



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE FORMAÇÃO-2008

Quanto vale o estupro?

Uma análise do entendimento do STF acerca da
hediondez do crime de estupro nas formas simples e
qualificada

**MONOGRAFIA APRESENTADA COMO REQUISITO
PARCIAL À CONCLUSÃO DA ESCOLA DE FORMAÇÃO
ORIENTADORA: PROFESSORA MARTA SAAD**

2008

ISADORA BRANDÃO

Índice

Capítulo Metodológico

.....4

Introdução

.....18

Capítulo 1 : Lei de Crimes Hediondos ou Lei "hedionda"?

.....19

1.1 A origem dos crimes hediondos

1.2 O que é crime hediondo?

1.3 Funcionalismo X Essencialismo

Capítulo 2: A hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada

.....32

Capítulo 3: Quanto vale o estupro? Uma análise do bem jurídico tutelado pelo tipo penal

.....44

3.1 O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

3.2 A causa de aumento da pena do art.226,III

3.3 Estupro e Atentado violento ao pudor: mesmo bem jurídico?

Capítulo 4: Quanto vale o estupro? Uma análise dos elementos nucleares do tipo penal

.....60

4.1 Violência e Grave ameaça

4.2 Violência real e Violência presumida

4.3 Lesão corporal leve, lesão grave, lesão gravíssima e lesão propriamente dita (ou é por quilo?)

Capítulo 5: Aspectos de política legislativa e o papel do STF

.....74

5.1 Proporcionalidade da pena e razoabilidade da política criminal da Lei de Crimes Hediondos: aspectos de política legislativa

5.2 O enfrentamento da violência contra a mulher e o papel do STF: aspectos de política legislativa

Capítulo 6: Breve relato histórico da discussão no STF acerca da atribuição da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada

.....85

Conclusão

.....89

Referências Bibliográficas

.....94

Anexo: Tabela Acórdãos

.....96

Quanto vale o estupro?

Uma análise do entendimento do STF acerca da hediondez do crime de estupro nas formas simples e qualificada

Metodologia

Neste capítulo metodológico, procurarei, inicialmente, explicitar para o (a) leitor (a) a concepção política e as premissas teóricas assumidas durante o desenvolvimento deste trabalho, as quais se fizeram presentes desde a delimitação do universo informativo de interesse, passando pela escolha do problema de pesquisa-o qual serviu como instrumento de análise e critério para a sistematização dos resultados encontrados - e, por fim, pela interpretação dos fatos selecionados, consubstanciada na conclusão. Posteriormente, similar esforço será empreendido no sentido de escancarar para o (a) leitor (a) os passos metodológicos que me conduziram ao longo do processo investigativo de que resultou a presente monografia.

Antecipo, desde já, que tais objetivos dificilmente serão de todo alcançados, não por deliberada desonestidade científica, mas pelo fato de que, ao longo de uma pesquisa, realizamos conexões que escapam do controle pleno da nossa própria consciência, inviabilizando a sua posterior descrição de maneira clara e objetiva num capítulo desta natureza.

Das premissas

Passo a destrinchar o processo de formulação da pergunta “Quanto vale o estupro?”, a qual pretendo responder, por via indireta, a partir da análise do entendimento do STF quanto à hediondez deste crime nas suas formas simples e qualificada.

A possibilidade de descrição do processo de elaboração da pergunta principal deste trabalho reflete o fato de que esta, longe se ser o ponto de partida da minha pesquisa, é produto: 1) da minha intenção, enquanto pesquisadora feminista, de dar visibilidade política à questão da violência contra a mulher, o que significa redimensioná-la a partir do conceito **de violência de gênero**, assim como 2) do meu interesse em verificar a ocorrência ou não, no âmbito do sistema punitivo institucionalizado, em particular do Supremo Tribunal Federal, do fenômeno da **duplicação da violência de gênero**, quando da ponderação de valores realizada pelos ministros e ministras para a determinação do regime penal aplicável aos agressores nos crimes de estupro, conforme sejam executados na sua forma simples ou qualificada.

A opção política feita neste trabalho no sentido de dar publicidade à questão da violência sexual contra a mulher, deslocando-a do universo privado para a esfera política, mediante a introdução do conceito de violência de gênero, não é arbitrária, pelo contrário, encontra respaldo na reivindicação do movimento feminista de politização do privado, bem como nos resultados de uma pesquisa empírica realizada por acadêmicas e militantes do movimento de mulheres e de direitos humanos que teve como objeto o estudo e análise de processos judiciais e acórdãos de estupro arquivados e publicados, respectivamente, entre janeiro de 1985 e dezembro de 1994, nas cinco regiões do Brasil.

A referida pesquisa, intitulada "Estupro: crime ou cortesia? Abordagem Sociojurídica de Gênero"¹ produziu algumas reflexões com base nos resultados obtidos, entre as quais 1) que o estupro não costuma ser cometido por indivíduos desconhecidos ou movidos por enfermo desejo sexual, pelo contrário, o perfil de agressor mais freqüente é composto por indivíduos de orientação e vida normais, socialmente próximos da vítima, como amigos, familiares e colegas de trabalho; 2) que réus e vítimas têm comportamentos referentes às suas vidas pregressas julgados durante o processo, sendo que no tocante às últimas há uma exigência de que estejam enquadradas no conceito de "mulher honesta"; 3) que a maioria absoluta das vítimas tinha menos de 18 anos e era virgem à época do estupro, sendo que muitas delas foram reiteradamente violadas por seus pais e padrastos desde crianças; 4) que, na maioria das agressões, não foram utilizados instrumentos como armas ou outros objetos potencializadores do constrangimento da vítima, sendo altamente provável que a maior força física do homem, aliada à intimidação pelo uso da violência psicológica tenham sido o principal fator determinante para neutralizar a capacidade de resistência da mulher ao domínio do seu algoz.

Às desmistificações proporcionadas pelos resultados da pesquisa empírica supracitada, acrescento as derivadas de outro estudo o qual constatou que "(...) o estupro, em vez de ser principalmente uma expressão de desejo sexual, constitui, de fato, o uso da sexualidade para expressar questões de poder e ira. O estupro, então, é um ato pseudo-sexual, um padrão de comportamento sexual que se ocupa muito mais com o *status*, agressão, controle e domínio do que com o prazer sexual ou a satisfação sexual. Ele é comportamento sexual a serviço de necessidades não sexuais."²

¹ Silvia Pimentel, Ana Lucia P. Schritmeyer, Valéria Pandjjarjian. Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sócio-jurídica de gênero. Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

² Estudo da autoria de Kolondy, Masters e Johson (1982, p.430-431), citado no artigo "Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?" escrito por Vera Regina Pereira de Andrade.

Com base na análise dos resultados apresentados pelos estudos mencionados, fica patente a necessidade, por mim levantada neste trabalho, de situar a violência do estupro num universo para além do estritamente sexual, compreendendo-o, não como um fenómeno esporádico perpetrado por indivíduos mentalmente perturbados, que ignoram princípios éticos e são imunes às funções inibidoras da pena, mas, diferentemente, como um produto extremado e habitual da violência de gênero. Este conceito, de acordo com a definição de Valéria Pandjjarjian, engloba a "violência física, sexual e psicológica contra a mulher, sendo manifestação das relações de poder historicamente desiguais estabelecidas entre homens e mulheres".³ Cumpre, para melhor entendimento do conteúdo semântico com o qual revisto esse conceito no presente trabalho, definirmos o termo "gênero".

O gênero deveria denominar, segundo Judith Butler, "o aparelho de produção, o meio discursivo/cultural através do qual a natureza sexuada, ou o sexo natural são produzidos e estabelecidos como pré-discursivos."⁴ Nesse sentido, as relações de gênero não atuam simplesmente oprimindo ou dominando mulheres "naturalmente" diferenciadas dos homens pelas suas especificidades sexuais e biológicas, pelo contrário, possuem um caráter formativo ou construtivo da hierarquia entre o masculino e o feminino, operando imediatamente na construção de papéis sociais hierarquizado, posto que diferentemente valorados, os quais retro-alimentam e naturalizam essas mesmas relações de poder.⁵

Ademais, a opção que faço pela utilização da categoria analítica "gênero", que emerge no Brasil na década de 1990⁶, se justifica pelo fato de que esse

³ Valéria Pandjjarjian. Os estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a mulher na legislação.

