

ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E RAPTO: CRIMES COMPLEXOS? (*)

GERALDO BATISTA DE SIQUEIRA
Procurador da Justiça em Goiás
Prof. Dir. Penal e Proc. Penal na UCGO (**)

HENRIQUE BARBACENA NETO
Procurador da Justiça em Goiás

SUMÁRIO — 1 Considerações gerais. 2 Crimes complexos. 2.1 Conflito aparente de normas? 2.1.1 Posição de José Frederico Marques. 2.1.2 Doutrina e jurisprudência. 2.1.3 Crimes complexos: novo enfoque. 3 Solução ideal. 3.1 Representação. 4 Violência presumida. 5 Conclusão.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O tema prende-se à interpretação dos arts. 213, 214 e 219, do Código Penal, em combinação com o art. 225, *caput*, do mesmo diploma legal. Excluem-se, por inexistente posição polêmica acerca da titularidade da ação penal os §§ 1º e 2º, do art. 225 do Código Penal.

A questão originária da caracterização do aspecto subjetivo da ação penal, nos crimes contra os costumes, praticados mediante violência ou grave ameaça (Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto), não harmoniza a doutrina nem a jurisprudência, o que decorre da exegese do art. 103 do Código Penal, mais ou menos abrangente no conceito de crime complexo, o que estaria insito nessa norma penal de natureza processual.

A leitura isolada do art. 103 ou do art. 225 do Código Penal, numa interpretação literal, bastaria para afastar a insegurança exegética, não fosse o ordenamento jurídico um todo, tendo a vivificá-lo o estreito relacionamento entre as partes que o formam. Aliás, ninguém ousaria contestar a tese da validade do princípio hermenêutico, contido no ensinamento de que dispositivo legal algum poderá ser interpretado fora de um contexto — a regra de ouro da hermenêutica — na lapidar lição do mestre CARLOS MAXIMILIANO (1) e SOUZA NETO citando SEBASTIAN SOLER (2). No método sistemático está a solução.

Em síntese, a ação penal, nos crimes mencionados, cujo processo executório se opere através de violência ou grave ameaça, excluindo o resultado lesão corporal grave e morte (art. 223 e §, do Código Penal), é pública ou privada?

(*) Tese aprovada no III Encontro Regional do Ministério Público do Espírito Santo, realizado de 11 a 13 de abril de 1980, em Maratáizes, ES.

(**) Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Católica de Goiás.

1 — Carlos Maximiliano — *Hermenêutica: aplicação do Direito*, p. 164.

2 — Joaquim de Souza Neto — *O motivo e o dolo*, p. 173.

2. CRIMES COMPLEXOS

O Estupro, o Atentado Violento ao Pudor e o Rapto são crimes expressos em tipos complexos. Crimes complexos, mas no sentido amplo. Delitos pluriofensivos portanto, dada a variada objetividade jurídica, tutelada penalmente, a despeito da unidade de tipicidade.

O Código Penal, estabelecendo a iniciativa estatal para as ações penais em crimes complexos, desde que nestes se agreguem frações criminais, cuja persecutoriedade dependa daquele requisito, estaria conferindo à acusação pública a iniciativa processual nos crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto, porquanto os tipos penais que exprimem tais delitos inserem, em suas estruturas, crime de ação pública, como a lesão corporal (art. 129, Código Penal), por exemplo, eis que os respectivos tipos contemplam a inclusão da *violência*, como elementar.

O enfoque hermenêutico, no plano do Direito Penal e do Direito Processual Penal, não poderia fugir à regra já anunciada, sustentada e defendida por mestres da Ciência do Direito.

Logo, os dois dispositivos legais (arts. 103 e 225, Código Penal), já anunciados (n.º 1), devem ser submetidos a um processo interpretativo, excludente do inaceitável dualismo de incidência normativa sobre a mesma base fática, posto que o contrário seria acolher-se o estabelecimento do chamado conflito de normas, circunstância assinaladora de sua incompatibilidade com a harmonia, princípio diretor de todo o ordenamento jurídico.

