

Estupro e atentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos?

79

DAMÁSIO E. DE JESUS
Professor de Direito Penal

Há duas orientações:

1ª) O estupro e o atentado violento ao pudor, em suas formas típicas simples e na hipótese de violência presumida, não são delitos hediondos, qualificação legal que somente os alcança quando deles resulta lesão corporal de natureza grave ou morte (art. 223, *caput* e parágrafo único). Por isso, aos tipos fundamentais e de violência ficta não se aplicam os gravames da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), como o referente ao cumprimento da pena, que deve ser, *inicialmente* e não *integralmente*, em regime fechado, admitindo-se a progressão, desde que satisfeitos os requisitos do art. 112 da LEP. Trata-se de orientação majoritária.

Precedentes:

Supremo Tribunal Federal: HC 78.305, MG, j. 8.6.99, rel. ministro NÉRI DA SILVEIRA, *DJU* 1º.10.99; HC 80.223, RJ, j. 15.8.2000, rel. ministro NÉLSON JOBIM, *DJU* 13.10.2000; HC 80.479, 2ª Turma, rel. ministro NÉLSON JOBIM, j. 5.12.2000, *Informativo STF*, 4-8.12.2000, nº 213, p. 2; HC 80.353, 2ª Turma, rel. ministro MAURÍCIO CORRÊA, j. 24.10.2000, *DJU* 15.12.2000, p. 65 e *Informativo STF*, 11-15.12.2000, nº 214, p. 3. No citado HC 78.305, MG, j. 8.6.99, o relator, ministro NÉRI DA SILVEIRA, esclareceu: “Para que o atentado violento ao pudor possa ser classificado como crime

Cad. Jur., São Paulo, v. 3, n. 7, p. 79-83, jan./fev.-2002

hediondo, nos termos da Lei nº 8.072/90, é necessário que do fato resulte lesão corporal grave ou morte” (2ª Turma, DJU 1º.10.99).

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial 172.524, 6ª Turma, rel. ministro FERNANDO GONÇALVES, DJU 30.11.98, p. 218; HC 10.260, 6ª Turma, rel. ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 21.9.99; HC 12.999, SP, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 7.11.2000; HC 9.937, 6ª Turma, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 14.12.99, DJU 4.9.2000, p. 195; HC 12.442, rel. ministro ÉDSON VIDIGAL, DJU 18.12.2000, p. 220; RHC 10.427, 6ª Turma, rel. ministro HAMÍLTON CARVALHIDO, j. 19.10.2000, DJU 18.12.2000, p. 241. O ministro FERNANDO GONÇALVES, da 6ª Turma, no HC 10.287, j. 7.10.99, deu o fundamento da orientação: “Nos termos do art. 1.º, V, da Lei nº 8.072/90, somente quando há violência real (lesão corporal grave ou morte) é que se considera hediondo o estupro ou atentado violento ao pudor, motivo pelo qual, na espécie, perpetrados esses delitos nas suas formas simples (arts. 213 e 214), há possibilidade de progressão do regime prisional” (DJU 12.6.2000, p. 136).

No sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, em suas formas típicas com violência presumida (CP, art. 224), não são delitos hediondos: *Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial 263.620, 5ª Turma, rel. ministro GILSON DIPP, j. 24.10.2000, DJU 4.12.2000, p. 92 (estupro); HC 12.442, rel. ministro ÉDSON VIDIGAL, DJU 18.12.2000, p. 220; RHC 10.427, 6ª Turma, rel. ministro HAMÍLTON CARVALHIDO, j. 19.10.2000, DJU 18.12.2000, p. 241; TJ de São Paulo: Apel. Crim. 291.954, 3ª Câmara Crim., rel. des. WALTER GUILHERME, j. 21.3.2000, RT, 780:598. Contra, entendendo que o atentado ao pudor presumido é delito hediondo: TJ do Pará, Agravo em Execução 39.208, 3ª Câmara Isolada, rel. des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, j. 26.5.2000, RT, 780:659.*

