*.¹⁰ Na seqüência de seu texto, o penalista espanhol afirma que a questão do concurso tem uma incidência direta na determinação da pena aplicável, ao passo que a solução de um concurso aparente de leis importa a exclusão das penas que seriam consequência dos tipos penais excluídos.¹¹

Segundo a doutrina, “para que se configure o conflito aparente de normas é necessária a presença de certos elementos:

- a) unidade do fato (há somente uma infração penal);
- b) pluralidade de normas (duas ou mais normas pretendendo regulá-lo);
- c) aparente aplicação de todas as normas à espécie (a incidência de todas é apenas aparente);
- d) efetiva aplicação de apenas uma delas (somente uma é aplicável, razão pela qual o conflito é aparente).”¹²

⁸ MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1: Parte geral, p. 253-254.

⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II: parte geral, p. 287.

¹⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 239.

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*, cit., p. 239.

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 59; também CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Síntese* n. 23, mai./jun. de 2000.

Simplificando-se a formulação *supra*, pode-se dizer que os elementos do conflito são:

- a) uma pluralidade de normas parecendo regular o fato; e
- b) a efetiva aplicação de apenas uma delas.

Para a resolução do conflito aparente de tipos, sugere a doutrina quatro critérios: o da *especialidade*, o da *consunção*, o da *subsidiariedade* e o da *alternatividade*.

Diga-se, todavia, com Bettiol, que sobre o tema “as opiniões na doutrina são ainda muitíssimo fluidas e incertas”.¹³ João José Caldeira de Bastos chega a afirmar que “pouco valem os novos e velhos princípios de hermenêutica jurídica, as teorias dogmáticas de resolução dos conflitos ‘aparentes’ de normas, as sutilezas distintivas de renomados jurisconsultos”.¹⁴

Em vez de *critérios*, alguns doutrinadores preferem aludir a *princípios*.¹⁵ René Ariel Dotti sustenta, contudo, que, na verdade, o aplicador da lei adota uma

¹³ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Trad. bras. e anot. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, notas de Everardo da Cunha Luna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v. II, p. 323. Observa o penalista italiano: “Se o critério da especialidade tem bases lógicas sólidas e como tal é acolhido sem discussões pela doutrina, os demais princípios apresentados não gozam de uma aprovação unânime e incondicionada, mesmo porque não se afirmou que um exclua necessariamente o outro. Assim, o princípio da subsidiariedade é por alguns incluído no da consunção, o da consunção referido no da progressão. Parece-nos que o critério da *subsidiariedade* e o da *consunção* atingiram um notável grau de cristalização, de tal forma que podem ser acolhidos no âmbito do sistema com suficiente tranqüilidade. Mais do que a exigências lógicas eles respondem a exigências valorativas, de modo que uma norma exclui a outra não porque comandada por rígido cânone de lógica, mas porque a aplicação de todas as normas concorrentes se chocaria contra as necessidades práticas de valoração do fato e viriam a contrastar com as mais elementares exigências de justiça.” (BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, cit., p. 328).

¹⁴ Na seqüência do texto, observa o doutrinador: “Salta aos olhos que eles não se entendem entre si; que os tribunais igualmente divergem; e que os argumentos invocados para uma hipótese são esquecidos ou abandonados no momento seguinte, à custa de princípios até então considerados irrelevantes” (BASTOS, João José Caldeira. *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 138).

¹⁵ É o caso, por exemplo, de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 736-739. Também JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 109. Ainda BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 84 e seguintes.

regra para decidir o que é verdadeiro ou falso. Daí a preferência pelo vocábulo *critérios*, para eliminar a falsa realidade do conflito.¹⁶

10.2. Critério da especialidade

No dizer de Fernando de Almeida Pedroso, “há relação de especialidade entre tipos legais delitivos sempre que um deles, comparado com outro, contiver os mesmos elementos descritivos e circunstâncias essenciais, com a adição, porém, de outros caracteres, chamados elementos especializantes”.¹⁷

De forma mais concisa, Magalhães Noronha e Luiz Alberto Machado afirmam que há especialidade quando, entre duas ou mais normas, existe relação de gênero e espécie.¹⁸ Essa relação determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo *lex specialis derogat legi generali*,¹⁹ afastando-se a possibilidade de incorrer-se em *bis in idem*.

Exemplo clássico de aplicação do critério da especialidade é o do *infanticídio* (CP, art. 123), em confronto com o tipo do *homicídio* (CP, art. 121). A mãe que matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após, responderá apenas pelo crime de infanticídio.²⁰

Ocorre o mesmo no crime de peculato (CP, art. 312), um *plus face* à apropriação indébita (CP, art. 168). Todos os elementos constitutivos deste segundo tipo constam no primeiro, o qual contém também as circunstâncias de ser *funcionário público* o agente e de deter a coisa *em razão do cargo*.²¹

¹⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 286.

¹⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 632.

¹⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 327, p. 14, jan. 1963; MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 58-59.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 287.

²⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 287.

²¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p.

Outro exemplo é o da importação de cocaína. Aparentemente, duas normas se aplicam: a do delito de contrabando (CP, art. 334) e a do crime de tráfico de entorpecente (Lei n. 6.368/76, art. 12). Prevalece este último tipo, especial em relação ao primeiro em razão da natureza da substância importada.²²

É interessante observar que a especialidade pode redundar em um *minus* ou um *plus* de severidade.²³ No exemplo do infanticídio, o tipo especial prevê sanção mais branda; nos demais exemplos (peculato e tráfico de substância entorpecente), o tipo comum é que contempla pena mais leve, se comparada com aquela estabelecida para o tipo especial.

Também importa consignar que a especialidade pode intercorrer entre disposições da mesma lei penal ou de leis penais diversas. Como exemplo dessa última situação cite-se o da lei penal militar, em confronto com a lei penal comum.²⁴

10.3. Critério da consunção

Há consunção quando um crime é meio necessário ou normal etapa de preparação ou de execução de outro;²⁵ ou, ainda, quando se constitui em mero exaurimento deste.²⁶

633.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 60.

²³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 109. Também CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 59.

²⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*, cit., p. 327. Observe-se também: "... a lei especial é aquela que dá ao tipo delitivo uma configuração mais específica, isto é, reproduz o tipo geral e dá um acréscimo que a torna especial. Pode ocorrer entre leis penais diversas (o furto no Código Penal Militar) ou entre disposições da mesma lei. Por sua vez, pode surgir para agravar (furto e furto qualificado), minorar (homicídio e infanticídio) ou manter a mesma punibilidade (estelionato e disposição de coisa alheia como própria)" (ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. Concurso entre normas de crimes e contravenções e normas contravencionais entre si. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 467, p. 282, set. 1974).

²⁵ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 287. Também JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 114.

²⁶ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Sintese* n.

Existe, aí, uma *continência* de tipos, vale dizer, entre eles há uma linha evolutiva ou de fusão que os condensa numa relação de continente e conteúdo.²⁷ Desse modo, aplica-se apenas a norma relativa ao tipo *consuntivo*, que prevalece sobre os outros, denominados *consuntos*.²⁸

A consunção alcança as figuras do *delito progressivo*, da *progressão criminosa* e, ainda, do *crime complexo*.²⁹

Ocorre o *crime progressivo* “quando o agente, objetivando, desde o início, produzir determinado resultado, pratica diversos atos tendentes à consecução desse escopo. Há, aí, uma única conduta comandada por uma só vontade, mas compreendida por diversos atos”.³⁰ Na expressão de Fernando de Almeida Pedroso, “desenha-se, dessarte, uma relação de *crime-meio* a *crime-fim* entre os diversos tipos perpetrados, absorvendo o último os anteriormente cometidos”.³¹

Assim, pratica crime progressivo o agente que, imbuído do propósito de matar a vítima, desfere-lhe vários golpes, até lograr seu intento. As lesões corporais sofridas antes do evento morte não constituem senão o meio necessário ao atingimento do fim colimado.

Dá-se o mesmo com o agente que, visando a contrair novas núpcias, declara falsamente ser solteiro. O crime de falsidade ideológica (CP, art. 299) é apenas o meio para a consecução da bigamia (CP, art. 235),³² de sorte que aquele se caracteriza como

23, maio/jun. 2000. No mesmo sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 62.

²⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 636.

²⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 115.

²⁹ Tratando do crime complexo, parte da doutrina objeta que “aglutinadas as figuras num só tipo composto, tornam-se componentes de uma única figura, o que exclui, evidentemente, a idéia de concurso e com mais razão a de concurso aparente” (BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*, cit., p. 103).

³⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 63.

³¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 637.

³² PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 637.

um *ante factum* impunível.³³

Também é o que ocorre na situação em que, sem mais potencialidade lesiva, o indivíduo pratica o crime de falsificação documental com o propósito de perpetrar o delito de estelionato. Conquanto menos grave, o crime de estelionato prevalece sobre o de falso.³⁴

A *progressão criminosa*, por sua vez, configura-se quando o agente, após atingir seu objetivo inicial, decide prosseguir em direção a outro resultado. É o que se dá quando o indivíduo, tendo alcançado seu intento inicial de apenas ferir, delibera matar a vítima e, então, prossegue com os golpes até atingir a letalidade.³⁵

No crime progressivo, há desígnio único; na progressão criminosa, há pluralidade de desígnios. No primeiro, o fato é uno; na segunda, há fatos executados sucessivamente.³⁶

Assim, há progressão criminosa – e não crime progressivo – na hipótese em que o agente, tendo efetuado a subtração configuradora de furto (CP, art. 155), agride a pessoa que tenta impedir-lhe a posse. Nesse caso, caracteriza-se o crime de *roubo impróprio* (CP, art. 157, § 1º).

O *crime complexo*, por fim, é aquele que resulta da fusão de dois ou mais crimes autônomos, que passam a funcionar como elementares ou circunstâncias de um novo tipo.³⁷

Exemplo de crime complexo é o de roubo (CP, art. 157), integrado pelas elementares do furto (CP, art. 155) e do constrangimento ilegal (CP, art. 146).

Em nenhum desses casos de crime progressivo, progressão criminosa ou

³³ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 288.

³⁴ Precisamente nesse sentido é a Súmula 17 do STJ: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 64.

³⁶ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 1, p. 117.

³⁷ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Síntese* n. 23, maio/jun. 2000. No mesmo sentido, CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 63.

crime complexo existe concurso de delitos. Há a consunção de um tipo por outro, configurando-se apenas uma infração penal.

Ressalte-se, ainda, que, a par do *ante factum* impunível, já referido, há realizações típicas que se *sucedem* a outras que atentam contra o mesmo bem jurídico e o mesmo sujeito passivo, de maneira a excluir o concurso de infrações.³⁸ Ocorre, pois, o *post factum* impunível sempre que, visando ao exaurimento de delito anterior, desenvolva o agente nova atividade típica.³⁹

Nessa ordem de idéias, o uso de documento falso (CP, art. 304) é *post factum* impunível em relação ao delito de falsificação (CP, art. 297); também a destruição (CP, art. 163), pelo próprio ladrão, da coisa furtada (CP, art. 155).⁴⁰

Do mesmo modo, quem furta automóvel (CP, art. 155), falsifica sua documentação (CP, art. 297) e em seguida o vende a terceiro de boa-fé, comete exclusivamente o crime de furto. Também não há falar em adultério (CP, art. 240) praticado na seqüência de crime de bigamia (CP, art. 235).⁴¹

10.4. Critério da subsidiariedade

Segundo Fragoso, verifica-se a *subsidiariedade* quando uma norma que define crime menos grave está abrangida pela norma que define o crime mais grave, nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu. A relação de subsidiariedade é caracterizada com critérios de valoração jurídica.⁴²

Norma subsidiária é, pois, aquela que descreve um grau menor de violação

³⁸ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 289.

³⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 646.

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 289.

⁴¹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 648.

⁴² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 349.

de um mesmo bem jurídico, isto é, um fato menos amplo e menos grave, o qual, embora definido como delito autônomo, encontra-se também compreendido em outro tipo como fase normal de execução de crime mais grave.⁴³ A norma subsidiária fica absorvida pela norma primária, que descreve um fato mais amplo e mais grave.⁴⁴

É exemplo de subsidiariedade o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (CP, art. 132), que prevê pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, “se o fato não constitui crime mais grave”. Essa norma é subsidiária em relação às que dispõem sobre a tentativa branca de homicídio; o art. 132 do Código tutela também a vida – mesmo bem jurídico protegido pelo art. 121 – só que num grau menor, ainda que confrontado com a modalidade tentada.

Assim, se, no decorrer do processo judicial não restar evidenciada a prática da tentativa de homicídio, pode haver desclassificação para o crime de exposição a perigo. Dá-se isso por força da subsidiariedade.

Vê-se, portanto, que a subsidiariedade não resulta do confronto em abstrato de dois tipos penais, mas das circunstâncias do caso concreto. É imprescindível a análise do caso concreto, para verificar-se se um fato (subsidiário) está contido dentro do outro (primário).⁴⁵

A subsidiariedade pode ser expressa ou tácita. É expressa quando declarada formalmente na lei, através de locuções como tais: “se o fato não constitui elemento de crime mais grave ou de outro crime” (arts. 249 e 307); “se o fato não constitui crime

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 61. Fernando de Almeida Pedroso não comunga do entendimento de que a subsidiariedade somente se visualiza se o tipo que a abriga for menos grave que o tipo descartado. Segundo ele, “mais ou menos grave, ressurre aplicável o tipo subsidiário sempre que o especial, do qual é ele geral, sobejar sem campo fértil ou ensanchas para compreender o fato” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 635).

⁴⁴ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Síntese* n. 23, maio/jun. 2000.

⁴⁵ CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Síntese* n. 23, maio/jun. 2000.

mais grave” (arts. 238 e 239); e “se as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo” (art. 129, § 3º). Por outro lado, diz-se tácita a subsidiariedade quando a norma subsidiária não condiciona, taxativamente, a própria aplicação à insubsistência do delito principal, ou primário.⁴⁶

10.5. Critério da alternatividade

Tem-se a *alternatividade* quando a norma incriminadora descreve mais de uma modalidade de realização típica.⁴⁷ São os *crimes de conteúdo variado, de conteúdo múltiplo* ou *de ação múltipla*, também chamados de *tipos mistos alternativos*. O tipo misto alternativo descreve várias formas de realização da figura típica, em que a realização de uma ou de todas configura um único crime.⁴⁸

Fernando Capez sustenta, porém, que não há, aqui, propriamente um conflito entre normas, mas conflito interno na própria norma.⁴⁹

Sob um outro aspecto, afirma Oscar Stevenson que, “pelo princípio da alternatividade, a aplicação de uma norma a um fato exclui a aplicabilidade de outra que também o prevê como delito”.⁵⁰ Assim, se, no caso concreto, reconhecido que a conjunção carnal se quadra na figura da sedução (art. 217), descabe atribuir ao agente crime de estupro (arts. 213) ou posse sexual mediante fraude (art. 215).⁵¹

Aludindo expressamente ao texto de Stevenson, Cândido Rangel Dinamarco também questiona a existência desse critério, entendendo que os exemplos dados se enquadram nos critérios da especialidade, da consunção e da

⁴⁶ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélon Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 39.

⁴⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 290.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 65.

⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 65.

⁵⁰ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélon Hungria*, cit., p. 43.

⁵¹ STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nélon Hungria*, cit., p. 44.

subsidiariedade.⁵²

Zaffaroni e Pierangeli, por sua vez, afirmam que a alternatividade é apenas a resultante da aplicação dos critérios anteriores.⁵³

De fato, não parece que o critério da alternatividade exsurja dotado de autonomia. Seu conceito é vago e impreciso e não se soma aos demais como um quarto mecanismo para a resolução dos conflitos aparentes de tipos.⁵⁴

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. Atentado violento ao pudor e ato obsceno. *Justitia*. São Paulo, v. 63, p. 237, out./dez. 1968.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 736-737.

⁵⁴ Nesse sentido, NORONHA, Edgard Magalhães. Crime progressivo e concurso aparente de normas. *Revista dos Tribunais*, cit., v. 327, p. 17.

11. CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS

11.1. Generalidades

A vida do homem é delineada por seu comportamento. A propósito, observa Jescheck que o comportamento humano compõe-se de uma série continuada de ações e omissões.¹

Nessa mesma ordem de idéias, Reyes Echandía afirma que a conduta descrita nos tipos penais pode ser de *ação* ou de *omissão* ou, o que é igual, *positiva* ou *negativa*, conforme o fato punível consista em uma atividade do agente, um fazer, ou em uma inatividade, um não fazer quando se tinha a obrigação jurídica de atuar.²

Para fins penais, considera-se sempre *uma única ação* a realização dos *requisitos mínimos do tipo penal*, ainda que o comportamento físico possa decompor-se em vários atos parciais do ponto de vista puramente fenomenológico.³

Não se confundem, pois, *atos* e *ações*. Uma ação, sem que perca sua unidade ontológica, pode perfeitamente concretizar-se por diversos e sucessivos atos.⁴ O crime de estelionato, por exemplo, quase sempre envolve a prática de uma grande pluralidade de atos; nem por isso se considera haver, aí, mais de uma ação criminosa.⁵

¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 2, p. 995.

² ECHANDIA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6ª ed. 1ª reimpr. Bogotá: Temis, 1997, p. 53.

³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, cit., v. 2, p. 997. Sustenta-se, também, que, em vez de tomar-se o conceito de unidade de *ação*, é melhor referir-se ao de unidade de *fato*: “La terminologia que empleamos de ‘unidad de hecho’ tiene la ventaja, sobre la ‘unidad de acción’, que permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias ‘acciones’: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos. Pero lo único que importa para decidir si existe un concurso real o un concurso ideal, y por tanto, si varios delitos se hallan constituidos por varios hechos o por uno solo, es la unidad de hecho, no la de actos” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: PPU, 1990, p. 772).

⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 2000, p. 102.

⁵ “Se a ação se resume em um único ato, o crime é chamado *unisubsistente*. Se há mais de um ato, *plurisubsistente*” (PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2ª ed. São Paulo: Revista

De outra parte, o homem pode, mediante uma única ação, realizar mais de uma figura delituosa. É o que ocorre, por exemplo, quando um indivíduo arremessa uma granada e atinge várias pessoas, matando algumas e ferindo outras.

Avançando-se um pouco mais, percebe-se que são quatro as situações possíveis: a) o agente pratica uma ação ou omissão e realiza uma só figura delituosa; b) o agente pratica mais de uma ação ou omissão e realiza uma só figura delituosa; c) o agente pratica uma ação ou omissão e realiza mais de uma figura delituosa; e d) o agente pratica mais de uma ação ou omissão e realiza uma pluralidade de figuras delituosas.

Nas duas primeiras hipóteses, tem-se uma só ação criminosa, nada importando o número de ações; nas duas últimas, ocorre o fenômeno denominado de *concurso de crimes* ou *concurso de infrações*.

Segundo Aníbal Bruno, dá-se o *concurso de crimes* “quando o mesmo agente, por meio de uma só ou de várias ações, realiza duas ou mais figuras delituosas, idênticas ou diversas”.⁶

René Ariel Dotti observa, no entanto, que a melhor denominação é a adotada no art. 76 do Código Penal – *concurso de infrações* – pois o cúmulo “poderá ocorrer entre crimes ou contravenções, isoladamente considerados ou entre crimes e contravenções”.⁷

A lei penal estabelece, para cada infração, uma ou mais penas. Assim, um primeiro raciocínio conduziria à afirmação de que, se determinado indivíduo pratica

dos Tribunais, 1969, p. 11).

⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. II, p. 287. Por “ações”, aqui, deve-se entender tanto as positivas quanto as negativas, vale dizer, não só as ações, propriamente ditas, como também as omissões.

⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 536. Damásio de Jesus, ao argumento de que a matéria é, no Código Penal brasileiro, disciplinada no capítulo da aplicação da pena, defende a denominação *concurso de penas* (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 597-598). Tal critério, contudo, não é seguro. A sistematização feita pelo legislador não altera a essência dos institutos jurídicos. No caso, a pluralidade é, mesmo, de infrações, fenômeno que apenas *repercute* na pena e, portanto, diz respeito a ela *secundariamente*.

mais de uma infração penal, deve ele ser punido mediante a somatória de todas as penas.

Nem sempre, porém, é assim. Em algumas hipóteses, expressamente previstas na lei, a sanção final imposta ao agente que comete uma pluralidade de infrações é inferior à adição simples das penas fixadas para cada uma delas.

Sobre esse aspecto, Aníbal Bruno explica que, algumas vezes, à unidade ou multiplicidade dos fatos, segundo uma apreciação naturalista, teve de opor-se uma apreciação normativa, por exigência de justiça na medida da pena; e que, desse modo, à unidade naturalista da ação nem sempre vem a corresponder a unidade jurídica, nem à sua pluralidade uma pluralidade de Direito.⁸

Da doutrina colhe-se que dentre os sistemas propostos para a aplicação da pena nas diferentes espécies de concurso de delitos destacam-se os seguintes:

a) Acumulação material: determina a soma das penas aplicadas para cada um dos crimes;

b) Acumulação jurídica: por esse sistema, pune-se com uma pena que não é a soma daquelas em que incorreria o agente, mas que é bastante severa para atender à totalidade dos crimes cometidos;

c) Absorção: considera que a pena aplicada ao delito mais grave absorve a pena do delito menos grave;

d) Exasperação: prevê a aplicação da pena mais grave, aumentada de um determinado *quantum*, em consideração à responsabilidade total do agente.⁹

O Código Penal contempla três espécies de concurso de infrações: o concurso material, o concurso formal e o crime continuado.¹⁰

⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, cit., t. II, p. 287.

⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, cit., t. II, p. 288; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 330.