⁴ Adriana Piscitelli e Ana Maria Goldani. "A prática feminista e o conceito de gênero."pg. 27

⁵ Márcia Arán e Carlos Augusto Peixoto Júnior. "Subversões do desejo: sobre gênero e subjetividade em Judith Butler".Cadernos Pagu(28), janeiro-junho de 2007:129-147

⁶ Joana Maria Pedro."Traduzindo o debate:o uso da categoria gênero na pesquisa histórica"

mecanismo, através do qual as noções hierarquizadas do masculino e do feminino são socialmente naturalizadas de forma não-desinteressada, pode ser utilizado, na contramão, como instrumento de subversão dessas construções históricas, com vistas à promoção da igualdade de direitos, de condições e de oportunidades entre homens e mulheres, que depende, fundamentalmente, da redistribuição da riqueza material e dos meios de produção e gestão dessa riqueza bem como pela reinvenção dos símbolos e valores culturalmente arraigados. Dessa forma, é imperativo que fique claro que a apropriação do termo "gênero", neste trabalho, não se explica, apenas, por ser esta uma categoria útil de análise histórica e sociológica, na medida em que proporciona a desconstrução do discurso essencialista a respeito dos sexos a fundamentar a existência de relações desiguais entre homens e mulheres, mas significa chamar a atenção do leitor (a) para o caráter necessariamente instável das construções do masculino e do feminino, posto que socialmente produzidas, e, ao demonstrar a contingência inerente ao processo de reiteração das relações de gênero, pretendo potencializar o sentido da luta pelo empoderamento⁷ das mulheres.

Uma vez compreendida a violência sexual sofrida pela mulher como expressão da existência de relações desiguais entre os gêneros, cabe justificar o despertar do meu interesse em estudar, neste trabalho, a questão da duplicação da violência de gênero, utilizando como objeto de análise os

⁷ Entendo o empoderamento das mulheres, não como a substituição dos homens pelas mulheres no pólo opressor das relações de poder, ou seja, não defendo o machismo às avessas, denominado femismo. Pelo contrário, a expressão "empoderamento" é empregada para expressar o processo emancipatório pelo qual as mulheres passam a se perceber enquanto sujeitos políticos, passando a compartilhar com os homens os espaços públicos de decisão, a partir do questionamento da natureza androcêntrica do próprio poder instituído. A introdução das mulheres nos lugares de poder, nos quais vige (ao menos em tese) a racionalidade da utilidade pública, significa possibilitar a emergência de uma nova compreensão acerca dos problemas comuns, de um novo feixe de prioridades para as políticas públicas, bem como de uma outra forma de executá-las que seja positiva para a vida das mulheres. Isto significa fornecer condições materiais e econômicas e oportunidades sociais para que as mulheres tornem-se aptas a conduzir seus corpos e suas vidas autonomamente, pelo que se tornam protagonistas da sua própria história e da construção coletiva de um projeto de sociedade alternativo vigente, o qual se apropria da desigualdade existente entre homens e mulheres para justificar a sobre exploração de mulheres, notadamente as pobres e negras.

julgados do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, faz-se necessário, primeiramente, submeter à crítica do leitor o que se entende como duplicação da violência de gênero. Tal fenômeno se verifica quando o sistema penal, nos casos de violência sexual contra a mulher, duplica a violência por ela sofrida, ao exigir comportamentos desiguais de mulheres e homens com referência numa moral sexual que valora diferentemente as suas condutas, ou quando, nas palavras de Vera Regina Pereira de Andrade, “não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e gestão do conflito ou muito menos para a transformação das relações de gênero”.⁸

Caso extremamente emblemático de duplicação da violência de gênero é o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que data de 1974, no qual o Procurador de Justiça, na defesa do réu acusado de estupro, empregou a seguinte argumentação:

“Será justo, então, o réu Fernando Cortez, primário, trabalhador, sofrer pena enorme e ter a sua vida estragada por causa de um fato sem conseqüências, oriundo de uma falsa virgem? Afinal de contas, esta vítima, amorosa com outros rapazes, vai continuar a sê-lo. Com Cortez, assediou-o até se entregar (fls) e o que, em retribuição lhe fez Cortez, uma cortesia...(TJRJ, 10.12.74,RT 481/403)⁹

O “caso Cortez” é um exemplo cristalino da penalização institucional da mulher vítima de violência sexual. O pequeno excerto trazido ao conhecimento do (a) leitor (a) é suficiente para explicitar a submissão do comportamento sexual da vítima a um julgamento referenciado numa moral sexual que valora diferentemente as condutas de homens e mulheres, ratificando a estrutura opressora das relações de gênero. Trata-se, contudo, de um exemplo da

⁸ Davi da Paiva Tangerino. “Considerações criminológicas quanto o tratamento público da violência contra a mulher”. Mulher e Direito Penal Ed. Forense.2007.

⁹ Este caso inspirou a pesquisa “Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sócio-jurídica de Gênero”, de cujos resultados me valho neste capítulo.

década de 70, sendo pertinente buscarmos compreender de que forma e em que circunstâncias jurídico-penais a duplicação da violência de gênero ocorre hodiernamente, após a promulgação da Constituição de 1988, marco legislativo que assinalou a conquista de diversas reivindicações do movimento feminista¹⁰.

Dos passos metodológicos

No processo de escolha de um problema de pesquisa que atendesse à minha curiosidade de desvendar a forma e as circunstâncias jurídico-penais segundo as quais o fenômeno da duplicação da violência de gênero se manifesta hodiernamente e considerando a obrigatoriedade colocada para o desenvolvimento desta monografia de utilizar decisões do Supremo Tribunal Federal, elenquei 4 caminhos de pesquisa, dos quais 3 foram gradualmente descartados em face das limitações apresentadas pelo repertório de decisões disponibilizadas na página eletrônica do STF. Cumpre ressaltar que essas limitações não são necessariamente absolutas, posto que se colocaram para mim em face da utilização de termos de busca não exaustivos, os quais podem não ter sido os mais adequados para atingir um objeto de estudo que viabilizasse a minha pesquisa tanto em termos quantitativos, quanto em termos qualitativos. Além disso, a atualização constante do sítio eletrônico do Tribunal Constitucional, poderia viabilizar, pelo acréscimo de novas decisões, um estudo futuro nas áreas por mim especuladas.

¹⁰ No livro "Breve História do Movimento Feminista do Brasil" a autora, Maria Amélia de Almeida Teles, comenta que dos 559 deputados federais eleitos em 1986 para integrar a Assembléia Constituinte, apenas 26 eram mulheres, mas ressalta a expressividade desse número, considerando que 40 anos antes, a Assembléia Nacional Constituinte considerada a mais democrática da história do Brasil não havia contado com a participação de uma única mulher. De acordo com informações fornecidas pelo sítio da Câmara dos Deputados, em 1987, pela primeira vez em uma constituinte brasileira, foi permitida a elaboração de emendas populares, as quais eram transmitidas aos representantes congressuais para compor a Carta Magna, desde que subscritas por 30 mil assinaturas para cada proposta. As 26 deputadas federais que participaram da Constituinte (não havia nenhuma senadora eleita à época) propuseram um total de 3.383 ementas, das quais 972 foram aprovadas. Dentre as principais conquistas do movimento feminista na Constituinte de 1987 está o artigo 5º, inciso I que garantiu de forma expressa e em caráter inédito a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Estudei, primeiramente, a possibilidade de trabalhar a reprodução e legitimação dos estereótipos de gênero no STF tomando como referencial de análise, ou seja, como objeto de pesquisa, os julgados que versassem sobre o crime de posse sexual mediante fraude, tipificado pelo artigo 215 do Código Penal de 1940. O interesse pelo tema surgiu quando da análise do parágrafo único deste artigo que prevê aumento de pena para os casos em que o crime for praticado contra mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 anos. A construção da tipologia vitimal que é base para a imposição de um gravame ao agressor traz elementos que despertaram a minha curiosidade quanto ao seu fundamento. Primeiramente, a condição de “mulher virgem” poderia remontar a um estereótipo de vítima frágil, inocente, pura e casta. Em segundo lugar, a faixa etária na qual se enquadra a vítima foge daquela que motivaria a adoção de presunção de violência absoluta, com base na noção de incapacidade para discernir a respeito do exercício da sua sexualidade e do domínio sobre o próprio corpo, posto que a vítima seria maior de 14 anos. Até a promulgação da Lei 11.106/2005, o crime de posse sexual mediante fraude era previsto com base na seguinte redação: “ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude.” Embora a nova Lei tenha retirado do núcleo essencial do tipo o conceito de “mulher honesta”, me pareceu que tal valoração acerca do comportamento sexual da vítima permanece presente, ainda que sutilmente, nos mencionados requisitos de aumento de pena presentes no parágrafo único do art. 215. Fiz uma busca no site do Supremo Tribunal Federal utilizando o termo “posse adj sexual adj mediante adj fraude” e obtive apenas 1 resultado, o qual discute a ausência de justa causa para iniciar ação penal e o poder de emendatio libelli do juiz. Procurei reduzir o termo de busca para “posse adj sexual” com o intuito de obter mais resultados, contudo, o site do STF selecionou apenas o mesmo acórdão rastreado pela busca anterior. Tal resultado, quer pelo seu conteúdo, quer pela sua quantidade, revelou-se insuficiente para proceder à análise proposta.