2ª) O estupro e o atentado violento ao pudor, cometidos com violência real, são delitos hediondos em suas formas típicas simples e qualificadas. Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial 271.107, 6ª Turma, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 16.11.2000, DJU 4.12.2000, p. 114; Recurso Especial 271.176, 6ª Turma, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 16.11.2000, DJU 4.12.2000, p. 115 (estupro); Recurso Especial 271.124, 6ª Turma, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 16.11.2000, DJU 4.12.2000, p. 115; Recurso Especial 271.167, 6ª Turma, rel. ministro VICENTE LEAL, j. 16.11.2000, DJU 4.12.2000, p. 115.5; Recurso Especial 271.975, 5ª Turma, rel. ministro FÉLIX FISCHER, j. 7.11.2000, DJU 11.12.2000, p. 231; Recurso Especial 274.270, 5ª Turma, j. 7.11.2000, rel. ministro FÉLIX FISCHER, DJU 11.12.2000, p. 232; Recurso Especial 274.203, 5ª Turma, j. 7.11.2000, rel. ministro FÉLIX FISCHER, DJU 11.12.2000, p. 232. O ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, no HC 14.287, da 5ª Turma do STJ, j. 17.10.2000, v. u., esclareceu: “O STJ tem decidido ultimamente, e com acerto, no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na modalidade ficta, ou seja, com violência presumida, não são considerados hediondos porque não estão abrangidos pela Lei nº 8.072/90, de modo que não pode incidir a regra proibitiva da progressão de regime inserta na lei. Porém, não se pode confundir violência presumida com a não-ocorrência do resultado lesão corporal grave ou morte. O fato de a condenação por estupro e atentado ao pudor, na sua forma básica, ou seja, sem ter resultado lesão corporal grave ou morte, não conduz à conclusão de que os crimes foram cometidos com violência presumida. Por outro lado, não se pode afirmar que somente há violência real quando do fato resultar lesão grave ou morte. Estupro e atentado violento ao pudor, na sua forma fundamental, descritos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, são cometidos mediante violência ou grave ameaça. Logo, é possível que o agente empregue violência real e dessa resulte apenas lesão corporal leve. Nesse caso, jamais se poderá afirmar que não houve violência real, nem tampouco que o

crime não seja hediondo. Como se vê na Lei nº 8.072/90, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos tanto na sua forma básica quanto na forma qualificada prevista no art. 223 do Código Penal” (site do STJ, Notícias, 1º.12.2000). É posição minoritária.

A doutrina se posiciona no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, são também hediondos: DELMANTO, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro, Renovar, 5ª ed., 2000, p. 412 e 417; PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, São Paulo, Saraiva, 1991, vol. 3, p. 4 e 5; ALBERTO ZACHARIAS TORON, *Crimes hediondos*, São Paulo, RT, 1996, p. 99; LUIZ REGIS PRADO e CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Código Penal Anotado*, São Paulo, RT, 2ª ed., 1999, p. 694 (parte anotada por CEZAR ROBERTO BITENCOURT); MIRABETE, *Código Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 2000, p. 1.268, nº 214.5 (referindo-se ao atentado violento ao pudor); MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, São Paulo, Atlas, 1998, I:135, nº 3.6.22; JOÃO JOSÉ LEAL, *Crimes hediondos*, São Paulo, Atlas, 1996, p. 24 e 76; ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Aspectos da Lei dos Crimes Hediondos*, Justiça Penal, São Paulo, RT, 1993, p. 70, nota 2; ANTONIO JOSÉ MIGUEL FEU ROSA, *Direito Penal*, Parte Especial, São Paulo, RT, 1995, p. 545. É também a nossa posição: *Código Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 10ª ed., 2000, p. 700. *Contra*, no sentido de que o estupro e o atentado violento ao pudor, em sua forma típica simples, não são hediondos: ALBERTO SILVA FRANCO, *Crimes hediondos*, São Paulo, RT, 4ª ed., 2000, p. 235, nº 2.00.

De recordar a origem da Lei nº 8.072/90 e as peripécias do legislador.

Em meados de agosto de 1989, fomos convidados pelo sr. ministro da Justiça SAULO RAMOS para integrar o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Na reunião de 30 de agosto, recebemos a incumbência de elaborar a minuta de um Projeto de Lei definindo os crimes hediondos, referidos na CF (art. 5º, XLIII). A idéia de adotar-se o critério legal ou objetivo, e não o judicial, partiu do Ministério da Justiça e nos foi comunicada em reunião que mantivemos com o dr. RONALDO MARZAGÃO. Na mesma oportunidade, comunicou-nos que o sr. ministro da Justiça desejava que a redação do elenco dos delitos hediondos fosse muito clara, com o *nomen juris* de cada um e o número do artigo de lei respectivo. Na minuta, adotando um sistema misto (legal e judicial), colocamos o nome comum do delito, como latrocínio, seguido, entre parênteses, da norma incriminadora correspondente (art. 157, § 3º, *in fine*). Elaboramos o seguinte texto:

“Art. 1º São considerados hediondos:

I – os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro com resultado morte (art. 159, § 3º), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 c/c. o art. 285, todos do Código Penal) e o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados;” (critério legal).