¹⁰ Luiz Regis Prado complementa, aduzindo que o Código Penal brasileiro acolhe os sistemas do *cúmulo material* no concurso material (art. 69) e no concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, 2ª parte); e da *exasperação* no crime continuado (art. 71) e no concurso formal perfeito (art. 70, *caput*, 1ª parte) (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 330).

11.2. Concurso material

Tem-se o *concurso material* (ou *real*) “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”.¹¹ Nessa hipótese, ao agente “aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido” (Código Penal, art. 69, *caput*, primeira parte).

René Ariel Dotti anota que a soma das penas aplicáveis ao concurso não tem limite prefixado, dependendo do número das infrações cometidas e das respectivas sanções; mas ressalva, com apoio no art. 75 do Código Penal, que o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade não poderá ser superior a trinta anos.¹²

Zaffaroni e Pierangeli, após discorrerem sobre os ângulos do *realismo* e do *idealismo* nos concursos real e ideal,¹³ criticam o sistema penal brasileiro, reputando-o como, talvez, o mais repressivo dentre todos os vigentes na América Latina. Afirmando que o legislador pátrio seguiu o modelo idealista autoritário do código italiano de 1930, tais doutrinadores ressaltam que existe uma tendência geral no sentido de aceitar o sistema da exasperação no concurso material.¹⁴

Objete-se, porém, que, além da já mencionada limitação temporal de cumprimento da pena, o sistema positivo nacional contempla o agente delituoso com uma série de benefícios que mitigam o rigor da norma penal. Dentre tais benesses podem ser citados a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, o livramento condicional, a remição, a anistia e o indulto, figuras que tornam raro, na prática, o integral cumprimento das penas cumulativamente impostas.

¹¹ Quando os crimes são idênticos, o concurso se diz *homogêneo*; não o sendo, o concurso é chamado de *heterogêneo* (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 537; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral, cit., p. 330).

¹² DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral, cit., p. 537.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 716 *et seq.*

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 735-736.

Sendo assim, não subsiste a crítica. O atual sistema penal brasileiro, visto como um todo, não se revela excessivamente repressivo e, ao contrário do que afirmam os aludidos penalistas, passa ao largo do “carimbo autoritário que o idealismo fascista do código de Rocco trouxe para os países da América Latina”.¹⁵

11.3. Concurso formal

Ocorre o *concurso formal* (também chamado de *concurso ideal*) “quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”,¹⁶ caso em que se aplica “a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade” (Código Penal, art. 70, *caput*, primeira parte).

Ressalva o Código, no entanto, que: a) as penas são aplicadas cumulativamente “se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos” (art. 70, *caput*, segunda parte); b) a pena não poderá exceder a que seria cabível pela regra do concurso material (art. 70, parágrafo único).

No concurso formal há *uma ação e vários resultados puníveis*. É o que se dá quando alguém, com um só tiro, mata ou fere diferentes pessoas; ou quando, numa colisão de veículos, o agente dá causa a lesões corporais em mais de uma pessoa.

O concurso formal pode ser classificado em *homogêneo* ou *heterogêneo*, conforme sejam idênticas ou não as infrações concorrentes.¹⁷

Convém destacar, outrossim, ser perfeitamente possível o concurso formal

¹⁵ ZAFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 735.

¹⁶ “O concurso é *homogêneo* se as infrações forem idênticas, isto é, previstas na mesma norma incriminadora, e *heterogêneo* na hipótese contrária” (DOTTI, René Ariel, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 538).

¹⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 538; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 601.

entre delitos dolosos e culposos.¹⁸ Exemplo dessa situação é o do agente que, com a intenção de causar dano patrimonial a outrem, lança uma pedra em uma vidraça e, por conta de sua imprudência, acaba ferindo quem se encontra por detrás dela.

Denomina-se *concurso formal próprio* aquele em que as diversas infrações resultam de um só desígnio criminoso, vale dizer, quando a vontade do agente é dirigida à obtenção de um só efeito criminoso. Já o *concurso formal impróprio* emerge da pluralidade de intenções, ou seja, quando houver desígnios autônomos, vontade dirigida à obtenção de mais de um efeito criminoso.¹⁹ É para esta segunda espécie que incide a regra da parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal, restrita, como já salientado, aos delitos dolosos.

11.4. Crime continuado

A terceira espécie de concurso de infrações é a do *crime continuado*, que se configura “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes²⁰ da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro” (Código Penal, art. 71, *caput*, primeira parte). Em tal situação, aplica-se ao agente “a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços” (Código Penal, art. 71, *caput*,

¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 331.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 538; PEDROSO, Fernando de Almeida, *Direito penal: parte geral estrutura do crime*, cit., p. 603-604. O concurso formal próprio e o concurso formal impróprio também são chamados, pela doutrina, de *concurso formal perfeito* e *concurso formal imperfeito*, respectivamente (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 601; PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 331). Há, ainda, autores que rotulam tais espécies como *concurso formal simples* e *concurso formal qualificado* (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 721).

²⁰ Logo, não cabe a continuidade quando se tratar de contravenções penais (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 540).

segunda parte).²¹

O parágrafo único do art. 71 excetua a regra do *caput*, dispondo que, nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo. O juiz deverá, todavia, observar que a aplicação dessa regra não poderá resultar em pena excedente à que caberia se se tratasse de concurso material.²²

À figura do *caput* do art. 71 a doutrina dá o nome de *crime continuado comum*; e à do parágrafo único, *crime continuado específico*.²³ Para ambas o legislador adotou o critério da exasperação, estabelecendo, porém, para a segunda, o limite máximo da somatória aritmética das penas. De fato, não teria sentido reconhecer-se a continuidade e aplicar-se pena mais severa do que a que resultaria do concurso material.

²¹ Munhoz Netto justifica o tratamento benéfico da continuidade delitiva aduzindo que após a prática do primeiro crime pelo agente “...superam-se o medo da descoberta e o receio da pena, surge a consciência de poder vencer os obstáculos e tornar-se mais intensas as solicitações, sobretudo quando propícias as condições exteriores, tudo facilitando a repetição de idêntico crime. O embotamento da sensibilidade do criminoso e a dificuldade de reagir às ocasiões favoráveis diminuem a liberdade de decidir, tornando, assim, o autor da continuação criminosa menos censurável do que o autor de crimes em concurso material, pois que nestes, pela diversidade das infrações, não ocorre o mesmo fenômeno de enfraquecimento dos freios inibitórios” (MUNHOZ NETTO, Alcides. Sugestões de emendas ao Código Penal. In: *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, ano 3, n. 4, p. 23, 1974).

²² Munhoz Netto ressalta que o III Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo em novembro de 1968, aprovou sugestão no sentido de considerar-se a continuação criminosa como modalidade de *facultativa atenuação do concurso material* (cfe. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 12, p. 137 a 149) e afirma que essa fórmula seria mais vantajosa que a adotada no Brasil, porque esta facilita, na prática, presume-se a continuidade entre delitos da mesma espécie, ante qualquer homogeneidade executiva e vaticina: “Com o automatismo com que se vem reconhecendo o crime continuado, o instituto chega às vezes a atuar como estímulo à delinquência. Ciente de que, após a prática da segunda das infrações, mínima será a agravação pelos delitos subseqüentes, o criminoso encontra, na própria lei, incentivo para prosseguir” (MUNHOZ NETTO, Alcides. Sugestões de emendas ao Código Penal. In: *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, cit., n. 4, p. 33-34).

²³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 333.

Quanto à natureza jurídica do crime continuado, aponta a doutrina três teorias:

a) Teoria da unidade real: os vários comportamentos delitivos constituem, em essência, um único crime;

b) Teoria da ficção jurídica: a continuidade delitiva é mera ficção legal, já que são diversos os delitos praticados;

c) Teoria da unidade jurídica ou mista: o crime continuado não é unidade real e tampouco ficção jurídica; ele forma, sim, um terceiro crime, unificado pela lei.²⁴

O sistema penal brasileiro abraçou a teoria da ficção jurídica, o que se indica pela própria redação do texto legal: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica *dois ou mais crimes* da mesma espécie e, (...)”. Nesse sentido, observa-se que o reconhecimento da continuidade delitiva depende da existência de *dois ou mais crimes*, e não apenas da sucessão de atos integrantes de uma única conduta criminosa.²⁵

Além disso, pelo art. 119 do Código Penal percebe-se “claramente que a continuidade delitiva compreende uma pluralidade real de crimes, uma vez que determina que a prescrição incida isoladamente sobre cada um deles. Assim, no crime continuado, cada delito que compõe a cadeia de continuidade delitiva tem seu prazo próprio, o que revela sua existência autônoma”.²⁶

No que tange aos pressupostos do crime continuado, também existem três teorias:²⁷

²⁴ Sobre os argumentos em prol e contra essas teorias, v. PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*, cit., p. 69-90.

²⁵ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*, São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 442-443.

²⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1, p. 495. Ressalvam, no entanto, alguns doutrinadores que o Código Penal não prevê, no art. 71, uma hipótese de verdadeira continuidade delitiva, mas uma forma de “concurso material atenuado”, haja vista que a continuidade delitiva, propriamente dita, não poderia envolver a noção de uma pluralidade de crimes (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 721).

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 333.

a) Teoria subjetiva: o crime continuado caracteriza-se unicamente pela unidade de propósito ou desígnio (elemento subjetivo) do agente;

b) Teoria objetivo-subjetiva: acrescenta requisitos objetivos à unidade de desígnios – consistente em uma programação inicial, de realização sucessiva;

c) Teoria objetiva: defende o exame dos elementos da continuidade sem qualquer consideração de ordem subjetiva, atinente à programação do agente.

Boa parte da doutrina pátria, com base na Exposição de Motivos do Projeto que deu origem à Lei n. 7.209/84,²⁸ afirma que o sistema legal brasileiro acolheu a teoria puramente objetiva.²⁹

Nessa mesma direção, anota Flávio Augusto Monteiro de Barros que “o requisito subjetivo prestigia criminosos audaciosos, que realizam um plano antes de atuar, deixando de fora do benefício os delinqüentes que atuam sem prévia deliberação, mas que, diante das oportunidades surgidas, não resistem à tentação de delinqüir. Sobremais, a prova da unidade de desígnio é muito difícil, o que tornaria o crime continuado, na prática, uma figura meramente decorativa do direito penal”.³⁰

Para outro segmento da doutrina, porém, “adotado pelo legislador o sistema finalista como paradigma da parte geral do Código Penal, a estrutura das ações típicas continuadas (...) é constituída de elementos objetivos e subjetivos, cujo exame é necessário para determinar não só a existência de crimes da mesma espécie, mas,

²⁸ “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva” (Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, item 59).

²⁹ Assim, v.g., DOTTL, René Ariel, *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 538-539; também PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 333; ainda FRANCO, Alberto Silva, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 1.286; mais DELMANTO, Celso, *Código penal comentado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 133; e também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. Organizador Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Editora Método, 2001, p. 197 e 199. Apesar disso, Eduardo Henriques da Silva Correia sustenta que a Exposição de Motivos contém uma “impropriedade na redação” e que, na verdade, o sistema legal brasileiro não acolheu a teoria objetiva (CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 290-291).

³⁰ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 444.

também, para verificar a existência da relação de continuação da ação típica anterior através das ações típicas posteriores”.³¹

Outro ponto que merece destaque diz com o sentido da expressão “crimes da mesma espécie”, constante no *caput* do art. 71 do Código Penal.

Para uma corrente, crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo legal, podendo reunir-se a forma consumada com a tentativa, a forma simples com a qualificada.³²

Outra corrente defende que crimes da mesma espécie não são somente aqueles ilícitos previstos na mesma norma incriminadora, mas, também, os que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns.³³

Na doutrina estrangeira, faz-se ressalva quanto aos *bens jurídicos personalíssimos*.³⁴ Nesse caso, segundo Jescheck, não cabe o delito continuado quando os atos parciais se dirigem contra distintos titulares. Assim, se perpetrados contra distintas vítimas, não se poderia reconhecer a continuidade no homicídio, nos crimes sexuais e no constrangimento ilegal.³⁵

Enrique Bacigalupo, por sua vez, afirma que, tratando-se de bens jurídicos

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 340-341.

³² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*, cit., t. II, p. 302. No mesmo sentido, JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, v. 1, cit., p. 605; também MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*, v. 2, Campinas, Bookseller, 1997, p. 461.

³³ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*, cit., p. 539; também PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., v. 1, p. 334; ainda, BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 445-446; e mais COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*, cit., p. 200, invocando, nesse particular, a lição de Noronha, que identifica crimes da mesma espécie como aqueles “integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos”.

³⁴ Como anota Regis Prado, o Código Penal espanhol, ao tratar do delito continuado faz a seguinte ressalva no artigo 74.3: “Ficam excluídas do estabelecido nos itens anteriores as ofensas a bens eminentemente pessoais, salvo as constitutivas de infrações contra a honra e a liberdade sexual; em tais casos se atenderá à natureza do fato e do preceito infringido para aplicar ou não a continuidade delitiva” (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, cit., p. 334).

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, cit., v. 2, p. 1.002.

personalíssimos, a continuidade delitiva só é admitida se for o mesmo o sujeito passivo.³⁶

Especificamente no que concerne ao bem *vida*, mesmo no Brasil há posicionamentos no sentido de que não se admite a continuidade.³⁷ Mas, com o advento da Reforma da Parte Geral do Código Penal, ocorrida em 1984, que inseriu no ordenamento positivo a regra hoje estampada no parágrafo único do art. 71, tem predominado o entendimento de que cabe reconhecer a continuidade independentemente da natureza do bem jurídico e da identidade da vítima, ressalvando-se, porém, que o tratamento jurídico previsto no aludido parágrafo é mais severo do que aquele constante no *caput*.

³⁶ BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal: parte general*. 4ª ed. Madrid: Akal, 1997, p. 431.

³⁷ MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 171; também a Súmula 605 do STF, anterior à Reforma da Parte Geral do Código Penal: “Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.”

12. CONFRONTO COM OUTROS TIPOS PENAIIS

12.1. Generalidades

Nem sempre é singela a tarefa de enquadrar determinada conduta no ordenamento jurídico positivo. Casos há em que a descrição legal de um crime aproxima-se da de outro, causando embaraço ao exegeta. Muitas vezes, um tipo é apenas mais amplo do que outro. Também é freqüente a previsão, por dois ou mais dispositivos legais, de condutas com diversos elementos comuns.¹

Por essa razão, é fundamental realizar o confronto entre os tipos, a fim de delimitar o alcance de cada um e evitar que a fatos idênticos sejam aplicadas regras legais distintas e que se cogite de concurso de infrações quando em verdade se tenha o fenômeno da absorção.

Conforme já anotado anteriormente, o atentado violento ao pudor é descrito, pelo Código Penal, da seguinte maneira: “Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”

Várias são as infrações que merecem comparação com o atentado violento ao pudor: o constrangimento ilegal, a importunação ofensiva ao pudor, a perturbação da tranqüilidade, o ato obsceno, o atentado ao pudor mediante fraude, o estupro, a corrupção de menores, o assédio sexual, a posse sexual mediante fraude, a injúria e o atentado violento ao pudor previsto no Código Penal Militar.

12.2. Constrangimento ilegal

De acordo com o art. 146 do Código Penal, configura o crime de

¹ Os critérios para a solução do conflito aparente de tipos são objeto de capítulo próprio deste trabalho.

constrangimento ilegal “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”.

O atentado violento ao pudor é uma espécie de constrangimento ilegal, caracterizada pela finalidade, perseguida pelo agente, de que outrem pratique ou permita que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.²

Tratando-se de uma modalidade especial de constrangimento ilegal, o atentado violento ao pudor, quando caracterizado, impõe a aplicação do disposto no art. 214, em prejuízo do que estabelece o art. 146 (*lex specialis derogat legi generali*). É certo que a lei não manda que alguém se submeta à prática de ato libidinoso. Nem por isso o constrangimento a tal conduta configurará o delito do art. 146. Como o art. 214 especifica a natureza do ato que o agente impõe ao constrangido, a norma geral cede lugar à especial.

Observe-se, de outra parte, que, diferentemente do tipo do art. 214, o do art. 146 prevê, além da violência ou grave ameaça, a redução, por qualquer outro meio, da capacidade de resistência da vítima. Em contrapartida, o art. 224 estabelece que se presume a violência se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Dentre as duas, a regra do art. 224 afigura-se mais ampla, pois não exige que o agente seja o responsável pela redução da capacidade de resistência; basta que ele se aproveite dessa circunstância, independentemente do que a tenha produzido.

Apesar de, no plano teórico, existir um traço divisor entre os dois crimes ora em análise, há algumas situações que comportam discussões. Exemplo disso é a hipótese do constrangimento à contemplação. Se alguém, mediante violência ou grave

² Tratando especificamente do crime de estupro – mas fazendo observação de todo aplicável ao atentado violento ao pudor, Nelson Hungria afirma que tal crime não é senão uma forma especial de constrangimento ilegal (art. 146) trasladada para o setor dos crimes contra os costumes (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 105).

ameaça, constranger outrem a despir-se apenas para que sobre este deite os olhos, estará cometendo atentado violento ao pudor ou mero constrangimento ilegal?

Magalhães Noronha afirma que “se um indivíduo arroja-se sobre uma donzela, desnudando-a para mirá-la, comete crime de atentado ao pudor, pois, mediante violência, a constrange a suportar e tolerar que com ela se pratique ato libidinoso ou lascivo”.³

Em obra clássica sobre o tema, Chrysolito de Gusmão defende a idéia de que há atentado violento ao pudor quando, por meio de violência ou ameaça, o agente “penetra no quarto de banho de uma senhora e, mantendo as ameaças, obriga-a, assim, a se manter em plena nudez, com o que se compraz luxuriosamente, se entregando a manifestações lascivas”.⁴

Damásio de Jesus sustenta que “o agente que surpreende u'a mulher nua e a constrange a permanecer sem roupas, para que possa contemplá-la, comete o crime [de atentado violento ao pudor], pois, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima a permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.⁵

Para Antonio José Miguel Feu Rosa, “a contemplação do corpo da vítima, desnudo, ou de suas partes pudendas, compõe o tipo, quando precedida, acompanhada ou seguida dos atos luxuriosos. Por exemplo: o agente levantou a saia da moça, arrancou-lhe o porta-seios, rasgou-lhe os vestidos para mirar seu corpo”.⁶

Defendendo posição compatível com a dos autores supramencionados, Guilherme de Souza Nucci afirma que, mesmo sem contato físico, pode configurar atentado violento ao pudor a conduta de obrigar-se a vítima, sob ameaça de arma de

³ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 92.

⁴ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução, e corrupção de menores*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 177.

⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 104.

⁶ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 556.

fogo, a despir-se para satisfazer à lascívia do agente.⁷

De fato, nada importa se foi o próprio agente quem desnudou a vítima ou se ela própria o fez, compelida por ato de violência ou grave ameaça. Também é irrelevante que a vítima tenha sido tocada por outrem; tanto é assim que, sem dúvida, o constrangimento à automasturbação configura atentado violento ao pudor. Não é necessário, pois, o contato corpóreo com a vítima, bastando, no dizer de Nelson Hungria, “que o seu corpo entre em jogo, para fim de libidinagem”,⁸ ou, como ensina Luiz Regis Prado, que “a ação seja exercida *em torno* do corpo daquela”.⁹

O Superior Tribunal de Justiça, porém, em acórdão tomado por estreita maioria de votos, decidiu que “Para a caracterização do crime de atentado violento ao pudor é imprescindível que o agente, na realização do ato libidinoso, mantenha contato corpóreo com a vítima, pois sem a sua participação física ativa ou passiva, o delito não se configura”. No caso julgado, entendeu-se que “Não comete o crime tipificado no art. 214, do Código Penal, o ancião que, em face da recusa da vítima, menor de 7 anos, em tocar seu membro viril, masturba-se em sua presença”.¹⁰

Não é possível aceitar o entendimento que acabou prevalecendo no julgamento. Com efeito, tendo havido o pedido, para que a vítima tocasse o órgão sexual do agente, houve *tentativa* de atentado violento ao pudor, não se havendo consumado o crime apenas em razão da recusa da menina, circunstância alheia à vontade daquele. Foi nesse sentido, aliás, o teor dos votos vencidos.

A tese esposada pela doutrina merece prestígio. É inegável a aptidão da

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 585.

⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 126-127.

⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 205.

¹⁰ Ac. da 6ª Turma do STJ, no RESP n. 63.509/RS, rel. Min. Vicente Leal, j. 24.6.1996, DJU de 3.3.1997, p. 4.715. Também o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que “Para a configuração do crime não basta a simples contemplação lasciva, sendo necessário o contato corporal” (RT 573/362) e que se o agente “somente constrangeu a vítima a despir-se, não se configura o art. 214” (RT 646/275) (Cf. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, em coop. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 419).

nudez à produção do efeito libidinoso. Quando ela é imposta à vítima, ainda que por meio de grave ameaça ou violência presumida, tem-se como presente o elemento que distingue a conduta do mero constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal.