A outra possibilidade por mim aventada foi a de trabalhar com o caso de diminuição de pena previsto pelo parágrafo 1º do art. 121 do Código Penal

que, ao apenar o agressor que comete o crime compelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima, traz alguns resquícios do conceito banido de "legítima defesa da honra". Como os crimes de homicídio são julgados pelo Tribunal do Júri, só chegam ao STF recursos de decisões desse Tribunal quando a sentença por ele proferida for equivocada ou injusta no tocante à aplicação da pena. Em sede de julgamento de tais recursos, portanto, não se discute o mérito das decisões proferidas em 1ª instância, pelo que os acórdãos do STF seriam escassos de elementos para compor uma monografia sobre o tema idealizado.

Considerarei, ainda, a viabilidade de pesquisar acerca da descaracterização da presunção de violência nos crimes de estupro. Minha vontade era descobrir se, como fundamento para a relativização da presunção, estava presente uma tipologia vitimal voltada para a desqualificação da mulher agredida como premissa para o perdão do agressor. Fiz uma busca no site do STF utilizando o termo "estupro e presunção", da qual obtive 48 resultados e "estupro adj presumido", da qual obtive apenas 2 resultados. Li 10 dos acórdãos encontrados na primeira busca, aproximadamente 20%, e verifiquei que boa parte deles não discute a fundo os critérios para descaracterização da presunção. Pude encontrar, nos votos dos ministros, expressões como "meretrizes de portas abertas", que qualificariam vítimas "desmerecedoras" da presunção absoluta de violência, bem como alusões à "virgindade", ao "depravamento" e à "ingenuidade" das vítimas, ou ao fato de serem elas freqüentadoras de "ambientes corrompidos" e conhecedoras de "coisas da sexualidade", contudo, pela análise da amostra coletada, conclui (precocemente, confesso, mas em razão do tempo reduzido de que dispus para o desenvolvimento deste trabalho) que o conteúdo dos acórdãos não seria suficiente para fazer uma análise qualitativa mais aprofundada e, por isso, acabei por abdicar também deste tema.

A última possibilidade aventada, finalmente escolhida para o desenvolvimento desta monografia, foi a de analisar o entendimento do STF acerca da atribuição de hediondez aos crimes de estupro conforme se realizem na sua forma simples ou qualificada. A Lei de Crimes Hediondos, editada na década de 90, incluiu em seu rol os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, contudo, discute-se doutrinariamente se são hediondos apenas o estupro e o atentado violento ao pudor qualificados pelo resultado (lesão corporal de natureza grave ou morte) ou se devem gozar desse mesmo status os respectivos crimes nas suas formas fundamentais ou simples.

Destarte, no presente trabalho, me dedicarei a uma análise da ponderação argumentativa feita pelas ministras e pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos casos em que devem decidir sobre a aplicação do regime penal estabelecido pela Lei de Crimes Hediondos aos crimes de estupro, conforme tentados ou consumados na sua forma simples ou qualificada. Desta proposta inicial derivam questões subordinadas, mas não menos importantes, quais sejam: o deslocamento da hediondez para a forma qualificada de estupro, aquela da qual resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, poderia significar a retirada do núcleo essencial do tipo estupro da noção de "violência sexual", para compô-lo com base na noção de "agressão física"? Quais os elementos essenciais à configuração do crime de estupro? Qual o bem jurídico-penal tutelado por esse tipo penal? Em que medida a ponderação da sanção penal que deve ser atribuída às formas simples e qualificada do estupro implica na valoração do bem-jurídico tutelado por este tipo penal? Há uma tentativa de despenalização do crime com base no perfil de agressor traçado e na conduta da vítima? As pré-concepções morais dos ministros e ministras, quando (e se) explicitadas na interpretação de crimes sexuais, interferem na crítica à razoabilidade da política criminal instituída pela Lei de Crimes Hediondos?

A minha hipótese é a de que as respostas a essas perguntas desdobradas do meu problema de pesquisa tendem a revelar, ainda que indiretamente, a ocorrência da duplicação da violência de gênero e o que seria mais grave, na instância jurisdicional a qual incumbe a salvaguarda dos princípios

constitucionais, dentre eles o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, qual seja o Supremo Tribunal Federal.

A resposta afirmativa a essa hipótese, a qual só poderá ser obtida ao término deste trabalho, me permitiria concluir por uma possível ineficácia do clamor punitivo que tem conduzido o movimento feminista à defesa de um Direito Penal simbólico, ao qual caberia a função de reconhecer e ratificar o padrão ético feminista¹¹. Seguindo esse raciocínio, a pena funcionaria como um recurso retórico de inversão da lógica de legitimação social dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal (a qual se processa, originalmente, do corpo social para a pena).

Tal crítica se sustenta no fato de que o recrudescimento do tratamento penal aplicável aos perpetradores de crimes de estupro, que tem como marco legislativo a edição da Lei de Crimes Hediondos na década de 1990, representa a desumanização da pena, num claro abandono da “pretensa”¹² função garantidora do Direito Penal, o que poderia justificar os esforços dos julgadores (as), que entendem ser equivocada a política criminal referenciada pela “hedionda” lei, no sentido de afastar a sua incidência aos casos concretos. Dessa forma, o meio de evitar a punição do agressor pelo regime de tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos, sem violar o procedimento lógico-subsuntivo que se faz obrigatório na atividade jurisdicional, seria descaracterizar a situação típica de violência contra a

¹¹ Acerca da “função simbólica” do Direito Penal, acrescenta Vera Regina Pereira de Andrade: “Os movimentos que a sustentaram argüem não estar especialmente interessados no castigo, mas, fundamentalmente, na utilização simbólica do Direito Penal como meio declaratório de que os referidos problemas são tão importantes quanto os dos homens e pública ou socialmente intoleráveis. Ou seja, o que se busca com a criminalização destas condutas é, em primeiro lugar, a discussão e conscientização públicas acerca do caráter nocivo delas e, a seguir, a mudança da percepção pública a respeito”. “Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?”

¹² Neste ponto, ponho em dúvida a veracidade da função garantidora do Direito Penal com base no que diz Zaffaroni acerca da inversão das funções declaradas pelo Direito Penal, as quais constituem o seu fundamento de legitimidade: “A incapacidade/inversão garantidora significa que comparando-se a programação normativa do sistema penal, isto é, como deveria ser, de acordo com os referidos princípios garantidores, com seu real funcionamento, pode-se concluir que o sistema penal não apenas viola mas está estruturalmente preparado para violar a todos os princípios” (ZAFFARONI, 1991, p. 237 e 1989, p. 439)

mulher, numa flagrante demonstração de violência institucionalizada. Dessa forma, seria possível concluir que o emprego do paradigma da pena, quando não orientado por uma política criminal calcada nos direitos humanos e associada a uma rede de políticas públicas interdisciplinares capazes de atender às demandas das mulheres em situação de violência, bem como as de seus próprios agressores, pode intensificar, paradoxalmente, o tratamento institucional violento da violência de gênero.

Buscando responder à minha pergunta principal, a partir dos caminhos dedutivos viabilizados pelas respostas às perguntas dela desdobradas, empreendi a minha primeira busca ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, órgão que é objeto central da análise desta monografia. Digitei o termo “estupro e simples e qualificada” na área de pesquisa livre de jurisprudência, tendo obtido como resultado 14 acórdãos, todos eles habeas corpus. Ao proceder à leitura integral destes acórdãos, me deparei com várias citações de julgados anteriores, sendo que muitos deles eram invocados como exemplo de jurisprudência em sentido diverso do ratificado por estas decisões, sendo assim, entendi ser crucial, para uma compreensão mais global do assunto, a leitura das decisões precedentes mencionadas nos acórdãos. A partir daí, busquei os índices de jurisprudência citada que acompanham cada uma das ementas dos 14 acórdãos selecionados pelo sítio eletrônico. Com base na análise da ementa destes acórdãos, selecionei um conjunto de 11 acórdãos que guardavam relação de pertinência temática com o assunto da minha pesquisa. Continuei preocupada com a baixa representatividade da amostra de acórdãos que eu recolhi, desta vez, tendo como parâmetro os 400 resultados selecionados pela página eletrônica do Supremo Tribunal Federal a partir do termo “estupro”, digitado na área de pesquisa livre de jurisprudência¹³. Decidi, enfim, utilizar um termo de busca mais amplo, capaz de me fornecer um universo de decisões maior a ser acrescido ao já reunido.

