

Do atentado violento ao pudor, nos crimes contra os costumes

Maria de Fátima de Carvalho Falcão*

Resumo

No trabalho do atentado violento ao pudor, nos crimes contra os costumes, objetivou-se fazer uma breve análise histórica sobre esse tipo de criminalidade, foi elaborada uma conceituação e estabelecida uma distinção entre esse tipo penal e os demais delitos de natureza sexual. Foi definido quais são os atos de libidinagem diferentes da conjunção carnal, questionou-se acerca do fato de a prostituta bem como a mulher casada poderem ser ou não sujeitos passivos do crime de atentado violento ao pudor.

Um assunto polêmico e, também, discutido nesta monografia foi sobre a possibilidade de haver ou não tentativa nesse ato criminoso e sobre a consumação do mesmo. Discorreu-se acerca dos elementos do crime, sobre o dolo específico e os sujeitos desse tipo de delito e concluiu-se abordando o fato de a mídia contribuir, de uma forma indireta, para a fomentação desse tipo de ato delinqüente.

Palavras-chave: pudor, libidinagem, violência.

I Histórico

Determinar a origem e a evolução do pudor, até nossos dias, é uma tarefa que, com segurança, não pode ser realizada.

Seu desenvolvimento é lento, com avanços e recuos.

Normalmente ele se desenvolve conforme a civilização, mas não há um isocronismo perfeito: enquanto esta se adianta, ele percorre fases repressivas, crises intensas, que é superada no final.

* Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora Titular de Direito Processual Penal e Sociologia Geral das Faculdades de Direito e de Administração da Associação de Ensino Superior de Olinda - AESO. Professora Assistente de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco Professora Assistente de Sociologia Geral e Sociologia da Educação e Cultura Brasileira da Faculdade de Ciências Humanas de Olinda - FACHO. Professora de Sociologia Geral e Cultura Brasileira da Escola Teológica do Mosteiro de São Bento.

Spencer já dizia que um povo pode cair em degradações, progredindo, no entanto, na civilização.

Isso pode ser visto na história da Grécia ou de Roma. Na primeira, se existiram leis como as de Sólon, autorizando ao marido matar o homem que fosse encontrado em adultério com a esposa; se castigavam o rapto da mulher solteira; se punia a sedução etc..., não há de se negar que fases de desregramento existiram em que um indivíduo não feria a reputação ao entrar em pleno sol a pique, em um bordel, ou freqüentar banhos públicos que se tornaram famosos por práticas homossexualistas. Bailes havia em que a sensualidade e a luxúria imperavam; a cerimônia das prostitutas de Corinto em homenagem a Afrodite; as festas falofórias, em que, em cortejo, as moças levavam o falo em triunfo; outras existindo em que se uniam os órgãos masculinos e femininos, e, ainda, outras mais.

Em Roma, adorava-se Vênus, que outra pessoa não era senão Afrodite. Também lá, os banhos públicos de homem e mulher com promiscuidade, tornaram-se em antros de devassidão. Cada vitória romana, trazia ao mercado centenas de escravas que se prostituíam depois. Favorecia-se a prostituição desenfreada que, quase sempre, instalava-se nas imediações dos templos. As meretrizes romanas eram, geralmente, escravas libertas ou filhas de escravas. E, ainda, como se não chegasse, havia os beluari, os caprari e os anzerarii, que forneciam cães, cabras, macacos e patos aos apaixonados das bestialidades.

Bossuet e Montesquieu vêem na luxúria e no desregramento uma das causas do Império decaído.

Mas é bom lembrar que, mesmo nos períodos mais agudos de devassidão, houve, sempre, resistência. Na Grécia, pessoas clamavam, combatendo a devassidão. Templos se erguiam em honra da moral, da pureza e de outras virtudes: o de Artemísia, o de Palas, o Ateneu etc. Em Roma, havia o de Pudítia, apesar dessa deusa ocupar um plano bastante inferior ao de Vênus. Os imperadores Tácito, Teodósio, o Grande, Valentiniano I e Justiniano – casado, inclusive, com Teodora, que fora meretriz e atriz – lutaram pela extinção do meretrício.

Esse desregramento, apesar de haver atingido a culminância, não impediu que essas cidades atingissem o grau de civilização por todos

conhecida e se perpetuassem na ciência, nas artes e no direito.

O fato é que, com as regressões que sofre, a evolução do pudor é lenta, como a natureza; ele não dá saltos. E mesmo seus recuos não são súbitos.

Atravessando crises intensas, ele, entretanto, foi evoluindo, gradativamente, até nossos dias e, atualmente, ainda que com variações, no espaço, funda-se numa ética sã e elevada.

Notória e indiscutível foi a influência do cristianismo, nesse sentido. É ele, o inspirador dos bons costumes, das normas de conduta, de respeito ao próximo e harmonia social. Evoluído e aprimorado, não perdeu o fundamento original de sentimento de ofensa. A ele, no dizer de Pessina, está confiada a guarda da moralidade.

Mafredini define-o, como o atributo específico nas relações sexuais do homem normal, levando a fazer observar a exigência de amadurecimento na função e da idoneidade no exercício, com proteção da exclusividade monogâmica do amor.

É este um tema áspero, escabroso, desprovido de eufemismo, o de **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR**, segundo o qual a realidade cruel dos atos humanos se entremostra desmascarada, sem indumento ético, com expressão vernacular desnuda.

Nas antigas legislações penais, o atentado violento ao pudor não era visto, nem estudado como um crime autônomo.

No Direito Romano, ele era incluído no conceito do “**strupum per vim**”, que, por sua vez, era punido no quadro do crime vis ou no “**extenso genus**” da injúria. O estupro compreendia a violência não só na mulher, como também, no homem. O Direito alemão é que limitou o conceito à violência carnal só para a mulher, exigindo-se, muitas vezes, a honestidade destas, porque as “**mulheres viajantes**”, deveriam tolerar as carícias masculinas ainda quando estas fossem violentas.

Na Idade Média, os práticos consideravam-no, de regra, tentativa de “**struprum violentum**”.

O Código Francês de 1810, no Art. 331, que foi, posteriormente, substituído pelo de 1832, submetia a idêntico tratamento penal o estupro e o atentado violento ao pudor.

O Código Penal toscano já distinguia o estupro (violência carnal), consumado ou tentado, e o atentado violento ao pudor, que assim definia: **“qualquer outro ato de libidinagem, isto é, diferente da conjunção carnal, cometido mediante violência na pessoa de um ou de outro sexo, não será encarada como tentativa de violência carnal”**.

No Brasil, as Ordenações Filipinas puniam, automaticamente, fosse qual fosse o modo de execução, as práticas sodomíticas e os tocamentos desonestos e torpes. Tinha-os em conta de pecado, consequência fatal da confusão por elas estabelecidas entre a moral, a religião e o direito, assim elevado à categoria de crimes, falhas contra a moral e a religião.

O Código de 1890, distinguia, igualmente, a conjunção carnal violenta (estupro) e o atentado violento ao pudor.

O Projeto Sá Pereira cogitava dos atos contrários ao pudor mediante violência ou grave ameaça, diferente da conjunção carnal, pelos mesmos meios.

O Código da República capitulou o crime no Art. 266. Vítima é a pessoa de qualquer sexo e a pena é bem mais elevada: de um a seis anos, diminuída depois pela Lei nº 2992 de 25 de setembro de 1915. Acrescentava como condição do crime, que o ato fosse praticado com o fim de saciar paixão lasciva ou por depravação moral.