Jurisprudência e doutrina, com raríssimas exceções, que serão enunciadas, definem o crime de Estupro como um crime complexo (art. 213, Código Penal). Se ele é complexo, os outros dois – Atentado Violento ao Pudor e Rapto – também o são, desde se atente para a estruturação típica dos mesmos. Ocorre o Constrangimento Ilegal (art. 146, Código Penal) dirigido, finalisticamente, à consumação de uma conjunção carnal ou outro fim libidinoso (arts. 214 e 219, Código Penal). Já os arrolou como crimes complexos TOURINHO FILHO (3) e JORGE ALBERTO ROMEIRO: “Ressalva-se, contudo, que o crime de estupro (art. 213) e outros crimes contra os costumes que, pelos motivos que acabamos de expor, são também crimes complexos, como o Atentado Violento ao Pudor (art. 214) e o Rapto Violento (art. 219), deixam de sê-lo quando a violência que os caracteriza for apenas presumida, ou seja, resultante de a vítima não ser maior de 14 anos; ser alienada ou débil mental e o agente conhecer esta circunstância; ou não poder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224).

Nesses casos desaparece o crime complexo, surgindo, por mera ficção, os crimes de estupro, o atentado violento ao pudor e o rapto violento”(4). A ação penal, no caso, seria privativa do ofendido, podendo, no entanto, verificar-se a ação penal pública secundária, a vista de certas circunstâncias, encontradas no art. 225, §§ 1.º e 2.º, do Código Penal, segundo lição de HELIO TORNAGHI (5).

2.1 Conflito Aparente de Normas?

No Curso de Especialização, em aula que teve lugar em 09/03/1972, apontamos o conflito aparente de normas, no caso da ação penal no crime de Estupro e alvitramos, como solução para esse aparente conflito de normas (arts. 103 e 225, Código Penal), inci-

3 – Fernando da Costa Tourinho Filho – *Processo Penal*, v. 1, p. 219-20.

4 – Jorge Alberto Romeiro – *Comentários ao Código Penal*, v. 4, p. 534 e 541.

5 – Hélio Bastos Tornaghi – *Curso de Processo Penal*, v. 1, p. 40.

dentes sobre fato único, afastando-se, conseqüentemente, o *bis in idem*, a regr. da *especialidade*, visto que a norma contida no art. 225 do Código Penal, abrangeria elemento especializante, referente aos costumes, não encontradiço na regra anterior.

Verifica-se, na hipótese, já é o Prof. DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS quem o afirma, um conflito aparente de normas explicativas, de conteúdo eminentemente processual, posição que o autor reformularia algum tempo depois (Tribunal de Justiça – 1025).

A norma que dá corpo ao art. 103 do Código Penal, reveste-se de caráter genérico, abrangente de todo o Direito Penal contido no Código, enquanto o art. 225 estampa uma norma específica, prevalecendo esta sobre aquela, graças à aplicação do princípio da especialidade, conclui DAMÁSIO. (6)

Em face da solução aventada, a disposição do art. 103 do Código Penal, tornar-se-ia de todo ociosa. Assertiva procedente com referência ao art. 102 do Código Penal, confirmam vários autores. Mais que inútil, perturbadora da tarefa do intérprete, di-lo DAMÁSIO, ao referir-se ao crime de Estupro. (7) Não o é outra a lição vinda do douto JOSÉ FREDERICO MARQUES: “É de acrescentar que casos onde a dúvida poderia surgir, o próprio legislador se apressou em dar a solução específica, tornando assim prescindível a norma geral do art. 103”. Indica, o autor, os arts. 145, 345, 223, cuja pertinência subjetiva da ação é resolvida por expressas disposições legais. (8)

Reforçando essa posição interpretativa, DAMÁSIO E. DE JESUS (ob. cit.) acrescenta ao rol acima o art. 339, o qual, como ocorre na hipótese do art. 225, não encontra solução no art. 103, além dos embaraços à interpretação, absolutamente desnecessária.

Mas não é de todo prescindível a norma geral do art. 103 do Código Penal, como quer o insigne mestre paulista. O legislador não conseguiu dar a solução específica a todos os casos, dispensando-se a incidência de regras solucionadoras do conflito aparente de normas.

Há hipóteses não previstas expressamente. Escreve MARCELO FORTES BARBOSA: “Imagine-se por exemplo, que TÍCIO furtar de seu irmão coisa móvel que este deixara numa gaveta da mesa da repartição pública em que trabalhava, e, para consegui-lo, destrói a fechadura ou arromba a gaveta causando dano à coisa pública. A ação penal, para o crime de furto depende de representação penal (art. 182, II), mas o elemento do furto qualificado-destruição – ou rompimento do obstáculo (art. 155, § 4º, nº 1) – constitui crime de dano à coisa pública, em que se procede independentemente de representação (art. 163, § único, III), a ação penal pública deixa de ser dependente, cumprindo ao Ministério Público promovê-la mesmo que não o desejasse o irmão lesado”. (9)

DAMÁSIO E. DE JESUS exemplifica a possibilidade da invocação da regra para solução do conflito aparente de normas: “O crime de dano (art. 163) é subsidiário do furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4º, I). Os elementos típicos do dano funcionam como circunstância qualificadora do furto”. (10)

2.1.1 Posição de José Frederico Marques

Que classificação subjetiva teríamos para a ação penal nos crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto? Na abalizada opinião do festejado mestre paulista, a

6 – Damásio E. de Jesus – *Direito Penal*, 4ª ed., v. 1, p. 114.