¹³ O tempo fornecido para a realização desta monografia tornou inviável a leitura dos 400 acórdãos selecionados por esta busca. Além disso, todos os acórdãos anteriores à vigência da Lei de Crimes Hediondos não me seriam úteis, pelo que optei por combinar o termo “estupro” com a Lei de Crimes Hediondos.

Na quarta busca realizada na página eletrônica do STF, digitei o termo “estupro” na área de pesquisa livre de jurisprudência conjugando-o com a seleção da Lei de Crimes Hediondos de 1990 no setor de legislação, constante da área de pesquisa por campo específico. A página eletrônica do STF selecionou, a partir desta nova pesquisa, 57 acórdãos. Destes 57 acórdãos, 13 eram comuns aos selecionados pelas buscas anteriores, de forma que se fez necessário a leitura de apenas 44 deste total de 57. Através da leitura deste novo conjunto de acórdãos, atingi um conjunto de 69 (14+11+44) decisões que se citam mutuamente, o que me deu mais segurança para produzir conclusões com maior potencial de generalização, em função da maior representatividade da minha amostra de julgados.¹⁴

Vale ressaltar, a título de esclarecimento para o (a) leitor (a), que certamente há processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal cujos acórdãos não se encontram disponibilizados no sítio oficial deste órgão. Obviamente, eu não tenho qualquer controle sobre este processo preliminar de seleção das fontes de minha pesquisa, pelo que as defino como fontes de natureza derivada. Sequer é possível ter conhecimento dos critérios utilizados pelos organizadores da página eletrônica na seleção dos acórdãos que se encontram publicizados na internet. Sendo assim, o objeto sobre o qual realizarei esta pesquisa não apenas foi conformado por mim de acordo com critérios e metodologia próprias, as quais busco explicitar nesse capítulo, mas é também fruto da interferência dos organizadores do sítio do STF. Cumpre notar, além disso, que a seleção de acórdãos feita pelo sítio a partir dos termos de busca por mim utilizados baseia-se na identidade das palavras que compõem o termo de busca com as que constam das ementas dos referidos acórdãos. Nesse sentido, vale ressaltar que as ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal nem sempre correspondem a um resumo das questões de fato e de direito mais discutidas nos acórdãos, muitas vezes

¹⁴ Ao fim deste trabalho, há uma tabela com o detalhamento dos acórdãos utilizados para o desenvolvimento desta monografia.

refletindo a visão fragmentada e parcial do relator que a elaborou e, não raro, não integrou o bloco adepto da tese vencedora no julgado.

A partir da leitura dos referidos acórdãos¹⁵, elenquei alguns dos elementos argumentativos presentes nos discursos dos ministros e ministras do STF com base na utilização cumulativa dos seguintes critérios: 1) relação de pertinência com a minha pergunta principal e com os questionamentos dela desdobrados, cuja análise poderá levar à confirmação, à negação parcial ou à rejeição completa da hipótese estruturadora deste estudo e 2) frequência de aparição dos argumentos, sendo que a aplicação deste segundo critério esteve condicionada à satisfação prévia do primeiro. Utilizei o binômio problema de pesquisa/ hipótese como diretriz focalizadora da análise qualitativa empreendida sobre o discurso dos ministros e ministras do STF e também como base para a estruturação dos capítulos da minha monografia em temas e sub-temas, elencados no índice deste trabalho.

¹⁵ Importante deixar claro que não elaborei previamente uma lista-padrão com perguntas a serem respondidas com a leitura dos acórdãos, diferentemente, destaquei, com base em critérios que serão explicitados a seguir, elementos presentes na argumentação dos ministros e ministras, apenas depois de concluída a leitura do universo de decisões.

Introdução

Depois de explicitados para o (a) leitor (a) as premissas teóricas que adoto no desenvolvimento deste trabalho, os caminhos percorridos para a escolha da minha pergunta de pesquisa, qual seja “Quanto vale o estupro?” e os passos da busca empreendida ao sítio do Supremo Tribunal Federal, da qual resultou a seleção do meu objeto de pesquisa, procurarei, nesta introdução, ampliar a intimidade do (a) leitor (a) com a tensão que constitui o plano de fundo de toda a discussão a ser travada neste trabalho acerca da atribuição da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada.

Essa tensão se situa no contexto de um Estado Democrático de Direito, socialmente referendado com base na sua aptidão para garantir a homens e mulheres uma coexistência livre, participativa, materialmente equitativa e juridicamente segura e se manifesta na dificuldade enfrentada pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal para conciliar a exigência ética de criminalização dos crimes sexuais, a anacronia do vigente Código Penal de 1940, o qual tipifica o crime de estupro - flagrante crime de violência contra a mulher- no título VI “Dos crimes contra os Costumes” e a Lei de Crimes Hediondos, a qual põe em cheque o fundamento constitucional da intervenção penal pensada pelo legislador infraconstitucional.

É este o desafio que permeará as escolhas interpretativas, as ponderações de valores e bens jurídicos implicados no dimensionamento da gravidade do crime de estupro e a construção de um juízo de razoabilidade acerca da política legislativa instituída pela Lei de Crimes Hediondos feitas pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal quando do enfrentamento da questão relativa à atribuição do rótulo da hediondez ao crime de estupro simples.

Capítulo 1 : Lei de Crimes Hediondos ou Lei “hedionda”?

A origem dos crimes hediondos: breve histórico

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII, impôs ao legislador infraconstitucional a obrigação de criminalizar fatos, até então sem definição na legislação ordinária, os quais denominou de hediondos. Em relação a estes delitos futuros, os quais foram constitucionalmente equiparados à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo, a Constituição vedou a concessão de fiança, graça e anistia, pelo que criou um micro-sistema penal e processual penal distinto do até então elaborado pelo legislador ordinário. Contudo, não previu, a Carta Magna, um rol de bens jurídicos dignos da tutela penal recém-criada, deixando tal especificação a cargo do arbítrio do legislador penal. Para o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 76004/98), tanto o artigo 5º, XLIII da Constituição, quanto a horripilante Lei de Crimes Hediondos que dele é oriunda, são produto de momentos de irracionalidade repressiva produzida pelo terrorismo penal para cotejar uma opinião pública que ingenuamente crê na exacerbação enraivecida da resposta penal como meio de prevenção da criminalidade mais grave.

Pouco antes de completado um ano da promulgação da Constituição de 1988, o Ministro da Justiça encaminhou ao Presidente da República o projeto de lei elaborado pelo Conselho de Política Criminal e Penitenciária dispendo sobre os crimes hediondos. Cumpre ressaltar que entre as razões que acompanhavam o referido projeto, a justificar, inclusive, a celeridade com que foi elaborado, colocava-se a preocupação com a criação de instrumentos de

controle social que viabilizassem a "guerra contra o crime"¹⁶. Que crime? Que criminalidade?, poderia perguntar o (a) leitor (a) crítico em face da reprodução dos estereótipos que dividem a sociedade entre uma elite que nunca delinqüe, à qual caberia a proteção dos interesses coletivos nascidos de relações sociais materialmente democráticas e os inimigos da ordem social, com classe social e cor bastante definidas. Os referidos questionamentos, na medida em que nos permitem desnaturalizar o perfil de crime e criminoso engendrados na nossa sociedade de classes, escancaram a lógica não-neutra de incidência do aparelho repressivo estatal, fundamentada na tarja ou estigma social do autor e não na ocorrência do fato subsumível à lei penal, o que nos coloca em face do caráter seletivo do sistema penal. Essa premissa nos permitirá desenvolver um olhar mais crítico acerca dos interesses e pressupostos ideológicos que motivaram a edição da Lei de Crimes Hediondos na década de 1990.