Diversa é a situação em que alguém constrange outrem a apenas *presenciar* a prática de ato libidinoso. Se a vítima não é compelida a praticar ou permitir que com ela se pratique o ato, a conduta do agente não se amolda à previsão do art. 214.¹¹

Em tal hipótese, ocorre, segundo Nélson Hungria, o crime de constrangimento ilegal (art. 146) com a agravante do motivo torpe (art. 61, II, *a*), podendo haver concurso material com o crime de corrupção de menores (art. 218), se a vítima contar com idade entre 14 e 18 anos.¹²

Magalhães Noronha não acolhe de bom grado essa solução, dizendo que existe uma lacuna na lei. Segundo ele, melhor seria se o tipo do art. 214 alcançasse também o constrangimento a presenciar o ato libidinoso, pois, pela redação do Código, resta sem adequada proteção o menor de 14 anos. Deveras, a prática de ato libidinoso na presença de menor de 14 anos não poderia ficar à mercê de pena tão branda quanto à prevista no art. 146 (detenção, de três meses a um ano, ou multa), considerada “irrisória” pelo ilustre doutrinador paulista.¹³

De qualquer modo, ainda que fosse acolhida a sugestão de Noronha, a lacuna persistiria no tocante à conduta de constranger-se o menor de 14 anos a presenciar *conjunção carnal*, uma vez que tal ato é excluído do alcance do art. 214.

¹¹ No Código Penal Militar, o crime de atentado violento ao pudor configura-se também mediante o constrangimento da vítima a *presenciar* ato libidinoso diverso da conjunção carnal (art. 233). Igual previsão constava no Código Penal de 1969 (art. 239).

¹² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 125. Embora não aluda ao concurso de crimes, preferindo a conjunção alternativa “ou”, Damásio de Jesus afirma que, “Dependendo das circunstâncias do caso concreto estaremos diante da prática do crime previsto no art. 218 do CP (corrupção de menores) *ou* do descrito no art. 146 do mesmo diploma legal (constrangimento ilegal), com a agravante genérica do motivo torpe” (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 104).

¹³ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 95-96.

12.3. Importunação ofensiva ao pudor

O Decreto-lei 3.688/1941 prevê, no art. 61, a contravenção penal de *importunação ofensiva ao pudor*. Punida somente com multa, essa infração penal configura-se mediante a conduta de “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”.

Não raras vezes se vê a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a mencionada contravenção. Os tipos são, porém, bem distintos.

Com efeito, não há sinonímia entre os verbos “constranger” e “importunar”. No Código Penal, constranger significa coagir, compelir, forçar, obrigar, tolher os movimentos; na Lei das Contravenções Penais, importunar quer dizer incomodar, aborrecer, desgostar, perturbar.

Ademais, o atentado violento ao pudor exige a prática de violência ou grave ameaça, ausentes na descrição legal da contravenção.

Outro ponto distintivo entre os tipos é o pertinente ao lugar em que é praticada a infração penal. A contravenção do art. 61 só se configura se praticada em lugar público ou acessível ao público, diferentemente do atentado violento ao pudor, cuja descrição legal não faz qualquer alusão ao local.

Mesmo assim, algumas situações ora são enquadradas como crime, ora como contravenção. É o caso do agente que aplica *beijo* na vítima.

Adverte Noronha que há várias espécies de beijo: o dado nas mãos é ato de respeito e cavalheirismo; nas faces e na frente demonstra, geralmente, “ternura casta e sã”, como sói ser o beijo da mãe ao filho. Já o beijo aplicado no pudendo é, em si, “manifesto ato de luxúria”.¹⁴

Também Hungria distingue os beijos de acordo com a parte do corpo em que é aplicado. Para ele, a questão só tem sentido quanto ao beijo na face, na boca ou

¹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 97.

no colo, “pois daí para baixo sua impudicícia é flagrante”.¹⁵

Os dois mencionados juristas convergem na conclusão. Ao sentir do primeiro, configura atentado violento ao pudor o beijo dado, por meio de violência ou ameaça, num impulso de luxúria e de volúpia.¹⁶ Para o segundo, “ninguém poderá duvidar (...) que um desses beijos à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua, quando aplicado a uma mulher coagida pela *ingrata vis*, autêntico atentado violento ao pudor”.¹⁷

Chrysolito de Gusmão, igualmente, observa que o beijo é, normalmente, “sinal do amor e da veneração”, mas se for “violento e luxuriante, dado em atitude e fins lascivos, pode ser punido”.¹⁸

Nessa mesma ordem de idéias, Damásio de Jesus assevera que o beijo lascivo constitui o crime do art. 214 “quando praticado mediante violência ou grave ameaça”.¹⁹ Ressalvando o beijo casto e respeitoso aplicado nas faces, bem assim o “beijo roubado”, furtiva e rapidamente dado na pessoa admirada ou desejada, o referido penalista considera criminoso o “beijo lascivo nos lábios, aplicado à força, que revela luxúria e desejo incontido, ou quando se trata do beijo aplicado nas partes pudendas”.²⁰

Na jurisprudência, também se encontram inúmeras decisões no sentido de que “O beijo lascivo e erótico é ato libidinoso, constituindo, portanto, o delito de atentado violento ao pudor quando contrário à vontade da vítima”.²¹ Em outras palavras, “O simples contato corporal lascivo consistente em beijo, sendo o mesmo

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 124.

¹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 97.

¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 125.

¹⁸ GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*, cit., p. 179.

¹⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 104.

²⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 104.

²¹ Ac. do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, rel. Des. Cláudio Lima, *in RT* 534/404 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, em coop. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3.119).

obtido mediante violência ou ameaça, configura o artigo 214 do Código Penal”.²²

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, porém, tem recebido certa acolhida, na doutrina, o entendimento de que o beijo, sendo “simples contato corporal lascivo”, não se compadece com os rigores legais previstos para o atentado violento ao pudor. Segundo Delmanto, em tal caso, “A cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime hediondo (...), é de todo excessiva”, restando ao juiz, nessas hipóteses, “desclassificar o delito para a contravenção do art. 61 da LCP” ou, “caso o local não seja público ou acessível ao público, considerar o fato atípico”.²³

Atento à severidade da sanção prevista para o crime, Luiz Regis Prado diz que, embora “correta a classificação do beijo lascivo ou com fim erótico como ato libidinoso, não é menos correto afirmar que a aplicação ao agente da pena mínima de seis anos, nesses casos, ofende substancialmente o princípio da proporcionalidade das penas”. O penalista paranaense não sugere, porém, a desclassificação para a contravenção penal, mas a reforma da legislação, de modo que se incluam todos os tipos de cópula no delito de estupro e qualifique-se o atentado violento ao pudor como um crime menos grave.²⁴

Revelando a mesma preocupação com os rigores da lei, Guilherme de Souza Nucci defende o enquadramento das condutas menos graves na disposição da Lei das Contravenções Penais:

...em se tratando de crime hediondo, sujeito a uma pena mínima de seis anos, a ser cumprida integralmente em regime fechado, não se pode dar uma interpretação muito aberta ao tipo do art. 214. Portanto, atos ofensivos ao pudor, como passar a mão nas pernas da vítima, devem ser considerados uma contravenção penal, e não um crime. A este é preciso reservar o ato realmente lascivo, que sirva para satisfazer a ânsia sexual do autor, que se vale da violência ou da grave ameaça. (...) é preciso considerar o *tempo* utilizado para atingir os propósitos do agente. Uma breve passada de mãos nos seios da vítima, fugaz e de inopino, não nos parece seja um atentado violento ao pudor, mas uma

²² Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Jarbas Mazzoni, in *JTJ* 144/273 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.119).

²³ DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 417.

²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 205.

importunação ofensiva ao pudor. Diferente do sujeito que se detém nas carícias, ameaçando a vítima com um revólver, por exemplo. Neste último caso, trata-se do delito previsto no art. 214.²⁵

As diversas espécies de beijo, determinadas por sua sede e duração, ensejam o enquadramento da conduta em uma ou outra infração penal, podendo mesmo refugir da esfera da tipicidade. Para a definição jurídica da situação, não há outro caminho a seguir senão o da análise dos elementos do tipo.

Assim, revela-se temerário enquadrar a conduta neste ou naquele tipo somente em função da pena prevista para um e outro. Dizer que o beijo lascivo não configura atentado violento ao pudor, mas mera contravenção, somente porque, com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, a resposta penal passou a ser desproporcional à conduta é o mesmo que descumprir a lei. Há, em tal raciocínio, uma inversão da ordem das coisas: a pena é consequência da prática delituosa e não elemento de sua configuração.

Não merece acolhida, portanto, a posição de Delmanto, que, apenas em função da severidade da lei, sugere o enquadramento do beijo – mesmo o lascivo – como contravenção penal. Se há desproporção entre a gravidade da conduta e o tratamento legal para ela previsto, cabe ao legislador – e não ao juiz – efetuar o necessário reparo. Modificar-se o enquadramento penal da conduta em função do rigor da pena é forma disfarçada de negar cumprimento à lei. Se é certo que o tipo do art. 214 alcança atos libidinosos de diversas gradações e de variados níveis de reprovação moral, cabe ao legislador adequar o texto a essa realidade, atentando para o princípio da proporcionalidade. Não é, porém, tarefa do juiz alterar o comando legal. A permitir-se tal coisa, abrir-se-á perigoso espaço para o exercício arbitrário do poder jurisdicional, comprometendo-se fortemente as bases do Estado Democrático de Direito.

O que vai distinguir os casos de atentado violento ao pudor dos de simples

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, cit., p. 586.

contravenção é o núcleo do tipo: havendo *constrangimento*, ter-se-á crime; havendo mera *importunação*, o caso será de contravenção.

No beijo fugaz, na apalpadela ligeira e no toque breve não chega a ocorrer o constrangimento ilegal, pois a vítima não é coagida e nem fica tolhida em seus movimentos. Há, sim, o incômodo, o aborrecimento, o mal-estar provocado pela inconveniência do agente. Diversamente, haverá crime se este, ainda que sem produzir ferimentos, imobiliza a vítima a ponto de impedir-lhe a resistência e, na seqüência, aplica-lhe um beijo lascivo não consentido ou arremete-se a acariciá-la voluptuosamente.

Não se ignora que possa constituir violência a prática de ação rápida e inopinada, que tenha surpreendido a vítima, impedindo-lhe a defesa.²⁶ Como afirma Hungria, “não podem deixar de ser considerados violentos os atos praticados com *surpresa* ou *destreza*, para prevenir a esperada oposição da vítima. A rapidez e insídia do ato, inspiradas pela certeza do pleno dissentimento do sujeito passivo e pelo propósito de satisfazer mais facilmente o desejo lascivo, têm caráter essencial, senão formal, de violência”.²⁷ Mas também não se pode negar que a violência, por si só, não força o enquadramento da conduta como atentado violento ao pudor.

A propósito do assunto, são muito pertinentes as seguintes observações, extraídas de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O crime de atentado violento ao pudor consiste em *constranger* alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Ora, o verbo *constranger*, colocado pelo legislador, ter aí o sentido de impedir os movimentos, tolher a liberdade, forçar, coagir, compelir. O crime é tão grave que as acepções 'incomodar', 'importunar', devem ser descartadas, porque configuram tipo contravencional. A prova deixou claro que não houve propriamente o constrangimento. A conduta foi de importunação, tanto que a vítima pôde de imediato se afastar. O fato se deu em lugar público, ofendendo o pudor da vítima. A simples

²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. II, p. 8-9. No mesmo sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, v. 2, p. 419.

²⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 127. Endossando o mesmo entendimento: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 205.

presunção de violência é insuficiente para tornar a contravenção em crime. Só não caberia essa solução se uma menor de 14 anos não pudesse ser sujeito passivo da infração prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Como inexistente tal ressalva no aludido diploma legal, e o fato não se revestiu de gravidade a ponto de justificar a caracterização do crime, resta concluir que é razoável a desclassificação para a modalidade contravencional.²⁸

Essa linha de argumentação é, por sinal, perfeitamente adequada a outras condutas que, de um modo geral, têm sido vistas como importunações ofensivas ao pudor. É o caso dos encostos ou esbarrões, comuns em locais apertados e em veículos de transporte coletivo.²⁹

A jurisprudência, aliás, mesmo antes da Lei dos Crimes Hediondos, já vinha considerando contraventor o agente que passa a mão nas nádegas de mulher, em local público,³⁰ bem assim o que, em praça pública, passa a mão pelo corpo de moças transeuntes.³¹

Nessas condutas menos graves, não se tem um constrangimento ilegal, descaracterizando-se, destarte, o atentado violento ao pudor.

Destaque-se, ainda, que entre o atentado violento ao pudor e a importunação ofensiva ao pudor há uma relação de *subsidiariedade*. Em ambas as infrações a vítima sofre uma invasão, com conotação sexual, em sua esfera de intimidade.³² A diferença que há entre elas é de *gradação* da ofensa. *Constranger* é mais grave do que *importunar*. Logo, se, no processo judicial, não restar configurado o constrangimento, mas apenas a importunação, o agente responderá pela contravenção.

²⁸ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. Crim. n. 104.983-3/4, rel. Des. Luiz Betanho (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.127-3.128).

²⁹ SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*. 3ª ed. São Paulo: LEUD, 1991, p. 291.

³⁰ Ac. da 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, j. 16.5.78, rel. Juiz Nigro Conceição, *JTACrimSP*, 52/250 (Cfe. LINHARES, Marcello Jardim. *Lei das contravenções penais interpretada pelos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 280).

³¹ Ac. da 8ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, j. 18.3.82, rel. Juiz Barros Monteiro, *JTACrimSP*, 70/321 (Cfe. LINHARES, Marcello Jardim. *Lei das contravenções penais interpretada pelos tribunais*, cit., p. 281).

³² Ao contrário do que se poderia supor num primeiro momento, a contravenção prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais não tutela o pudor público (COGAN, Arthur. Importunação ofensiva ao pudor. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 556, p. 282, fev. 1982).

Pode haver, ainda, relação de *consumção*, decorrente de progressão criminosa, se o agente, num primeiro instante, pratica a importunação ofensiva ao pudor para, na seqüência, constranger a vítima, com violência ou grave ameaça, a praticar ou a permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Nesse caso, ele responderá apenas pela prática do crime previsto no art. 214 do CP; a contravenção restará afastada, por força do brocardo *lex consumens derogat legi consumptae*.

12.4. Perturbação da tranqüilidade

A par da contravenção de importunação ofensiva ao pudor, também tem sido freqüente a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contravenção de perturbação da tranqüilidade.

A contravenção em questão é prevista no art. 65 do Decreto-lei 3.688/1941, cuja redação é a seguinte: “Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.”

Explica José Duarte que *molestar* significa enfadar, incomodar, importunar e, ainda, ofender, melindrar.³³ Valdir Sznick, por sua vez, afirma que *perturbar* é o mesmo que importunar, enfadar, causar distúrbios, atrapalhar, causar transtorno.³⁴

Note-se que ambos os vocábulos previstos no tipo podem assumir o sentido de *importunar*, que é exatamente o verbo de que se vale o legislador na descrição da contravenção penal do art. 61.

Essa proximidade de acepções, verificada entre os termos, explica a razão pela qual tantas vezes se desclassifica o crime de atentado violento ao pudor para uma

³³ DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, p. 578.

³⁴ SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*, cit., p. 319.

ou para outra contravenção.

Deveras, já se decidiu que “O beijo roubado caracteriza apenas a contravenção do art. 65 da LCP, isto é, a petulância, a ousadia, o descaramento, a insolência do agente”.³⁵ Também se entendeu que “Caracteriza a contravenção de perturbação da tranqüilidade e não o crime de atentado violento ao pudor, o beijo tentado e o apalpamento dos seios e do órgão genital da vítima que não levaram senão alguns segundos”.³⁶

Ao distinguir as duas formas de contravenção em questão, Damásio de Jesus afirma: “A importunação ofensiva ao pudor requer seja cometida em lugar público ou acessível ao público (art. 61); a perturbação da tranqüilidade não exige esse requisito (art. 65)”.³⁷

Não é possível ver aí critério seguro de distinção. A observação seria pertinente se a contravenção do art. 65 não admitisse a prática em lugar público ou acessível ao público. Não é esse, contudo, o caso, pois, não tendo feito qualquer alusão ao local, a lei admite possa a perturbação da tranqüilidade ocorrer em qualquer lugar.

Valdir Sznick afirma que “Havendo ofensa clara ao pudor, prevalece a contravenção do art. 61, mais específica. No art. 65 o pudor dificilmente é atingido. É mais uma ofensa ao *pundonor*, coisa bem mais sutil do que o pudor. As 'bolinações, apalpadelas' constituem-se, a nosso ver, na infração do art. 61”.³⁸

O comentário quanto à especificidade da contravenção do art. 61 é procedente. A importunação ofensiva ao pudor pode ser compreendida na noção, mais ampla, de perturbação à tranqüilidade. Quem sofre ofensa ao pudor certamente pode,

³⁵ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Barbosa Pereira, *RJTJSP*, 2/295 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.129).

³⁶ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Celso Limongi, *RT*, 701/305 e *JTJ*, 144/275 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.129).

³⁷ JESUS, Damásio E. de. *Lei das contravenções penais anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215. No mesmo sentido, OLIVEIRA NETO, Olavo. *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 222.

³⁸ SZNICK, Valdir. *Contravenções penais*, cit., p. 323.

ainda que por breve instante, perder a serenidade e a paz de espírito. Assim, quando a conduta inconveniente do agente representar, especificamente, uma ofensa ao pudor, caracterizar-se-á a contravenção do art. 61. Esse caráter subsidiário da norma do art. 65 é, aliás, anotado por José Duarte, que considera aperfeiçoado o tipo quando ocorrerem fatos que molestem ou perturbem a tranqüilidade e “que não sejam elementos caracterizadores de outra infração penal”.³⁹

Não colhe, porém, a vinculação da conduta à ofensa do *pundonor*, vocábulo que significa brio, honra e decoro. O alcance da norma do art. 65 é mais amplo, atingindo tudo aquilo cuja ofensa tenha a aptidão de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranqüilidade. Trata-se de uma infinidade de valores e bens jurídicos, materiais e imateriais, que, sendo atingidos, retiram a paz de espírito do indivíduo que os possua ou aprecie.

De outra parte, é importante dizer que a perturbação de tranqüilidade exige que a conduta seja praticada “por acinte ou por motivo reprovável”. Assim, é preciso que o agente aja de propósito, com o fito de desgostar alguém; ou, então, que se conduza de modo a incidir na censura comum.

O fato acintoso é aquele que se pratica com mau fim (que, no caso, seria molestar – incomodar), de propósito, deliberadamente.⁴⁰ Já o motivo reprovável é o censurável, repreensível, injustificável.⁴¹ A respeito deste segundo ponto, Olavo de Oliveira Neto bem observa que se trata de conceito fluido, “que deve ser analisado conforme os costumes e a moral de uma determinada região”.⁴²

Na contravenção de importunação ofensiva ao pudor, não se exige que a conduta seja praticada por acinte ou motivo reprovável. Sendo-o, ocasionalmente, nem por isso deixará de configurar o tipo do art. 61.

O traço distintivo entre as duas figuras está, portanto, na especificidade do

³⁹ DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*, cit., p. 580-581.

⁴⁰ DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*, cit., p. 578.

⁴¹ DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*, cit., p. 579.

⁴² OLIVEIRA NETO, Olavo. *Comentários à lei das contravenções penais*, cit., p. 222.

objeto ofendido. Tratando-se do pudor, ter-se-á a contravenção do art. 61; fora daí, a conduta caracterizará a infração do art. 65.

Assim, o agente que, em veículo de transporte coletivo, aproveitando-se da proximidade da vítima e sem a permissão desta, acaricia-lhe o braço ou os cabelos, pratica a contravenção de perturbação da tranqüilidade. Se, no entanto, apalpa-lhe os seios, as nádegas ou o órgão sexual, estará praticando importunação ofensiva ao pudor. Estranhamente, porém, a lei prevê, para a segunda hipótese, sanção mais branda.

Por fim, cabe consignar que também esta modalidade contravencional possui relação de consunção com o crime de atentado violento ao pudor. Desse modo, se o agente pratica a conduta prevista no art. 65 da Lei das Contravenções Penais e, na seqüência de seus atos, em progressão criminosa, constrange a mesma vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, não haverá concurso de infrações, porquanto presente o fenômeno da *consunção (lex consumens derogat legi consumptae)*.

12.5. Ato obsceno

O Código Penal prevê, no art. 233, o crime de *ato obsceno*, que se configura mediante a conduta de “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”. A pena, para o caso, é de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Não há como confundir tal delito com o atentado violento ao pudor.

Segundo Hungria, “Diz-se obsceno o ato que atrita, abertamente, grosseiramente, com o sentimento médio de pudor (...) ou com os bons costumes”.⁴³ Nas palavras de Fragoso, ato obsceno “é aquele que ofende ao pudor público, tendo-se em vista o sentimento comum vigente em determinado meio”.⁴⁴

⁴³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. III, p. 299.

⁴⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, cit., v. II, p. 77.

Desses conceitos extrai-se o principal ponto distintivo do crime com o atentado violento ao pudor: enquanto este tem como sujeito passivo *determinada pessoa*, o crime de ato obsceno vitima a *coletividade*. Ainda quando dirigido a determinada pessoa, o ato obsceno agride também o grupo social, porquanto praticado necessariamente em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Essa circunstância, aliás, não consta na descrição legal do atentado violento ao pudor.

A distinção entre os crimes é sentida na jurisprudência. De acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo extrai-se a seguinte lição: “Não há confundir a prática libidinosa com o ato obsceno. Neste, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou com os bons costumes. Naquele, o que apresenta é o desafogo da lascívia, servindo-se o agente de outra pessoa, subjugada pela violência real ou ficta.”⁴⁵

Desse modo, configuram o crime do art. 233: a exibição pública dos órgãos genitais, o *streaking* ou *chispada* (andar ou correr desnudo), a zoofilia praticada às claras⁴⁶ e a masturbação em público. Quanto à micção em via pública, entende-se que pode, ou não, configurar o delito, conforme as circunstâncias. Entendeu-se, por exemplo, que há crime se o ato é praticado em via pública, com exibição do órgão sexual⁴⁷; e que não se caracteriza o delito se o agente o pratica de costas para a rua⁴⁸ ou, de maneira discreta, durante a madrugada e de frente para uma parede.⁴⁹

Entre os crimes previstos nos arts. 214 e 233 do CP não há possibilidade de

⁴⁵ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Mendes Pereira, in *RT*, 504/309 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.126). Embora não seja necessário, para a configuração do atentado violento ao pudor, que o agente vise ao desafogo de sua lascívia, o acórdão serve para traçar a distinção desse delito com o de *ato obsceno*, pois evidencia a subjugação da vítima por meio de violência ou grave ameaça, presente naquele crime e ausente neste último.