7 – Damásio E. de Jesus – ob. cit., v. 1, p. 618.

8 – José Frederico Marques – *Curso de Direito Penal*, v. 3, p. 397 e ss.

9 – Marcelo Fortes Barbosa – *Justitia*, v. 92, p. 114.

10 – Damásio E. de Jesus – v. 1, p. 106.

ação penal é privativa do ofendido ou de seu representante legal, afastada ficando a incidência do art. 103, preterido que fora pelo art. 102, de inteira aplicação. (11)

Peca, contudo, a nosso ver, a conclusão do renomado autor, visto que, embora colocando no concurso aparente de normas, a regra incidente, como solução, viria entretanto, da *consunção*, em que pese a autoridade do saudoso LUIZ JIMENEZ DE ASÚA, referentemente à tese da não procedência do princípio da consunção nos crimes complexos. Reserva-se a solução indicada aos delitos progressivos.

Diante da contribuição do conflito aparente de normas, para o que se tem em referência os arts. 213, 214, 219, 223, e 225 do Código Penal, os crimes em estudo, sob o aspecto processual, perpetrados mediante violência ou grave ameaça, de que não advenha o resultado lesão corporal grave ou morte, ou, ainda, inocorrentes particularidades referíveis ao sujeito passivo ou ativo são, lamentavelmente, não só pela gravidade subjetiva, como pelas conseqüências, que estas modalidades de ação criminosa acarretam, de ação penal privada.

2.1.2 Doutrina e Jurisprudência

No campo doutrinário nacional, predominante embora a tese da ação penal privada, discute-se ainda, porquanto considerável é a parcela de seus opositores, aqueles que encontram no art. 103 do Código Penal, a resposta para a controvertida questão, obscurecendo-se, por isso, a norma do art. 225 do Código Penal.

Alinham-se, segundo a solução simplista (prescindem do recurso às regras do concurso aparente de normas) oferecida no art. 103 do Código Penal: JORGE ALBERTO ROMEIRO, HÉLIO BASTOS TORNAGHI, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e o emérito professor goiano, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS.

Em posição contrária despontam: NELSON HUNGRIA, JOSÉ FREDERICO MARQUES, EDGAR MAGALHÃES NORONHA, BASILEU GARCIA e a corrente mais jovem, com FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO e DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, este com o recurso ao princípio da *especialidade*, vez que percebe, na *problemática* da subjetivação penal, caso de conflito aparente de normas (posição já alterada, como já assinalamos).

Nós, em trabalho apresentado ao I Congresso Goiano do Ministério Público (20 a 24 de setembro de 1976) e publicado na Revista Goiana de Jurisprudência, nº 8, já prescindíamos da aplicação de qualquer regra de solução do concurso aparente de normas, uma vez que o Estupro não é um crime complexo, conforme definição colocada no art. 103 do Código Penal, o mesmo podendo-se dizer dos demais crimes: Atentado Violento ao Pudor e Rapto. (12)

O pensamento jurisprudencial se encaminha para a uniformidade, na adoção do ponto de vista da Ação Penal Pública, em que pese o contraste com a melhor doutrina, juízo que se cinge à coerência técnica que a outra posição leva. Sob o aspecto finalístico, contudo, é indiscutível a superioridade do caminho tomado pela jurisprudência, sem embargo de sua manifesta ausência de lastro legal.

Posição majoritária, sem contrastes, já desfrutou a corrente para a qual a solução da matéria estaria na operação exegética sob a égide dos princípios reguladores do concurso aparente de normas. Perde ela terreno, entretanto, a partir da nova posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A tendência da Excelsa Corte pode ser exemplificada no RHC-51589 GB – Rel. Min. Antônio Neder. Em Goiás, o tema não logrou levantar controvérsia. A escola é a do Supremo Tribunal Federal, que confirmou acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás, consoante parecer oral do primeiro signatário deste trabalho, junto à

11 – José Frederico Marques – v. 3, p. 396 e ss.