Foi mola propulsora da elaboração da Lei 8.072/90, a Lei Crimes Hediondos, o pânico e a intranqüilidade social disseminados no seio da classe média urbana pela ação dos meios de comunicação em massa, mobilizados em face dos crimes de extorsão mediante seqüestro que haviam vitimado importantes figuras da elite econômica e social do país. A espetacularização midiática da violência urbana, na medida em que intencionalmente promoveu a exaltação despolitizada de perigos sociais que turbavam a sensação de segurança dos setores urbanos mais abastados, abriu caminho para os discursos em defesa do recrudescimento do aparato repressivo.¹⁷ Dessa forma,

¹⁶ As razões que acompanharam o projeto da Lei de Crimes Hediondos foram elaboradas pelo professor Damásio Evangelista de Jesus de acordo com o qual a "guerra contra o crime" encontrava a sua razão de ser no fato de que "a criminalidade violenta não diminuiu. Ao contrário, os índices atuais de roubos, estupros, seqüestros, etc, vêm intranqüilizando a nossa população e criando um clima de pânico geral. Urge que se faça alguma coisa no plano legislativo com o fim de reduzir a prática delituosa, protegendo os interesses mais importantes da vida social com uma resposta penal mais severa, um dos meios de controle desse tipo de criminalidade". Apud. Alberto Silva Franco. "Crimes Hediondos". 6ª Edição.p.91.

¹⁷ "Conforme salientado pela melhor doutrina, a Lei 8072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas a edição sob clima de emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade."(Marco Aurélio, HC 78.399/99)

a disseminação do medo, muito mais produto da comunicação do que de realidade, serviu como justificativa para que os adeptos do Movimento da Lei e da Ordem, numa perspectiva reducionista, deslocassem o problema sócio-econômico da violência urbana para o âmbito do maniqueísmo penal, adotando uma política de incremento dos tipos penais e de exasperação das penas como instrumento absoluto de combate ao inimigo. Trata-se, portanto, de nítida postura ideológica¹⁸ de caráter autoritário, marcada pela legitimação da violência penal como forma de controle, através da inibição gerada pela pena, dos conflitos sociais que ameaçam a estrutura de dominação de classes. É esta concepção funcional do Direito Penal, marcadamente simbólica¹⁹, que esteve presente no projeto que o Conselho de Política Criminal e Penitenciária, ainda em 1989, encaminhou para o Ministério da Justiça.

O Ministro Sydney Sanches (HC 81.410/2002) reproduz, na íntegra, artigo da autoria do professor Damásio de Jesus, no qual este relata que a diretriz emitida pelo Ministério da Justiça era a de que fosse adotado o critério legal ou objetivo e não o judicial, quando da definição de crimes hediondos. Havia, ainda, a exigência de que a redação do elenco de delitos hediondos fosse clara, contendo o *nomen iuris* de cada um, bem como o número do artigo de lei respectivo.

¹⁸ Em crítica à postura ideológica, representante de um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, gravada no casuísmo do legislador, Eros Grau se vale da contribuição teórica de Alberto Silva Franco : “não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na lei 8.072/90.” (Eros Grau, HC 82.959/06)

¹⁹ “Os crimes definidos como hediondos têm um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa e são resultado de uma política criminal fortemente simbólica. (Gilmar Mendes, HC 82.959)

O projeto final elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal, o qual restou aprovado pelo Ministério da Justiça, adotou um sistema misto²⁰, ou seja, combinou os critérios legal e judicial. Isto porque, para além de rotular como hediondos os crimes já tipificados pelo Código Penal, com a exceção do crime de genocídio, previsto por lei extravagante, no que acabou por preencher o primeiro critério, estendeu o conceito de crimes hediondos aos 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. Neste projeto de lei, não foram incluídos os crimes de atentado violento ao pudor e de estupro dentre os delitos enumerados por critério legal. Ressalta o professor Damásio, que participou da comissão de elaboração do referido anteprojeto, que tal opção deveu-se ao fato de que esta natureza de delitos nem sempre é hedionda²¹, o que não excluiria a possibilidade de que recebessem essa qualificação mediante a adoção de critério judicial que considerasse a gravidade objetiva dos fatos.

A Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), por iniciativa do "legislador fantasma", como o denomina o professor Damásio pelo fato de nunca ter

²⁰ "Art. 1º São considerados hediondos:

I- Os crimes de latrocínio (art.157, parágrafo 3, in fine), extorsão qualificada pela morte (art.158, parágrafo 2º), extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art.159), epidemia com resultado morte(art. 267, parágrafo 1º), envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte(art.270 c/c o art.285) todos do CP, e o genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei 2889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados."(critério legal)

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.(critério judicial)

²¹ Esclarece o professor Damásio Evangelista de Jesus: "Suponha-se que uma quadrilha assalte uma residência e um dos agentes, na frente dos pais, empregando violência física, estupre 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." Citado pelo Ministro Sydney Sanches, HC 81.410/02.

conseguido identificá-lo, acabou por adotar o critério estritamente legal²² para a definição de crimes hediondos, incluindo, dessa vez, dentre o seu rol, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.²³

Partindo da premissa de que a Lei de Crimes Hediondos foi editada sob a influência de forte apelo social e midiático no sentido de recrudescimento do tratamento penal destinado a crimes contra o patrimônio, desperta curiosidade a inclusão destes crimes sexuais no rol taxativo dos crimes hediondos. Uma possível justificativa²⁴ para a inclusão destes crimes sexuais no elenco legal de

²² "Não adotou o legislador a proposta de determinação da área conceitual de crime hediondo como sendo "todo delito que se pratique com violência à pessoa, provocando, pela gravidade do fato ou pela maneira de execução, intensa repulsa." Não consagrado critério judicial na definição do delito hediondo, preferiu o legislador o denominado critério legal, com a previsão, em *numerus clausus*, dos crimes assim qualificados" (Néri da Silveira, HC 81.288)

²³ Artigo 1º da Lei 8072/90, com as novas redações dadas pelas Leis 8.930/94 e 9.677/98: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, consumados ou tentados:

I-homicídio(art.121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, parágrafo 2º, I, II, III, IV e V).

*Artigo com redação determinada pela lei 8.930/94.

II-latrocínio(art157, parágrafo 3º, in fine)

III-extorsão qualificada pela morte(art.158, parágrafo 2º)

IV-extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art.159, caput e parágrafos 1º, 2º e 3º)

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)

VII-epidemia com resultado morte(art.267, parágrafo 1º)VII-A-(Vetado)

VII-B-falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais(art 273, caput e parágrafo 1º, parágrafo 1º-A e parágrafo 1º-B, com a redação dada pela lei 9677/98)

Parágrafo único: Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts 1º, 2º e 3º da lei 2889/56 tentado ou consumado.

²⁴ Esse exercício especulativo que faço não resulta de uma vontade de extrair a intenção do legislador escondida atrás do texto da lei.Muito pelo contrário, é motivado pela tentativa de realizar conexões, conforme lógica que me é própria, que ampliem a perspectiva cognoscitiva do

crimes hediondos está presente no Diário do Congresso Nacional, especificamente em declaração do Deputado Roberto Jefferson a transmitir tese do líder do PSDB "Há um clamor nacional em relação ao latrocínio. O estupro com lesão corporal, ou seguido de morte, tem tido enfoque muito relaxado por parte do Código Penal e da própria execução penal. Como o Congresso Nacional, de repente, vota uma lei somente relativa à extorsão mediante seqüestro, se ela importará apenas em proteção à camada mais rica da população?(...) "Por isso as lideranças de todos os partidos resolveram que fariam uma legislação mais ampla, que cotejasse entre os crimes hediondos não apenas a extorsão mediante seqüestro (...)"²⁵

Um outro ponto neste estudo que atraiu a minha curiosidade foi o fato de que, ao incluir o estupro e o atentado violento ao pudor no seu rol taxativo de crimes hediondos, a Lei 8.072/90 cominou para ambos os delitos penas idênticas, quer do ponto de vista quantitativo quer sob o enfoque qualitativo. A equivalência no tratamento penal destinado pela Lei de Crimes Hediondos aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor significou a homogeneização da gravidade objetiva destes delitos, em termos de lesão ou ameaça de lesão do bem jurídico em questão, bem como a igualização da dimensão de repulsa social que produzem quando perpetrados. Tal opção legislativa poderia indicar que se considera o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes da mesma espécie, marcados pela violação de um mesmo bem-jurídico, ou, simplesmente uma negligência no sentido de compreender a especificidade desses tipos penais, quer quanto ao sujeito passivo, que no estupro é necessariamente a mulher e no atentado ao pudor pode variar, quer

(a) leitor(a) sobre o assunto, fornecendo-lhe subsídios, portanto, para que desenvolva as suas próprias reflexões acerca do processo legislativo de que resultou a elaboração da Lei de Crimes Hediondos. Além disso, não teria qualquer sentido para mim a busca da intenção do legislador, enveredar por este caminho seria esvaziar o conteúdo do próprio regime democrático. Com efeito, o processo legislativo nada mais é do que um jogo democrático, sob a égide do pluralismo político, pluralismo este que se expressa no conteúdo das leis. Assim, dificilmente são elas produto de um consenso, no máximo resultam de negociações que longe de padronizarem as intenções acerca de um determinado dispositivo legal, conformam e estabilizam expectativas diferenciadas a seu respeito

²⁵ DCN 29.06.1990,p8.233, Apud, Alberto Silva Franco. "Crimes Hediondos".6ª Edição.p94.

quanto ao elementos objetivos da execução, pois o tipo estupro tem como requisito nuclear a cópula vaginal, diferentemente do tipo do atentado violento ao pudor que permite que uma série diversa de condutas seja enquadrada no conceito de ato libidinoso.

