

OS CRIMES DE ESTUPRO E DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 8.072/90

SERGIO ANTONIO DE CARVALHO*

I — Introdução

A Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, dispôs sobre os crimes hediondos, nos termos do que fora previsto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, assim denominados os tipificados nos arts. 157, § 3º, *in fine* (latrocínio), 158, § 2º (extorsão qualificada pelo resultado morte), 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º (extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada), 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único (estupro e na forma qualificada pela lesão corporal de natureza grave ou morte), 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único (atentado violento ao pudor e na forma qualificada pela lesão corporal grave ou morte), 267, § 1º (epidemia com resultado morte), 269 combinado com o art. 285 (envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pelo resultado morte), todos do Código Penal, e nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956 (genocídio), na modalidade consumada ou tentada, tudo conforme seu art. 1º.

O legislador estabeleceu uma série de modificações importantes, que alteraram substancialmente o sistema penal adotado entre nós. Dentre elas, proibiu a concessão de fiança e de liberdade provisória (art. 2º, inc. II), determinou o cumprimento integral da pena no regime fechado (art. 2º, § 1º), exigiu a permanência no cárcere de período superior a dois terços da pena para a obtenção do benefício do livramento condicional, e majorou sensivelmente a sanção prevista para os crimes a que se refere o art. 1º.

É louvável a preocupação do legislador com a crescente criminalidade no País, principalmente nos grandes centros urbanos. É de todos nós conhecido o número surpreendente de crimes de extorsão mediante seqüestro ocorridos no decorrer do ano de 1990, para não dizer de outros delitos de tamanha gravidade, que assolaram e ainda assolam a nossa população, causando enorme comoção popular.

Contudo, a Lei nº 8.072/90, editada justamente na época em que os delitos de extorsão mediante seqüestro se sucediam dia após dia, tendo por vítimas conhecidas personalidades da nossa sociedade, peca por sua flagrante inconstitucionalidade, por contrariar princípios garantidos pela própria Carta Magna, além de outros que informam tanto o Direito Penal como o Direito Processual Penal.

II - Do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 alçou ao *status* de garantia constitucional o PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, de conformidade com o art. 1º, inciso III. Por dignidade da pessoa humana, entende-se, segundo lição do Procurador da República Dr. Juarez Tavares, *in verbis*:

“a garantia de que a formação e a expressão da liberdade individual são asseguradas de modo, hoje, decisivo na própria Constituição.”

(*in* “Inovações Constitucionais no Direito Penal”, “Revista de Direito da Defensoria Pública”, 1990, nº 4, p.62)

Dentre os diversos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, temos o Princípio da Proporcionalidade dos Meios e o Princípio da Danosidade Social que significam, consoante ainda lição de Juarez Tavares, que “os meios empregados pelo direito para punir o criminoso ou para intervir na vida privada” devem ser proporcionais ao dano causado ou posto em perigo de causação pelo autor do fato, considerado como criminoso” (*op.cit.*)

O diploma legal em exame, definindo quais são os crimes considerados hediondos, ao majorar o preceito secundário dos delitos referidos no art. 1º, causou-nos espécie e nos leva a inúmeras considerações, por ferir o Princípio da Dignidade da pessoa Humana, o Princípio da Proporcionalidade dos Meios e o Princípio da Danosidade Social.

III - Da Majoração das Penas

Os arts. 213 e 214 do Código Penal, em sua redação primitiva, estabeleciam para o crime de estupro a pena mínima de três e a máxima de oito anos de reclusão e, para o delito de atentado violento ao pudor, a mínima de dois e a máxima de sete anos de reclusão.

Com o advento da Lei nº 8.072/90, a pena passou a variar de seis a dez anos de reclusão, em ambos os casos.

E aí está a flagrante inconstitucionalidade, conforme será demonstrado a seguir.

O bem da vida tutelado pelos arts. 213 e 214 do C.P. não é superior ao tutelado pelo art. 121, que trata do crime de homicídio. Aliás, a toda evidência, matar alguém constitui atitude muito mais reprovável do que estuprá-lo ou constrangê-lo a praticar, ou a permitir que com ele se pratique, ato libidinoso diverso da conjunção carnal. E a Lei 8.072 simplesmente igualou a pena mínima com relação aos três crimes.