12 – Geraldo Batista de Siqueira – Revista Goiana de Jurisprudência, v. 8, p. 21.

2ª Câmara Criminal: “Crime de estupro. Ocorrendo violência real, originando lesões corporais outras, só por si capazes de instaurar ação penal pública, *aplica-se o disposto no art. 103 do Código Penal*. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. (13)

Assim, vemos que a jurisprudência, com raras discrepâncias, algumas até recentes, tem o crime de Estupro como *complexo*, do que resulta prescindir-se das regras de solução do conflito aparente de normas, prevalecendo o art. 103 do Código Penal, desprezada a norma do art. 225 do Código Penal, em que pese seu manifesto caráter de norma especial, circunscrita a setor do Código. A revista do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em seu número 52/304, com brilhante voto vencido do Juiz SILVA FRANCO, adotou a posição doutrinária, posta em nosso Código Penal: o estupro é crime de ação penal privada, a despeito de torrencial jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal, fato já referido. (14)

Se, consoante interpretação jurisprudencial, notadamente do Supremo Tribunal Federal, o crime de Estupro é de ação penal pública, em vista de ser complexo, o mesmo há de se dizer em relação ao de Atentado Violento ao Pudor e ao Rapto. TOURINHO FILHO e JORGE ALBERTO ROMEIRO já os classificaram como tal, conforme referência anterior.

Todavia, o tratamento processual dispensado aos dois últimos delitos não guarda coerência. Joga-os para a alçada privada, esquecendo-se da conformação típica dos mesmos, que resultaria no crime complexo, fundamento da ação penal pública, salvo exceções. (15)

Do exposto conclui-se, facilmente, que é a posição compatível com a grandiosidade finalística da norma operacional em termos do *jus puniendi*, sobeja a ineficácia operativa da posição oposta. Mas, são decisões pretorianas, como observaria o Prof. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, pelo que é urgente a reforma legislativa, infelizmente, nem prometida.

2.1.3 Crimes Complexos: Novo Enfoque

Dentro de nosso direito positivo (art. 103 e seu § único, do Código Penal vigente), a única interpretação aceitável, tal como se dá no direito italiano art. 84: “Reato complesso. — Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di um solo reato, fatti che costituirebbero, per sè stessi, reato.

Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si originesca alle penne stabilite per i singoli reato che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79”.

Chamam, doutrina e jurisprudência, de crime complexo, a toda conduta, cuja tipicidade abarque ofensa a mais de um bem jurídico. Na definição de RICARDO A. ANDREUCCI, crime complexo é aquele, em cuja composição normativa entram dois ilícitos penais autônomos, como elementos constitutivos do tipo básico e outro como circunstância agravante. (16).

O conceito acima é de crime complexo em sentido estrito, tal como o assinala o legislador brasileiro e o italiano.

Entende JOSÉ FREDERICO MARQUES não ter o legislador cuidado do crime complexo, no sentido estrito, justificando sua posição, com a menção aos arts. 157, § 3º e 339, ambos do Código Penal. O primeiro exemplificaria a hipótese do crime em sen-

13 – Damásio E. de Jesus – *Decisões Anotadas do STF em matéria criminal*, p. 21.

14 – *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, v. 52, p. 304 – 20.6.78.

15 – Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro – *Comentários ao Código Penal*, v. 4, p. 36.

16 – Ricardo Antunes Andreucci – *Ciência Penal*, v. 1, p. 59.

tido estrito e o segundo em sentido amplo. (17) Igual é o pensar do Promotor de Justiça paraense, FAJARDO PEREIRA DE FÁRIA, em magnífico parecer. (18)

Ousamos, porém, discordar de tão abalizadas opiniões. Nossa legislação, segundo os dispositivos já referidos, opta e com toda a evidência pela adoção do crime complexo, mas no sentido estrito, conforme assinalamos em trabalho aqui mencionado. Seu contexto não comporta outra modalidade de crime complexo, de que falam doutrina e jurisprudência.