⁴⁶ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*, cit., p. 556.

⁴⁷ Ac. do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in *Julgados*, 80/539, 68/293 (Cfe. DELMANTO, Celso, *Código penal comentado*, cit., p. 446).

⁴⁸ Ac. do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in *Julgados*, 67/464 (Cfe. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 446).

⁴⁹ Ac. do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, in *RJDTACr*, 21/84-5 (Cfe. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 446).

absorção, porquanto diversas as vítimas e os bens jurídicos protegidos.

12.6. Estupro

Não é difícil distinguir o atentado violento ao pudor do estupro, crime previsto no art. 213 do Código Penal, assim redigido: “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.”

A exemplo do atentado violento ao pudor, o estupro também é uma forma de constrangimento ilegal. O núcleo do tipo é “constranger” e os meios de que se vale o agente são, igualmente aqui, a violência ou a grave ameaça.

Há, porém, duas diferenças.

No crime de estupro, o agente constrange a vítima à *conjunção carnal*, ou seja, à cópula vagínica. Como ensina Hungria, trata-se da “conjunção sexual, isto é, a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”.⁵⁰ No crime de atentado violento ao pudor, o agente constrange a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal. Disso são exemplos o coito anal e a *fellatio in ore*, pois o ânus e a boca não são órgãos genitais.⁵¹

Além disso, no crime de estupro somente a mulher pode ser vítima, diferentemente do que ocorre no atentado violento ao pudor, em que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo.

Pode haver absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de

⁵⁰ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 105-106.

⁵¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 106. O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre o assunto, asseverando que “Entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor o que há de comum é o constrangimento e a violência ou grave ameaça, mas o fim visado é diferente: naquele, a conjunção carnal, neste, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (Ac. do Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Carlos Madeira, *in RT*, 610/456, cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.080).

estupro, desde que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal sejam tendentes a ela e a precedam. Haverá, aí, *delito progressivo*. Fora dessa hipótese, haverá concurso material.⁵²

12.7. Atentado ao pudor mediante fraude

A conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal” é prevista como crime, no art. 216, *caput*, do Código Penal, sob a denominação de *atentado ao pudor mediante fraude*.

A pena, na hipótese, é de reclusão, de um a dois anos. Se, no entanto, a ofendida contar com mais de 14 e menos de 18 anos de idade, a pena é de reclusão, de dois a quatro anos.

Vários são os traços distintivos entre os crimes capitulados nos arts. 214 e 216 do Código Penal.

A principal diferença está, indubitavelmente, no núcleo do tipo. O atentado violento ao pudor do art. 214 prevê a conduta de “constranger”, ao passo que o atentado ao pudor mediante fraude contempla a ação de “induzir”, verbo que significa “dar a idéia, incentivar, persuadir, inspirar”.⁵³

Outra diferença está em que, na forma principal, o atentado violento ao pudor supõe que o constrangimento seja praticado mediante violência ou grave

⁵² “Se, além da conjunção carnal, é praticado outro ato de libidinagem que não se ajusta aos classificados de *proeludia coiti*, é de se reconhecer o concurso material” (Ac. da 5ª Turma do STJ, no RESP n. 195.677, rel. Min. Felix Fischer, j. 20.4.99, DJU 24.5.99, p. 191, cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.127). Explica Fernando Pedroso que “os atos libidinosos perpetrados com a vítima, mediante violência ou grave ameaça, como *proeludia coiti* (art. 214) não concorrem com o estupro conseqüente (art. 213), salvo se os atos libidinosos se destacarem, como perversão, fora do prelúdio para a conjunção carnal ou se a ela se fizerem posteriores” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: LEUD, 2000, p. 638). *Sobre* o tema, v., outrossim, capítulo deste trabalho em que se trata do *concurso* entre os dois crimes.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, cit., p. 589.

ameaça. Já no crime previsto no art. 216, o instrumento para a indução é a *fraude*, vale dizer, o ato enganoso, mentiroso, artificioso, ludibrioso. Na lição de Hungria, *fraude* “é a maliciosa provocação ou aproveitamento do erro ou engano de outrem, para consecução de um fim ilícito”.⁵⁴ Por meio da fraude, a vítima é iludida e, sem violência ou grave ameaça, é levada a praticar ou permitir que com ela se pratique o ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Configuram, destarte, atentado ao pudor mediante fraude as seguintes condutas: prática de atos libidinosos com a paciente ao ensejo de seu atendimento médico em consultório;⁵⁵ prática de atos libidinosos com mulher internada, por empregado de hospital que se faz passar por médico;⁵⁶ prática de atos de libidinagem, por agente que se faz passar pelo marido da vítima.

Acrescente-se, também, o fato de que, para a configuração do crime do art. 214, nenhuma perquirição se faz a respeito de condição da vítima. Já a caracterização do atentado ao pudor mediante fraude exige que a vítima seja *mulher honesta*, ficando, por conseguinte, excluídos do alcance da regra os homens e as mulheres que não preenchem tal requisito moral.

Observa Damásio de Jesus que mulher honesta é a que mantém uma conduta regrada, decente, de acordo com os bons costumes. O mesmo doutrinador ressalva, contudo, que não se exige comportamento irrepreensível, deixando de ser honesta somente a mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, que possui vários homens e que não guarda o mínimo de ética sexual exigível.⁵⁷

⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 139.

⁵⁵ Ac. do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, rel. Des. Penalva Santos, in *ADV* 8.623 (Cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.140).

⁵⁶ Ac. do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, rel. Des. Helladio Monteiro, in *DJU* de 18.8.80, p. 5.988 (cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.140).

⁵⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 109-110. Enfocando o tema sob outro aspecto, Luiza Nagib Eluf afirma que o conceito de mulher honesta ligado ao comportamento sexual é ultrapassado e ofensivo à dignidade feminina, além de reduzir a mulher a objeto sexual sem

Convém lembrar que, se a mulher não for maior de 14 anos de idade, presumir-se-á a violência (Código Penal, art. 224, *a*), de sorte que se terá o crime do art. 214 e não o do art. 216.⁵⁸

Por fim, destaque-se que poderá haver *progressão criminosa* e, por conseguinte, absorção do atentado ao pudor mediante fraude pelo atentado violento ao pudor. Assim, se, durante a prática dos atos libidinosos alcançados por meio de fraude, a vítima percebe o logro e, reagindo, passa a sofrer violência ou grave ameaça para a continuidade da prática, o agente responde apenas pelo atentado violento ao pudor. Ocorre, aí, a *consumção* da infração do art. 215 pela do art. 214 (*lex consumens derogat legi consumptae*).

12.8. Posse sexual mediante fraude

O crime de *posse sexual mediante fraude* está previsto no art. 215 do Código Penal, com a seguinte descrição: “Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena – reclusão, de um a três anos.” O parágrafo único do referido artigo contempla uma forma qualificada: “Se o crime é praticado contra mulher virgem, menor de dezoito e maior de catorze anos: Pena – reclusão, de dois a seis anos.”

Esse delito é absolutamente distinto do de atentado violento ao pudor.

De início, anote-se que o crime do art. 215 refere-se à *conjunção carnal*,

nenhum outro valor social. Nessa ordem de idéias, a autora sustenta que o dispositivo legal em análise é inconstitucional, pois discriminaria as mulheres preconceituosa e desigualmente, protegendo apenas algumas delas, em detrimento das outras (ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 27-28).

⁵⁸ De acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo extrai-se que: “Se houve violência, ainda que presumida pela idade da vítima (CP, art. 224, *a*), o crime não pode ser o do art. 216” (RT, 529/325, cf. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 422). No sentido de que a presença de violência presumida afasta a fraude manifesta-se Bitencourt: “Não há falar em atentado ao pudor mediante fraude quando há violência, ainda que presumida pela idade da ofendida (TJSP, AC Rel. Adalberto Spagnuolo, RT, 529:325)” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 859-860 e 869).

enquanto o atentado violento ao pudor, ao contrário, diz respeito aos atos libidinosos *diversos* da conjunção carnal.

Além disso, o atentado violento ao pudor é crime praticado mediante violência ou grave ameaça, diferentemente do delito capitulado no art. 215, que alude a *fraude*. Justamente por conta desse elemento o crime é também chamado de *estelionato sexual*.⁵⁹

Na posse sexual mediante fraude, só pode ser sujeito passivo a *mulher honesta* e, especificamente na forma qualificada, somente a *mulher virgem* com idade entre 14 e 18 anos; no atentado violento ao pudor, qualquer pessoa pode ser vítima.

Exemplo clássico de posse sexual mediante fraude é o do agente que, aproveitando-se da escuridão da alcova, se faz passar pelo marido da vítima e com ela mantém conjunção carnal. Iludida, a vítima supõe a legitimidade da relação sexual, ato que não praticaria se tivesse ciência da identidade do parceiro.⁶⁰

Da jurisprudência extrai-se caso em que o ato iniciou-se mediante fraude, mas, descoberta esta, o agente usou de violência para consumir a conjunção carnal. Decidiu-se, com acerto, pela ocorrência do estupro.⁶¹

Se a evolução tivesse ocorrido para a prática violenta de ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal, configurar-se-ia, indubitavelmente, o crime de atentado violento ao pudor, sem prejuízo, todavia, da configuração do crime previsto no art. 215, tentado ou consumado, conforme o caso. Entre os crimes previstos nos arts. 214 e

⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 139.

⁶⁰ De acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais extrai-se o seguinte: “A posse sexual mediante fraude se apresenta quando a mulher é levada a erro, pelo meio empregado pelo agente, a consentir na conjunção carnal. O apelante armou um cenário iludente, fazendo-se passar pelo marido da vítima, para possuí-la sexualmente. Aproveitou-se do fato de estar viajando o marido da vítima, apagou as luzes desligando a chave geral e se introduziu no quarto como se fosse o marido. Deitou-se ao lado da mulher e a possuiu sexualmente. Só depois de completado o ato é que se percebeu a fraude, tendo a mulher gritado por socorro aos vizinhos” (TJMG, rel. Des. Maurício Delgado, in *JM*, 104/314, cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.137).

⁶¹ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, in *RT*, 551/334 (Cfe. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 421).

233 não há relações de especialidade, de subsidiariedade ou de consunção.

12.9. Sedução

O art. 217 do Código Penal prevê pena de reclusão, de dois a quatro anos, para o agente que “Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”. Trata-se do crime de *sedução*.⁶²

Também aqui não há problemas em distinguir a sedução do atentado violento ao pudor.

Na sedução, não há violência ou grave ameaça; há, sim, o envolvimento, a persuasão da vítima pelo agente. Não se confunda, também, a sedução com a posse sexual mediante fraude. O crime previsto no art. 215 pressupõe a fraude, ausente na descrição do delito de sedução. Neste, o agente *convence* a vítima à prática da conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança.

Também o ato praticado pelo agente distingue a sedução do atentado violento ao pudor. O art. 217 faz expressa menção à *conjunção carnal*, que, como já se afirmou, refoge ao alcance do art. 214.

Além disso, a sedução só pode ser praticada contra *mulher virgem com idade entre 14 e 18 anos*. No atentado violento ao pudor, qualquer pessoa pode ser vítima.

Não há possibilidade de absorção do crime de sedução pelo de atentado violento ao pudor. Não há, entre eles, relação de especialidade, consunção ou subsidiariedade.

⁶² Luiza Nagib Eluf sustenta que o art. 217 do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Segundo ela, “Tanto com base nas alterações culturais quanto nas alterações legais, o crime de sedução, previsto no art. 217 do CP, encontra-se revogado. A igualdade de gênero não permite a existência de um dispositivo como este” (ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*, cit., p. 36).

12.10. Corrupção de menores

O delito de corrupção de menores, previsto no art. 218 do Código Penal, guarda alguns pontos de contato com o atentado violento ao pudor, merecendo a atenção do exegeta.

De acordo com o Código, constitui crime “Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo: Pena – reclusão, de um a quatro anos”.

Na descrição do crime de corrupção de menores não se cogita de violência ou grave ameaça, sem o que não se configura o atentado violento ao pudor. O núcleo do tipo do art. 218 é “corromper ou facilitar a corrupção”.

Corromper significa perverter, depravar, desnaturar.⁶³ A corrupção é, segundo Noronha, “a contaminação da vítima, inexperiente dos prazeres da carne, com a revelação de conhecimentos sensuais que a viciam”.⁶⁴ Em arremate, o mesmo penalista afirma: “Ela fere o menor no comportamento sexual, promovendo a turbção da marcha ordinária do processo psicosexual, pelas excitações excessivas e precoces, determinando sensações anormais e inoportunas, que lhe viciam os costumes e avassalam a conduta”.⁶⁵

Facilitar a corrupção é coadjuvar, favorecer, prestar auxílio, ajudar a corrupção;⁶⁶ é, ainda, induzir e instigar a corrupção.⁶⁷

As condutas que conduzem à corrupção ou à sua facilitação são três: praticar com o menor ato de libidinagem; induzir o menor à prática de ato de libidinagem em si mesmo (automasturbação, v.g.) ou em terceiro (*fellatio in ore*, por

⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 228.

⁶⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 134.

⁶⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 134.

⁶⁶ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. III, p. 183.

⁶⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 228.

exemplo); e induzir o menor a presenciar ato de libidinagem praticado pelo agente ou por terceiro.

Na descrição do crime de atentado violento ao pudor, o Código não alude a “ato de libidinagem”, mas a “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. A expressão do art. 218 é mais ampla e abrange também a conjunção carnal,⁶⁸ claramente excluída do tipo do art. 214.

O crime de corrupção de menores pode ser praticado contra qualquer pessoa, homem ou mulher (virgem ou não), desde que possua entre 14 e 18 anos de idade. Já o atentado violento ao pudor pode ser praticado contra pessoas de ambos os sexos e de qualquer idade.

A doutrina critica o estabelecimento de idade mínima para a configuração da corrupção. Afirma Noronha que, se o fim da lei é a proteção da pessoa numa etapa da vida em que ainda não se completou a formação de sua personalidade, sendo por isso mais facilmente vítima da perversão dos costumes, não se devia fixar limite mínimo de idade: “Negar-se que abaixo dos quatorze anos possa corromper-se um menor parece-nos desconhecer a vida sexual da criança, que Freud, melhor que outros, mostrou já se manifestar no terceiro e quarto anos de existência, ‘sob uma forma que a torna acessível à observação’.”⁶⁹

É certo que a prática de ato libidinoso com menor de quatorze anos faz presumir a violência (Código Penal, art. 224, *a*), podendo configurar, conforme o caso, estupro ou atentado violento ao pudor. Mas não se pode deixar de notar que o art. 214 pune apenas o constranger-se a vítima a *praticar* ou *permitir que com ela se pratique o*

⁶⁸ Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., v. II, p. 24; HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 194; NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 137; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 122-123; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 435. O Supremo Tribunal Federal perfilha o mesmo entendimento: “A cópula simples não se exclui do conceito de ato de libidinagem” (RTJ, 118/664, rel. Min. Francisco Rezek; no mesmo sentido, RT, 596/438, rel. Min. Moreira Alves, cfe. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.168).

⁶⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 131.

ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Assim, aquele que constrange criança ou adolescente com menos de 14 anos a *presenciar* a prática de ato libidinoso é punido apenas pelo constrangimento ilegal (Código Penal, art. 146), cuja pena é de detenção, de três meses a um ano, ou multa. Trata-se de resposta penal muito branda e, à vista da sanção prevista no art. 218, absolutamente desproporcional.

Observe-se, por fim, que o atentado violento ao pudor, se praticado contra maior de 14 e menor de 18 anos, absorve o crime de corrupção de menores previsto no art. 218 do CP.⁷⁰ Verifica-se, aí, uma relação de *subsidiariedade (lex primaria derogat legi subsidiariae)*.

12.11. Assédio sexual

A Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, inseriu no Código Penal o art. 216-A, que trata do crime de *assédio sexual*. A descrição legal é a seguinte: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

Antes mesmo da edição da dita lei, Luiz Vicente Cernicchiaro já distinguia o assédio sexual de outras condutas, como o galanteio, a insinuação e a “cantada”. Segundo ele, “no galanteio, o homem se insinua, busca o consentimento da mulher; pode haver insistência, mas não há condição”;⁷¹ o assédio, ao contrário, encerra condição imposta pelo agente à vítima.⁷²

Assim como ocorre no crime de atentado violento ao pudor, o assédio

⁷⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 116.

⁷¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Assédio sexual. In: *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 46, n. 255, p. 16, jan./1999.

⁷² CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Assédio sexual. In: *Revista Jurídica*, cit., n. 255, p. 16.

sexual tem como núcleo do tipo o verbo “constranger”. O art. 214 exige, porém, que o constrangimento seja perpetrado mediante violência ou grave ameaça, do que não se cogita no art. 216-A.⁷³

É importante destacar que, nos tipos dos arts. 146 e 214, o verbo constranger é complementado por objetos direto e indireto. No primeiro, fala-se em “constranger alguém (...) a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”; no segundo, o dispositivo alude a “constranger alguém (...) a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Estranhamente, no art. 216-A o verbo não conta com objeto indireto, circunstância que mereceu a observação de Cezar Roberto Bitencourt⁷⁴ e que provavelmente levou Paulo Sérgio Leite Fernandes a afirmar que na nova lei o verbo parece dizer respeito a “envergonhar”.⁷⁵

De fato, o vocábulo “constrangimento” pode significar, dentre outras coisas, acanhamento, timidez, embaraço e, ainda, insatisfação, desagrado, descontentamento. No art. 216-A, porém, o verbo parece ter o mesmo sentido de compelir, forçar, obrigar, coagir, verificado nos demais dispositivos legais mencionados. Dúvida não há de que a redação é falha, mas parece claro que se buscou descrever a chamada “chantagem sexual”⁷⁶, idéia muito mais próxima do

⁷³ Rômulo de Andrade Moreira afirma que, no crime do art. 216-A do Código Penal, o “constrangimento poderá também se exteriorizar através da violência física ou da grave ameaça (agressão moral), devendo, porém, ser feito com a intenção indúvidosa de se obter favores sexuais (vantagem ou favorecimento)” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo delito de assédio sexual. In: *www.direitocriminal.com.br*, 16.07.2001). Não é possível concordar com esse autor. Havendo violência ou grave ameaça, configurar-se-á, sim, estupro ou atentado violento ao pudor, consumado ou tentado, conforme o caso. Neste sentido é o entendimento de MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 427.

⁷⁴ “A construção frasal desse tipo penal representa um verdadeiro ‘assassinato’ de nosso vernáculo, na medida que o verbo ‘constranger’ é transitivo que exige duplo complemento verbal: objeto direto e objeto indireto – constranger quem a quê?!” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Assédio sexual. In: *www.direitocriminal.com.br*, 14.07.2001).

⁷⁵ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Assédio sexual (ou Paschoalino Settebellezzas). In: *www.direitocriminal.com.br*, 22.05.2001.

⁷⁶ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo delito de assédio sexual. In: *www.direitocriminal.com.br*, 16.07.2001.

“constrangimento-coação” do que do “constrangimento-embaraço”.⁷⁷

Certamente teria feito melhor o legislador se, em vez de referir-se ao constrangimento *com o intuito* de obter vantagem ou favorecimento sexual, tivesse aludido ao constrangimento à prestação de favores sexuais. De qualquer forma, o texto não escaparia da fundada crítica de René Ariel Dotti, para quem “a expressão *favores sexuais*, contrabandeada do modelo espanhol, é imprecisa e configura um tipo aberto”.⁷⁸

No tocante aos sujeitos ativo e passivo, são necessárias algumas considerações. Qualquer pessoa, homem ou mulher, pode praticar o delito de assédio sexual; também a vítima pode ser pessoa de qualquer sexo. Aqui, nenhuma diferença existe em relação ao atentado violento ao pudor. Ressalte-se, porém, que no assédio sexual é preciso que o sujeito ativo seja superior hierárquico da vítima ou sobre ela mantenha relação de ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Além disso, é preciso que o sujeito ativo se prevaleça dessa condição, a fim de obter a vantagem ou favorecimento sexual.⁷⁹

Precisamente sobre esse ponto, Damásio de Jesus anota que “o que caracteriza o assédio na legislação brasileira é, principalmente, a relação de sujeição da vítima, que não lhe permite, em certas circunstâncias, deixar de realizar a conduta a que está sendo constrangida sem que recaia sobre ela um grave malefício (seja em relação à perda do emprego, a uma promoção e, mesmo, à não-admissão laboral)”.⁸⁰

Dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode reconhecer-se relação de subsidiariedade entre os crimes de atentado violento ao pudor e assédio sexual. É o que ocorrerá, por exemplo, se no processo judicial não restar provado

⁷⁷ Mirabete afirma, porém, que o verbo *constranger* assume, no tipo, sentido amplo, significando não apenas *forçar, coagir, obrigar, compelir*, mas também *incomodar, tolher a liberdade, cercear, embaraçar* (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 426).

⁷⁸ DOTTI, René Ariel. A criminalização do assédio sexual. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 432, jun. 1998.

⁷⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 426.