O Código prussiano (Art. 176,I), punia “o fato de constranger por violência ou ameaça de um perigo atual para o corpo ou para a vida, uma pessoa de sexo feminino a sofrer atos impudicos”. (Citação feita por Darcy Miranda, no artigo “Do Atentado Violento ao Pudor”, in Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos-Econômicos-Sociais, pág. 11).

O constrangimento de pessoa do sexo masculino a atos como de masturbação por violência ou à prática de atos de libidinagem contra à natureza constituía outro delito.

A própria esposa não estava obrigada a se sujeitar à brutalidade do marido que a quisesse submeter, por meio de violência, a atos de libidinagem contra à natureza. A violência consistia em vencer a resistência da ofendida.

O antigo Código Penal da Itália, em seu artigo 333, de 1889, punia aquele que praticasse, através de violência ou grave ameaça em pessoa de um ou de outro sexo, ato de libidinagem, agravando a pena se o fato fosse

cometido com abuso de autoridade, de confiança ou de relações domésticas.

O Código Penal português antigo, determinava em seu Art. 391

“Todo o atentado contra o pudor de alguma pessoa, de um ou outro sexo, que for cometido com violência, quer seja para satisfazer paixões lascivas quer seja por outro qualquer motivo, será punido com o degredo temporário. Parágrafo único - Se a pessoa ofendida for menor de 12 anos, a pena será em todo caso a mesma, posto que não se prove a violência”. (Citação feita por Darcy Miranda, Ob.Cit., p.12).

Essa pena de degredo tinha por objetivo afastar o autor do crime do meio social que intranquilizara com seu ato. Em se tratando de menor de doze anos, a violência era ficta.

Vez que toda violência é contra o direito, cabe à sociedade, assegurar a sua própria conservação, tutelar a honra e a honestidade dos indivíduos e a punição desses infratores tornou-se um imperativo de proteção social.

Nosso Código Penal de 1930, em seu artigo 223, incriminava a “simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo, sem que se verifique a cópula carnal” (Citação feita por Darcy Miranda, Ob. Cit., p.12).

O Código Penal de 1890 determinava, em seu Art. 266, com a redação dada pela Lei nº 2992, de 25 de novembro de 1915, que: “Atentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violência ou ameaça, com fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral. Prisão celular de um a três anos”. (Citação feita por Darcy Miranda, Ob. Cit. p. 12). Situava-se o delito no capítulo de atentado contra o pudor.

O Projeto Alcântara Machado consignava no Art. 269: “Atentar, mediante violência ou ameaça, contra o pudor de alguém, praticando na vítima ou fazendo-a praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. (Citação feita por Darcy Miranda, Ob. Cit. p. 12).

O Código atual, mantendo o “nomen juris”, exclui, no entanto, a palavra pudor, existente na legislação anterior, do artigo 214 que, assim, determina: **“Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a**

praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal". A pena é de reclusão de 2 a 7 anos.

Restringiu, dessa forma, o legislador de 1940, o "atentado", ao propósito libidinoso do agente. O bem jurídico atingido é a liberdade sexual da vítima.

O dispositivo encontrou acolhida, em parte, no Código Penal italiano de 1930, cujo artigo 521 pune aquele que, utilizando-se de violência ou grave ameaça, pratica ato de libidinagem diferente da conjunção carnal com pessoa de um ou outro sexo. Da mesma forma, pune o que, utilizando-se dos mesmos recursos, constrange ou induz alguém a praticar em si atos de libidinagem, sobre a própria pessoa do agente ou sobre outra.

Pune, ainda, o direito italiano, o agente que induz um menor de 16 anos a praticar ato libidinoso, sem violência ou ameaça, com a pena do crime de corrupção de menores.

Poucas diferenças são notadas nessas leis, observando, de modo particular, apenas, que os estatutos do Uruguai, Itália e Polônia, ao lado da violência, aludem à fraude. O do Peru pune, apenas, o atentado ao pudor contra menor de dezesseis anos.

II Conceito e distinção entre o atentado violento ao pudor e os demais crimes sexuais violentos

O atentado ao pudor é tido como um aspecto de menor gravidade dentro da criminalidade sexual violenta, sendo, em certos aspectos, semelhantes ao estupro, do qual se distingue, entretanto, porque, no estupro, o agente objetiva o coito, a cópula, enquanto, no atentado ao pudor, o fim do agente é, simplesmente, praticar atos de libidinagem, a satisfação independe da cópula, de suas paixões lascivas ou mesmo de sua depravação moral. No estupro, o crime se integraliza desde que o agente, tendo por objetivo a cópula, a conjunção carnal, a pratica e o delito, torna-se perfeito, consuma-se, ou, por motivos independentes, não a pratica, ainda que idôneos fossem os meios usados, e surge, então, a figura da tentativa de estupro, enquanto no atentado ao pudor, trata-se

de uma diversidade de atos de libidinagem, aos quais, seja pela intenção do agente, seja pelo efeito produzido, diferem do estupro e integralizam o atentado ao pudor, desde que sejam os atos praticados sem o consentimento da vítima, vez que, com tais atos, se lhe ofende o pudor.

Distingue-se, ainda, o atentado ao pudor do ultraje público ao pudor, porque, neste último delito, não só não há, geralmente, ofensa à liberdade sexual, como não se faz necessário que os atos sejam, verdadeiramente, de libidinagem, bastando qualquer gesto, qualquer ato, ainda que lícito, mas que comprove o desprezo do agente pelo sentimento de moral pública, de decência social, seja ou não praticado, diretamente, sobre outra pessoa, enquanto, no atentado violento ao pudor, é necessário que os atos se constituam atos de libidinagem, que tenham fins lúbricos, e, devendo ser praticados na pessoa da vítima diretamente; além disso, condição primordial ao ultraje ao pudor é que haja, efetivamente, publicidade, que sejam atos ofensivos à moral, praticados em lugar público, o que não se torna necessário no atentado ao pudor.

Os dois delitos, podem, entretanto, ser confundidos e coexistirem, como é o caso de quem, publicamente, pratica um atentado ao pudor contra pessoa determinada e visada para esse fim.

A distinção feita entre o estupro consumado, a tentativa de estupro e o atentado violento ao pudor tem-se constituído um dos pontos delicados da criminalidade sexual e que tem causado confusão deplorável, o que só se justifica, devido a pontos de contato e aproximação dos contornos de uma ou outra figura penológica.

O mestre Carrara já sentira a dificuldade que, desde logo, apresentasse ao cientista como ao intérprete para a definição do delito, fazendo sentir que essa conceituação só seria possível mediante exclusão, porque, por outra via, seria difícil definir, critério esse que foi, posteriormente, adotado pelo legislador italiano no Código Penal italiano. Carrara, sob esse fundamento, definia como constituindo-se atentado ao pudor todos os atos impudicos praticados sobre outra pessoa contra a sua vontade e os quais não se constituíam tentativa de violência carnal.

Essas distinções não foram feitas sempre. As legislações antigas, ora confundiam o atentado violento ao pudor com o estupro, como ocorreu

ao Código Penal francês de 1810, ora o confundiam com o ultraje ao pudor que distinguiam em público e privado, desse último grupamento constando os atos de violenta libertinagem, como ocorrera com o código sardo.

Modernamente, entretanto, essa distinção se faz claramente.

O Código Penal italiano, o belga, a lei francesa de 6 de abril de 1832, modificadora do Código Penal francês de 1810, o código espanhol, o português, o alemão e o austríaco, delinearam e figuraram à parte tal delito, fazendo dele uma figura jurídica especial.