O que ocorre, em nossa legislação, é a dualidade de crime complexo em sentido estrito. As duas formas, corporificadas nos arts. 103 a 108, § único, do Código Penal, são, embora com diferenciações típicas, *mas sempre fatos típicos*, modelos de crimes complexos em sentido estrito. Na primeira, o crime é complexo quanto ao tipo básico e, na segunda, em relação ao tipo agravado, como ensina ANDREUCCI: “os vários tipos delitivos se apresentam como elementares de uma figura delituosa” (ob. cit.). Os vários tipos particulares que formam o crime complexo se apresentam uns como elementares (elementos constitutivos específicos) e outros, como circunstância qualificadora, preleciona DAMÁSIO E. JESUS. (19) JAMES TUBENCHLAK põe excelente definição: “Nos delitos complexos, nascidos da fusão de dois ou mais tipos, a proteção penal se exerce, obviamente, em direção a dois ou mais bem interesse, muito embora a conduta seja singular”. (20)

A figura do roubo impróprio (art. 157, § 1º, Código Penal) surge como exemplo do primeiro. É a fusão de dois crimes autônomos, que passam a possuir feição única.

O roubo seguido de morte, voluntária essa (art. 157, § 3º, Código Penal), o latrocínio (art. 167, § 5º, do Código de 1969) e o homicídio culposo, acrescido da circunstância típica da omissão de socorro (art. 135, Código Penal), mostram modelos da segunda forma de crimes complexos em sentido estrito. O resultado morte nos dois primeiros exemplos e a omissão de socorro, no último, que, isolados, tipificariam figuras autônomas, constituem-se em circunstâncias especiais para outros crimes, exacerbando-se-lhes o preceito secundário, correspondente à unidade criminal formada.

A denúncia caluniosa (art. 339, Código Penal) não se assemelha aos exemplos supra. Nesta figura associa-se o crime de calúnia a uma circunstância ulterior que, neutralizada, seria atípica, indiferente, portanto, à tutela penal. Outros exemplos fáceis podem ser dados, através do Estupro. A relação sexual, fora do matrimônio, embora objeto de tutela penal, como assinalado ficara, por si só não se insere na órbita penal punitiva, agregada, entretanto, ao constrangimento pessoal, ou melhor, conseguida por esse meio executivo, através de violência ou grave ameaça, concorre para compor a tipicidade desse crime. A respeito, oportuna é a lição de JAMES TUBENCHLAK na obra já citada. (21)

Idêntica é a posição nos dois outros crimes: constrangimento ilegal associado, como forma executória, a *atos libidinosos diversos da conjunção carnal ou para fim libidinosos* (arts. 214 e 219, Código Penal).

Para a caracterização do crime complexo, em sentido amplo, como o prevê a doutrina, suficiente seria a junção de um crime a uma circunstância ulterior, relevante sob outros ângulos do direito, destituída, porém, de aspecto penal, como ocorre nos crimes em estudo.

Não é, a toda evidência, o que requer o Código Penal, em matéria de configuração do crime complexo. Exige-se, nele, a fusão de dois tipos que, autonomamente, formariam

17 – José Frederico Marques – Curso de Direito Penal, v. 2, p. 361.

18 – Fajardo José Pereira de Faria – Revista MP, v. 4, p. 184.

19 – Damásio E. de Jesus – Direito Penal, v. 1, p. 190.

20 – James Tubenchlak – Teoria do Crime: o estudo do crime através de suas divisões, p. 91.

21 – James Tubenchlak – ob. cit., p. 92.

uma figura penal, ou o agregado de dois tipos em que um deles assumiria o papel de agravante, em relação ao outro, o tipo básico. A circunstância aderente ao tipo, agravando a pena correspondente, mesmo desacompanhada de outro atributo típico, tem a eficácia causal de suscitar a configuração de um ilícito penal, porque erige-se em tipo penal.

Há nítida diversidade entre as duas circunstâncias, conforme refiram-se ao crime complexo em sentido restrito ou no sentido lato. Uma, não se revestiria de relevância causal, dado a carência de conteúdo típico, enquanto a outra é tipificável, segundo outro modelo do Código Penal, quando fora da estrutura de um crime complexo.

Adotando nosso Código Penal, como realmente o fez, o crime complexo, mas no sentido estrito, em suas duas modalidades (arts. 103 e 108, § único, Código Penal) desca-be a qualificação subjetiva da ação penal pública, que se lhe empresta, como perde toda pertinência o recurso a regras do conflito aparente de normas, nos crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto, por não serem complexos, segundo a definição jurídica eleita, como inaplicável torna-se em face do novo enfoque interpretativo, a regra jurídica emanada do art. 103 do Código Penal, como despiendo, repita-se, seria falar-se na mesma solução, vinda, porém, da aplicação de regras concernentes ao concurso de normas, para afirmar-se a prevalência do art. 225, cotejado com o art. 103, todos do Código Penal.

O Estupro, segundo o tratamento normativo recebido no Código Penal, não é um delito complexo, mas falsamente complexo, como o define ANDREUCCI. (22) A mesma linha de raciocínio se estende aos demais delitos, em virtude da identidade da composição típica, que anima os mesmos.