É bem verdade que, desde a antigüidade, conforme nos ensina Magalhães Noronha, o crime de estupro foi sempre duramente reprimido.

A legislação hebraica punia o criminoso com a pena de morte, em caso de se tratar de mulher prometida em casamento. Em caso contrário, em se tratando de mulher

virgem não desposada, o sujeito deveria pagar cinquenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela, não a podendo “despedir em todos os seus dias”, “porquanto a humilhou”. (*in Direito Penal*, vol. 3, Saraiva, 1978, p. 106).

No antigo Egito aplicava-se a pena de mutilação, enquanto que, entre os gregos, a pena de morte substituiu a pena de multa inicialmente cominada. (*op.cit.*)

Os romanos também apenavam com a pena capital, através da *Lex Julia de vi publica*, “porque se tinha mais em vista a violência empregada do que o fim do agente” (*op.cit.*)

Os espanhóis também previam a pena de morte, o mesmo acontecendo com os ingleses que evoluíram para a castração e o vazamento dos olhos. (*op.cit.*)

Entre nós, as Ordenações do Livro V, sob a rubrica “Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava dela ou a leva per sua vontade”, cominava a pena de morte natural, não importando o subsequente matrimônio. (*op.cit.*)

O Código Criminal do Império, de 19 de junho de 1775, fez cessar tamanho rigor, como observa Mendes de Almeida. (*op.cit.*)

O Código Criminal de 1830 cominou ao estupro a “pena de prisão de 3 a 12 anos, e de dotar a ofendida”.

Com a Proclamação da República, o Código de 1890 tornou mais benigna a situação, “tendo-se em vista principalmente que, afora os agravantes especiais, quase nenhuma outra tinha lugar, acontecendo ser a pena geralmente aplicada a de um ano de prisão, dada a fácil ocorrência de atenuantes”. (*op. cit.*)

O Código Penal de 1940 elevou a sanção, cominando, para o estupro, a pena mínima de 3 e a máxima de 8 anos de reclusão.

Já no que se refere ao crime de atentado violento ao pudor, ele era desconhecido para os povos antigos. Segundo Carrara, esse crime se confundia com o de tentativa de estupro. (*op.cit.*)

No Brasil, as Ordenações Filipinas puniam a sodomia, as relações carnavais entre mulheres, as molices (pecado onanítico) e os toques desonestos, que hoje podem ser considerados atos de atentado violento ao pudor. (*op.cit.*)

O Código Imperial definia o delito de ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verificasse a cópula carnal. Alguns autores, como Magalhães Noronha, apontam neste art. 223 a origem do delito de atentado violento ao pudor. (*op.cit.*)

O Código de 1890, finalmente, tipificou o delito de atentado violento ao pudor, como se vê em seu art. 266.

O bem jurídico tutelado, em ambos os crimes, é a liberdade sexual ou, em outras palavras, o direito de dispor do próprio corpo, com a diferença de que no estupro exige-se que o sujeito passivo seja mulher.

Não tem razão de ser a excessiva severidade do novo diploma legal, igualando a situação de quem cometeu os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor à de quem matou.

Com relação ao crime de atentado violento ao pudor a situação ainda é pior. É que, conforme entende a doutrina e a jurisprudência dominantes, configuram esse delito não somente o coito anal, o coito *inter femora* e a *fellatio in ore*. Também o podem ser o beijo e o abraço lascivos, quando praticados mediante violência ou grave ameaça, a apalpação à força, a visão lasciva e a automasturbação (cf. Damásio E. de Jesus, in *Direito Penal*, vol. 3, Saraiva, 1985, p.103). O que se exige é a intervenção ativa ou passiva do ofendido, ou seja, que haja um contato físico ou corpóreo com o ofendido. (*op.cit.*)

Em sendo assim, fere o bom senso o saber que aquele que der um beijo ou abraço lascivo, ou ainda que apalpar à força o corpo de alguém, deva ser condenado à pena idêntica à prevista para o crime de homicídio. Ora, apalpar à força as partes pudendas de alguém e matar alguém são situações muito distintas, e que não podem e não devem ser tratadas da mesma forma pelo legislador.