No nosso código anterior ao de 1940, o legislador adotou o critério de não definir a materialidade do delito em seu aspecto principal, fazendo-o, no entanto, quanto ao uso dos meios empregados e tendo, todavia, delimitado, expressamente, os contornos do elemento subjetivo do delito, o seu elemento intencional.

Esse sistema de não definir o elemento principal do delito, ou seja, em que deve consistir a ação ofensiva ao pudor, foi adotado, entre outros, pelas legislações francesa e portuguesa, das quais se aproxima o código espanhol, quando fala em “abusos desonestos”; enquanto que o código italiano, fugindo à definição, apenas a facilitou, afastando os delitos afins, adotando, como já foi visto, o método da exclusão.

No código anterior ao atual, o artigo 266 previa, assim, o delito em estudo: **“Atentar contra o pudor de pessoa de um ou outro sexo, por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral”**.

Eram elementos constitutivos do delito: atos que atentam apenas contra o pudor; constrangimento afetivo ou presumido da vítima, isto é, o uso da violência real (física ou moral) ou ficta; que o ato venha com finalidade motivadora, como escopo ou fim de saciamento de paixões lascivas, isto é, praticado por simples depravação moral.

É bom lembrar que os processos por crime de atentado ao pudor têm por base, com certa frequência, uma falsa causa, como seja uma vulvite, cuja constatação serve, geralmente, de ponto de partida para uma acusação, que tem provocado muitos erros judiciais. É importante assinalar que a existência material do fato é, um dos mais difíceis de ser provados, tornando-se mesmo, não raras vezes, impossível a prova, porque, em muitos casos,

quando não tiverem havido violência, não ficam vestígios possíveis de serem constatados por um exame pericial.

Sabe-se, na prática médico - legal, que os atentados ao pudor, consistem em meros toques exercidos com os dedos, com o membro viril, com a língua ou a boca sobre as partes genitais.

É óbvio que, semelhantes manobras, nem sempre deixam vestígios apreciáveis sobre as partes genitais, acontecendo que, mesmo em casos em que os atos discriminados têm sido, certamente, praticados, são, totalmente, negativas as constatações médicas. Se os toques têm sido repetidos com alguma frequência, sem, contudo, serem seguidos de violência, os órgãos genitais podem apresentar as mesmas mudanças que, ordinariamente, o onanismo ocasiona nas meninas: coloração escura das partes, índice da frequência das congestões; clitóris volumoso, vermelho e, facilmente, turgescente; sinais de puberdade precoce; ponto mamário doloroso etc.

Essas mudanças, entretanto, são raras e pouco probantes em geral. Quando, no entanto, os toques são praticados com certa violência, podem ocasionar tensões mais ou menos percebíveis, mais ou menos características nas partes genitais, como por exemplo, vermelhidão da mucosa, erosões, escoriações, esquimoses, feridas ou inflamação de ambos.

O preceito de nosso código, anterior ao de quarenta, e também, do nosso código atual, a exemplo do código italiano de 1930 classifica atos de libidinagem violentos. Nem nosso código anterior, nem o atual definem quais os atos que podem ser qualificados de atentado ao pudor.

Nosso diploma legal, como a lei italiana, pune, apenas, os atos de libidinagem diferentes da conjunção carnal. Portanto o crime consuma-se desde que o agente pratique atos de libidinagem, sem visar à cópula natural, coito vaginal. É essa, pois, a objetividade jurídica do delito. Se os atos são próprios à cópula carnal, lógico que o delito tem outro nome jurídico.

Visto isto, para haver atos libidinosos, ou atentado ao pudor, é preciso que haja a vontade de praticar o ato, que o escopo não seja a cópula, mas o dar desafogo à libidinagem em um modo diverso da conjunção carnal, que fira o pudor individual.

III Quais são os atos de libidinagem diferentes da conjunção carnal?

Necessário se faz, agora, dizer o que são atos de libidinagem, que se diferenciam da conjunção carnal.

Filipo Mancini dá a esses atos um caráter parassexual, podendo ter o seu ponto de referência na zona neuropsíquica da sexualidade, situando-se entre a zona de transição da normalidade funcional e da anormalidade psíquica.

Para Sunion, atos libidinosos são todos aqueles contatos e aquelas manobras que podem excitar os sentidos, mesmo que não atinjam o desafoço total da libido.

Crivelay, entende como tais, tanto o ato que alça, violentamente, as vestes da mulher, mantendo a nu, suas partes pudendas, como o de quem, simplesmente, contenta-se em olhá-la, desde que com o objetivo de desafoçar um lúbrico apetite.

Manzini, afirma que o ato de libidinagem é o ato direto com o fim de excitar a própria concupiscência para satisfação carnal, torpe por si mesma ou pela circunstância ou condição em que se procura provocá-la, ou, diretamente, para desafoçar concupiscência.

Da Relazione Ministeriale, referente ao Código Zanardelli, constava o seguinte texto:

“Os atos de libidinagem que nem pelos efeitos nem pela intenção do culpado corresponde ao estupro, ou seja, uma verdadeira e própria conjunção carnal ou, ao menos, uma tentativa dela, constitui um delito diverso para o qual, é óbvio, que a pena cominada seja muito menor, pois os atos previstos neste último, começando pelo defloramento que, aqui, é, também, compreendido, produzem consequências muito mais graves”. (Citação feita por Arruda Miranda, citando Mancini, no artigo “Do Atentado Violento ao Pudor”, in Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos Jurídicos - Econômico - Social, p. 14).

O conceito não é bem esse.

O ato libidinoso, sem violência, pode elevar à depravação moral por meio do viciamento, o que, dificilmente, acontece à conjunção carnal,

que é uma contingência essencial e normal da vida dos povos e necessário à propagação da espécie.

É verdade que a relação sexual carnal extra conjugal, pode levar, também, à corrupção, mas a intensidade é bem menor que a do ato de libidinagem.

Nenhum critério pode fixar, e perigoso seria enumerar ou conceituar esses atos. A lascívia, a sensualidade e, sobretudo, a depravação moral ao serviço da luxúria percorrem uma escala de processos, de atos, de práticas infinitas que, conforme o temperamento de cada um, excitam e aguçam o apetite sexual, saciam paixões, proporcionam gozos. Portanto todo ato que ofende o sentimento de decência ou de bons costumes que atentam contra o pudor e seja praticado sem o consentimento da vítima incide na sanção penal.

O ato visa a atentar sobre o pudor de alguém. O sentimento de pudor, é uma mescla de temores sutis e delicados, idéias – sentimento produto de uma evolução progressiva filogenética e ontogenética, que caracteriza mais, especialmente, o sexo feminino; e, como conceitua Duprat, é um produto complexo de estados afetivos ligados à cenestesia e de repulsões devidas à educação; ele determina um estado típico de inibição e a ele pode-se legar essa típica capacidade de repulsão, quase constante, para os atos imorais, vis, grosseiros, desonrantes ou delituosos, repulsão que existe, mesmo na ausência de uma educação esmerada.

Para que no conceito penal exista a figura do atentado ao pudor, é necessário que o ato ofensivo seja daqueles que constituem uma manifestação de atividade sexual, quer física, fisiológica como psicológica, ou, ainda, uma manifestação de depravação moral ou degeneração da moral sexual do agente, de maneira que ofenda, assim, esse produto complexo de estado afetivo, esse conjunto muito delicado de princípios de defesa da honra, dignidade e liberdade sexual, cuja trama forma, em sua energia mental, o que chamamos de pudor.