Os crimes estudados, embora praticados mediante violência ou grave ameaça, não são complexos, conforme o sentido que nossa lei empresta a essa classificação criminal, pensamento comungado por expressivos nomes da doutrina estrangeira, como ANTOLISEI (23), BATTAGLINI. (24)

Como dissemos páginas atrás, DAMÁSIO, em trabalho recente, abandonando posição anterior, chegou a outra conclusão, — falando do crime de Estupro — a de que a ação penal, no caso, seria privada em vista de não ser essa figura penal um crime complexo, conforme nossa definição legal, inocorrendo, portanto, conflito aparente entre as normas dos arts. 103 e 225 do Código Penal. (25)

É a nossa posição, desde 1976, em trabalho apresentado ao I Congresso Goiano do Ministério Público, posição abrangente dos crimes de Atentado Violento ao Pudor e Rapto. (26)

Enfim, os crimes considerados não são complexos, para ensejar a ação penal pública, quer dizer complexos no sentido estrito, posto que, em sentido lato, ninguém o contesta. A posição doutrinária, segundo a qual os crimes sexuais, realizados através de violência ou grave ameaça (213, 214 e 219, Código Penal) não são complexos é muito recente, conforme assinalado fizemos, apesar da anotação de JORGE ALBERTO ROMEIRO (27) para quem ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (28) já teria negado o crime complexo no Estupro. Não nos parece dizer isso o saudoso mestre baiano.

22 — Ricardo A. Andreucci — ob. cit., p. 64, n. 8.

23 — F. Antolisei — *Manual de Derecho Penal*, p. 382.

24 — Giulio Battaglini — *Direito Penal*, v. 2, p. 568.

25 — Damásio E. de Jesus — *Ação Penal no Crime de Estupro* — *Tribuna da Justiça*, n. 1025, p. 7.

26 — Geraldo Batista de Siqueira — ob. cit.

27 — Jorge Alberto Romeiro — ob. cit., p. 537.

28 — Aloysio de Carvalho Filho — ob. cit., p. 36.

3. SOLUÇÃO IDEAL

A solução ideal, a ser encontrada através da via processual, só deverá ser aquela que tenha o mérito de tornar certa a eficácia do *jus puniendi*, que surge para o Estado, a partir da prática, por alguém, de fato aparentemente delitivo. A acusação, o *jus accusatio-nis*, transferido à iniciativa do particular ofendido, caracterizando o fenômeno da substituição processual, é um tanto quanto precária, desde que se tenha no devido apreço aspectos particulares dos crimes contra os costumes, nos quais se manifesta, de forma mais nítida, a inferioridade econômica e intelectual das vítimas, em face dos agentes, seus agressores, o que ensejaria a impunidade, decorrência da vulnerabilidade da forma processual prevista para a consecução da punibilidade dos infratores.

Os crimes violentos (213, 214 e 219, Código Penal), pela gravidade objetiva e subjetiva que encerram, devem inserir-se no rol dos crimes de ação penal pública incondicionada. Mesmo sujeita à representação, condição de procedibilidade, já atenuaria a eficácia do comando emergente da norma, conteúdo dos arts. 213, 214 e 219, Código Penal, dada a possibilidade da retratação (arts. 104 e 225, Código Penal) acarretando a ilegitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal.

3.1 Representação.

O monopólio da ação penal, conferido ao Ministério Público, nos crimes de Estupro, Atentado Violento ao Pudor e Rapto, pondo de lado qualquer requisito para o juízo da prelibação impõe-se, ante os percalços, vicissitudes várias, que a ofendida pobre terá à sua frente, desde que se disponha a deduzir, *in judicio*, sua pretensão acusatória, como titular do bem jurídico violado.

Ora é a pressão, forçando a renúncia à instauração do processo, levando a vítima à retratação da *notitia criminis*, dada com a representação à autoridade policial; outra vez, surge o problema da caracterização de quem seja o representante legal da vítima (legitimação *ad processum*) para o exercício dos atos destinados a veicular a pretensão acusatória (art. 225, § 1º, I e II, Código Penal).

Impugna-se, freqüentemente, com algum êxito, registre-se, a aplicação analógica da mencionada norma, debaixo do argumento de violação ao princípio da legalidade que, por sua natureza, excluiria semelhante elástico, desde que resultasse em irrogação de sanção penal. O art. 225, Código Penal, em qualquer dos incisos enunciados, estabelece condições pessoais para a titularidade da representação no primeiro caso e para sujeito ativo do crime na segunda hipótese. Ultrapassando tais limites estar-se-ia em infringência ao princípio da legalidade.