IV — Do Regime de Cumprimento da Pena

Outra incongruência que desponta da Lei 8.072, de 1990, é que ela contrariou os princípios norteadores do Código Penal de 1940, que adotou, quanto ao regime de cumprimento da pena, o sistema progressivo mitigado.

Como se sabe, três são os sistemas penitenciários conhecidos. De início, tivemos o sistema de Filadélfia, que baseava-se no recolhimento celular absoluto. Depois surgiu o sistema de Auburn, fundado no trabalho em comum em absoluto silêncio. Por fim, chegou-se ao sistema progressivo, onde o condenado cumpria a pena em quatro estágios, a saber: o primeiro de recolhimento celular absoluto, o segundo de isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia, o terceiro de semiliberdade com trabalho fora da prisão e, finalmente, o quarto, o livramento condicional (cf. Julio Fabbrini Mirabete, in *Execução Penal*, Atlas, 1987, p. 290).

No Brasil, o sistema sofreu algumas modificações, e a Lei nº 7.210, de 11.7.84 (Lei de Execuções Penais) impõe a classificação inicial dos Condenados, o cumprimento de pena em estabelecimentos penais diversos (penitenciária, colônia agrícola e casa de albergado), conforme o regime de cumprimento da pena (fechado semi-aberto e aberto), estabelecendo como requisito para a progressão do regime o cumprimento de pelo menos um sexto no regime anterior, e o mérito do condenado, *id est*, a sua adaptação ao regime.

Consoante a Exposição de Motivos ao Código Penal, o sistema progressivo entre nós adotado constitui um gradativo processo de reforma do criminoso, que tem por etapa derradeira o livramento condicional. Este benefício não há de ser concedido “por simples espírito de generosidade”, por se tratar de “uma medida finalística, entrosada num plano de política criminal”. Prosseguindo, diz a Exposição, *in verbis*:

“Como derradeiro período de execução da pena pelo sistema progressivo, o livramento condicional é a antecipação de liberdade ao sentenciado, a título precário, a fim de que se possa averiguar como ele se vai portar em contato, de novo, com o meio social”.

Pois, bem, a Lei 8.072/90, em seu art. 2º, § 1º, determina o cumprimento integral da pena no regime fechado. Quanto ao livramento condicional, somente poderá ser obtido com a permanência de mais de dois terços da pena no cárcere, conforme inciso V do mesmo dispositivo.

Ora, se nos recordarmos de que a pena mínima cominada aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor é idêntica à cominada ao delito de homicídio, a aberração ainda é muito maior no que tange às alterações relativas à execução da pena.

De conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal, se o criminoso não for reincidente, poderá cumprir a pena inicialmente no regime semi-aberto, entendendo alguns doutrinadores que o verbo “poderá” deve ser entendido como “deverá”, desde que presentes os requisitos legais, por constituir direito público subjetivo. Assim, aquele que cometer crime de homicídio, poderá cumprir a pena imposta inicialmente no regime semi-aberto, que deverá progredir para o regime aberto a ser cumprido em casa de albergado, com o cumprimento de pelo menos um sexto da pena, e desde que seu mérito assim o indique (art. 112 da L.E.P.).

Entretanto, aquele que, ao invés de tirar a vida de seu semelhante, estuprar uma mulher ou atentar violentamente contra o pudor de alguém, deverá cumprir a pena integralmente no regime fechado, não tendo direito à progressão para regime menos rigoroso.

Contrariando o espírito da lei e do próprio instituto, a Lei 8.072/90 só permite a concessão do livramento condicional com o cumprimento de mais de dois terços da pena. Ora, se a lei proíbe a progressão de regime e se o livramento condicional constitui a última etapa de um processo gradativo de reforma do criminoso, é inconcebível, diante do direito penal moderno, que o condenado obtenha o livramento condicional sem antes passar pelas etapas anteriores, ou seja, os regimes semi-aberto e o aberto.