Não há dúvidas de que os atos impudicos que não visem à cópula, mas satisfaçam o instinto sexual e sejam equivalentes fisiológicos e psíquicos da conjunção carnal, incidem na figura jurídica e dão a materialidade do delito.

Toques, apalpadelas, onanismo, coito extra - vaginal e outros atos, se incluem nessa ampla categoria.

O atentado ao pudor exige a prática de atos que atentem contra o pudor e não a pronúnciação, apenas, de expressões, que ofendam o pudor. Não basta se haver, apenas, o ofendido os sentidos do ouvido ou da vista, dizia Carrara.

À primeira vista poderá parecer duvidoso esse princípio, porque é possível ofender ao pudor por meio de palavras ou gestos obscenos, mas toda dúvida desaparecerá, desde que se tenha em vista que a tradição jurídico - penal nos diz que tais fatos constituem a espécie, perfeitamente diferente, do chamado ato obsceno, ultraje privado ao pudor em contraposição ao ultraje ao pudor, sendo que o legislador do nosso código anterior, não o previa, como também o legislador italiano, contrariamente ao código toscano, onde esses delitos eram distinguidos e punidos.

Não é necessário que os atos atentatórios do pudor sejam praticados sobre a pessoa da vítima, indiferente, assim sendo, que o agente, transformando a vítima em instrumento, faça com que esta pratique tais atos em si mesma.

O código italiano e muitos autores não exigem que a prática do ato seja, necessariamente, sobre o corpo de outrem.

Manzini dá o exemplo que completado pode mostrar a – não necessidade do ato sobre o corpo da vítima. É o caso de um indivíduo que, por meio de violência ou ameaça, penetra no quarto de banho de uma senhora e, mantendo as ameaças, obriga, assim, a senhora a permanecer em plena nudez, com o que se compraz, luxuriosamente, entregando-se à manifestações lascivas.

Não há aí um atentado ao pudor? Não se produziu, por acaso, aí, a ofensa a esse produto complexo e delicado de idéias e sentimento que é o pudor? E essa ofensa a tal idéia – força, não foi violentamente levada a efeito, tendo por outro lado, fins lascivos, de maneira a se integrarem os elementos constitutivos do delito?

No nosso direito, esse fato seria crime de constrangimento ilegal e não de atentado violento ao pudor, apesar da violência sofrida pela vítima no seu pudor, porque, como dizia Hungria, sem que haja um contato físico

com a vítima, ou que, pelo menos, o seu corpo entre em jogo para fim de libidinagem, não se caracteriza o crime.

A lei usou o verbo praticar no crime de atentado violento ao pudor, que tem o significado de executar, exercer, realizar. Empregando-o, exige que o ofendido intervenha ativa ou passivamente no ato de libidinagem, impõe sua intervenção material e corporal, porque esse é o sentido que provém do verbo por ela usado.

Na execução material, portanto, do delito, não se enquadra a simples assistência ao ato libidinoso. A lei diz expressamente, no artigo 218, onde, efetivamente, distinguiu a prática da assistência: **.....” ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo”**.

Não configura o crime a constrangida assistência a ato de libidinagem. Segundo Hungria, o ato de libidinagem tem de ser praticado pelo, com ou sobre a vítima coagida. Se a vítima for maior de catorze, mas menor de dezoito anos, a forçada assistência representará um concurso material de corrupção de menores (Art. 218) e constrangimento ilegal (Art. 146), nos outros casos, seja tratando-se de pessoas maiores de catorze anos, submetidas pela violência real, ou maiores de dezoito, haverá tão-somente o constrangimento ilegal, com a agravante de ter ocorrido por motivo torpe. Magalhães de Noronha, estranha que o código não haja entendido, seja no Art. 214, como no 218, a assistência a ato libidinoso, quando a vítima não é maior de catorze anos. Essa omissão para Hungria, entretanto, é, perfeitamente, explicável. Na primeira fase do projeto Alcântara, revisto, o atentado ao pudor era assim definido: **“Constranger alguém, mediante violência ou ameaça grave, a praticar, tolerar que com ela se pratique, ou presenciar a prática de ato libidinoso”**. A amplitude desse critério foi impugnada por Costa e Silva que se pronunciou devido a crítica enviada à Comissão Revisora da seguinte maneira: **“Constranger alguém a presenciar ato dessa espécie (ato libidinoso) é hipótese de muito menor importância. Enquadra-se melhor no capítulo referente à corrupção de menores”**. A Comissão tendo aceito a objeção, limitou o fato à órbita da corrupção de menores; mas, ligada ao consagrado critério da **“innocentia consilii”** dos menores de catorze anos (incapazes de perceber a imoralidade do ato) não podia admitir fossem estes passíveis de corrupção.

IV A prostituta pode ser sujeito passivo do crime de atentado violento ao pudor?

O simples fato de ser a mulher já prostituta não pode constituir um empecilho para que seja afastada, desde logo, a possibilidade de sofrer um atentado ao pudor; a lei pune, em todas as legislações especificamente, todo e qualquer ato social praticado por quaisquer meios que excluam a liberdade e a espontaneidade de querer de outrem; de maneira que os atos atentatórios ao pudor, mesmo quando praticados contra uma prostituta, constituem o crime, desde que se prove que ela os sofreu contra a sua vontade, coagida ou por meio de fraude. Mesmo em uma prostituta, o sentimento de pudor pode não estar, inteiramente, abolido.

O Direito Romano não incriminava a violência contra a meretriz que não tinha direito algum à proteção do Estado. Até na Idade Média, no dizer de Carrara, a impunidade de violência contra a meretriz era punida, senão pela lei, pelo menos, pelo costume. Entretanto, com a célebre Constituição Omnes Nostre, com a qual Guilherme, rei da Sicília, que assumiu o trono em 1150, proclamou o princípio de que todos são iguais diante da lei, declarando conveniente estender a proteção da justiça às decaídas, estas passaram a ser protegidas das violências dos outros.

A terceira fase da doutrina a esse respeito é aquela em que a violência contra a meretriz era punida com mais brandura do que a praticada contra mulher honesta.

Na atualidade, a lei não faz distinção. Não há atenuante para o crime de estupro ou atentado violento ao pudor praticado contra a meretriz.

V A mulher casada pode ser sujeito passivo do atentado violento ao pudor?

Outra indagação que surge é se pode a mulher casada ser sujeito passivo de tal delito, praticado que seja, pelo próprio marido.

Não há dúvida quanto a isso, e a resposta a essa pergunta seria afirmativa. Se o esposo quer forçar sua mulher a praticar desprezível ato anormal de sexualidade, isto é, à prática de atos que não se afinam com os fins do casamento, por irem de encontro à natureza, e para tal, usa a violência, obviamente, o ato assume o aspecto de atentado violento ao pudor.

Com o casar-se, a mulher não se despe, em regra, de todo e qualquer resquício de pudor perante o seu marido.

A esse respeito é notável a opinião brilhantemente sustentada pelo Procurador Geral Dupin, na França: se o pudor de uma mulher casada não é o mesmo de uma virgem, não justifica isso a negação do fato de que o casamento conserva um pudor que lhe é próprio e que não merece menos ser respeitado. A alegação de que o casamento é o extremo limite do direito de disposição pertencente à criatura humana sobre si mesma, é bom que se lembre que, quanto mais esse limite é extremo, mais importante é não o transpor. Não há poder que não tenha seus limites, o direito, o mais explícito que seja, não deve degenerar em abuso e, quanto maior o abandono de si mesmo para tudo o que é livre e conforme à natureza, menos permitido é, por isso mesmo, se permitir chegar a conseqüências, que, longe de serem a execução do pacto, destroem – no em sua essência e revoltam a humanidade.

