

CAIU NO VAZIO A SÚMULA 608 DO STF EM FACE DO ART. 88 DA LEI N. 9.099/95?

FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO

Professor de Direito Processual Penal na
Faculdade de Direito de Araraquara e Bauru
Professor de Justiça Aposentado
Advogado Criminalista

Nos crimes contra os costumes a ação penal, de regra, é privada, conforme dispõe o art. 225 “caput” do CP. O legislador, entretanto, admitiu três exceções: a) se cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; b) se da violência empregada resultar lesão corporal grave ou morte; c) se a vítima e seus pais não puderam prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.

Nessas três exceções, a ação penal será pública ou semipública. Nas duas primeiras, por razões óbvias, será pública incondicionada. O órgão do Ministério Público promovê-la-á, sem depender da manifestação de vontade de quem quer que seja e, se for caso, até mesmo contra o desejo da ofendida e de seus familiares. Da primeira exceção cuida o art. 255, § 1º, II, do CP; da segunda, o art. 223 do CP e, finalmente, da terceira, o art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º desse mesmo artigo do mesmo diploma repressivo.

Note-se que o art. 225 está situado no Capítulo IV do Título VI da Parte Especial do Código Penal. Dispondo esse artigo serem de ação privada os crimes definidos nos capítulos anteriores, obviamente não se referiu às hipóteses previstas no art. 223, pois tal dispositivo não se encontra “nos capítulos anteriores”, mas, sim, naquele em que está o art. 225. De consequência, os casos previstos no art. 223 e respectivo Parágrafo único,

são de ação pública incondicionada. Esses casos são dois: se da violência empregada (estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento) resultar lesão corporal grave; se da violência empregada resultar a morte. Resultando apenas lesão corporal leve, segundo a doutrina, e por ser ela elementar da violência, inteira aplicação terá o disposto no art. 225.

Atente-se para a redação desse artigo: “Nos crimes definidos nos *capítulos anteriores*, somente se procede mediante queixa”. Ora, os arts. 223 e 225 do CP estão no Capítulo IV, e o estupro, atentado violento ao pudor e rapto violento, nos *capítulos anteriores*. Logo, esses crimes, por expressa determinação legal, são de ação privada. Deixarão de sê-lo: a) se ocorrer uma das hipóteses previstas no art. 223 e respectivo parágrafo, porque a matéria está contida no Capítulo IV e não nos anteriores; b) se cometidos com abuso do pátrio poder, etc., e, finalmente, c) nos casos de miserabilidade (art. 225 § 1º I c/c o § 2º) todos do CP.

Se o crime de estupro, na sua forma singela, fosse de ação pública incondicionada, como o é, quando qualificado, o legislador, no art. 223 do CP, teria dito: “Se da violência resulta lesão corporal...”. No entanto, outra é a redação: “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave...”. Assim, em face do art. 225 “caput”, parece claro que no crime de estupro, se da violência empregada resulta lesão corporal leve, o crime será de ação privada, se a ofendida tiver posses, ou de ação pública subordinada à representação, se pobre for.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal de há muito vinha entendendo que se da violência empregada no “estupro” resulta lesão corporal leve, o crime é, também de ação penal pública. E as decisões foram tantas que se solidificaram na Súmula 608: *No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*. Praticado com violência real, diz o preceito sumular, pouco importa se da *vis compulsiva* resulte lesão grave, leve ou morte.

Se resultar lesão grave ou morte, sim, porquanto já existe a previsão no corpo do art. 223 c/c o art. 225 ambos do CP. E se resultar lesão leve? Segundo a Súmula, a ação penal será pública incondicionada. Qual a razão desse entendimento? Seria complexo o crime de estupro e, por esse motivo, estaria sendo invocada a regra do art. 101 do CP? Assim dispõe esse artigo:

“Quando a lei considera como elemento ou circunstância do tipo legal

fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público”.

Seria o crime de estupro um crime simples ou complexo? A nós nos parece tratar-se de crime complexo. Não um crime complexo em sentido estrito, que se verifica com a fusão de duas figuras delituais, como no latrocínio (furto mais homicídio), mas um crime complexo no sentido amplo. Tal ocorre, como diz Frederico Marques, quando a uma figura típica se acrescentam outros elementos “para que se verifique um tipo delituoso novo” (*Curso de direito penal*, São Paulo, Saraiva, 1956, v. 2, p. 360). Sob essa ótica, pode-se dizer que o estupro é crime complexo, pois, ao crime de constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, de que trata o art. 146 do CP, acrescentaram-se outros elementos: “mulher” e “conjunção carnal”. Mas, ainda que fosse complexo no sentido estrito, não se aplicaria a regra do art. 101 do CP, em face do que se contém no art. 225 desse mesmo diploma, que é norma especial. E, como cediço, norma especial derroga a geral. Desse modo, para o legislador, “constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça” será crime de ação privada se a ofendida tiver posses; de ação pública condicionada, se for pobre; e, finalmente, de ação pública incondicionada, se da violência resultar lesão grave, ou morte, ou então se praticado com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. Apesar disso, a Súmula 608 do STF permanece incólume às críticas doutrinárias: no estupro cometido com violência, pouco importa se da *vis compulsiva* resulta lesão grave, leve ou morte, a ação penal será pública incondicionada.