Verdade é que a inteligência da lei não se contém em seu literalismo, estendendo-se no inciso I a titularidade da representação a qualquer pessoa que tenha a vítima em sua companhia, mesmo sem vínculo de parentesco ou em virtude de determinação legal. No último inciso, equiparando-se o concubino da representante da vítima ao padrasto, assim como ao tutor e ao curador, o agente, que por outras razões, faça as vezes de padrasto, tutor e curador.

A aplicação analógica, vedada no âmbito do Direito Penal, restringe-se, entretanto, dentro desse sistema legal, às normas materiais incriminadoras, coexistentes com as normas processuais. O art. 225, Código Penal, embora inserto no Código Penal, na Parte Especial — contém um tipo de norma, de exclusivo conteúdo processual.

Aliás, majoritária é a corrente doutrinária que vê nítida impropriedade nessa duplicidade de posicionamento da ação penal. Vicissitudes históricas o teriam aconselhado. A filosofia positivista, influenciando o legislador constituinte de 1891, exacerbava o federalismo aos extremos do pluralismo processual, com cada Estado-membro legislando sobre matéria processual.

O momento histórico, a partir da Constituição Federal de 1937, com a retomada da unidade processual, retiraria, portanto, a justificativa para o ambivalente equacionamento da ação penal.

Bem a propósito, aliás, é o magistério de FRANCESCO ANTOLISEI, segundo o qual o traço distintivo entre a norma de direito substantivo e a de direito processual carece de valor para sua colocação no Código Penal ou no Código de Processo Penal, pois o primeiro pode conter disposições de Direito Formal e o segundo disposições de Direito Material. (29)

Todavia, conforme advertência anterior, registra-se discrepância jurisprudencial, acarretando o crescimento do volume de trabalho afeto ao Supremo Tribunal Federal. De São Paulo veio-nos, não faz muito, acórdão, acolhendo parecer do brilhante Procurador da Justiça, JOACHIM WOLFGANG STEIN, dando pela ilegitimidade do Ministério Público, por não aceitar a tese da assimilação do concubino, da mãe de pequena vítima, a padrasto, sob o fundamento, salvo engano, de violação ao princípio da reserva legal. A representante da vítima (sua mãe), optando pela permanência do concubinato, impediria a iniciativa estatal, para a punição do autor de tão odioso crime.

Nem mesmo a sugestão do Ministério Público paulista, por meio do anteprojeto de Código Penal, elaborado por solicitação do então Ministro da Justiça, Prof. GAMA E SILVA, lograva acolhida, o que atenuaria o rigor do privatismo da ação penal, em tão importante aspecto da penalística moderna.

O art. 249, § 1º, inc. II, do referido anteprojeto, talvez mirando em outros exemplos, avançara em relação ao Código Penal de 1969 e aos anteprojetos que o antecederam, acrescentando ao que está nos incisos I e II, respectivamente, dos arts. 225 e 240, dos Códigos de 1940 e 1969: “ou de pessoas em situação análoga a estas”. (30). Finalizando, deixar-se a solução do problema à exigência de representação para a inauguração da *persecutio criminis* começa por esbarrar nos obstáculos policiais, opostos à concretização da mesma, acarretando, muitas vezes, a decadência do exercício da representação.

4. VIOLÊNCIA PRESUMIDA

É pacífica, na doutrina, a tese da ação penal privada nos crimes epigrafados, considerados complexos, circunstância típica responsável pela natureza da ação penal que essa doutrina atribui.

JORGE A. ROMEIRO, conforme já transcrevemos, entende os crimes mencionados, complexos, por isso de ação penal pública, quando a violência for presumida por lei (art. 224, Código Penal). Deixando de serem complexos, a ação penal passa a iniciativa particular, através de queixa. (31) É também a posição de HELENO FRAGOSO, citando exemplo do Supremo Tribunal Federal, no RHC. 48.667. (32)

A violência presumida, que caracterizaria diversas figuras penais contra os costumes, numa construção jurídica destinada a proteger os fracos, tem produzido resultados opostos. Qualquer dos crimes, em que se presume a violência, a ação penal é privada, e a conversão desta em pública — ação pública secundária — depende de representação, afastável facilmente (retratação) através de expediente variado, conhecido de todos do Ministério Público. Quantas vezes, inadvertidamente, o Promotor de Justiça, narra, na peça vestibular, a violência real, inerente a um dos crimes, imputado ao acusado e no momento nor-

29 — Francisco Antolisei — ob. cit., p. 14, n. 5.