Se os atos violentos de luxúria são, porém, prelúdios do coito e se a este último visa o marido, desaparece, então, da mesma forma o crime.

Como sabemos, o Código Civil, em seu Art. 231, impõe como deveres de ambos cônjuges, além da fidelidade recíproca, **“a vida em comum no domicílio conjugal”**. O matrimônio implica a subordinação da mulher ao ato sexual com o marido.

A sua repulsa ao relacionamento sexual pode acarretar a anulação do casamento. O ato sexual se legaliza e se purifica com o casamento. São atos normais e necessários à existência do núcleo familiar. Mas, os atos sexuais normais. Os atos contra à natureza podem ser tolerados pela mulher, mas não suportados pela violência. Se o esposo pretendendo fazer uso de seus direitos maritais, tentar obrigar a esposa a sujeitar-se ao coito per anum, ou a fellatio e ela se insurge, resistindo, e é subjugada e violentada

no seu pudor, configura-se o ato de atentado violento ao pudor, correspondendo o fato a uma sevícia ou injúria grave, condição básica para uma ação de separação.

Toda mulher tem o pudor, em grau maior ou menor, tutelado pela lei.

Entretanto, se o marido usa de violência para exigir da esposa, a realização da conjunção carnal, em um coito normal, não se pode falar aí de atentado ao pudor.

É bom que se lembre a esse respeito que, em tempos antigos, esposos mal sucedidos com as esposas rebeldes, tinham o hábito de recorrer a juízo para pleitear os eu direito de possuir a mulher. Lobão Almeida de Souza descreve um interdito possessório interposto pelo marido para conseguir permissão de posse sobre a pessoa da mulher, que se recusava aos deveres conjugais.

VI Há tentativa no atentado violento ao pudor?

Não é aceito, em nosso sistema legal, o princípio científico como tal, aliás, somente sustentado pelo mestre Carrara, que todo o sistema de elementos constitutivos do corpus crimines em tal delito se exauria nas condições materiais de um ato praticado sobre outra pessoa, que resulta em ultraje ao seu pudor, levado a efeito com fins perversos e previsão de tal resultado, sendo que nada influi sobre a noção do crime e a diversidade da causa que impulsiona a agir, sempre que a ação produza o resultado de ultrajar, com violência, o pudor de alguém, razões essas que levaram o professor de Pisa a sustentar que, cientificamente, pouco importava ter o autor do atentado por finalidade única, injuriar ou envergonhar a sua vítima, concluindo com uma técnica cuidadosa, que tudo depende das expressões usadas, em face dos códigos particulares.

Esse mesmo princípio foi defendido por Ganaud: o atentado ao pudor, decorrente do mesmo pelo fato imoral e obsceno praticado voluntariamente, não tem por que se preocupar com a intenção do agente do crime, pouco importando que esse haja querido satisfazer sua lubricidade ou qualquer outra paixão.

Para alguns autores, como Crysólito de Gusmão, por exemplo, nesse tipo de crime não se admite a tentativa, alegando que, se o ato recebe um simples começo de execução que seja, está consumado, porque o pudor foi, desde logo, ofendido, pouco importando que o agente pretenda, ainda, pôr fim à prática de outros atos.

A lei não estabeleceu, como condição essencial, que fosse atingido um determinado resultado, havendo-se limitado a punir o fato que regulou. O delito não é formado por um complexo de atos, de maneira a poder, facilmente, admitir o *inter criminis*, ou seja, pode o agente dos seus fins definitivos desistir, por motivos próprios, ou por obstação de circunstâncias independentes de sua vontade e nem por isso deixará o delito de se integrar, desde que um só ato, um só gesto haja sido praticado, de forma a ofender o pudor do sujeito passivo e com intenção criminosa. É bom ressaltar bem, a necessidade de que esses atos frustrados constituam, por si, já, uma ofensa, leve que seja, ao pudor da vítima e aí pode ser admitida a figura da tentativa.

Desde que o agente pratique atos de violência que não constituam, por si só, uma ofensa leve que seja, ao pudor individual, mas verificados os fins previstos na lei, isto é, as intenções libidinosas, integralizada está, a tentativa de atentado ao pudor, que é, assim, o direito posto em perigo e protegido pela sanção penal, sendo a luxúria, a libidinagem, unicamente, os móveis do crime, o elemento específico configurador da intenção criminosa, ou seja, integrador do delito específico.

Mas, se o agente, não interceptado a tempo, teve os seus atos de violência praticados, atos esses que, já por si, integram uma ofensa efetiva ao pudor, ainda que os móveis libidinosos ou de depravação moral não hajam sido satisfeitos, é certo que o crime está consumado, pois, claro está, que, pelos princípios expostos anteriormente, trata-se de um crime cuja materialidade, em seu objetivismo jurídico, está realizada, visto que, a integridade do patrimônio moral protegido pela lei já foi, real e efetivamente, lesada e a lei não distingue nem poderia distinguir a maior ou menor extensão ou gravidade dessa lesão.

VII Elementos do crime

Os elementos integrativos do atentado violento ao pudor podem ser fixados na seguinte forma:

- ato libidinoso diferente da conjunção carnal;
- dissenso da vítima;
- emprego da violência ou grave ameaça.

Ato libidinoso diferente da conjunção carnal

Por ato libidinoso entende-se todo aquele que se apresenta como desafo (completo ou incompleto) à concupiscência. O atentado violento ao pudor, porém, não deve ter por objetivo final a conjunção carnal (ato libidinoso por excelência), que, quando lícita e obtida “*vīt aut minue*”, integraliza a figura do crime de estupro, que é punido com maior severidade. Ou tende à satisfação do apetite sexual, representando um equivalente (fisiológico e psicológico) ou sucedâneo do coito normal, ou traduz simples depravação moral, sem outro objetivo que a indecência por amor à indecência; nada mais significando, como dizia Chrysólito de Gusmão: uma solicitação autônoma do vício. Além de, objetivamente, ser atentatório ao pudor, em contraste com o sentimento médio de moralidade sexual, deve ter como impulso ou fim a lasciva. Se o ato, ainda que materialmente indecoroso, não traduz da parte do agente, uma expansão da luxúria, deixará de ter cunho libidinoso. Não pode haver ato libidinoso sem libidinosidade. A lei protege, no atentado violento ao pudor, o interesse jurídico da liberdade sexual, isto é, o direito à inviolabilidade carnal, e essa, como é óbvio, considera-se lesada, sempre que a disposição do corpo para fim sexual, ocorra sem uma vontade isenta de coação. A libidinosidade independe da maior ou menor malícia da vítima. Um ato não deixará de ser libidinoso porque a vítima não o entendeu como tal, da mesma forma que um ato inocente (ou não atentatório ao pudor médio) não deixará de o ser porque a vítima lhe tem dado cor de lasciva.

O ato libidinoso, referido no texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser de maneira manifesta, obsceno ou lesivo à pudícia média. Não pode ser confundido com uma mera inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua.

Manfredini acha que o próprio caso do fetichista que sente prazer tocando os cabelos de uma menina, ou afagando um braço nu, configura, seguramente, ato libidinoso, seja na sua objetividade, seja no escopo do réu; mas isso importaria adotar-se um critério excessivamente amplo. O toque nos cabelos ou o afago de um braço desnudado podem ser, sob o ponto de vista subjetivo, dada a anormal lubricidade do agente, atos libidinosos, mas, objetivamente, não ofendem o mediano senso de pudor.