Para além das restrições estabelecidas pela norma Constitucional de criminalização dos crimes hediondos, a Lei 8.072/90 ampliou as restrições de natureza penal e processual penal aos perpetradores dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Nesse sentido, a título exemplificativo, dobrou a pena-base de reclusão cominada para as formas simples desses delitos, que passou de 3 para 6 anos e elevou a pena máxima de 7 para 10 anos; proibiu a concessão de indulto e, conseqüentemente, da comutação da pena; formulou uma causa de aumento de 50% das penas fixadas para estes crimes; excluiu a possibilidade de progressão no regime de cumprimento da pena²⁶; vedou concessão de liberdade provisória²⁷ e adotou o prazo de 30 dias , prorrogável por mais 30 para prisão temporária²⁸.

Ao trazer ao conhecimento do (a) leitor (a) os fatores históricos que concorreram para a edição da Lei de Crimes Hediondos, bem como alguns

26

a) "O parágrafo 1º, art.2º, contrariando consagrada regra sistemática alusiva à execução da pena, assentou a impertinência das regras gerais do Código Penal e da lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre os cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto, ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do quem linha, teve-se o condenado a um dos citados rimes como senhor de periculosidade ímpar."(Marco Aurélio, HC 78.393/99)

b) A Lei 11.464/07 alterou o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 para prever a possibilidade de progressão no regime de cumprimento de pena por crimes hediondos. Contudo, sujeitou os condenados por essa espécie de delito a requisitos temporais mais severos que os previstos pela Lei de Execução Penal (art. 112), pois enquanto esta prevê a transferência para regime menos rigoroso após o cumprimento de 1/6 da pena, a Lei 11.464/07 estabeleceu que a progressão ocorra após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.

²⁷ A Lei 11.464/07 também alterou a redação do art. 2º, inciso II, da Lei 8.072/90, tornando possível a concessão de liberdade provisória ao réu para apelar de sentença condenatória, quando da inexistência de motivação idônea para a prisão do paciente, bem como mediante o estabelecimento de outras condições que não a fiança.

elementos do micro-sistema penal e processual penal reforçado por esta lei a partir de um comando constitucional de criminalização, busquei respectivamente, contextualizar a política criminal expressa na Lei 8.072/90 e dimensionar o impacto da inclusão de tipos penais, especificamente do estupro, no rol dos crimes denominados hediondos, em termos da gravidade das restrições de direitos fundamentais imputadas ao condenado, portanto, sob uma perspectiva garantista do Direito Penal.

Essas conexões que procurei transmitir para o (a) leitor (a) ao longo deste tópico, quer estabeleçam relações necessárias de causalidade, quer não, foram feitas com o intuito de situá-lo na discussão que é travada no Supremo Tribunal Federal quanto ao conceito de crime hediondo.

O que é crime hediondo?

A pergunta que intitula este tópico, não obstante se expresse através de uma elaboração infantil e simplificada do pensamento, não poderia deixar de ser feita através destas palavras e neste capítulo que é o ponto de partida do estudo e da análise a serem desenvolvidos nesta monografia. A importância da adoção da pergunta "O que é crime hediondo?" não se justifica tanto pela necessidade de formularmos uma resposta contundente, incontroversa e definitiva para este questionamento, até porque tal construção não é pretensão minha neste trabalho e, ainda que o fosse, não seria viável, dado o baixo nível de profundidade teórica de que me valho para realizá-lo. Qual a utilidade de fazermos essa pergunta, então? Qual a importância estratégica deste questionamento para o desenvolvimento deste trabalho?

Em um primeiro plano, a pergunta "O que é crime hediondo?" consiste em um critério metodológico adotado para identificar quais são as premissas teóricas, as concepções de política criminal e as valorações éticas e morais que estão imbricadas na problematização feita por ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal com vistas à elaboração de definições plausíveis

para o termo "crime hediondo". Nesse sentido, quando perguntamos "O que é crime hediondo?" estamos fazendo um exercício centralizado de apreensão das diversas racionalidades de caráter jurídico-penal, bem como dos juízos de valor éticos e morais, de que se valem os ministros e ministras do STF para justificar as suas opções dentro de uma esfera conceitual possível para o termo "crime hediondo". Este exercício nos fornecerá, portanto, uma dimensão da forma particular com que o STF enfrenta a pergunta "O que é crime hediondo?".

Em um segundo plano mais genérico, esta pergunta é um dos elementos sopesados na balança, a qual é o arcabouço estrutural da ponderação que permeará todo este trabalho, daí a essencialidade desta. Explico-me: de um lado da referida balança está situada a pergunta principal deste trabalho, qual seja "Quanto vale o estupro?", do outro, situo a pergunta "O que é crime hediondo?". Para responder à pergunta "Quanto vale o estupro?", ou seja, com o objetivo de compreender o entendimento do STF acerca da relevância jurídico-penal do crime de estupro, bem como do bem jurídico por ele tutelado, o qual que se expressa no discurso que fundamenta a atribuição ou não da hediondez ao estupro simples, se fez necessária a admissão de uma pergunta secundária, a título de referência comparativa, no caso, "O que é crime hediondo?". Isto porque a noção de "valor" buscada no meu problema de pesquisa exige que se adote um parâmetro para que seja precisada, dado o seu caráter inerentemente relacional. Por fim, a ponderação a que me refiro é aquela que assinala a discussão acerca da atribuição ou não do rótulo da hediondez ao crime de estupro, conforme se realize na sua forma simples ou qualificada.

Comprovada a pertinência metodológica da adoção da pergunta "O que é crime hediondo?", na medida em que é estruturadora da análise de acórdãos desenvolvida neste capítulo e premissa para que se opere a ponderação acerca da caracterização do crime de estupro nas suas modalidades simples e qualificada como hediondo, adentraremos na discussão enfrentada pelos

ministros e ministras do STF para responder a pergunta “O que é crime hediondo?”.

Funcionalismo X Essencialismo

Em face da inexistência, a nível constitucional, de uma definição de crime hediondo e considerando que o legislador ordinário não estipulou características básicas para essa figura delituosa, como nos lembra o Ministro Néri da Silveira no HC 81.288, cujo julgamento foi remetido ao Plenário, a discussão em torno do conceito de crime hediondo ganha expressão no formato da dicotomia proposta pelo Ministro Nelson Jobim, entre funcionalismo, de um lado, e essencialismo, de outro. Vejamos.

O Ministro Néri da Silveira (HC 81.288/01), referindo-se à Lei de Crimes Hediondos, afirma a necessidade de “ver qual o sentido dessa Lei que escolheu alguns delitos para considerá-los hediondos”. Tal preocupação se justifica porque, para ele, o fato de um delito não ser considerado como hediondo não significa, necessariamente, dizer que ele não é grave. Nesse sentido, traz o exemplo do crime de roubo que, embora seja reconhecido como grave por todos, só é hediondo na sua forma qualificada. Seguindo raciocínio semelhante, o Ministro Sepúlveda Pertence, em sede do mesmo *habeas corpus*, adverte quanto ao perigo de se cair em uma discussão segundo a qual o antônimo de crime hediondo é um crime formoso. Para desconstruir tal dicotomia bastaria, segundo ele, considerar um crime ao qual se atribui a mesma pena mínima do homicídio qualificado e que, não obstante, não é hediondo.