“II – os crimes que, praticados com violência à pessoa, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, provoquem intensa repulsa.” (critério judicial).

Na reunião de 11 de setembro, nossa proposta foi aprovada com alterações, resultando a seguinte redação:

“Art. 1º São considerados hediondos:

I – os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 c/c. o art. 285), todos do Código Penal, e o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados;
II – os crimes praticados com violência à pessoa, que provoquem intensa repulsa social, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, segundo decisão fundamentada do Juiz competente.”

De notar-se que o inciso I, na nossa redação original e na aprovada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, não contemplava o estupro nem o atentado violento ao pudor. A razão reside em que esses delitos, em sua forma simples, na nossa opinião, *nem sempre* são hediondos. O fato pode, entretanto, pela sua gravidade objetiva ou maneira de execução, amoldar-se ao inciso II. Suponha-se que uma quadrilha assalte uma residência e um dos agentes, na frente dos pais, empregando violência física, estupe a filha menor de idade. Para nós, trata-se de crime hediondo. Imagine, em outro caso, que o namorado, mediante violência física, “roube” um beijo lascivo à amada. Segundo cremos, é difícil acreditar que cometeu um crime hediondo. Foi por isso que colocamos no inciso II os delitos que, praticados com violência física a pessoa, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, provoquem intensa repulsa.

82

A Lei nº 8.072/90, contudo, alterado o nosso Projeto pelo legislador fantasma, que nunca consegui identificar, e aplicando um sistema estritamente legal, assim apresentou o elenco dos delitos hediondos em seu art. 1º:

“São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, in fine), extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, caput e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, caput e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270 c/c. o art. 285), todos do Código Penal (Dec.-lei nº 2.848, de 7.12.1940), e o de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados;” (critério legal).

Tempos depois, surgiu a Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, alterando a redação do art. 1º da Lei nº 8.072:

“São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.-lei nº 2.848, de 7.12.1940 – Código Penal, consumados ou tentados:”

(...)

V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);

VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único);”

De ver-se que, enquanto a Lei nº 8.072 mencionava, referindo-se ao crime de estupro, o “art. 213, caput e sua combinação...”, a Lei nº 8.930 omitiu o *caput*: “art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único” Daí a interpretação de que, na lei nova, o estupro simples não é hediondo, assim qualificando-se somente quando resultando morte ou lesão corporal de natureza grave.

Acresce lembrar que o art. 263 da Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), de 13 de julho de 1990, criou um famigerado parágrafo único aos arts. 213 e 214 do CP, agravando a pena do estupro e do atentado violento ao pudor quando cometidos contra menor de 14 anos de idade. O legislador da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, alguns dias depois da promulgação do ECA, pela razão de o art. 213 possuir *caput* e parágrafo único, referiu-se somente àquele (*caput*), talvez diante da crítica de que a pena da forma qualificada era menor do que a imposta ao tipo simples. A Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, em face da pacífica doutrina e jurisprudência no sentido de que os arts. 213 e 214 não possuíam parágrafos únicos, mencionou apenas “art. 213”, excluindo a desnecessária referência ao *caput*. Posteriormente, o parágrafo único do art. 213 (como também o do art. 214) foi revogado pela Lei nº 9.281, de 4 de junho de 1996.

De jus constituto, cremos que a Lei nº 8.072/90 é clara ao fazer referência aos nomes dos delitos e respectivos dispositivos: crimes de “estupro” e “atentado violento ao pudor”, previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Lembrou-se o legislador das formas qualificadas pelo resultado do art. 223, *caput* e parágrafo único. Por isso, depois de indicar o *nomen juris* e o número das disposições incriminadoras, mencionou as figuras qualificadas. Não diz, por exemplo, “estupro **em** sua combinação com o art. 223”, mas “estupro **e** sua combinação...” (destaque nosso). Quer dizer, crime de estupro simples e qualificado.

Em suma, analisando o texto legal (*de jus constituto*), consideramos o estupro e o atentado violento ao pudor, na forma simples, delitos hediondos. *De lege ferenda*, pensamos que a simples qualificação legal desses delitos, *a priori*, não deveria conduzi-los à hediondez, dependendo de uma apreciação judicial *a posteriori*.