É essencial, para a caracterização do ato libidinoso, que haja um contato físico ou corpóreo com a vítima ou que, pelo menos, o seu corpo entre em jogo, para fim de libidinagem.

Manci achava que o corpo da vítima deveria estar desnudo, pelo menos, em parte. Essa opinião dele está baseada na dedução sofisticada da expressão “*su persona*” usada pelo artigo 333 do antigo código italiano; mas, quer diante do Código da Itália atual, quer perante o nosso, nem mesmo o sofisma seria possível, pois não contém aquela expressão. A distinção entre corpo nu e corpo vestido, mesmo diante do Código Zanardelli, era, exclusivamente, arbitrária. Não se pode negar que constitui ato de libidinagem a chamada “*cópula vestida*”, isto é, deitar-se um homem sobre uma mulher, ambos vestidos e imitar movimentos do coito. Também, fora de questão é o ato libidinoso de tateio, sobre as roupas, das partes pudendas, das nádegas ou dos seios. O ato de libidinagem pode ocorrer até com mulher vestida em trajes masculinos.

Na prática do ato libidinoso, o papel da vítima pode ser passivo, como é o caso do coito “*per anum*”, ativo, como no “*fellatio*”, ou, concomitantemente, ativo e passivo, como é o caso da conjunção entre a “*fellatio*” e o “*cunnilingus*”. A vítima pode, ainda, ser coagida a praticar o ato libidinoso em si própria, é a automasturbação, ou com terceiro, isto é, tolerar a masturbação por parte de outrem. Se o terceiro, também, está coagido, só responderá pelo crime o coator.

Dissenso da vítima e emprego da violência ou grave ameaça

Nestes dois últimos elementos, Há íntima afinidade entre o atentado violento ao pudor e o estupro.

Eu, particularmente, penso, junto com os Doutos Mestres Hungria e Piromallo, que não podem deixar de ser considerados violentos os atos praticados com surpresa ou destreza, para prevenir a esperada oposição da vítima. violência” (Hungria, in Comentários ao Código Penal, Ob.Cit., p. 127).

Ainda, no atentado violento ao pudor, é necessário que tenhamos noção do que seja violência.

A violência, segundo Manzini, consiste em vencer a resistência do sujeito passivo e, não apenas, para o desafogo da libido. Não deve ser confundido o ato de libidinagem com a violência que inicia esse ato. Este representa o começo, aquele o complemento da execução.

Nosso código, como o italiano, distingue, claramente, entre o ato de libidinagem (em gênero) e a conjunção carnal. O primeiro é um desafogo da libido pelo apetite concupiscente, que leva o indivíduo a usar a luxúria, sem intuito de manter, com o sujeito passivo, a conjunção carnal. O segundo exige o objetivo específico da conjunção carnal. E toda legislação hodierna segue a mesma orientação.

A violência, bem como a ameaça, para que se constitua o delito do artigo 214, necessita de demonstração. A violência, em geral, deixa marcas. E a grave ameaça deve ser de tal maneira que atemorize, realmente, o sujeito passivo. Por exemplo, se um indivíduo penetra na alcova de uma moça, de revólver em punho, sob ameaça de matá-la se ela gritar, sacia no corpo dela sua libidinagem, não a estuprando, para não causar complicações maiores, será necessário avaliar o grau de resistência moral e física dessa moça, para a integração do delito. Não provada a violência, existirá, apenas, o delito de invasão de domicílio.

A grave ameaça pode ser, também, de ordem moral. Por exemplo, um indivíduo, sem escrúpulo, tendo em mãos um documento cuja revelação pode levar um chefe de família respeitado a uma prisão, pode-se utilizar dessa arma para exigir da mulher ou de uma filha desse homem a entregar

seu corpo para a prática de “**A rapidez e insídia do ato, inspiradas pela certeza de pleno dissentimento do sujeito passivo e pelo propósito de satisfazer mais facilmente o desejo lascivo, têm caráter essencial, senão formal de atos de libidinagem**, sob a condição de não publicar ou de rasgar o documento. Se a vítima é sugestionável e, atemorizada, verdadeiramente, cede, para salvar o parente, integra-se, aí, o crime de atentado violento ao pudor. Se, em lugar de atos libidinosos, o agente, somente, pratica conjunção carnal, o crime será de estupro. Se, ao término da conjunção carnal, negar-se a cumprir a condição, o crime será de posse sexual mediante fraude.

VIII Dolo específico

Quanto ao elemento subjetivo, para Hungria, o dolo específico consiste na vontade consciente de praticar ou fazer praticar ato libidinosos, diferente da conjunção carnal, para desafoço de paixão lasciva, e de usar, para tal fim, violência ou grave ameaça. É, sobretudo, pelo fim do agente, que o atentado violento ao pudor se diferencia do estupro consumado ou tentado. Neste, a meta optada é a conjunção carnal; enquanto, naquele, o ato libidinosos, diverso da conjunção carnal, é fim em si mesmo. Desde que o ato libidinoso objetiva a conjunção carnal e, ainda, que essa não se realize, dá-se tentativa de estupro, e não atentado violento ao pudor. Como já se disse, não basta a aparência simples de libidinosidade do ato, é necessário que esta corresponda, efetivamente, ao propósito do agente. O douto mestre afirma que o dolo, na espécie, não existe, se não há o fim de lasciva.

O código vigente não se refere, expressamente, ao fim de saciar, como fazia o código de noventa, mas, exige implicitamente. Não é aceito o ato libidinoso sem impulso ou fim lúbrico, sem a nota essencial da concupiscência. É como diz Manzini, sem a realidade da intenção libidinoso, poderá haver a simulação de um ato de libidinagem ou um ato libidinoso de pessoa diferente do sujeito ativo, ou seja, poderá haver o intuito de corromper, de injuriar, de desacreditar, etc. mas não o que caracteriza, de

acordo com sua objetividade jurídica, o crime em estudo. A caracterização do fato deve estar baseada não somente sobre suas modalidades, mas também sobre o elemento psicológico que, no caso em estudo, não apenas dar cor e direção à vontade, como nas hipóteses comuns, como também, determina mudanças fisiológicas no organismo do agente, como por exemplo, a ereção. Não pode ser acusado de ato de libidinagem quem não sente ou não se dispõe a sentir a concupiscência carnal. Se ele pratica um ato por si mesmo idôneo a suscitar ou desafogar a libido, mas com o psiquê dirigido para outro escopo, ou se assiste à prática de um ato de libidinagem, mas sem ser por impulso de libidinagem, poderá responder por outro crime, mas não pelo que analisamos neste trabalho.

Noronha opina em sentido contrário. Diz que é irrelevante o fim do agente. Na verdade, colide com o próprio sentido das palavras dizer que comete ato libidinoso o indivíduo que, por exemplo, lutando com sua vizinha bizarra, de habitação coletiva, empunhasse-lhe os seios para subjugar-lá, ou lhe levantasse as vestes para lhe dar palmadas nas nádegas, expondo-a ao ridículo perante os circunstantes.

A fundamentação do acima referido doutrinador se baseia no fato de que a doutrina defendida por Manzine é profundamente radical. Dizer, como ele diz, prossegue Noronha, que não pode praticar ato libidinoso, salvo quem sente ou se dispõe a sentir a concupiscência, é ir ao extremo. E prossegue na sua justificativa, afirmando que existem atos que, para se identificarem como libidinosos, exigem o exame das circunstâncias e de outros fatos que o circundam. É o caso, por exemplo, do beijo na boca, que pode não traduzir o impulso da volúpia, conforme a maneira que seja dado. Mas atos libidinosos existem que não exigem, para a sua caracterização, a pesquisa do fim do agente. Um indivíduo, por exemplo, que, tendo ódio acirrado a um inimigo e à sua família, obriga, de revólver em punho, a esposa desse a *fellatio in ore*, ou tem com o filho menor, coito interfemora, ainda que não sinta nenhum prazer ou volúpia, mas, antes, seja motivado pelo ódio cego, desprovido de qualquer prazer sexual, e só tinha em mira vingar-se do adversário, não terá praticado atos essencialmente de libidinagem? A negativa, não cabe neste caso.