O Ministro Nelson Jobim critica o Ministro Néri da Silveira baseando-se na premissa de que este estaria partindo de uma visão essencialista ao procurar saber o que é crime hediondo. Diferentemente, este se propõe a discutir como a lei quer tratar determinados crimes, posto que a nomenclatura hediondo é consequência de um tratamento e não de um essencialismo entre

ser ou não ser mais grave. Para Nelson Jobim, em questão de teoria da linguagem, qualquer tipo de teoria essencialista em relação a saber o que é, na realidade, hediondo, lhe é irrelevante. Dessa forma, se estaria diante de uma situação valorativa na qual se deve assumir, não uma visão realista da linguagem, mas meramente instrumental e funcional. Os crimes hediondos constituiriam, dessa forma, um elenco de ilícitos aos quais o legislador resolveu conferir um tratamento típico, sendo que ao julgador se coloca a tarefa de verificar a compatibilidade entre os diversos incisos, ou seja, entre os pressupostos para a incidência deste tratamento estatuído pela lei, independentemente de estar calcado nas escolas acadêmicas de Direito Penal simbólico ou garantista.

Em resposta à crítica feita pelo Ministro Nelson Jobim, o Ministro Néri da Silveira não só diz concordar com ela como aproveita para reafirmar o seu ponto de vista, notando que quando afirmamos que um crime, na forma simples, não está enquadrado "aqui", não se quer dizer que esse delito não seja grave, mas apenas que o sistema da lei não introduz a figura de crime simples, salvo quando o diz explicitamente.

A proposta feita pelo Ministro Nelson Jobim de se encarar o termo "hediondo" como expressão de um tratamento parece se coadunar com o que afirma o Ministro Sydney Sanches (HC's 81.287/02 e 81.410/02) quanto aos delitos contemplados no inciso XLVIII da Constituição e na chamada Lei de Crimes Hediondos. De acordo com ele, esses delitos tipificam condutas completamente dissociadas entre si, de natureza, motivação, conseqüências sociais e punições bastante distintas, do que deriva a diversidade de sua essência e a inviabilidade de qualquer generalização calcada em substantivismo.

Parece-me que a corrente funcionalista é a que prevalece no STF, ao menos entre os ministros que buscaram delinear a esfera conceitual do termo "crime hediondo". O Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288) afirma, ratificando esta corrente majoritária, que, no Brasil, crime hediondo não é o que no caso

concreto se mostra repugnante, asqueroso, depravado, horrível, sádico, cruel, por sua gravidade objetiva ou por meio de suas execuções, ou pela finalidade do agente, mas sim aquele definido de forma taxativa pelo legislador. Cumpre, pois, conforme resume o Ministro Néri da Silveira (HC 81.288/01), ter como crimes hediondos aquelas hipóteses contempladas em lei dotadas dessa qualificação, segundo política legislativa.

A questão que enfrentaremos no capítulo seguinte reside no fato de que, não obstante seja negada pelos ministros a adoção pelo legislador infraconstitucional de uma definição essencialista do que é crime hediondo, a previsão taxativa destes crimes no texto legal não foi suficiente para evitar a polêmica discussão que se instaurou no Tribunal acerca da caracterização do estupro como hediondo, conforme tentado ou consumado na sua forma simples ou qualificada. Tal fato deriva da controvérsia existente na interpretação do inciso V, art. 1º, da lei 8.072/90,²⁹ o qual faz referência ao crime de estupro. Considerando as graves repercussões na vida do condenado geradas pela aplicação judicial do tratamento penal previsto pela lei de Crimes Hediondos e a natureza flagrantemente violenta dos crimes de estupro, qual não será a surpresa do (a) leitor (a) ao verificar que grande parte do capítulo que se seguirá a este será estruturado com base na polêmica acerca da conotação semântica assumida pela conjunção “e” no dispositivo legal em questão.

Acórdãos citados neste capítulo ³⁰

HC 76.004/98

HC 78.399/99

HC 81.268/01

²⁹ Art.1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940-Código Penal, consumados ou tentados:

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

³⁰ Para consulta mais detalhada, vide tabela ao fim deste trabalho.

HC 81.287/02

HC 81.410/02

HC 82.959/06

Capítulo 2: A hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada

"O juiz julga, de acordo com a Constituição, as leis e sua consciência. Quando ele aplica a lei, não pode deixar de ter presente os fins sociais da lei e os interesses do bem comum. O juiz é também um promotor do bem comum. Quando se pretende fazer justiça, não se pode ignorar os interesses maiores do bem comum. Por isso a decisão judicial é complexa, porque o juiz há de tomá-la considerando de um lado o complexo normativo e de outra parte as conseqüências de sua decisão."(Néri da Silveira)³¹

Neste capítulo, procuro condensar a discussão feita pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação mais adequada da Lei 8.072/90, particularmente do texto que compõe o inciso V do seu art.1º, o qual define o estupro como crime hediondo.³² A polêmica intensamente travada no Tribunal quanto ao significado da conjunção "e", a qual integra o texto do referido dispositivo legal, não é, ao meu ver, expressão de discordâncias meramente semânticas, pelo contrário, entendo-as como expressão tímida da existência de pré-concepções divergentes acerca 1) da função e princípios que devem nortear o sistema penal num Estado Democrático de Direito e 2) da relevância jurídico-penal, moral e ética atribuída ao crime de estupro. Mais que isso, tal celeuma reflete o fato de que os ministros e ministras do STF, ao partir dessas duas premissas, sopesam-nas

³¹ Néri da Silveira. Justilex, ano 1, nº6, junho de 2002, Apud. Luiz Augusto Coutinho. "Estupro simples: crime hediondo ou hedionda aplicação a lei?". Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ano III, Nº15, Ago-Set 2002.

³² Vale ressaltar que a estrutura redacional utilizada pela Lei 8.072/90 para incluir o crime de estupro no rol de crimes hediondos foi exatamente a mesma utilizada para incluir o crime de atentado violento ao pudor neste mesmo elenco. Vide: Art.1º: São considerados hediondos (...): 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). Disso decorre que a linha argumentativa utilizada por cada um dos ministros para defender determinada interpretação do dispositivo legal que remete ao crime de estupro vale, igualmente, para o inciso que trata do atentado violento ao pudor e vice-versa.

diferentemente, do que decorre o dissenso quanto à caracterização como hediondo do estupro, conforme tentado ou consumado na sua forma simples. Dessa forma, este capítulo foi construído sob a perspectiva de quem procura enxergar a complexidade de fatores envolvidos no bojo do exercício interpretativo, condição para que o juiz dê conseqüência ao procedimento subsuntivo de aplicação da norma ao caso concreto, complexidade esta enfatizada pelo próprio Ministro Néri da Silveira na epígrafe. Portanto, se enfatizo a existência dessas pré-concepções que condicionam a atividade judicial de interpretação da lei é porque a concebo, não como tarefa autômata e neutra, a qual consiste em descobrir o sentido incontroverso da letra da lei, mas como atividade criativa de produção da norma que busca conciliar, ainda que não explicitamente, os elementos presentes na literalidade do texto legal com a concepção de justiça própria do julgador (a).

Na linha do que esclarece o Ministro Maurício Corrêa (HC 80.353/00), é sabido que acerca do tema há duas correntes doutrinárias antagônicas, ambas com representação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma que dá interpretação literal ao texto do artigo 1º, inciso V ³³, entendendo que tanto na forma simples, como na qualificada, o legislador considerou figurada a hediondez, visto haver usado a conjunção coordenativa aditiva “e” com o objetivo de ligar palavras independentes entre si; outra, desenvolvendo raciocínio diametralmente oposto, entende que só diante da qualificadora é que se tem o crime hediondo, posto que se assim não fosse, bastaria ao legislador mencionar o artigo 213, ³⁴sem qualquer referência ao 223³⁵.

O Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01) se localiza entre os adeptos da segunda corrente supracitada, defendendo, portanto, que o crime de estupro só recebe o rótulo da hediondez quando da violência intrínseca ao tipo

³³ Com a redação do art.1º dada pela Lei 8.039/94

³⁴ Art.213.Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena-reclusão de 6(seis) a 10(dez) anos.