⁸⁰ JESUS, Damásio E. de. Assédio sexual, In: *www.ajufe.org.br*, 26.06.2001.

algum elemento constitutivo do crime de atentado violento ao pudor, como a efetiva prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal.⁸¹

12.12. Rapto

No capítulo III do Título pertinente aos crimes contra os costumes, o Código Penal disciplina o crime de rapto, previsto em duas modalidades: o rapto violento ou mediante fraude (art. 219) e o rapto consensual (art. 220).

O primeiro desses crimes estabelece pena de reclusão, de dois a quatro anos, para o agente que “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”. O segundo tipo prevê pena de detenção, de um a três anos, “se a raptada é maior de 14 (catorze) anos e menor de 21 (vinte e um), e o rapto se dá com seu consentimento”. Tratando-se de vítima com menos de 14 anos de idade, presume-se a violência (Código Penal, art. 224, *a*) e, destarte, não há falar em consentimento.⁸²

Ensina Hungria que “*rapto*, sob o ponto de vista objetivo, é a *subtração* ou *tirada* da vítima à sua esfera de proteção legal ou zona de normalidade jurídica e sua subsequente incidência sob o domínio ou poder arbitrário do agente. Dá-se a subtração não só quando a vítima é removida de *loco ad locum*, como quando, livremente junta ao agente, por uma razão qualquer, é impedida de retornar ao *status quo ante*. No primeiro caso, há uma *abductio*; no segundo, uma *retentio*”.⁸³

⁸¹ Observa Bitencourt que “eventual emprego de violência, em qualquer de suas formas, para obter ‘vantagem ou favorecimento sexual’ pode desnaturar por completo a figura do crime de assédio sexual, que só persistirá residualmente, isto é, se por alguma razão, faltar algum elemento constitutivo dos crimes sexuais violentos, como, por exemplo, a resistência da vítima (estupro ou atentado ao pudor)” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 879).

⁸² A adesão de vítima menor de 14 anos não descaracteriza a presunção de violência do art. 224, *a*, do CP (TJSP, RT, 589/325, cfe. DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, cit., p. 427).

⁸³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 205.

Magalhães Noronha observa, todavia, com base em lição de João Vieira, que o Código não menciona a *retenção*, de sorte que o agente que não subtrai a vítima, mas apenas a retém, não comete o crime de rapto, tornando-se réu de delito contra a liberdade sexual somente se pratica algum dos fatos considerados no Capítulo I do Título dos crimes contra os costumes.⁸⁴ O referido penalista acrescenta que o crime sexual que se pratique, conforme as circunstâncias que concretizem a retenção da vítima, concorrerá com outro, atentatório à sua liberdade e prescrito no art. 148 (seqüestro ou cárcere privado).⁸⁵

De uma maneira ou de outra, não há como confundir-se o crime de rapto com o atentado violento ao pudor. As previsões dos artigos 219 e 220 não colidem ou coincidem com as do art. 214; antes, são normas que se completam. Com efeito, o art. 222 é claro ao dispor que “se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime”. Estabelece-se, aí, regra especial de concurso material, tratada em item próprio deste trabalho. Não há falar, pois, em consunção, especialidade ou subsidiariedade.

No tocante ao sujeito passivo, observe-se que o crime de rapto só pode ser praticado contra mulher honesta, exigência que não se faz para a configuração do crime de atentado violento ao pudor. Neste, aliás, pode ser sujeito passivo qualquer pessoa, como já se afirmou.

12.13. Injúria real

⁸⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 153.

⁸⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 153. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, porém, decidiu: “Caracteriza-se o delito de rapto violento na feição do chamado *raptus retentiones*, quando a vítima, apesar do convite aceito livremente de retornar ao lar em automóvel do agente, é impedido, mediante emprego de violência, de sair do veículo, que toma caminho estranho, de voltar ao seu estado de normalidade jurídica” (RT, 601/392, rel. Des. Enéas Cotta, cf. FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.179).

No Título relativo aos crimes contra a pessoa, precisamente no Capítulo dos crimes contra a honra, o Código prevê o crime de *injúria*, passível de confronto com o de atentado violento ao pudor.

A conduta de “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”, prevista no *caput* do art. 140, é punível com detenção, de um a seis meses, ou multa. Assume especial relevo para o confronto com o atentado violento ao pudor a chamada *injúria real*, prevista no § 2º do referido artigo: “Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena – detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.”⁸⁶

A questão passa, necessariamente, pelo exame do elemento subjetivo, tratado em capítulo próprio deste trabalho.

Para a configuração do atentado violento ao pudor, não é necessário que haja a finalidade especial do agente de satisfazer a própria lascívia; bastam a vontade de praticar o ato libidinoso e a consciência da libidinosidade de tal ato.

Assim, invocando-se exemplo dado por Noronha, pratica atentado violento ao pudor – e não injúria real – o indivíduo que, de arma em punho, obriga a esposa de seu inimigo ao coito anal, completo ou incompleto, com o fim de escarnecer dele mais tarde.⁸⁷ Não é outra a solução a ser dada ao caso do agente que, para vingar-se de um desafeto, o constrange a praticar felação.⁸⁸

Mencionando hipótese em que o indivíduo alça as vestes de uma mulher, para dar-lhe palmadas nas nádegas, expondo-a ao escárnio dos circunstantes, Hungria sustenta configurar-se aí o crime de injúria real. De fato, o exemplo não caracteriza o crime de atentado violento ao pudor. Não, porém, porque falte o especial fim de obter

⁸⁶ Praticados com o propósito de ofender, são exemplos de injúria real: bater em alguém com chicote ou rebenque, dar-lhe palmadas, atirar-lhe excremento; também a raspagem de cabelo, os puxões de orelha, as cusparadas, o tapa no rosto, especialmente com a mão aberta ou com as costas da mão (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2, p. 372 e nota).

⁸⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 100-101.

⁸⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 105.

a satisfação da própria lascívia, mas porque, apreciada *ab externo*, objetivamente, a conduta não evidencia a prática de um ato libidinoso.

12.14. Vilipêndio a cadáver

Qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do crime de atentado violento ao pudor, nada importando se se trata de homem ou mulher, qual seja a idade que possua ou de que reputação goze perante o meio social.

É evidente, porém, que se exclui do âmbito do crime capitulado no art. 214 do Código Penal qualquer ato praticado contra pessoa morta, que jamais pode ser constrangida. Assim, se o agente praticar, com pessoa falecida, qualquer ato que, em tese, se qualificaria como libidinoso, o crime será o de *vilipêndio a cadáver*,⁸⁹ previsto no art. 212 do Código Penal: “Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena – detenção, de um a três anos, e multa.”

Vilipendiar significa ultrajar, aviltar. É justamente o que ocorre quando o agente suga os seios ou introduz o pênis no ânus de cadáver. Não há ofensa ao pudor, mas, sim, ao sentimento de respeito aos mortos.

No confronto do atentado violento ao pudor com o crime de vilipêndio a cadáver, não se percebe qualquer relação de consunção, subsidiariedade ou especialidade.

12.15. Atentado violento ao pudor no Código Penal Militar

No Código Penal Militar, o atentado violento ao pudor está previsto no art. 233, cuja redação é a seguinte: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a presenciar, praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso

⁸⁹ Nesse sentido, NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 178; também FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*, cit., p. 556.

diverso da conjunção carnal. Pena – reclusão, de dois a seis anos, sem prejuízo da correspondente à violência.”

Confrontando-se esse tipo com o do art. 214 do Código Penal, percebe-se, de pronto, que a legislação castrense considera criminosa uma conduta a mais: “constranger a *presenciar* ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.⁹⁰

Hungria lembra que o Projeto do Código Penal previa a conduta de constranger a presenciar o ato libidinoso, mas a Comissão Revisora acolheu sugestão de Costa e Silva, formulada no sentido de que a hipótese melhor se enquadraria no capítulo da corrupção de menores.⁹¹ O texto aprovado recebeu, porém, a crítica de Noronha, que afirma haver remanescido lacuna na lei, pois o dispositivo legal pertinente à corrupção de menores protege apenas pessoas com idade entre 14 e 18 anos.⁹² No Código Penal Militar, o problema evidentemente não existe.

A exemplo do Código Penal, a lei penal militar exige, para a configuração do atentado violento ao pudor, o *constrangimento*. Paralelamente, o Código Penal Militar prevê, no art. 235, o crime de *pederastia ou outro ato de libidinagem*: “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar. Pena – detenção, de seis meses a um ano.” Neste outro tipo penal, pune-se pelo ato praticado deliberadamente pelo militar.

O Código Penal Militar traz disposições específicas também a respeito da presunção de violência. No art. 236 da legislação própria, consta que se presume a violência se a vítima: a) não é maior de catorze anos, *salvo fundada suposição contrária do agente*; b) é *doente ou deficiente mental*, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Comparando-se tal dispositivo com o art. 224 do Código Penal, percebe-se que há duas diferenças. A primeira é a de que a presunção de violência, decorrente do

⁹⁰ Igual previsão constava no Código Penal de 1969 (art. 239).

⁹¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 126.

⁹² NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 95-96.

fato de não ser a vítima maior de 14 anos, fica afastada se houver *fundada suposição contrária do agente*; não há tal ressalva no Código Penal.⁹³ A segunda pertine à gravidade da enfermidade mental da vítima: no Código Penal, presume-se a violência se a vítima for *alienada ou débil mental*; já o Código Penal Militar alude a *doença ou deficiência mental*, males bem menos graves do que aqueles.⁹⁴

No tocante à pena, constata-se que, atualmente, o atentado violento ao pudor previsto no Código Penal Militar é punível de forma bem mais branda do que aquela estabelecida pelo Código Penal. Isso se deve ao fato de que a legislação penal comum sofreu, no particular, modificação pela Lei dos Crimes Hediondos, que elevou a pena em abstrato, originariamente fixada em reclusão de dois a sete anos, para reclusão de seis a dez anos.

É importante mencionar, também, que, diferentemente do Código Penal, a legislação castrense ressalva de modo expresso que a pena do atentado violento ao pudor é aplicada *sem prejuízo da correspondente à violência*. Desse modo, haverá *concurso material*, mesmo que leves as lesões corporais sofridas pela vítima. No Código Penal, as lesões corporais leves ficam absorvidas pelo crime sexual; por outro lado, resultando lesões corporais graves ou morte, a modalidade básica do atentado violento ao pudor dá lugar às formas qualificadas previstas no art. 223.

Ainda a propósito da pena, observa-se que o art. 237 do Código Penal Militar determina que ela seja *agravada* se o fato for praticado: a) com o concurso de duas ou mais pessoas; b) por oficial, ou por militar em serviço. O acréscimo, *in casu*, será fixado pelo juiz, entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime. O Código Penal, por sua vez, prevê, no art. 226, que a pena será *aumentada de quarta parte*: a) se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; b) se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador,

⁹³ Havia tal ressalva no art. 247, I, do Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor.

⁹⁴ Igualmente dispunha o art. 247, II, Código Penal de 1969.

preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; c) se o agente é casado.

Como se vê, além de a lei penal militar referir-se a *agravante* e o Código Penal aludir a *causa especial de aumento da pena*, somente a primeira circunstância (concurso de duas ou mais pessoas) é comum aos dois textos.

Por fim, anote-se que o atentado violento ao pudor previsto no Código Penal Militar não é considerado crime hediondo,⁹⁵ uma vez que a Lei n. 8.072/1990 é clara ao cingir seu alcance a crimes previstos no Código Penal.

Todas essas distinções recomendam uma revisão legislativa, pois não há razão que justifique tamanhas disparidades de tratamento entre os crimes ora confrontados.

Entre os crimes de atentado violento ao pudor previstos no art. 214 do Código Penal e no art. 233 do Código Penal Militar há relação de especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).

⁹⁵ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar: parte especial*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 188. A observação do autor, na obra, diz respeito ao crime de estupro, mas não há razão para pensar-se que não sirva também para o atentado violento ao pudor.

13. POSSIBILIDADES DE CONCURSO COM OUTRAS INFRAÇÕES PENAIS

O atentado violento ao pudor pode, conforme o caso, ser praticado em concurso material, em concurso formal ou em continuidade delitiva. É o que se demonstrará nos itens que se seguem.

13.1. Lesões corporais e ameaça

Como já se afirmou anteriormente, para a configuração do crime de atentado violento ao pudor é preciso que o constrangimento seja perpetrado mediante *violência* ou *grave ameaça*. Se, porém, dessa violência resultarem lesões corporais – o que, por si só, configura o crime previsto no art. 129 do Código Penal – haverá concurso de infrações?

Não há uma única resposta para a questão.

A resposta exige, antes de mais nada, que se especifique o tipo de lesões corporais sofridas pela vítima.

Tratando-se de lesões leves, não há – pelo menos em princípio – concurso material, concurso formal e tampouco crime continuado.

Com efeito, entende a doutrina que as lesões corporais leves constituem elementares da violência empregada. Nesse sentido são as lições de Magalhães Noronha,¹ Nélon Hungria,² Paulo José da Costa Júnior,³ Cezar Roberto Bitencourt,⁴

¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24ª ed. atualizada por Adalberto J. Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 177.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. VIII, p. 221. É interessante observar que, ao discorrer sobre o concurso do *estupro* com outros crimes, Nélon Hungria afirma que somente as vias de fato ficam absorvidas: “As vias de fato (art. 21 da Lei das Contravenções Penais) serão absorvidas no título ‘estupro’, do qual representam elemento constitutivo. Se resulta lesão corporal leve, haverá concurso material com o crime do art. 129, *caput*, ou 129, § 6º, conforme o caso.”

³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 503.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*, em

Luiz Regis Prado,⁵ Antonio José Miguel Feu Rosa,⁶ Damásio de Jesus⁷ e Julio Fabbrini Mirabete.⁸ A jurisprudência segue o mesmo rumo da doutrina.⁹

Ressalte-se, todavia, que as lesões corporais leves somente serão absorvidas se tiverem sido praticadas como forma de o agente vencer a resistência da vítima ou se forem decorrência do próprio ato libidinoso realizado. Se, ao revés, o agente desejar tanto a prática do ato libidinoso quanto a das lesões corporais na vítima, haverá concurso material.¹⁰ Cumulando-se o dolo de praticar o ato libidinoso com o *animus laedendi*, não é possível aceitar a conclusão da absorção. É o caso, por exemplo, do agente que, após haver praticado o ato libidinoso não consentido e antes de deixar o local, desfere um golpe na vítima, produzindo-lhe ferimentos leves.¹¹

Evidenciada a autonomia de desígnios, haverá concurso de crimes se a violência física foi o meio de vencer a resistência da vítima e a ameaça foi posterior à ação executiva e vice-versa.

Tratando-se de lesões corporais *graves*, não haverá absorção pelo atentado

coop. com Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 700.

⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 3, p. 200 e 207.

⁶ FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 596.

⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3, p. 140.

⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 2, p. 445.

⁹ “As lesões leves sofridas pela vítima quando submetida à tentativa de atentado violento ao pudor integram esse crime contra a liberdade sexual e por ele são absorvidas” (TJSP – AC – Rel. Cunha Camargo – RT 593/337. In: FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, em coop., 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 2, p. 3.129). No mesmo sentido: “Coito anal – Se ocorre lesão corporal quando da prática do delito, essa não se constitui em infração autônoma, eis que é elemento do fato típico” (TJSC – AC – Rel. Geraldo Gama Salles. In: FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, cit., v. 2, p. 3.129).

¹⁰ “Concúrsanse con mayor razón, y siempre materialmente, las lesiones inferidas a la persona violada antes o durante el acceso carnal por puro sadismo” (ORGEIRA, José Maria. Violación. In: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. XXVI, p. 703).

¹¹ Convém anotar, outrossim, que, para a configuração do concurso material entre os tipos do art. 214 e do art. 129, não é necessário o dolo direto de produzir lesões; bastando o dolo eventual.

violento ao pudor. Existem duas possibilidades: a) se a conduta for praticada com *desígnios autônomos*,¹² será caso, evidentemente, de concurso material,¹³ nada diferindo, no particular, do que se disse a respeito das lesões leves; b) se, porém, as lesões graves forem resultado *preterdoloso* do emprego de violência, ter-se-á a forma qualificada do crime sexual, prevista no art. 223, *caput*, do Código Penal.¹⁴

Deveras, para que se reconheça a forma qualificada, é mister que o agente não queira o resultado “lesões corporais” e nem assuma o risco de produzi-lo.¹⁵ A expressão “se da violência resulta”, constante no *caput* do art. 223, bem denota a idéia de que, no tocante às lesões corporais, o agente deverá agir apenas com culpa.¹⁶

13.2. Homicídio

Bastante importante é a análise do concurso de infrações entre o atentado violento ao pudor e o homicídio.

Várias hipóteses podem ser cogitadas: a) o agente mata a vítima e, em seguida, pratica com ela ato libidinoso; b) pretendendo ou mesmo assumindo o risco de matar a vítima, o indivíduo desfere-lhe golpe fatal, mas pratica o ato libidinoso enquanto ela ainda está viva; c) o agente constrange a vítima, mediante grave ameaça, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal; praticado o ato, ele mata a vítima; d) sem desejar a morte da vítima e sem assumir o risco de produzir tal resultado, o agente a constrange, por meio de violência, a praticar com ele ato

¹² Dolo direto ou eventual, repita-se.

¹³ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 224-225; também PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*, cit., p. 200 e 207.

¹⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. 2, p. 221-224; também FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. II, p. 38.

¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, cit., v. II, p. 6.

¹⁶ Guilherme de Souza Nucci discorda desse entendimento, afirmando que o art. 223 do Código Penal deve ser aplicado ainda que as lesões corporais ou a morte tenham ocorrido por conduta dolosa do agente (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 602-603).

libidinoso diverso da conjunção carnal; em seguida, abandona-a, desfalecida, e ela, sofrendo hemorragia provocada pelo ato de violência, vem a falecer.

No primeiro exemplo, há homicídio e vilipêndio a cadáver (CP, art. 212), em concurso material. Não há como configurar-se o atentado violento ao pudor contra pessoa morta.¹⁷ Seria possível, porém, a condenação por atentado violento em concurso com vilipêndio a cadáver caso o agente constrangesse pessoa viva a praticar o ato libidinoso em pessoa morta.

Na segunda e na terceira hipóteses, o agente pratica os crimes de homicídio e atentado violento ao pudor, em concurso material.

Finalmente, na quarta situação descrita tem-se que o agente praticou o crime de atentado violento ao pudor, na forma qualificada (Código Penal, art. 223, *caput*).

Sob outro aspecto, observa a doutrina que, enquanto no *caput* do art. 223 consta a expressão “se *da violência* resulta lesão corporal de natureza grave”, no parágrafo único preferiu-se a forma “se *do fato* resulta morte”.

Apesar das formas verbais diversas utilizadas pelo legislador, entende-se que não existe diferença substancial entre as duas situações. A expressão do parágrafo único, literalmente interpretada, é indubitavelmente mais ampla, mas não há razão para considerar-se que o legislador tenha pretendido estabelecer soluções diversas para uma e outra situações.¹⁸

Ademais, como bem observa Noronha, não se pode tomar a expressão usada no parágrafo com um sentido mais amplo do que o fornecido pela usada no artigo, pois “em ambas as formas a lei considerou exclusivamente a violência como

¹⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 178.

¹⁸ A propósito, afirma Guilherme de Souza Nucci: “O legislador, embora tenha sido infeliz ao diversificar as expressões, não tinha motivo algum para excepcionar a hipótese do resultado qualificador ‘morte’, fazendo abranger a grave ameaça. Para melhor adequação e uniformidade de interpretação, deve-se ler o termo ‘fato’ como ‘violência’, ou seja, ‘fato violento’” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, cit., p. 603).

requisito do qual sobrevém o delito”.¹⁹ O mesmo jurista lembra que tal conclusão é corroborada pelo seguinte trecho da Exposição de Motivos do Código Penal: “O projeto reserva um capítulo especial às disposições comuns dos crimes sexuais até aqui mencionados. A primeira delas se refere às formas qualificadas de tais crimes, isto é, ao caso em que, tendo havido emprego de *violência*, resulta lesão corporal grave ou morte da vítima; (...).”²⁰

Convém anotar, ainda, que a qualificadora só incide se o resultado advier da violência praticada contra a vítima do crime sexual. Morrendo terceiro, haverá sempre concurso e não a forma qualificada.²¹

13.3. Rapto e seqüestro

O art. 222 do Código Penal estabelece que, “se o agente, ao efetuar o rapto, ou em seguida a este, pratica outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime”.

Desse modo, se o agente, além do rapto, praticar efetivamente com a mulher o ato libidinoso que seja suficiente para concretizar outro tipo penal, será punido pelos dois crimes, cumulativamente.

Até a edição do Código de 1940, debatiam a doutrina e a jurisprudência acerca da questão, pois a lei penal de 1890 dispunha apenas que, se ao rapto se seguisse o *defloramento* ou *estupro* da vítima, haveria unidade jurídica de crime, ficando o agente sujeito às penas do crime-fim, mas com o aumento da sexta parte.²² Quanto ao atentado violento ao pudor e a outros crimes, a lei nada estabelecia

¹⁹ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 177. No mesmo sentido, Damásio de Jesus afirma que a expressão usada no parágrafo único não pode ser interpretada em sentido mais amplo que a expressão utilizada no *caput* (JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*, cit., v. 3, p. 140).

²⁰ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 177.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 446.

²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código penal*, cit., v. VIII, p. 216.

expressamente, dando ensejo a duas posições: uma defendia que se tratava de concurso formal; outra sustentava que havia concurso material.