A ser exigido o fim de libidinagem para o atentado ao pudor, por que não o exigir, igualmente, para o estupro? Já se têm configurado casos de estupro, de tentativa de estupro e de atentado ao pudor, sendo o réu, impulsionado pelo ódio. Na Revista dos Tribunais, 116/62, há um acórdão condenando o acusado por tentativa de estupro de menor de 17 anos, sendo o crime cometido pelo réu para vingar-se da mãe da ofendida.

A lei foi feliz, ao não se referir ao fim do agente. Penso que, fundamentado em Noronha, ele não constitui o elemento subjetivo do crime que reside na intenção do sujeito ativo. O elemento psíquico do crime está em querer o delinqüente praticar um ato libidinoso que atenta contra o pudor sexual da vítima. O objetivo pode ser outro, como o desprezo, o ridículo da vítima, mas a intenção é uma só: a execução de um ato que lesa o pudor.

A opinião de Hungria se dissocia, inteiramente, dos interesses sociais. O indivíduo que, de arma em punho, obriga a esposa de seu inimigo ao coito nefando, completo ou incompleto, com o objetivo de escarnecer dele depois, não atenta, absolutamente, contra o pudor daquela mulher: pratica, simplesmente, o levíssimo crime de injúria real (Art. 140, § 2º), com uma pena que vai de três meses a um ano de detenção, com fiança e, possivelmente, sursis.

Ainda se equivocava o douto mestre, quando afirma que é pelo fim específico do atentado ao pudor que ele se diferencia do estupro consumado ou tentado. Se o eminente penalista admite que, para o estupro é necessário o dolo específico, **“a conjunção 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 o ato libidinoso diverso da conjunção carnal”**. (Hungria, in Comentários ao Código Penal, Ob.Cit. p.114). É óbvio que, para a distinção entre as duas figuras, não é necessário o dolo específico no atentado ao pudor, visto que, no estupro, o fim é, unicamente, a conjunção sexual que, em hipótese alguma, entra no delito do Art. 214. Isto é, basta que haja no estupro dolo específico, para que se distinga do atentado violento ao pudor, que se satisfaz com o genérico (vontade, representação do resultado e consciência da antijuridicidade).

Para Magalhães de Noronha e, mais uma vez fundamento o meu ponto de vista com base no que ele defende, o crime em estudo completa-se com o dolo genérico. Ficamos com o que disse Manfredini: o elemento psicológico é constituído pela vontade de realizar um ato libidinoso com a ciência da sua libidinosidade; não existe nenhum fim específico, nem importa que a ação seja motivada por outro fim que o da satisfação carnal.

O nosso código não acompanhou, em seu modelo, o Código Penal Português, que no seu Art. 391, é muito mais amplo na identificação do crime em estudo: **“Todo o atentado contra o pudor de uma pessoa de um outro sexo que for cometido com violência, quer seja para satisfazer paixões lasciva, quer seja por outro qualquer motivo será punido”....**

Por nossa lei, fica impune, quem cometer o crime em estudo, desde que o tenha feito por motivo de vingança ou desde que o tenha feito com o mero propósito de desacreditar a vítima. Não é bastante que o ato seja lesivo ao pudor; faz-se mister, ainda, que obedeça ao fim de saciar paixão lasciva ou de depravação moral, os atos praticados visando aos outros fins, serão tipificados e punidos como injúria real.

Objeta-se que, com a exigência do escopo da lasciva, cria-se ensejo para, em muitos casos, iludir a acusação. O critério radicalmente objetivo pode satisfazer o interesse da prova **“in criminalibus”**, mas, não o da justiça penal que não aceita a presunção absoluta de libidinosidade, baseada na obscenidade material do fato.

IX Sujeitos do crime

Por não ter por objetivo à conjunção carnal, a cópula vagínica, o sujeito ativo ou passivo do crime em estudo pode ser o homem ou a mulher. A diferença dos sexos, não pode, no dizer do ilustre Carrara, ser condição essencial aos atos libidinosos não tendentes ao coito normal, porque a libidinagem pervertida pode buscar desafogo mesmo sobre o corpo de indivíduos do mesmo sexo.

O delito, em estudo, pode ser praticado mesmo por mulher contra um homem, afirmação do Mestre Hungria, que diz:

“que uma mulher, mediante ameaça, consegue que um homem (menos obstinado que José do Egito) ceda em ter com ela cópula normal. O fato não constituirá estupro, porque este só por homem contra mulher pode ser praticado; mas, não deixará de ser punido a título de atentado violento ao pudor, não obstante a ocorrência da conjunção carnal, pois, mesmo abstraindo-se esta, já o simples contato do pênis com a vulva representa ato libidinoso”.

(Comentários ao Código penal, Ob. Cit., p. 129-130).

Contestamos, ainda mais uma vez, data vênia, o douto mestre, no sentido de que se mostra contraditório o professor Hungria, se no que diz respeito ao elemento subjetivo do crime ele afirma que o que caracteriza o delito é o fim de satisfazer à lascívia, tipificando como injúria real o fato de alguém, sob ameaça ou por vingança, ter com a vítima atos atentatórios ao seu pudor sexual, com muito mais propriedade se configura um caso de injúria real também nesse fato, vez que, por exigência do próprio texto legal, o crime de atentado violento ao pudor só existe, quando há um ato qualquer diferente da conjunção carnal e não quando da conjunção carnal praticada pela mulher sobre o homem.

O atentado violento ao pudor exige que o sujeito passivo seja vivo. É óbvio que não se entenderia um atentado ao pudor de um cadáver. A cópula com um cadáver, sob qualquer forma, corresponde à necrofilia, punida pelo Art. 212.

Também, não se há de falar em atentado ao pudor de uma estátua.

A sugestão, sobre pessoas de pouca resistência moral, pode levá-los à prática de atentado violento ao pudor, seja por intermédio de conselhos ou de exemplos.

Nesse crime, como em qualquer outro, a pessoa da vítima deve merecer acurada atenção do juiz. O sexo, a educação, o comportamento moral têm que ser, sempre, apreciados, vez que a gravidade do ato varia de acordo com essas e outras circunstâncias.

X Da consumação e da tentativa do atentado violento ao pudor

No atentado violento ao pudor, faz-se mister distinguir dois momentos: o inicial, que é o uso da violência ou ameaça, e o momento libidinoso, isto é, o do ato lascivo ou de expansão de luxúria. Com a realização deste último é que o crime se consuma. O momento consumativo coincide com a prática do ato libidinoso. Se, quando usada a violência ou exteriorizada a ameaça, o agente é impedido de continuar, frustrando-se de todo, o momento libidinoso, o que existe aí, é uma mera tentativa, vez que, pelas circunstâncias, foi inequívoco o fim da lasciva. Lembrando que isso é muito controvertido doutrinariamente, essa admissibilidade da tentativa, na espécie. O crime não é o ato libidinoso, *tout court*, mas, o ato libidinoso mediante violência. Violência e libidinagem estão em íntima relação de causa e efeito. A violência dirigida, inequivocamente, à libidinagem, não é ato preparatório, mas executivo do crime em questão. Se é interrompido o inter entre a violência e o ato libidinoso, não chegando este a ter sua concretização, há, indiscutivelmente, tentativa do atentado violento ao pudor. Por exemplo, o agente, num arroubo de estuante lasciva, empolga, violentamente, uma mulher, querendo levantar-lhe as vestes; mas, aos gritos da vítima, acodem outras pessoas, frustrando-se a intervenção do sátiro.