Note-se que com isso não queremos afirmar que a obtenção do benefício do livramento condicional pressuponha sempre a permanência do condenado em todos os regimes de pena anteriores. É sabido que, diante do grande acúmulo de processos nas Varas de Execuções Penais, muitos condenados, na prática, não obtêm qualquer benefício de progressão, obtendo diretamente o livramento condicional. A Lei 8.072/90, por assim dizer, oficializou essa forma equívoca de cumprimento de pena, fazendo com que o condenado, de um dia para o outro, obtenha sua liberdade antecipada.

Não há o que se discutir. Nosso Código Penal adotou o sistema progressivo mitigado, que, conforme lição do saudoso Heleno Fragoso, “se destina a estimular o bom comportamento do preso, mantendo a disciplina e a ordem nas prisões”, “procurando estimular a recuperação social do condenado” (*in Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral do Código*, Forense, 10ª edição, p. 307).

Quanto ao livramento condicional, temos ainda que, consoante dispõe o art. 83 do C.P., alterado parcialmente pela Lei 8.072/90, que acrescentou o inciso V, para que se conceda tal benefício, é condição *sine qua non*, o

“III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto”.

Na hipótese da prática de crime doloso cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, constitui ainda requisito indispensável a realização de exame criminológico, que constate as condições pessoais do criminoso que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir, conforme o § único do art. 83.

Então, em face do que dispõe o novo diploma legal, pergunta-se: se a Lei 8.072/90 suprimiu todas as etapas de cumprimento de pena a não ser a derradeira, como se realizar o exame criminológico? Será muito difícil, para não dizer impossível, a apreciação das condições pessoais do condenado enquanto ele estiver recluso em completo isolamento, em presídio de segurança máxima ou média.

V — Da Inconstitucionalidade

Como já se afirmou, o Princípio da Proporcionalidade dos Meios e o Princípio da Danosidade Social que derivam do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, exige, segundo Juarez Tavares, *in verbis*, que:

“os meios empregados pelo direito para punir o criminoso ou para intervir na vida privada” devem ser “proporcionais ao dano causado ou posto em perigo de causação pelo autor do fato, considerado como criminoso”. (op.cit.) (grifo nosso)

É inquestionável que o bem jurídico tutelado pelo art. 121 (vida) é infinitamente superior ao tutelado pelos arts. 214 e 215 (liberdade sexual), razão por que as penas cominadas DEVEM SER PROPORCIONAIS AO DANO CAUSADO, não se admitindo que se punam os três delitos de forma idêntica, para não dizer de modo até mais severo, se tivermos em vista a execução da pena.

Para finalizar, registre-se que uma das características da pena, segundo Antolisei, é justamente em ser proporcional ao crime. (*cf.* Damásio E. de Jesus, *op.cit.*)

VI — Conclusões

Não tenho dúvidas de que o legislador equivocou-se. É por demais evidente que o tratamento não pode ser igual. Aquele que mata deve ser mais duramente castigado do que aquele que estupra ou que atenta violentamente contra o pudor.

Bem sabemos das graves conseqüências resultantes de crimes contra a liberdade sexual praticados contra uma criança, e contra pessoas por qualquer forma debilitadas, hipóteses que devem ser apenadas com maior rigor.

Nesse ponto o legislador mais uma vez se equivocou pois, com o advento da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em caso de se tratar o ofendido de menor de 14 anos, as penas passaram a variar de quatro a dez anos para o estupro, e de três a nove anos para o atentado violento ao pudor. Ora, como a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, não revogou a Lei 8.069, de 13 de julho do mesmo ano, pois a segunda, apesar de posterior, por ser norma geral, não revogou a primeira, de caráter especial, uma vez que a ela não se referiu, temos hoje a seguinte situação: se o ofendido for menor de 14 anos, a pena a ser aplicada será menor!

Urge, por conseguinte, a reforma imediata do texto legal. Enquanto isso não acontece, a solução que nos apresenta mais justa é a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Lei 8.072/90, no que se refere aos aspectos aqui apresentados, aplicando-se os arts. 213 e 214 do Código Penal, em sua redação original, que já prevêem penas elevadas. Não se pode perder de vista que a imposição de pena está condicionada à culpabilidade do agente, e que a quantidade de pena a ser imposta prende-se ao grau de censurabilidade da conduta.

*SERGIO ANTONIO DE CARVALHO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