A norma expressa veio, portanto, a colocar termo ao debate, determinando a somatória, pura e simples, das penas impostas por conta de cada um dos delitos.²³

Note-se que, consoante a regra legal, a cumulatividade das penas ocorre não apenas quando ao rapto se segue o outro crime mas também quando ambos são praticados simultaneamente. Nesta última situação, tem-se, em última análise, uma norma especial em relação à do art. 70, *caput*, segunda parte, pois as penas serão somadas mesmo que os dois crimes sejam praticados mediante uma só ação e tenham resultado de um só desígnio.²⁴

De outra parte, esclarece Hungria que, conquanto não o diga expressamente o art. 222, a regra nele estampada aplica-se também ao agente que realiza o rapto *após* a prática do outro crime. Segundo o mestre, em tal hipótese “ninguém jamais duvidou da existência do concurso material”.²⁵

Ainda, se o sujeito passivo do atentado violento ao pudor não se enquadrar na figura do rapto (que exige vítima mulher e honesta)²⁶ e o tempo de privação de liberdade ultrapassar o período necessário à execução do ato libidinoso, evidenciando

²³ Mesmo assim, a doutrina critica o teor da norma. Heleno Cláudio Fragoso, por exemplo, entende que se trata de solução demasiadamente severa. Para ele, a lei deveria prever apenas aumento obrigatório da pena (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial, cit., v. II, p. 36). Na mesma linha de pensamento opina Paulo José da Costa Júnior, sustentando que, provado o fim libidinoso do rapto, a melhor solução seria a do reconhecimento da unidade jurídica (COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*: curso completo, cit., p. 516).

²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*: parte especial, cit., v. 3, p. 137.

²⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., p. 217.

²⁶ Interessante hipótese é levantada por Arruda Guerreiro: “Por exemplo, se determinado indivíduo subtrai uma suposta menor de 14 anos da casa de seus pais, com fim libidinoso, e, posteriormente, vem a verificar que, apesar das aparências, tratava-se, realmente, de uma pessoa do sexo masculino, não terá praticado rapto, por falta de congruência da parte objetiva. Não poderá ser punido por tentativa em relação a esse crime pelo fato de, na hipótese, ser impossível a consumação. (...) Será, tais sejam as circunstâncias, condenado por seqüestro ou cárcere privado (art. 148), que, em parte, é crime subsidiário do rapto. Caso também essa hipótese não se configure, restará ainda o crime de subtração de incapazes (art. 249), que é subsidiário das duas formas anteriores” (GUERREIRO, Geraldo Arruda. A idade da vítima nos crimes contra os costumes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 201, p. 396, jan./fev. 1963).

designio autônomo do agente, é possível reconhecer o crime de seqüestro (CP, art. 148) em concurso material com o atentado violento ao pudor.

13.4. Estupro

Questão das mais importantes e interessantes é a que concerne ao concurso entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Deveras, se o agente, num mesmo contexto fático, constrange a vítima à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, na seqüência, à cópula vagínica propriamente dita, haverá crime único, concurso de crimes ou continuidade delitiva?

Ainda ao tempo em que a pena prevista para o estupro era mais severa do que a estabelecida para o atentado violento ao pudor, Heleno Cláudio Fragoso sustenta haver “crime progressivo”, argumentando que o crime do art. 213 consistiria em uma ofensa maior.²⁷

A doutrina atual, todavia, não aceita essa tese e sustenta que, conforme o caso, pode haver concurso material ou crime único²⁸. Explica Luiz Regis Prado que “se, além do estupro, o agente praticar atos libidinosos que não se dirijam à conjunção carnal, constrangendo a vítima, por exemplo, ao coito anal ou ao sexo oral, há concurso material de infrações entre o estupro e o delito de atentado violento ao pudor”.²⁹ Seguindo idêntico raciocínio, Damásio de Jesus afirma que “caso o sujeito

²⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*, cit., v. II, p. 6.

²⁸ Observe-se: “Na forma de *praticar* é a própria vítima obrigada a realizar o ato; na forma de *permitir* aquela é submetida à violência de forma passiva. *Libidinoso* é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual. Embora a cópula vagínica também seja ato libidinoso, está duplamente afastada: primeiro pela especialidade do art. 213; segundo, pela expressa referencia deste artigo: *diverso da conjunção carnal*” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 859-860).

²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 200. Nas palavras de Nelson Hungria, “se o agente, além da conjunção carnal, pratica outro ato de libidinagem não classificável entre os *praeludia coiti* (coito anal, *irrumatio in ore*, etc.), haverá concurso material de estupro e atentado violento ao pudor” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII,

ativo pratique, antes da conjunção carnal, atos libidinosos tendentes a esta e que a precedem, haverá a absorção de tais atos, caracterizando-se apenas o crime de estupro”.³⁰

Ressalte-se que pode ocorrer o concurso material mesmo que o ato libidinoso seja anterior ou concomitante³¹ à cópula vagínica.³²

É, de outra parte, bastante controvertida a questão relativa ao cabimento da continuidade delitiva entre os dois delitos.

De um lado, Nelson Hungria³³ e Damásio de Jesus,³⁴ por exemplo, afirmam que crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, isto é, aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Heleno Cláudio Fragoso,³⁵ René Ariel Dotti,³⁶ Luiz Regis Prado³⁷ e outros doutrinadores, por seu turno, externam que crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos na mesma norma incriminadora, mas, também, os que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais

p. 118-119).

³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*, cit., v. 3, p. 106. Também Guilherme de Souza Nucci defende que há apenas o crime de estupro “quando o ato libidinoso for meramente preparatório à cópula vagínica” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, cit., p. 584).

³¹ O agente introduz a própria mão ou objetos no canal anal, por exemplo.

³² “Por el contrario, Manzini piensa que puede subsistir el concurso material entre la violación y el de actos libidinosos aun cuando cometidos en el mismo contexto de acción, cuando el agente, además de realizar la unión carnal, haya ejecutado también otros y diversos actos de libidine.” (CANDAUDAP, Celestino Porte Petit. *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*. 1ª ed. México: Editorial Jurídica Mexicana, 1966, p. 84).

³³ HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945, p. 99.

³⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*, cit., v. 1, p. 605-606.

³⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 343.

³⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 539.

³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 334.

comuns.

Na jurisprudência dos tribunais superiores, prevalece a tese restritiva, decidindo-se que, por não serem crimes da mesma espécie, não há continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Em acórdão de relatoria do Min. Carlos Velloso, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “não há continuidade delitiva entre crimes de espécie diferente ou não previstos no mesmo tipo penal”, de modo que “não há falar em continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor”.³⁸

Também o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, reiteradamente, que não há, na hipótese, continuidade delitiva. A referida Corte admite que o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes do mesmo gênero ou natureza, mas não da mesma espécie.³⁹ Ocasionalmente, afirma que tais delitos não possuem forma de execução homogênea, afastando, destarte, o reconhecimento da continuidade.⁴⁰

Observa-se que embora tenham em comum o constrangimento à vítima, tais delitos afetam diferentemente o bem jurídico protegido.⁴¹ Além do ponto de vista da vítima, que muitas vezes se sente muito mais agravada com certos atos libidinosos do

³⁸ Ac. unân. da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 70.427/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 17.8.93, DJU de 24.9.93, p. 19.576. No mesmo sentido: Ac. unân. da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 100.788/PR, rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.5.84, DJU de 11.10.84, p. 16.827.

³⁹ Ac. da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 41.982/SP, rel. para o acórdão Min. William Paterson, j. em 17.6.96, DJU de 16.9.96, p. 33.797. No mesmo sentido: Ac. unân. da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 10.162/MG, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 2.9.99, DJU de 27.9.99, p. 106.

⁴⁰ Ac. unân. da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 195.677, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20.4.99, DJU de 24.5.99, p. 191. No mesmo sentido: Ac. unân. da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 228.604/SP, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 13.9.2000, DJU de 18.12.2000, p. 225.

⁴¹ “Algún expositor se muestra adversario a la distinción entre los actos libidinosos peculiares a la violación, de los actos libidinosos ajenos a la conjunción carnal. Fuera del evento de la fecundación, la diferencia desde el punto de vista objetivo no es muy relevante y desde el punto de vista subjetivo los actos libidinosos alcanzan hasta más gravedad que la conjunción carnal, acto fisiológico en sí mismo necesario para la conservación y propagación de la especie” (PECO, José. Abuso deshonesto. In: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. I, p. 137).

que com a cópula normal, é possível identificar diferenças no aspecto descritivo (em um crime a prática consiste em conjunção carnal e no outro em ato libidinoso diverso) e subjetivo da atuação criminosa (a *meta optata* é diversa).

13.5. Corrupção de menores

O crime de corrupção de menores, previsto no art. 218 do Código Penal, também pode concorrer com o atentado violento ao pudor.⁴²

Imagine-se que o agente pratique a *fellatio in ore* com adolescente de 15 anos de idade, mediante o consentimento deste; e, na seqüência, constranja o jovem, mediante violência ou grave ameaça, a praticar com ele o coito anal.

Ter-se-á, na hipótese, concurso material entre os crimes de corrupção de menores e de atentado violento ao pudor. A primeira conduta configura a corrupção de menores, pois se trata de ato libidinoso praticado com o consentimento do maior de 14 e menor de 18 anos. A segunda conduta do agente caracteriza atentado violento ao pudor, perfeitamente amoldada à previsão do art. 214 do Código Penal.

Também há concurso material na hipótese em que o agente induz o menor de 18 anos e maior de 14 anos a presenciar atentado violento ao pudor praticado contra terceiro. Neste exemplo são duas as vítimas: o adolescente e o terceiro, cada qual de um crime diverso.

Em nenhuma dessas duas situações se cogita de continuidade delitiva, haja vista que não se trata de crimes da mesma espécie. Mesmo aqueles que adotam posição mais flexível a respeito do sentido da expressão “crimes da mesma espécie” não reconheceriam a continuidade, porquanto diversos os objetos jurídicos tutelados: o atentado violento ao pudor tutela a liberdade sexual, enquanto a corrupção de menores protege a moralidade sexual dos menores e da coletividade em geral.⁴³

⁴² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 231.

⁴³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal: curso completo*, cit., p. 510.

13.6. Ato obsceno

Por *obsceno* entende-se aquilo que é *impuro*, que *fere o pudor*. Previsto no art. 233 do Código Penal, o crime de *ato obsceno* só se configura se praticado em público ou em lugar exposto ou aberto ao público.

Assim, qual deve ser o tratamento jurídico a ser dado ao agente que pratica o crime de atentado violento ao pudor em público? Responderá ele por crime único ou por dois delitos, em concurso formal?

A questão não apresenta dificuldades.

Deveras, não há como considerar-se crime único, pois a prática *em público* não é elementar do crime previsto no art. 214 do Código Penal. O caso é, pois, de *concurso formal*, uma vez que, mediante uma só ação, o agente pratica duas infrações penais.

Na doutrina, admitem o concurso formal entre tais delitos Nelson Hungria,⁴⁴ Cezar Roberto Bitencourt,⁴⁵ Luiz Regis Prado,⁴⁶ Damásio de Jesus⁴⁷ e Julio Fabbrini Mirabete.⁴⁸

Importa destacar que, em razão da grande diferença das penas previstas para cada um desses crimes, forçosamente se deverá observar a regra do art. 70, parágrafo único, do Código Penal. É que a pena mínima estabelecida para o atentado violento ao pudor (seis anos de reclusão), acrescida da menor fração possível (1/6) prevista para o concurso formal, redundaria em um ano de reclusão, sendo certo que a pena para o crime de ato obsceno, em abstrato, não supera um ano de *detenção*.

⁴⁴ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 119. O autor faz a afirmação ao discorrer sobre o crime de *estupro*, mas é possível presumir que diria o mesmo a respeito do atentado violento ao pudor.

⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*, cit., p. 743.

⁴⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 207.

⁴⁷ JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 722.

⁴⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 476.

13.7. Perigo de contágio

O art. 130 do Código Penal prevê o crime de *perigo de contágio venéreo*. No *caput*, pune-se com detenção, de três meses a um ano, ou multa, a conduta de “expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”. No § 1º, é estabelecida pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, para o agente que pratica o delito com a intenção de transmitir a moléstia.

O art. 131, por sua vez, prevê pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, para quem “praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”. É o que o Código chama de *perigo de contágio de moléstia grave*.

Qualquer desses crimes pode concorrer com o atentado violento ao pudor.

Ao discorrer sobre o crime de estupro, Nelson Hungria assevera que “se o agente é portador de moléstia venérea, haverá *concurso material* com o crime previsto no art. 130 (haja ou não o contágio)”.⁴⁹ Tratando, também, do crime do art. 213, Magalhães Noronha afirma que “concurso *material* haverá, quando ao estupro acrescer a figura do art. 130, § 1º. Aqui o agente tem a intenção deliberada de transmitir a moléstia e, conseqüentemente, não obstante a unidade de ação, há desígnios autônomos: a conjunção carnal e a transmissão do mal venéreo”.⁵⁰

Observe-se, no entanto, que, praticando-se ação única, não poderá ser caso de concurso material, modalidade que exige a pluralidade de ações ou omissões. Cuida-se, na verdade, de *concurso formal*, pois o agente, mediante uma só ação, infringe dois tipos penais. Nesse sentido são os ensinamentos de Cezar Roberto

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, cit., v. VIII, p. 119.

⁵⁰ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 84-85. Embora o autor – a exemplo de Nelson Hungria – faça tal afirmação ao discorrer sobre o crime de *estupro*, não há razão para supor que entendesse diferentemente no tocante ao atentado violento ao pudor.

Bitencourt,⁵¹ Damásio de Jesus⁵² e Julio Fabbrini Mirabete.⁵³

Essa afirmação não encerra, porém, todas as perquirições possíveis a respeito do assunto.

Com efeito, a pluralidade de situações previstas nos arts. 130 e 131 e a diversidade de espécies de concurso formal exige um maior aprofundamento do tema.

A propósito do art. 130, Luiz Regis Prado explica que, para a configuração desse crime, se exige o *dolo*, direto ou eventual, conforme o caso. O *caput* do artigo prevê duas situações: na primeira, o agente *sabe* que está contaminado e cria conscientemente o perigo de contágio (dolo direto, de perigo); na segunda, o agente *devia saber* que está contaminado e, embora não queira diretamente expor a vítima a perigo de contágio, prefere arriscar-se a produzir o resultado a renunciar à ação (dolo eventual, de perigo). No § 1º do mesmo artigo, o agente atua com consciência e vontade de transmitir a moléstia; sua intenção é contagiar a vítima e não apenas criar situação de perigo; pressupõe-se, portanto, o dolo direto (de dano).⁵⁴

A respeito do crime previsto no art. 131, o mesmo doutrinador anota que só se cogita de dolo direto (de dano). O agente, consciente da gravidade e da contagiosidade da moléstia de que está infectado, pratica ato capaz de transmiti-la a outrem: “sua vontade está dirigida à realização da conduta apta a produzir o contágio.”⁵⁵

Pois bem. Se o agente sabe-se portador da moléstia e, além de desejar a prática do crime sexual, pretende expor a vítima a perigo de contágio venéreo, dúvida não há de que age com *designios autônomos*, incorrendo nas disposições do art. 70, *caput*, segunda parte, do Código Penal. Tem-se, aí, o chamado *concurso formal impróprio*. As penas dos arts. 214 e 130, *caput*, devem ser aplicadas cumulativamente.

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado*, cit., p. 487.

⁵² JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*, cit., p. 439 e 715.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 125.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 141.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 2, p. 148.

Não há, porém, *desígnios autônomos* se o agente ignorava portar a moléstia. Mesmo se devesse saber da doença, ele não está sujeito à regra da segunda parte do *caput* do art. 70 do Código Penal, uma vez que o dolo eventual é incompatível com a expressão *desígnios autônomos*.⁵⁶ De qualquer forma, considerando-se que a sanção estabelecida para o atentado violento ao pudor é bem mais severa do que a prevista para o perigo de contágio venéreo, a aplicação da regra do concurso formal próprio ficará inviabilizada pelo disposto no parágrafo único do próprio art. 70. Para o agente, será mais favorável o cúmulo simples de penas.

Nas hipóteses restantes (arts. 130, § 1º, e 131), é evidente que há *desígnios autônomos*, pois o agente tem a intenção de transmitir a doença. Assim, à pena pelo crime do art. 214 deverá ser aplicada cumulativamente a do art. 130, § 1º, ou, conforme o caso, a do art. 131 do Código Penal.

13.8. Porte ilegal de arma

Para o crime de roubo, o Código Penal prevê um aumento de pena da ordem de um terço se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma (art. 157, § 2º, inc. I). Semelhante dispositivo consta no § 1º do art. 146, segundo o qual “as penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas”.

O legislador não teve, contudo, a mesma preocupação ao dispor sobre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, apesar de exigir, para a respectiva configuração, que o constrangimento se dê mediante violência ou grave ameaça.

⁵⁶ Ensina Heleno Cláudio Fragoso que “a expressão *desígnio* exclui o dolo eventual” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*, cit., v. I, p. 341). No mesmo sentido: PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 280, ao afirmar que a expressão *desígnios autônomos* significa que a vontade deve ser “conscientemente orientada para fins diversos”. Também Damásio de Jesus diz que “a exigência de unidade de desígnio, pela sua natureza, é incompatível com o dolo eventual e os crimes culposos” (JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*, cit., p. 243).

A opção do legislador de 1940 bem demonstra a especial proteção que conferiu ao bem jurídico *patrimônio*. Cinquenta anos mais tarde, a Lei dos Crimes Hediondos alterou em parte esse quadro, estabelecendo penas mais severas para os ditos crimes sexuais violentos; poderia, no entanto, ter feito mais e melhor se houvesse também previsto, para o estupro e o atentado violento ao pudor, causa especial de aumento de pena por conta do emprego de arma.

Enquanto perdurar o silêncio da lei sobre o assunto, resta indagar sobre a ocorrência de eventual concurso do estupro e do atentado violento ao pudor com o crime de porte ilegal de arma, previsto pelo art. 10 da Lei 9.437/1997.

Suponha-se, assim, que determinado indivíduo pratique atentado violento ao pudor e, ao perpetrar a violência ou grave ameaça, valha-se de arma para cujo porte não possua autorização. Haverá, em tal situação, concurso de crimes ou absorção do porte pelo delito mais grave?

Apreciando caso em que se imputaram ao agente as práticas de homicídio e de porte ilegal de arma, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que: “A posse e o porte ilegal de arma adquirida com o fim específico para a prática de homicídio, integra o *iter criminis* percorrido pelo agente, razão pela qual não há espaço para o reconhecimento do concurso material entre os delitos previstos nos arts. 10 da Lei 9.437/97 e 121 do CP, pois caracterizada a progressão criminosa, abrangida pelo princípio da consunção”.⁵⁷

Note-se que, adquirida a arma com o fim específico de matar, o porte ilegal é crime-meio em relação ao de homicídio, de modo que não poderá haver dupla incriminação.

Idêntica solução deverá ser dada ao caso em que o agente, após desentender-se com a vítima, deixa o local a fim de armar-se, retorna em seguida e

⁵⁷ FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, em coop. cit., v. 2, p. 2.117-2.118.

perpetra o homicídio.⁵⁸

Haverá, porém, concurso material se o agente praticar o crime valendo-se da condição de já estar armado.⁵⁹

Trasladando-se o raciocínio para o crime de atentado violento ao pudor, conclui-se que o crime de porte ilegal de arma restará absorvido se o agente dela se muniu com o exclusivo propósito de praticar o referido crime sexual. Se, contudo, o agente primeiramente se armou e somente depois – talvez, até, movido pelas circunstâncias que a ocasião produziu – decidiu pela prática do atentado violento ao pudor, haverá concurso material dos delitos previstos no art. 214 do Código Penal e no art. 10, *caput*, da Lei 9.437/1997. Na hipótese, terão ocorrido duas ações e duas infrações penais, autônomas e não diretamente interligadas, ensejando a cumulatividade de penas.

13.9. Atentado violento ao pudor em continuidade delitiva

Como já se assinalou anteriormente, a jurisprudência dos tribunais superiores não admite a continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao

⁵⁸ “Não pode persistir na pronúncia o crime tipificado no artigo 10, § 2º, da Lei n. 9.437/97, na exata ponderação da Procuradora de Justiça Sônia Marisa Taques Mercer: ‘(...) vê-se do contingente probatório, que o réu deixou o bar, dirigiu-se até o local onde estava hospedado e apanhou a pistola de uso proibido com a qual matou a vítima. O porte, desse modo, não era casual, mas voltado para execução do homicídio, sendo crime meio para o desiderato do réu, que era o de matar seu desafeto. (...) Pelo princípio da consunção, o porte de arma resta absorvido pelo crime doloso contra a vida” (Ac. unân. da 2ª Câ. Crim. do Tribunal de Justiça do Paraná, na Ap. Crim. 103.811-7, rel. Des. Carlos Hoffmann, j. em 3.5.2001).

⁵⁹ “Também com relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, não prospera a tese da defesa, uma vez que tal porte evidenciou-se anterior aos homicídios, tentado e consumado, confessadamente pelo ora apelante, que disse em plenário do Júri (...) ter o revólver há mais de dois anos, sem registro ou licença das autoridades competentes, utilizando-o no crime adremente combinado com o co-réu Gláucio. Disse que estava armado bem antes dos crimes, tendo ido nadar horas antes em um alagado, portando a arma. (...) O crime tipificado no artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, portanto, já estava consumado quando dos homicídios havidos nas formas tentada e consumada” (Ac. unân. da 1ª Câ. Crim. do Tribunal de Justiça do Paraná, na Ap. Crim. 96.021-0, rel. Des. Clotário Portugal Neto, j. em 7.12.2000).

pudor e de estupro. Argumenta-se que não são crimes da mesma espécie e, também, que não possuem formas de execução homogêneas.