Para que se possa falar em tentativa do crime em estudo, é necessário que, além da violência, tenha o agente revelado o propósito libidinoso.

O exemplo de Crivelari como sendo ato libidinoso o fato do agente alçar as vestes de uma mulher, expondo-lhes as partes pudendas ou, meramente, mirar-lhes a nudez com a finalidade de desafogar sua concupiscência, não integra o crime do artigo 214 do nosso Código Penal. Se o fato tivesse acontecido em público e a lubricidade do agente se revelado pelos atos exteriores, o seu crime seria o do artigo 233, que se refere ao ato obsceno. Mas, se esse fato ocorresse em um quarto? Que tipo penal seria esse? Apenas o de injúria real (Art. 140 C.P.) e o de constrangimento ilegal (Art. 146).

Diferentemente do Código Rocco, o nosso não aceitou o critério de punir a tentativa de estupro como atentado violento ao pudor. O legislador

de quarenta não transigiu com a lógica para conjurar, com essa solução, inconvenientes de natureza prática. Se é manifesto o fim da conjunção carnal, e essa não acontece, por circunstâncias alheias à vontade do agente, o que se vê aí é o estupro tentado.

O atentado pode compor-se de diversos fatos, apresentando, nesse caso, um “*inter criminis*” mais ou menos extenso, como por exemplo, no caso já citado, do agente que se atira contra uma moça e com ela luta, alça-lhe as vestes externas e a despoja depois de suas vestes interiores para ver e apalpar seus órgãos sexuais. Não obstante isso, bem antes de o criminoso consumir seu intento, o delito já se tornara perfeito, vez que se consumou, com o primeiro ato idôneo da execução, ou seja, no exemplo dado, quando ergueu o vestido da ofendida. Não importa se não conseguisse passar daí; o crime já se teria configurado.

Assim, por vezes, o intuito criminal pode abranger um só ato ofensivo ao pudor e o crime já estará consumado. Outras ocasiões ele terá em mente o exercício de diferentes atos, mas, para que o crime seja consumado, não se faz necessária a prática de todos, porque cada um deles corresponde, desde o princípio e em cada etapa de sua realização, às exigências legais para a configuração do delito.

Nessas condições, não é fácil traçar a linha divisória entre a tentativa e o crime consumado.

Mas, nem por isso, deixa de haver a tentativa. Ela existe para nós.

XI Elemento material do crime

O elemento material do crime é o ato libidinoso que fere o pudor individual. No entanto, nem todo ato atentatório ao pudor é libidinoso. Há atos imorais e indecentes que não carregam consigo um potencial de libidinagem suficiente para caracterizá-los como integrantes do crime em estudo. Esses atos constituem, hoje, as contravenções previstas no Art. 61 do Decreto-Lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941.

Penso, diferentemente do grande mestre Hungria, segundo o qual o pudor pode ser ofendido através de frases ou palavras que, de certa forma, constitui não em todo seu complexo, ato de libidinagem. Se, apenas,

uma única palavra ou uma só frase não basta para constitui-lo, o mesmo não se poderá afirmar de um discurso erótico. Imaginemos o caso de um depravado que, por meio de ameaças, obriga durante certo lapso de tempo, uma senhora recatada, donzela, ou religiosa a ouvir narração lúbrica, em que cenas de intensa volúpia e descomedida lasciva são dissertadas em todas as suas minúncias, requintadamente, erótica. Não será esse ato, em toda sua complexidade, libidinoso? Não é libidinagem o que sai da boca do lúbrico? Esse ato não ofende ao pudor da vítima, a ponto de transpor os limites de simples ofensa, injúria ou contravenção? Pena que, nos termos da lei, não se possa enquadrá-lo no delito ora em estudo. Porque a lei se refere, expressamente, ao ato de libidinagem que, por tradição, não acarreta palavras, discursos e escritos. É compreensível esta elasticidade da lei apenas do ponto de que se ela limitasse o delito à execução de atos, casos haveria em que, dificilmente, se poder-se-ia distinguir o campo jurídico do, puramente, moral, distinção necessária, sobretudo, em assunto de delitos contra os costumes, a fim de não ser imedido o domínio da moral.

XII Conclusão

É irônico falar-se em atentado ao pudor, em uma sociedade em que nos nossos lares e em nossas famílias, somos, diariamente, agredidos moralmente pela mídia, com sua programação, na maioria indecente, amoral, lavando cerebralmente os espectadores de tal modo que o grande crime vivido na sociedade de hoje é pensar que atos imorais, libidinosos, vistos como expressões de comportamentos modernos e avançados, são, de fato, imorais e aqueles que se atêm, ainda aos princípios éticos e morais são considerados arcaicos e conservadores e vistos, portanto, como fora do grupo, desagregados do meio social.

É bom lembrar que esse tipo de comportamento atentatório ao pudor será mantido pela parte especial do novo Código Penal, devendo ser atualizada para enquadrar, também, como sujeito desse tipo de delito os responsáveis pelos meios técnicos de comunicação de massa que, com programas de natureza pornográfica e lasciva, atentam, diariamente contra a moral e os bons costumes da sociedade e permanecem impunes.

Referências

- ARRUDA MIRANDA, Darcy. Do Atentado Violento ao Pudor. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídicos-Econômicos-Sociais**, n. 3, Instituição Toledo de Ensino, Janeiro à março de 1967.
- FAVER, Flaminio. **Medicina Legal**. 3.ed. revista e adaptada ao Código Penal Brasileiro, 2 v., 1945, livraria Martins Editora, São Paulo.
- GOMES, Hélio. **Medicina Legal**, 15. ed., livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro.
- GUSMÃO, Chrysólito de. **Dos Crimes Sexuais**, 2. ed., 1934, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro.
- GARCIA, Basileu. **Instituições do Direito Penal**, 2. ed. revista e atual., São Paulo: M. Limonad, 1954.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. 8, 2. ed. revista e atualizada, **Revista Forense**, 1954, Rio de Janeiro.
- Moras MOM, Jorge. **Los Delitos de Violacion y Corrupcion**. Edior Sociedad Anónima Editor Comercial, Industrial y Financiera, 1971, Buenos Aires.
- MANCI, Filippo. **Reati Sessuali**, Fratelli Bocca Editori Torino, 1927.
- MAGALHÃES DE NORONHA, Edgar. **Direito Penal**. 2. ed. revista e atualizada (com remissões ao anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria) 3º volume, São Paulo: Saraiva, 1964.
- MAGALHÃES DE NORONHA, Edgar. **Crimes contra os Costumes**, Editora Saraiva, 1943, São Paulo.
- MARTINEZ ZUNIGA, Leisandro. **Derecho Penal Sexual**, Temis, Bogotá, 1972.
- MAZZANTI, Manlio. **L'osceno e il Diritto Penale**, 2. ed., Guiffre, Milano, 1962. Editora Moderna, 1895.

Legislações consultadas

Código Penal Brasileiro

Legislación penal Mexicana – anotada por El Lic. Manuel Andrade, 1942, Editorial Informacion Aduaneira de México, México.