Estranho que o art. 214, praticamente irmão siamês do estupro, não tenha sido abrangido pela Súmula. Assim, temos: se alguém constrange uma mulher à conjunção carnal e da violência empregada resulta lesão leve, aplica-se o preceito sumular. Mas, se alguém constranger uma mulher à *felatio* ou coito anal, mediante violência, e desta resulta lesão leve, não se aplica a Súmula... Nesse caso, se a ofendida tiver posses, a ação será privada; se pobre, subordinada à representação... Estranho que o preceito sumular não tenha feito alusão, também, à *grave ameaça*. Nesse caso, também, se a ofendida tiver posses a ação penal será privada, e, se pobre subordinada à representação. A Súmula 608, à semelhança de todas as outras, representa

a condensação de inúmeros julgados uniformes do STF sobre a mesma matéria. Tantos foram os recursos extraordinários e *habeas corpus* versando sobre o tipo da ação penal no estupro de cuja violência empregada resultava lesão leve, e tantas foram as decisões da Excelsa Corte, nesses casos, no sentido de ser pública incondicionada a ação penal, que se cristalizaram na Súmula 608. O Supremo não legislou. Se amanhã for levada à Suprema Corte o mesmo tema, já agora versando sobre um atentado violento ao pudor, a solução será a mesma da Súmula 608. A nosso juízo, o que o Excelso Pretório não podia era estender, sem provocação, o conteúdo da Súmula ao atentado ao pudor. Aí, sim, estaria ele legislando.

E renovamos a indagação: será o crime de estupro um crime complexo?

A melhor doutrina distingue as duas modalidades de crime complexo: em sentido estrito e em sentido amplo. Haverá crime complexo no primeiro caso, “quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato”. Praticamente, é a redação do art. 101 do nosso diploma repressivo. No crime de estupro, os elementos “mulher” e “conjunção carnal”, seus elementos constitutivos, por si mesmos, não constituem crimes, logo, não pode ser considerado crime complexo em sentido estrito. Sustenta-se tratar-se de crime complexo em sentido amplo. Sob esse aspecto, observa-se que ao crime definido no art. 146 do CP acrescentaram-se os elementos “mulher” e “conjunção carnal”, dando nascimento a uma figura delitual diversa, que é o estupro, ou, como diz Antolisei, *para la existencia de esta figura jurídica (delito complejo en sentido lato) no se requiere la reunión de dos o más delitos, siendo suficiente uno solo al que se añada un elemento ulterior. Proporciona un ejemplo de ello la violencia carnal (artículo 519 del Código Penal), comprensiva de la violencia privada (artículo 610) y del ulterior elemento del ayuntamiento carnal, elemento que en sí mismo n constituye delito* (Francesco Antolisei, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, UTEHA, 1960, p. 385). Sob esse ângulo, ele é complexo. Todavia esse conceito alargado de crime complexo não foi adotado entre nós. O art. 101 do CP cuida do crime complexo em sentido estrito e, no estupro, a toda evidência, não se vislumbra o crime complexo tal como definido nesse dispositivo. Quais seriam as figuras delituais que estariam entrelaçadas para a configuração do estupro? Aí existe, apenas e tão-somente o crime de

“constranger alguém mediante violência ou grave ameaça...” definido no art. 146 do CP. A essa figura delitual agregaram-se as expressões “mulher” e “conjunção carnal” e dessa mescla surgiu o tipo definido no art. 213 do CP. Desse modo, às escâncaras, o estupro não é, na dicção do art. 101 do CP, um crime complexo. Não o sendo, é indiferente que o crime de lesão corporal leve, hoje, tenha se deslocado, por força do art. 88 da Lei n. 9.099/95, da sua feição de crime de ação penal pública incondicionada, para a categoria de crime de ação pública subordinada ou condicionada. O crime de lesão corporal leve não é um componente do crime de estupro. A violência a que se refere o art. 213 já está ínsita no tipo descrito no art. 146. Por isso mesmo é indiferente, em face do preceito sumular, tenha o crime de lesão corporal leve se despegado da sua tradicional categoria de crime de ação penal pública incondicionada. A figura delitiva que entra na composição do crime de estupro é a tipificada no art. 146 do CP, de ação penal pública incondicionada. Por isso mesmo, apesar das críticas feitas à Súmula 608, após o advento da Lei n. 9.099/95, a Excelsa Corte manteve o preceito sumular em decisão proferida em junho de 1996 (HC n. 73.994-6, Rei. Min. Francisco Rezek, DJU, 25-4-1997, p. 15200).