Resta indagar, porém, sobre a possibilidade de reconhecer-se a continuidade entre mais de um atentado violento ao pudor.

A questão deve ser desdobrada em duas. É preciso examinar o problema conforme seja uma só ou sejam mais as vítimas dos crimes de atentado violento ao pudor.

13.9.1. Atos libidinosos praticados contra a mesma vítima

Suponha-se que determinado indivíduo pratique, num mesmo contexto fático, vários atos que, mesmo isoladamente, configuram o crime de atentado violento ao pudor. É o que se teria na hipótese de o agente, em uma única oportunidade, coagir a vítima, por meio de grave ameaça, a automasturbar-se, a praticar a *fellatio in ore* e, ainda, a suportar o coito anal.

A situação descrita caracteriza crime único, crime continuado ou concurso material?

Segundo a doutrina, o caso é de crime único. Afirma Magalhães Noronha que, “se, na mesma ação, o agente pratica vários atos libidinosos contra a vítima, não há falar em pluralidade de crimes, ou em delito continuado: ele é único”.⁶⁰ Também Damásio de Jesus sustenta que “quando o atentado for constituído de vários atos que, por si, já são libidinosos, não estaremos diante de vários crimes, ou de crime continuado, e sim de infração única”.⁶¹

A jurisprudência não é, porém, uniforme. De acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo extrai-se o seguinte: “No atentado violento ao pudor são ininvocáveis as regras do concurso formal e do crime continuado se o agente pratica, contra a vítima,

⁶⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 103.

⁶¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 106.

na mesma ocasião, várias modalidades de atos libidinosos (felação, coito anal, apalpadelas pelo corpo), pois, de tal conduta, emana um só crime”.⁶² Em outra decisão, do mesmo tribunal, entendeu-se, porém, que: “Havendo o réu sujeitado a vítima a dois atos libidinosos diversos da conjunção carnal, distintos e autônomos um do outro, não se pode aceitar que os mesmos nada mais tenham sido do que simples momentos de uma única ação, de modo a haver apenas um crime. Sua conduta há de ser considerada uma só, constituída de mais de um ato, na forma de ficção legal de delito continuado”.⁶³

Dentre as duas posições, afigura-se melhor a que considera haver crime único. Com efeito, diante da vastidão do alcance da expressão “atos libidinosos diversos da conjunção carnal”, inserida no texto do art. 214 do Código Penal, a tese do crime continuado acabaria por praticamente inviabilizar a caracterização do crime único, já que cada apalpadela nas nádegas da vítima, cada beijo lascivo, cada pressão do pênis sobre o corpo da vítima é suficiente, em tese, para a conformação do crime. Todas essas condutas, quando reunidas numa só ocasião, revelam um único propósito e compõem um todo.

Se, no entanto, os vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal não são praticados num mesmo contexto fático, mas se repetem, ao longo dos dias, meses ou anos, será caso – aí, sim – de reconhecer-se a continuidade delitiva. É o que se dá, por exemplo, com o padrasto que, cotidiana ou costumeiramente, constrange a enteada a masturbá-lo.

A doutrina e a jurisprudência trilham, aqui, no mesmo sentido.

Assevera Magalhães Noronha que “há a continuação quando o indivíduo, sob grave ameaça de desvendar um segredo da vítima, a constrange, por várias vezes,

⁶² In: FRANCO, Alberto Silva *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, em coop. cit., v. 2, p. 3.126.

⁶³ In: ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999, p. 380.

a suportar atos libidinosos”.⁶⁴ Nas palavras de Luiz Regis Prado, “pode ocorrer a continuidade delitiva quando o agente constrange a vítima à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em ocasiões distintas”.⁶⁵ São no mesmo sentido as lições de Julio Fabbrini Mirabete⁶⁶ e Damásio de Jesus.⁶⁷

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu, outrossim, que “é de considerar presente a figura do crime continuado na prática do atentado violento ao pudor, se o réu por diversas vezes e por mais de um ano constrangeu a menor a com ele manter ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.⁶⁸

13.9.2. Atos libidinosos praticados contra vítimas diversas

Também se admite a continuidade delitiva no caso de o indivíduo praticar a conduta descrita no art. 214 do Código Penal contra mais de uma vítima, mas de modo que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devam os crimes subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro.

Assim, ter-se-á crime continuado, por exemplo, se o agente, num único contexto fático, coagir duas ou mais vítimas à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, idênticos ou não entre si. Dá-se o mesmo na hipótese de o indivíduo, mediante violência ou grave ameaça, constranger vítimas diversas à prática, por exemplo, da automasturbação, desde que o faça em condições de tempo, lugar e maneira de execução que permitam traçar um liame de continuidade entre as ações.

A solução não está, todavia, a salvo de críticas. Damásio de Jesus reconhece que o art. 71, parágrafo único, do Código Penal admite a continuidade delitiva mesmo se os crimes forem praticados contra vítimas diversas e atingirem bens jurídicos

⁶⁴ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, cit., v. 3, p. 103.

⁶⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, cit., v. 3, p. 207.

⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., v. 2, p. 421.

⁶⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*, v. 3, cit., p. 106.

⁶⁸ *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto; e PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado e legislação complementar*, cit., p. 702.

pessoais. Apesar disso, o referido autor registra seu inconformismo, aduzindo que em tal hipótese não se deveria reconhecer a continuidade.⁶⁹

Valdir Sznick, igualmente, afirma que sendo diversas as vítimas haverá concurso de crimes e não crime continuado.⁷⁰

A jurisprudência tende a reconhecer a continuidade, como observam Julio Fabbrini Mirabete,⁷¹ Celso Delmanto⁷² e mesmo Damásio de Jesus⁷³ e Valdir Sznick.⁷⁴

Deveras, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem decidido que “o art. 71 do CP, com a redação da Lei 7.209/84, admite a continuidade delitiva nos crimes que envolvem bens personalíssimos de vítimas diversas”.⁷⁵

Diante do que dispõe a lei, não há como afastar-se a continuidade delitiva. Satisfeitas as condições previstas no art. 71 do Código Penal, o benefício deve ser conferido ao agente.

⁶⁹ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial*, cit., v. 3, p. 106.

⁷⁰ SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001, p. 255.

⁷¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, cit., p. 421.

⁷² DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*, em coop., 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 420.

⁷³ JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*, cit., p. 252.

⁷⁴ SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*, cit., p. 255.

⁷⁵ RT 626/272 e, no mesmo sentido: RJTJSP 135/442 e RT 724/631. In: FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, em coop. cit., v. 2, p. 3.125.

14. CONCLUSÕES

Ao encerramento deste trabalho, podem ser elencadas as seguintes conclusões:

1. Outrora, ao tratar dos crimes sexuais, o legislador tutelava principalmente os valores morais e religiosos, o que no Brasil e em Portugal se percebe pelas previsões constantes nas Ordenações do Reino, que previam pena de morte para quem praticasse o “pecado de sodomia” ou “ajuntamento com alimárias”; e penas de degredo e galés para quem praticasse, com outra pessoa do mesmo sexo, o pecado da masturbação. Naquela época, para a configuração desses delitos não se exigia violência ou grave ameaça.

2. Com o passar do tempo, diminuiu-se a tutela penal aos valores morais e religiosos e os crimes sexuais passaram a ser vistos, sucessivamente, como ofensivos à segurança da honra (Código Criminal do Império, de 1830); à segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor (Código Penal de 1890 e Consolidação das Leis Criminais); e aos costumes e à liberdade sexual (Código Penal de 1940, em vigor); e no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal alude-se a crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual.

3. Essa evolução revela uma mudança nas concepções valorativas do legislador relativas aos crimes sexuais. Cada vez mais se abandona a tutela da moral e do pudor públicos, em prestígio da dignidade do indivíduo. Tanto é assim que hoje se admite a configuração do crime de estupro praticado pelo marido contra a mulher, o que, há não muito tempo, era visto como um ato impunível, por não ferir os costumes e o pudor público.

4. A alusão à dignidade sexual e à liberdade sexual, constante no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, ainda não alcança a exata

dimensão do bem jurídico que deve ser protegido.

5. A legislação pátria ainda é discriminatória, pois, em alguns casos, dá tratamento distinto a situações substancialmente iguais. Exemplo disso é o fato de não haver expressa previsão incriminadora para a mulher que constringe o homem, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal. Outro exemplo é a tendência, revelada no Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal (de 1999), de estabelecer-se pena menos grave para o atentado violento ao pudor em relação ao estupro, o que permite concluir que, para a Comissão Revisora, a violação feminina pode ser mais grave do que a masculina.

6. O bem jurídico tutelado pela norma em análise é a *dignidade da pessoa humana*. Até hoje, doutrina e jurisprudência, ao tratarem dos crimes sexuais, apegam-se principalmente ao aspecto material da ação criminosa, sem atentar para o fato de que delitos dessa natureza ofendem principalmente o direito que todos têm de serem tratados com respeito, especialmente numa esfera tão íntima como a do sexo. Toda pessoa tem, pois, o direito de não ser tratada de forma degradante e como objeto de terceiro. Especificamente no tocante aos menores, tutela-se o direito de desenvolverem-se sem receber influências precoces que podem repercutir numa esfera tão importante da vida.

7. Sem atentar para o bem jurídico que efetivamente merece tutela nesses casos, nossos julgadores costumam decidir, muitas vezes, com base em raciocínios não jurídicos e praticamente subjetivos, forçando soluções e classificações penais, de modo a deixar sem proteção a dignidade da pessoa humana.

8. Para aplicar-se o princípio da lesividade, é preciso, antes, verificar o bem jurídico tutelado. Assim como o legislador concebeu um escalonamento para a proteção do mais importante bem jurídico – que é a vida –, é preciso que o mesmo seja feito em relação à dignidade da pessoa humana. Qualquer ofensa à dignidade da

pessoa humana é relevante penalmente e merece punição, maior ou menor. O que não se admite é falar que esta ou aquela conduta não tem dignidade penal, por não ter lesividade.

9. A tipicidade objetiva do delito de atentado violento ao pudor abrange três elementos: o constrangimento, o dissenso da vítima e a prática do ato libidinoso. O constrangimento pode ocorrer mediante violência física ou grave ameaça, também chamada, esta última, de violência moral; a violência pode ser real ou, nas hipóteses do art. 224 do CP, presumida. O dissenso da vítima é elemento do tipo, de sorte que a aquiescência dela descaracteriza o crime; o ato libidinoso, para os fins do art. 214 do CP, é todo ato corporal, com conotação sexual, praticado pela, com ou sobre a vítima, com exceção da conjunção carnal, que é elementar do crime de estupro.

10. Para a configuração do atentado violento ao pudor, não se exige o fim de satisfação da lascívia; basta o dolo de praticar ato libidinoso mediante o emprego de violência ou grave ameaça. O dolo do agente pode restar afastado caso incida em erro acerca do consentimento da vítima (nas hipóteses de violência real) ou acerca da idade ou condição da vítima (nas hipóteses de violência presumida).

11. O início da execução do delito de atentado violento ao pudor ocorre com o emprego da violência ou grave ameaça, tendente à prática do ato libidinoso. Trata-se de crime plurissubsistente. A violação do bem jurídico não ocorre somente com a prática do ato libidinoso, mas também com o emprego do constrangimento que o antecede ou acompanha.

12. O atentado violento ao pudor é crime hediondo para os fins da Lei n. 8.072/90, mesmo na modalidade básica (CP, art. 214, *caput*) e na praticada com violência presumida (CP, art. 224), conclusão perfeitamente coerente com o entendimento de que o bem jurídico atingido é a dignidade da pessoa humana. O equívoco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, felizmente já sanado,

decorria da inexata percepção quanto ao bem jurídico protegido. Enquanto se via o atentado violento ao pudor como crime contra os costumes e contra a liberdade sexual da vítima, não se percebiam senão as conseqüências físicas por esta sofridas. Com a percepção, também, da ocorrência de seqüelas psicológicas e, ademais, da existência de grave ofensa à dignidade da pessoa humana, espera-se que o tema receba, da doutrina e dos tribunais, o tratamento merecido.

13. Segundo a doutrina, o conflito aparente de normas deve ser resolvido mediante a utilização de três (ou, segundo alguns, quatro) critérios: o da especialidade, o da consunção, o da subsidiariedade e, para uma parte dos autores, o da alternatividade.

14. O atentado violento ao pudor é uma espécie de constrangimento ilegal e, no confronto entre esses dois delitos, deve-se aplicar o princípio da especialidade. A ausência de contato corpóreo entre o agente e a vítima não basta para a desclassificação do atentado violento ao pudor para o crime de constrangimento ilegal. Quando, porém, o agente constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a *presenciar* a prática de ato libidinoso, configura-se o crime de constrangimento ilegal, agravado pelo motivo torpe e, se a vítima for maior de 14 e menor de 18 anos de idade, em concurso material com o crime de corrupção de menores. No Código Penal Militar, a conduta configuraria atentado violento ao pudor, uma vez que o tipo é mais amplo.

15. Havendo violência ou grave ameaça, não é possível desclassificar-se o atentado violento ao pudor para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor. O beijo lascivo e voluptuoso é considerado ato libidinoso e, portanto, pode configurar o crime de atentado violento ao pudor, desde que praticado mediante violência ou grave ameaça. Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, surgiu uma tendência no sentido de proceder-se a essa desclassificação, dado o rigor imposto pelo aludido diploma legal. O ordenamento positivo não agasalha tal entendimento, pois não é possível definir-se o enquadramento legal à vista unicamente da sanção estabelecida.

O caso é de revisão legislativa, para que se prevejam, separadamente, condutas mais ou menos graves, atualmente todas abarcadas pelo amplitude do tipo do art. 214 do CP.

16. Entre o atentado violento ao pudor e a contravenção da importunação ofensiva ao pudor pode haver, conforme o caso, a aplicação dos critérios da subsidiariedade e da consunção. Haverá subsidiariedade se, por exemplo, não restar provada a ocorrência de constrangimento, mas de mera importunação; haverá consunção se o agente, após importunar, passar ao constrangimento, em situação de progressão criminosa.

17. Entre o atentado violento ao pudor e a contravenção de perturbação da tranqüilidade pode haver relação de consunção se o agente pratica a conduta prevista no art. 65 da Lei das Contravenções Penais e, na seqüência de seus atos, em progressão criminosa, constrange a mesma vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

18. Entre o atentado violento ao pudor e o delito de ato obsceno não há possibilidade de absorção, porquanto diversas as vítimas e os bens jurídicos ofendidos.

19. Pode haver absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, desde que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal sejam tendentes a ela e a precedam. Haverá, aí, *delito progressivo*. Fora dessa hipótese, haverá concurso material.

20. Poderá haver *progressão criminosa* e, por conseguinte, absorção do atentado ao pudor mediante fraude pelo atentado violento ao pudor. Assim, se, durante a prática dos atos libidinosos alcançados por meio de fraude, a vítima percebe o logro e, reagindo, passa a sofrer violência ou grave ameaça para a continuidade da prática, o agente responde apenas pelo atentado violento ao pudor. Ocorre, aí, a *consunção* da

infração do art. 215 pela do art. 214 (*lex consumens derogat legi consumptae*).

21. Se, estando em curso a prática do crime de posse sexual mediante fraude, esta é descoberta e a vítima reage; e se, diante disso, o agente passa a empregar violência ou grave ameaça para consumir a conjunção carnal, o crime é de estupro. Mas se o agente passar a empregar violência ou grave ameaça para a prática de ato libidinoso *diverso* da conjunção carnal, haverá o crime de atentado violento ao pudor, sem prejuízo da configuração do delito de posse sexual mediante fraude.

22. Não há possibilidade de absorção do crime de sedução pelo de atentado violento ao pudor. Não há, entre eles, relação de especialidade, consunção ou subsidiariedade.

23. O atentado violento ao pudor, se praticado contra maior de 14 e menor de 18 anos, absorve o crime de corrupção de menores previsto no art. 218 do CP. Verifica-se, aí, uma relação de *subsidiariedade* (*lex primaria derogat legi subsidiariae*).

24. Dependendo das circunstâncias do caso concreto, pode reconhecer-se relação de *subsidiariedade* entre os crimes de atentado violento ao pudor e assédio sexual. É o que ocorrerá, por exemplo, se no processo judicial não restar provado algum elemento constitutivo do crime de atentado violento ao pudor, como a efetiva prática do ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

25. Nos termos do art. 222 do CP, se o agente, ao praticar o crime de rapto, ou em seguida a este, perpetra outro crime contra a raptada, aplicam-se cumulativamente a pena correspondente ao rapto e a cominada ao outro crime. Estabelece-se, aí, regra especial de concurso material; não há falar, pois, em consunção, especialidade ou subsidiariedade.

26. Pratica atentado violento ao pudor – e não injúria real – o indivíduo que, de arma em punho, obriga a esposa de seu inimigo ao coito anal, completo ou incompleto, com o fim de escarnecer dele mais tarde. Não é outra a solução a ser dada ao caso do agente que, para vingar-se de um desafeto, o constrange a praticar felação. Haverá, porém, injúria real na hipótese em que o indivíduo alça as vestes de uma mulher, para dar-lhe palmadas nas nádegas, expondo-a ao escárnio dos circunstantes.

27. No confronto do atentado violento ao pudor com o crime de vilipêndio a cadáver, não se percebe qualquer relação de consunção, subsidiariedade ou especialidade.

28. Para a aplicação da pena em casos de *concurso de infrações*, há quatro sistemas: a) o da acumulação material, que determina a soma das penas aplicadas para cada um dos crimes; b) o da acumulação jurídica, pelo qual se pune-se com uma pena que não é a soma daquelas em que incorreria o agente, mas que é bastante severa para atender à totalidade dos crimes cometidos; c) o da absorção, que considera que a pena aplicada ao delito mais grave absorve a pena do delito menos grave; e d) o da exasperação, que prevê a aplicação da pena mais grave, aumentada de um determinado *quantum*, em consideração à responsabilidade total do agente. O Código Penal brasileiro acolhe os sistemas do *cúmulo material* no concurso material (art. 69) e no concurso formal imperfeito (art. 70, *caput*, 2ª parte); e da *exasperação* no crime continuado (art. 71) e no concurso formal perfeito (art. 70, *caput*, 1ª parte).

29. As lesões corporais leves somente serão absorvidas pelo atentado violento ao pudor se tiverem sido praticadas como forma de o agente vencer a resistência da vítima ou se forem decorrência do próprio ato libidinoso realizado. Se, ao revés, o agente desejar tanto a prática do ato libidinoso quanto a das lesões corporais na vítima, haverá concurso material.

30. Tratando-se de lesões corporais *graves*, não haverá absorção pelo

atentado violento ao pudor; existem duas possibilidades: a) se a conduta for praticada com *desígnios autônomos*, será caso, evidentemente, de concurso material; b) se, porém, as lesões graves forem resultado *preterdoloso* do emprego de violência, ter-se-á a forma qualificada do crime sexual, prevista no art. 223, *caput*, do Código Penal.

31. No tocante ao crime de homicídio, várias hipóteses de concurso com o crime de atentado violento ao pudor podem ser cogitadas: a) se o agente mata a vítima e, em seguida, pratica com ela ato libidinoso, há homicídio e vilipêndio a cadáver, em concurso material; b) se o agente, pretendendo ou mesmo assumindo o risco de matar a vítima, desfere-lhe golpe fatal, mas pratica o ato libidinoso enquanto ela ainda está viva, pratica os crimes de homicídio e atentado violento ao pudor, em concurso material; c) a mesma solução é dada para o caso do agente que constrange a vítima, mediante grave ameaça, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, praticado o ato, ele a mata; d) se o agente, sem desejar a morte da vítima e sem assumir o risco de produzir tal resultado, constrange-a, por meio de violência, a praticar com ele ato libidinoso diverso da conjunção carnal; em seguida, abandona-a, desfalecida, e ela, sofrendo hemorragia provocada pelo ato de violência, vem a falecer. Nessa situação, tem-se que o agente praticou o crime de atentado violento ao pudor, na forma qualificada (Código Penal, art. 223, *caput*); convém anotar, ainda, que a qualificadora só incide se o resultado advier da violência praticada contra a vítima do crime sexual; morrendo terceiro, haverá sempre concurso e não a forma qualificada.

32. Se o agente, num mesmo contexto fático, constrange a vítima à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, na seqüência, à cópula vagínica propriamente dita, haverá, em princípio, concurso material de crimes. Haverá, porém, apenas estupro se os atos libidinosos diversos da conjunção carnal tendam a esta e a precedam. Não se admite a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, salvo se em contextos fáticos diversos ou se praticados contra vítimas diferentes.

33. Se o agente pratica a *fellatio in ore* com adolescente de 15 anos de idade, mediante o consentimento deste; e, na seqüência, constrange o jovem, mediante violência ou grave ameaça, a praticar com ele o coito anal, haverá concurso material de crimes. Também há concurso material na hipótese em que o agente induz o menor de 18 anos e maior de 14 anos a presenciar atentado violento ao pudor praticado contra terceiro. Em nenhuma dessas duas situações se cogita de continuidade delitiva, haja vista que não se trata de crimes da mesma espécie.

34. Se o agente pratica o crime de atentado violento ao pudor em público, haverá concurso formal de infrações, uma vez que, mediante uma só ação, o agente pratica duas infrações penais.