30 — Anteprojeto de Código Penal: *Justitia*, v. 67, p. 363.

31 — Jorge Alberto Romeiro — *Comentários ao Código Penal*, 5ª ed., v. 4, p. 541.

32 — Heleno C. Fragoso — *Jurisprudência Criminal*, 3ª ed., p. 233.

mativo da denúncia relaciona o art. 224 do Código Penal por uma de suas letras. Que importância tem a referência legal se o fato, sob o aspecto da violência ou grave ameaça fora descrito? Adota-se o princípio, enunciado na fórmula *narra mihi factum dabo tibi jus*.

Ocorre que muitos magistrados, não importando a instância, entendem que, ocorrendo alguma das hipóteses do art. 224, do Código Penal, se a vítima não é menor de 14 anos por exemplo, pouco importa a realização do delito, através de violência ou grave ameaça, efetivamente ocorrida, a violência é presumida e a ação penal, para ser pública, requer a representação, que é retratável, antes do início do processo.

A menor e a alienada ou débil mental podem, e, comumente se verifica, ser vítimas de violência ou grave ameaça, hipóteses estranhas à previsão do art. 224, do Código Penal, mas tratadas no art. 213, etc.

O acusado que arrasta uma menor de nove anos a um matagal, longe da estrada, ameaçando-a com um punhal, pratica o crime de Estupro Real (213, caput). Não há falar em presunção de violência, mas de ameaça irresistível para qualquer mulher. Nesse caso houve, por parte do pai da vítima, retratação da representação, alguns minutos antes do recebimento da denúncia. O réu impetrou ordem de habeas-corpus contra o recebimento da peça vestibular e trançou a ação, em face da ilegitimidade do Ministério Público, que passava a ter lugar, em face da retratação.

Assim, para evitar tamanho gravame à pretensão punitiva estatal e à vítima e à sua família, convém que a denúncia harmonize os dois momentos da acusação, que são as bases empírica e normativa. Descrevendo-se o fato típico, realizado através de violência ou grave ameaça, dispensa-se a norma explicativa do art. 224, do Código Penal. Se há prova de violência ou grave ameaça, ainda que menor ou débil a vítima ou ofendido, o ato processual acusatório não pode traduzir uma pretensão punitiva, segundo a previsão do art. 224, do Código Penal.

5. CONCLUSÃO

O Código Penal de 1940 sanciona o Estupro, o Atentado Violento ao Pudor e o Rapto, via de ação penal privada. Não se firma esta, entretanto, na aplicação da regra da especialidade, que dirime o aparente conflito entre as normas dos arts. 103 e 225. Reza este último: nos crimes definidos nos capítulos anteriores (I, II e III, tit. VI) somente se procede mediante queixa. Estão os delitos nos capítulos I e III.

São, portanto, crimes de ação penal privada. De ação penal pública aparecem as modalidades delitivas, previstas no capítulo IV.

Assim, por não serem as figuras penais exemplos de crimes complexos, uma vez que não resultam da fusão de dois ou mais tipos, mas da associação entre um tipo e uma circunstância que, isoladamente, não constituiria crime, a ação penal conseqüente só pode ser da iniciativa privada, a despeito da valiosa opinião de TOURINHO FILHO, refutando nossa tese de que o Estupro não é crime complexo. (33)

Mas, como o legislador deve acertar o passo com a realidade social, notadamente quando se enfocam aspectos da criminalidade violenta, nossa legislação deve incorporar a experiência jurisprudencial para o que propomos, como sugestão para uma próxima reforma penal, que o art. 225, do Código Penal, passe a ter a seguinte redação: “Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa, salvo quando praticados mediante violência ou grave ameaça”.

Pretende-se para os crimes de Estupro, a mais rica variedade de aspectos subjetivos, concernentes à ação penal. Incluem a hipótese da ação penal pública condicionada, nos

casos em que o *constrangimento ilegal*, meio consecutivo da conjunção carnal provenha de *grave ameaça*, conduta em si abrangente de elementos aptos a erigir-se no tipo penal previsto no art. 147, do Código Penal, mas a demandar condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

Improcede o raciocínio. A ameaça, que é uma das formas executivas desses crimes, dá conteúdo típico ao crime de constrangimento ilegal (art. 146, Código Penal) que é de ação penal pública incondicionada.