Não se pode olvidar, é bom repetir, que o nosso CP, no art. 101, limitou-se a definir o crime complexo no sentido estrito. Não o considerou sob o aspecto amplo. E, como não o fez, não se pode dizer que o estupro seja crime complexo. *De jure constituto*, o crime complexo resulta da fusão de duas figuras delituais penais, o que não se dá no crime de estupro. O preceito sumular, pois, tendo em vista o disposto no art. 225 do CP, foi elaborado *contra legem*. Mas, ainda que o art. 101 do CP houvesse cuidado, também, do crime complexo em sentido amplo, a Súmula 608 estaria afrontando a lei, porquanto a norma do art. 225 do CP, por ser especial, teria prevalência em relação àquela do art. 101 do mesmo diploma.

Alguém ousará duvidar que os responsáveis pela elaboração daquele preceito sumular não sabiam que o crime de estupro não se ajusta ao modelo definido no art. 101 do CP? Se eles entenderam que era complexo, desprezando o conceito legal para congraçar-se com a melhor doutrina, que razões os levaram a excluir da Súmula o crime do art. 214? Que motivos os conduziram a excluir, também, a *grave ameaça*? A nosso juízo, dois: a)

como a crônica judiciária não registra, com frequência, casos de estupro com *grave ameaça* e muito menos os atentados violentos ao pudor; como, de regra, os crimes de estupro, em quantidade extraordinária e alarmante, são cometidos mediante violência da qual resulta lesão leve, o STF, provocado por meio de recurso e *habeas corpus*, e procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, guindou-os à posição de crime de ação pública incondicionada; b) A Suprema Corte não foi provocada, seja pela via do recurso extraordinário, seja por *habeas corpus*, sobre o estupro mediante grave ameaça ou atentado violento ao pudor, de cuja violência tenha resultado lesão leve. Se houvesse sido, a solução seria idêntica; o mesmo propósito inspirou a Excelsa Corte a conceder certa elasticidade ao conceito de legitimidade para fazer a representação nos crimes contra os costumes, conferindo poderes não só aos verdadeiros representantes legais, como também ao irmão, tio, avós, amásio da mãe da ofendida, pessoa ligada por relação de parentesco, e até mesmo à pessoa que tenha a menor sob sua guarda a qualquer título (RTJ, 61/343, 36/82, 85/482, 98/670, 126/143; RT, 397/59, 709/391, 716/533, 396/366, 582/315). Criação pretoriana *contra legem*, mas, sob esse aspecto, incensurável, porquanto objetiva resguardar interesses da ofendida pobre. Note-se que nos crimes contra os costumes, quando pobre a ofendida, a denúncia era instruída com a prova da miserabilidade, precisamente para conferir legitimidade ao Ministério Público. Pois bem: a Excelsa Corte de há muito vem entendendo, pacificamente, que essa prova poderá ser feita por qualquer meio (RTJ, 81/629). A pobreza poderá até ser presumida. O fato de a ofendida constituir um advogado para atuar na assistência (art. 268 do CPP) não desnatura seu estado de pobreza. Alie-se a tudo isso a Súmula 594 do STF que, não obstante não se restrinja aos crimes contra os costumes, é neles que se registra sua maior aplicação. Por todas essas razões, justifica-se essa política criminal pretoriana, visando a acautelar e resguardar os interesses das vítimas de estupro cometido com violência, sejam elas pobres, “remediadas” ou ricas. É um pouco que se faz para deter a escalada da criminalidade violenta. Trata-se, a nosso juízo, de excelente medida de política criminal, pois não fosse assim, a punibilidade seria angustiada na mesa dos conchavos...

Poder-se-á dizer que se o estupro for praticado mediante grave

ameaça, ou mesmo se se tratar de atentado violento ao pudor, de cuja *vis compulsiva* resulte lesão leve, o Ministério Público não terá o respaldo sumular para defender as ofendidas. Certo. Observe-se, contudo, que a Súmula 608 não representa um dispositivo legal. Ela é fruto, conforme observamos, de reiteradas decisões sobre o estupro de cuja violência resultou lesão leve. Mas, nada impede seja ela aplicada por analogia.