35. No tocante aos crimes de atentado violento ao pudor e de perigo de contágio venéreo (CP, art. 130), se o agente *sabe* que está contaminado e cria conscientemente o perigo, o caso é de concurso formal impróprio e as penas devem ser aplicadas cumulativamente, pois há desígnios autônomos; se *devia saber* que está contaminado e, embora não quisesse diretamente expor a vítima a perigo de contágio, prefere arriscar-se a produzir o resultado a renunciar à ação, não há *desígnios autônomos*. Mesmo assim, considerando-se, porém, as penas previstas, será mais favorável para o agente o cúmulo simples de penas; e se o agente pratica o ato com a intenção de transmitir a moléstia, há desígnios autônomos, de sorte que deverão ser aplicadas cumulativamente as penas. Essa última solução é dada também para o concurso entre o atentado violento ao pudor e o crime de perigo de contágio de moléstia grave (CP, art. 131).

36. O crime de porte ilegal de arma restará absorvido se o agente dela se muniu com o exclusivo propósito de praticar o atentado violento ao pudor. Se, contudo, o agente primeiramente se armou e somente depois – talvez, até, movido pelas circunstâncias que a ocasião produziu – decidiu pela prática do atentado violento ao pudor, haverá concurso material dos delitos.

37. Se, em um único contexto fático, o agente praticar, mediante violência ou grave ameaça, múltiplos atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a mesma vítima, haverá um único crime de atentado violento ao pudor. Se, no entanto, os vários atos libidinosos diversos da conjunção carnal não são praticados num mesmo contexto fático, mas se repetem, ao longo dos dias, meses ou anos, será caso – aí, sim – de reconhecer-se a continuidade delitiva. Também haverá continuidade delitiva se o agente, num único contexto fático, coagir duas ou mais vítimas à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, idênticos ou não entre si.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Roque de Brito. *Ciência criminal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ALVES, Sénio Manuel dos Reis. *Crimes sexuais: notas e comentários aos artigos 163 a 179 do código penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. Concurso entre normas de crimes e contravenções e normas contravencionais entre si. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 467, p. 281-287, set. 1974.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar: parte especial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de derecho penal: parte general*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.

_____. *Principios de derecho penal: parte general*. 4. ed. act. Madrid: Akal, 1997.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Concurso de normas penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1: parte geral.

BASTOS, João José Caldeira. *Curso crítico de direito penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Anotações theorico-praticas ao código penal do Brazil*. Rio de Janeiro: Papelaria União, 1904.

BERENGUER, Enrique Orts. *Comentarios al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. v. 1.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. II.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2: parte especial.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Código penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

_____. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956. t. II: Parte geral.

_____. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 2: Parte geral. Fato punível.

_____. *Sôbre o tipo no direito penal. Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CANDAUDAP, Celestino Porte Petit. *Ensayo dogmatico sobre el delito de violacion*. 1. ed. México: Juridica Mexicana, 1966.

CANTERO, José A. Sainz. *La reforma del derecho penal sexual. Estudios penales: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 857-876, 1982.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1: Parte geral.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *O advogado diante dos crimes sexuais*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, p. 102.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español: parte general*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998, v. II: Teoría jurídica del delito.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Assédio sexual. In: *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, ano 46, n. 255, jan. 1999.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. O concurso material entre o crime de porte ilegal ou ausência de registro de armas de fogo, crime de homicídio e outros. *Juris Sintese* n. 23, maio/jun. 2000.

CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal: parte especial*. 12. ed. rev. Valencia: Tiran lo Blanch, 1999.

COGAN, Arthur. Importunação ofensiva ao pudor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 556, p. 281-282, fev. 1982.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal curso completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crime continuado e unidade processual. *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. Organizador Sérgio Salomão Schecaira. São Paulo: Editora Método, 2001.

CREUS, Carlos. *Derecho penal: parte especial*. 6. ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. t. I.

DÁVILA, Roberto Reynoso. *Delitos sexuales*. México: Porrúa, 2000.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Exercício e abuso de direito no crime de estupro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 536, p. 257-259, jun. 1980.

_____. O casamento como causa de aumento da pena. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, Forense, v. 34, p. 102-105, jul./dez. 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a*

sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentário conimbricense do código penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. I: Parte especial.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Atentado violento ao pudor e ato obsceno. *Justitia*, São Paulo, v. 63, p. 233-241, out./dez. 1968.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. A criminalização do assédio sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 752, p. 425-438, jun. 1998.

DUARTE, José. *Comentários à lei das contravenções penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1944.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Anteprojeto da parte especial do código penal: proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

ECHANDIA, Alfonso Reyes. *Tipicidad*. 6. ed. 1ª reimp. Bogotá: Temis, 1997.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

_____. A reforma do Código Penal. *O Estado de São Paulo*, edição de 12.8.99.

FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Estupro: enfoque vitimológico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 653, p. 265-76, mar. 1990.

FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito penal: parte geral*. 1. ed., 2. tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIANDACA, Giovanni. O “bem jurídico” como problema teórico e como critério de política criminal. Traduzido por Heloisa Estellita Salomão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 776, p. 409-439, jun. 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. II: Parte especial arts. 213 a 359.

_____. *Lições de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FRANCO Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1: Parte especial.

_____. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2: parte especial.

_____. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8.072/90*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FRANCO, Ary Azevedo. Atentado ao pudor. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. IV, p. 389-396.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de violência nos crimes sexuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Crimes hediondos, tóxicos, terrorismo, tortura*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERREIRO, Geraldo Arruda. A idade da vítima nos crimes contra os costumes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 201, p. 383-402, jan./fev. 1963.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Dos crimes sexuais*. 6. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. Estupro. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. XXI, p. 88-92.

HASSEMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 6, p. 36-71, abr./jun. 1994.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA Romão Cortes de; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. VIII.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1945.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. v. 2: parte general.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Direito penal*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1: Parte geral.

_____. *Direito penal*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3: Parte especial.

_____. *Lei das contravenções penais anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3. ed. Tradução Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Everardo da Cunha. Atentado violento ao pudor. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 375-378.

LIMA, Marcellus Polastri. *Temas controvertidos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LINHARES, Marcello Jardim. *Lei das contravenções penais interpretadas pelos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÓPEZ, José António Mouraz. Os crimes contra a liberdade sexual no código penal português após a

revisão de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, p. 47-51, abr./jun. 1995.

LUIZI, Luiz. Os crimes contra a dignidade sexual. Palestra proferida em 22 de maio de 1998, no Seminário Reforma do Código Penal, realizado na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

_____. Um discurso sedicioso: a minimização do direito penal. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 35-43, 2. sem. 1996.

LUNA CASTRO, José Nieves. *El concepto de tipo penal en México*. México: Porrúa, 1999.

LYRA, Roberto. Constrangimento ilegal. *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. XXII, p. 38-40.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Elementos subjetivos do injusto*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MESTIERI, João. *Do delito de estupro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I: Parte geral.

_____. A condição da mulher e os crimes contra a moralidade em Roma. *Livro de Estudos Jurídicos*. Coordenadores James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos. n. 02, p. 348-365, 1991.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: PPU, 1990.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2001. v. 2: Parte especial arts. 121 a 234 do CP.

MIRANDA, Darcy Arruda. Do atentado violento ao pudor. *Justitia*, São Paulo, v. 39.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Aníbal Bruno e a reforma penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 19/20, p. 39-53, jul./dez. 1975.

_____. Sugestões de emendas ao código penal. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, ano 3, n. 4, p. 29-38, 1974.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina, 1985.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 237-251, jan./mar. 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 24. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_____. Crime progressivo e concurso aparente de normas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 327, jan. 1963.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, José Lima de. *Violência presumida: estudo médico-legal*. Salvador: S.A Artes Gráficas, 1959.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Comentários à lei das contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ORGEIRA, José Maria. Violación. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. XXVI, p. 696-706.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Direito penal moderno: parte especial do código penal*. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

PAVÓN, Pilar Gómez. El delito de violación: algunas cuestiones. El código penal de 23 de noviembre de 1995. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, p. 75-101, jan./mar. 1997.

PECO, José. Abuso deshonesto. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. I, p. 136-142.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Aspectos polêmicos de processo e direito penal*. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.

_____. *Direito penal: parte geral estrutura do crime*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do crime continuado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 3: parte especial arts. 184 a 288.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RIBEIRO, Jorge Severiano. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1945. v. IV.

RIBEIRO PONTES, Thiago. *Código penal comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

ROCHA, Fernando Antonio N. Galvão da. A autoria mediata e o crime de estupro. A pluralidade de pessoas no fato punível. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 307, p. 31-42, jul./set. 1989.

ROSSI, Jorge Eduardo Vazquez. *Lo obsceno: limites de la intervencion penal*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1985.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Traducción de la 2. edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Connledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid:

Civitas, 1997. t. 1: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.

_____. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. Lisboa: Vega, 1998.

RUS, Juan José González. El bien jurídico protegido en el delito de violación. *Estudios penales: libro homenaje al Prof. J. Anton Oneca*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 717-754, 1982.

SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. v. 3: Parte especial.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. *Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001.

_____. *Contravenções penais*. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1991.

_____. *Crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 1992.

_____. *Direito penal na nova constituição*. São Paulo: Ícone, 1993.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, número especial de lançamento, p. 75-87, dez. 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIVEIROS DE CASTRO, Francisco José. *Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual*. 4. ed. aum. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1943.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Aleman: Parte General*. 11. ed., 4. ed. castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez Y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Da tentativa*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

ACOSTA, Miguel Lorente; ACOSTA, José Antonio Lorente. *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso*. Granada: Editoria Comares, 1999.

ALMEIDA, Suely Souza de. *Femicídio: algemas (in)visíveis do público-privado*. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária: personagens do processo penal*. 3. ed. Tradução de Fernando de Miranda, Coimbra: Armênio Amado, 1982. v. II.

AMERICANO, Odin I. do Brasil. *Dos crimes contra os costumes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1943.

ANTÓN, Tomás S. Vives et. al. *Comentarios al código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. v. I.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARROJO, Manuel López-Rey y. Estupro. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1976, t. XI, p. 236-259.

ARRUDA. Aluísio de. Estupro e atentado violento ao pudor. *Justitia*, São Paulo, v. 51, p. 195-97, 1965.

BARBOSA, Licínio. Uma nova legislação penal para o Brasil. *Ciência Penal – Coletânea de estudos*, Curitiba, J.M., p. 255-65, 1999.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Ensaio sobre a ação penal. *Justitia*, São Paulo, v. 92, p. 97-123, jan./mar. 1976.

_____. O casamento da ofendida com terceiro e com o ofensor através dos tempos na legislação brasileira – a irretratabilidade da representação entendida em sentido amplo. *Justitia*, São Paulo, v. 52, p. 196-203, jan./mar., 1966.

BERENGUER, Enrique Orts. *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

BRITTO, Lemos. *A questão sexual nas prisões*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1: Parte geral. Introdução. Norma Penal. Fato punível.

CADOPPI, Alberto. *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*. Padova: CEDAM, 1999.

CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CANCINO, Antonio. *Delitos contra el pudor sexual*. Bogotá: Temis, 1983.

CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. Estupro e atentado violento ao pudor: violência real e presumida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 741, p. 521-527, jul. 1997.

CARVALHO, Beni. *Sexualidade anômala no direito criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
_____. *Tratado de direito penal (crimes contra a religião, os costumes e a família)*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho Editora, 1943.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CIAMPOLINI, Arnolfo. *Sessualità e medicina legale*. Milão: Dottor Francesco Vallardi, 1936.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. *Críticas ao anteprojeto de reformas do código penal*. São Paulo: APMP, 1998.

CONTIERI, Enrico. *La congiunzione carnale violenta*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Jurisprudência criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

COURA, Paulo dos Santos. Crime continuado. *Justitia*, São Paulo, v. 51, p. 259, 1965.

CUEVAS, Lorenzo Morillas. El delito de estupro-incesto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XXIX, fasc. II, Madrid, p. 293-327, 1976.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. A AIDS e o código penal. *Boletim do*

IBCCrim, São Paulo, n. 57, p. 2, ago. 1997.

DIAS, Maria Berenice. Gay também é cidadão. *Revista Super Interessante*, São Paulo, n. 4, p. 106, abr. 2001.

DOTTI, René Ariel. Proposta para uma nova consolidação das leis penais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Porto Alegre, Síntese, v. 32, p. 61-88, 1999.

_____. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUARTE, Liza Bastos. Assédio sexual sob a perspectiva do direito de gênero. *Revista Síntese do Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 5, p. 15-27, dez./jan. 2001.

FAGGIONI, Luiz Roberto Cicogna. *O atentado violento ao pudor*. São Paulo, 1995.

FARIAS, Pedro Aurélio Rosa de. O crime sexual praticado contra menor e a sua representação penal – algumas considerações. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, v. 45, p. 17-27, maio/ago. 1994.

FAVARETTO, Ivete M. Ribeiro. Violência presumida. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 50, p. 175-176, jan. 1997.

FELIPE, Sônia T; PHILIPPI, Jeanine N. *O corpo violentado: estupro e atentado violento ao pudor*. Florianópolis: UFSC, 1998.

FRIEDMAN, Leon. *Obscenity*. Nova Iorque: Chelsea House, 1970.

GARBIM, Ana Elvira Vieira; GEANFRANCISCO, Claudia; RODRIGUES, Daniela A.; CARVALHO, Juarez F. de; PODVAL, Roberto. A figura típica do transmissor da AIDS. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 29, p. 4, maio 1995.

GOMES, Luiz Flavio. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 1ª parte. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, n.15, p. 158-181, jul./set. 1996.

_____. A presunção de violência nos crimes sexuais (enfoque crítico) – 2ª parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n.16, p. 169-196, out./dez. 1996.

_____. Arma de brinquedo e sua (ir) relevância penal. *Doutrina*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, v. 5, p. 65-80, 1998.

GÓMEZ, Eusebio. *Paixão e delicto*. Buenos Aires: América Latina, s/d.

GONÇALVES, Jorge Cesar Silveira Baldassare. Ainda o homicídio em virtude de contágio de aids. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 18, p. 4, jul. 1994.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. O âmbito de incidência da lei n. 9.714/98. *Revista da Associação Paulista do Ministério Público*, São Paulo, v. 24, p. 18-19, dez. 1998/jan. 1999.

GUGLIOTTI, Roberto. Atentado violento ao pudor – tentativa - conceituação. *Justitia*, São Paulo, v. 51, p. 261, 1965.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal: obras completas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I.

JESUS, Damásio E. de. AIDS e responsabilidade penal. *Temas de direito criminal 1ª Série*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 1-2.

_____. Os parágrafos únicos que nunca existiram. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 47, p. 08, out. 1996.

KARAM, Maria Lúcia. Sistema Penal e Direitos da mulher. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, n.09, p. 147-163, jan./mar 1995.

_____. Estupro e presunção de violência: a liberdade sexual do adolescente. *Discursos Sediciosos – crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, v. 2, p. 277-284, 1996.

LEAL, César Barros; PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Violência e vitimização: a face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: Subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996. p.75-80.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LYRA, Roberto. Visão douctoral do direito penal comparado. *Justitia*, São Paulo, v. 52, p. 147-160, 1966.

MARCHETTI, Daniela; TILLIO, Antonio Di. *La violenza sessuale: aspetti giuridici e medico-legali*. Milano, Giuffrè, 2000.

MARINO JÚNIOR, Alberto. Estupro – decadência. *Justitia*, São Paulo, v. 52, p. 161-162, jan./mar., 1966.

MARINI, Giuliano. *Delitti contro la persona*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

MATTENCINI, Giovanni. *I reati contro la libertà sessuale*. Milano: Giuffrè, 2000.

MATTER, Alfred. *O delito sexual*. São Paulo: Correa, 1957.

MELO, Mônica de. Assédio sexual: um caso de inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 143, p. 85-99, jul./set. 1999.

MESTIERI, João. Violência doméstica. *Doutrina*, Rio de Janeiro, Instituto de Direito, n. 2, p. 537-545, 1996.

_____. Uma hipótese de violência sexual. *Advocacia criminal*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1978.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento: a súmula 608 do STF diante do artigo 88 da Lei n. 9.099/95. *Doutrina*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 117-121, 1996.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

MUSACCHIO, Vincenzo. *Il delitto di violenza sessuale (art. 609 bis CP)*. Padova: CEDAM, 1999.

NEUMAN, Elías. *El problema sexual en las cárceles*. 3. ed. Buenos Aires: Universidad, 1997.

OLIVEIRA, Juarêz Cordeiro de. *Dos crimes contra os costumes*. São Paulo: Éfeta, 1996.

OLIVEIRA, Marco A. *Jogos de sedução e sublimações: como a sexualidade se expressa no trabalho*. São Paulo: Nobel, 1995.

PADOVANI, Tullio. Violência carnale e tutela della libertà. *Studi in memoria de Pietro Nuvolone*, v. 2. Milano: Giuffrè, p. 127-142, 1991.

PARIS, Ginette. Trad. Maria da Conceição Fornos de Magalhães. *O sacramento do aborto*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2000.

PASSETTI, Edson. *Violentados: crianças, adolescentes e justiça*. 2. ed. São Paulo: Imaginário, 1999.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. Artigo 224, “a”, do código penal: presunção de violência relativa? *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 38, p. 08, fev. 1996.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Advogado, 2001.

PIERANGELI, José Henrique. Estupro e violência presumida. *Escritos jurídico-penais*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PIMENTEL, Sílvia; PANDJIARJIAN, Valéria. *Percepções das mulheres em relação ao direito e à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia”?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

PRATS, Buenaventura Pellisé. Abusos deshonestos. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Barcelona: Francisco Seix Editor, t. II, p. 139-142.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. Estupro: um crime falsamente complexo. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 24, p. 07, dez. 1994.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Manual de derecho penal: parte especial*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991.

RELGIS, Eugen. *História sexual da humanidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1954.

RIBEIRO, Sérgio Nogueira. *Crimes passionais e outros temas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Itambé, 1975.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. *El derecho penal ante el sexo*. Barcelona: Bosch.

_____. *Delitos contra la libertad sexual*. Madrid: Censejo General del Poder Judicial, 1999.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. *Revista São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v.13, n.4, p.82-91, out./dez. 1999.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Anotações sobre a pluralidade de sujeitos ativos (na parte especial do código penal)*. Estudos Jurídicos, Instituto de Estudos Jurídicos, v. 4, n. 16, p. 329-356, out./dez. 1996.

SANDEVILLE, Lorette Garcia. Crimes sexuais: seu perfeito enquadramento jurídico. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 25, p. 05, jan. 1995.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Imputação objetiva e transmissão da AIDS. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Síntese, n. 5, p. 71-91, dez/jan. 2001.

SCHOLZ, Leonidas Ribeiro. Crimes sexuais contra menores e as incoerências da lei. *Livro de estudos jurídicos*, Rio de Janeiro, n. 03, p. 234-237, 1991.

SILVA, Sérgio Paulo Ribeiro da. A menor de catorze anos e o delito de estupro. *Revista da Esmape*, Recife, v. 2, n. 4, p. 429-34, abr./jun. 1997.

SILVEIRA, José Francisco Oliosi da. Atentado violento ao pudor (artigo 214 do CP) e os crimes hediondos (lei 8.072/90, artigo 1º, VI). *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 47, n. 262, p. 59-61, ago. 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Por um novo direito penal sexual – a moral e a questão da honestidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 133-158, jan./mar. 2001.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA FILHO, Geraldo Batista de. *Ação Penal nos crimes contra os costumes*. Belo Horizonte: Inédita, 1996.

_____. Da ação penal no delito de estupro. *Justitia*, São Paulo, v. 91, p. 119-125, out./dez. 1975.

_____. Estupro – crime de ação privada. *Revista Goiana de Jurisprudência*, Goiânia, v. 7, n. 8, p. 21-31, jan./dez. 1976.

_____. Aborto humanitário. Autorização judicial. *Justitia*, São Paulo, v. 156, p. 9-14, out./dez. 1991.

SMANIOTTO, Edson Alfredo. Estupro e atentado violento ao pudor. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 5, p. 10-12, dez./jan. 2001.

SOUZA, Adriano Augusto Streicher de. Estupro e atentado violento ao pudor praticados contra vítima menor de 14 anos – correlação entre as leis 8.069/90 e 8.072/90 – uma nova visão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 707, p. 420-424, set. 1994.

SOUZA, Aélío Paropat. Ação pública incondicionada no estupro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 743, p. 483-494, set. 1997.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo – aspectos médico-legais*. São Paulo: RT, 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TABAK, Fanny; VERUCCI, Florisa. *A difícil igualdade: os direitos da mulher como direitos humanos*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

TALIBERTI, José. *O Delito de Contágio*. São Paulo: RT, 1939.

TOLEDO, Francisco de Assis. Considerações sobre a reforma penal brasileira. *Revista do Ministério Público do Paraná*, Curitiba, v. 11, p. 85-91, 1987.

TORRÃO, Fernando. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais. *Revista Araucária*, Curitiba, v. 1, p. 137-165, abr. 1998.

VALENCIA, Jorge Enrique. El delito de acceso carnal violento. *Estudios de derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, t. II. Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia – Facultad de Derecho, p. 427-473, p. 1989.

VARGAS, Joana Domingues. *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

VENDRAMINI, Eliana Faleiros. Da necessidade de reformulação da Súmula 608 do STF em face da Lei nº 9.099/95. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, n. 53, p. 11, abr. 1997.

VIGLIAR, Ana Cláudia Carvalho. Continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, n.08, p. 198-206, out./dez. 1994.

YUMAK, Azmi. A recrudescência dos delitos sexuais. *Revista do Departamento de Investigações*. São Paulo, n.42, p.35-57, jun. 1952.

ZEIDAN, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 64, p. 12, mar. 1998.