³⁵ Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8(oito) a 12(doze) anos. Parágrafo único: Se do fato resulta a morte: Pena-reclusão, de 12(doze) a 25 (vinte e cinco) anos.

penal, resultar lesão corporal de natureza grave ou morte. Para justificar tal posição explica, a partir de uma interpretação literal e valendo-se do que leciona Alberto Silva Franco: o legislador deixou antes e fora do parêntese apenas o nomen iuris (estupro); abriu imediatamente o parêntese, significando que introduziu esclarecimento, ou seja, explicação a esse termo, por não lhe bastar a citação pura e simples do tipo penal. Aberto o parêntese, o legislador menciona o número do artigo (213), mas não é só o que pretende explicar, pois acrescenta "e sua combinação com o art.223, caput e parágrafo único". A novidade é a expressão "e sua combinação com", a qual, em virtude da conjunção aditiva "e" parece somar ao art. 213 as formas qualificadas do caput e do parágrafo único do art. 223. Contudo, tal expressão é a mesma de "combinado com", muito mais utilizada na linguagem jurídica, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Ademais, se a norma tencionasse qualificar como hedionda qualquer espécie de estupro, teria feito referência apenas e tão-somente ao tipo com a indicação isolada do dispositivo penal entre parênteses, tornando-se absolutamente desnecessária a explicação que, na lei vigente, acompanha o nomen iuris, qual seja, "e sua combinação com o art.223, caput e parágrafo único". Nesse mesmo sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 81.288/01) revela a sua dificuldade para entender a necessidade de fazer referência, para incluir mais um crime no rol infeliz dos crimes hediondos, à forma qualificada de um delito, se a forma simples já merecesse o fogo do inferno dos crimes hediondos.

Para o Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01), ainda que a simples interpretação literal do inciso em questão seja suficiente para respaldar a tese de que é adepto, na medida em que atribui à expressão "e sua combinação com" significado idêntico ao da expressão "combinado com", há a necessidade de não se ater à literalidade textual, mas de compreender a lógica da sistemática do nosso ordenamento jurídico-penal. Nesse sentido, denuncia a falta de razoabilidade, ante a axiologia jurídico-penal, de se atribuir a uma ação delitiva na figura simples, punível com reclusão de 06 a 10 anos, a mesma natureza hedionda da sua forma qualificada, punível com reclusão que

varia de 8 a 12 anos (quando dela resulta lesão corporal grave) ou de 12 a 25 anos (se dela resulta morte). Semelhantemente, o Ministro Marco Aurélio evoca a ordem natural das coisas para atestar a impossibilidade de se colocar na mesma vala o estupro, sem grave lesão e sem morte, e aquele com essas qualificadoras o que significaria, ademais, numa linha de raciocínio teleológico, dar ao preceito legal interpretação que leve à incoerência.

O próprio legislador, ao limitar a especial gravidade de alguns delitos a algumas de suas modalidades, como o fez com o crime de homicídio, o qual apenas é considerado hediondo quando praticado em atividade típica de extermínio ou se qualificado, revelou a intenção de distinguir, entre os crimes originários do mesmo tipo básico, aqueles cujas resultantes justifiquem a natureza hedionda. Nesse sentido, o legislador imputou a característica da hediondez apenas aos tipos penais gravíssimos em função do seu resultado. Recusa-se, inclusive, o Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01) a admitir como equiparáveis as hipóteses de violência sexual precedida de ameaça, indução ou seguida de leves danos físicos àquelas revestidas de qualificadoras gravíssimas como a morte ou lesões corporais danosas.

Ressaltam, ainda, os adeptos dessa corrente, entre eles o Ministro Cezar Peluso (HC 81.288/01), que as normas concernentes às tipologias dos delitos, notadamente as previstas pela Lei de Crimes Hediondos, por restringirem de forma especialmente severa os direitos fundamentais do réu, sujeitam-se à interpretação restrita, sendo vedada qualquer tipo de analogia ou exegese extensiva às formas simples em prejuízo dos acusados.³⁶

³⁶ Esclarece, o Ministro Cezar Peluso, as razões de sua convicção no sentido de que o estupro se caracteriza como hediondo apenas na sua forma qualificada : "O que me reforça o convencimento e, desde o princípio me revelou a atenção, foi a combinação de duas circunstâncias. A primeira, a imperatividade da interpretação restrita de normas que reduzam a amplitude de direitos fundamentais, *in casu* liberdade individual, sobretudo daquelas que instituem o mais rigoroso regime jurídico-penal vigente no país no país, as da Lei 8.072/90. A segunda, o fato mesmo de a discussão ter desnudado a complexidade e as dificuldades teóricas do tema, como tais de todo incompatíveis com a idéia de um sentido normativo claro, que prescindisse do recurso ao velho princípio da solução hermenêutica mais favorável à liberdade." E complementa "O acórdão proferido nos autos do HC 81.22 desenvolveu-se por longas setenta

Diferentemente, a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01), adepta da primeira corrente, sustenta que a intenção do legislador, ao utilizar-se da conjunção coordenativa aditiva “e”, foi considerar como hediondos 1) o estupro em sua forma simples;(2) o estupro de que resulte lesão corporal de natureza grave e (3) o estupro do qual resulte morte da vítima. Fortalecendo essa trincheira, o Ministro Ilmar Galvão (HC 81.288/01) afirma que, em obediência ao critério adotado pelo legislador, para incluir o estupro pelos tipos simples e qualificados, deveria ele ter consignado: estupro e nas formas qualificadas ou estupro, nas formas simples e qualificadas. Ocorre que da circunstância de o art. 223 e seu parágrafo não configurarem, propriamente, um tipo qualificado de delito, visto tratar-se de regra que, inserida nas disposições gerais do título relativo aos costumes, aplicável por isso a todos os delitos nele tipificado, se viu o legislador em dificuldade para nomear o delito pela sua forma qualificada, do que decorreu a não adoção do padrão redacional utilizado para os outros incisos do art. 1º da Lei 8.072/90 e o recurso à expressão “e sua combinação com...”. Após essa explicação, consigna o Ministro Ilmar Galvão que não há como entender que a expressão “e sua combinação com” valha o mesmo que “estupro combinado com” ou “estupro qualificado”.³⁷

Quanto ao argumento de que se buscasse a lei definir como crime hediondo a forma simples e qualificada do estupro, bastaria a referência à forma simples, defende o Ministro Carlos Velloso (HC 81.288/01) a sua improcedência, pois constitui princípio básico do Direito Penal a legalidade estrita, em tema de crime e de pena, portanto, não é condenável o excesso na tipificação. Esta é a razão pela qual, no âmbito penal, a adoção de fórmulas exaustivas é plenamente justificável, ainda que pareçam redundantes. Além

e sete páginas. Ora, ninguém alterca por quase oitenta páginas para provar o apodítico! Então, é que dúvida havia e, séria, devia resolvida pro libertare.(HC 81.288)

³⁷ Não obstante o voto do Ministro Ilmar Galvão, em sede do julgamento do HC 81.288/901 tenha reconhecido a hediondez do estupro, tanto na sua forma simples, quanto na sua forma simplificada, não deixa de expor, o Ministro, a sua preocupação com os efeitos possíveis dessa decisão . É o que se deduz da seguinte passagem de seu voto: “Considerando o Código Penal como se fosse o estatuto dos delinquentes, já poderão eles ver inscritas, no referido estatuto, nitidamente, novas regras, tais como: “mate,mas não estupre”, ou “mate,mas não beije”, o que mostra o absurdo criado pelo novel diploma.

disso, quando o legislador quis caracterizar como hediondas apenas as formas qualificadas dos delitos (extorsão, roubo, epidemia), o fez de forma clara. No caso do estupro, diferentemente, a expressão "e sua combinação" veio a expressar a extensão da adjetivação de hediondo também para as formas simples do tipo penal.

Valendo-se da análise sistêmica do art. 1º da Lei 8.072/90, ressaltam os defensores dessa corrente o especial repúdio gerado no corpo social pela perpetração do crime de estupro, quando comparado à dimensão social dos delitos aos quais o legislador atribuiu hediondez exclusivamente para a forma qualificada. Dessa forma, para a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01), a atribuição do rótulo da hediondez tanto ao estupro simples quanto ao qualificado se justifica pela gravidade desse crime que, além de provocar em suas vítimas seqüelas graves e de extensa duração, raramente é denunciado³⁸. De acordo com a Ministra, é possível afirmar com base científica que, excetuado o próprio homicídio, não há no Código Penal outra conduta que sujeite a respectiva vítima a conseqüências tão nefastas e tão prolongadas no tempo.

Para o Ministro Néri da Silveira (HC 81.288/01), o cerne da questão não está no reconhecimento da gravidade dos crimes de estupro, pois quando se chega à conclusão de que a forma simples não configura crime hediondo não se está negando a gravidade deste crime. O próprio sistema penal o considera tão grave quanto o homicídio simples e este último não é hediondo. Há, portanto, a necessidade de situar o crime de estupro no contexto da Lei especial que o menciona e, a partir disso, buscar entender a sistemática que a Lei de Crimes Hediondos quis estabelecer. Dessa forma, não caberia aos ministros e ministras, enquanto julgadores, o exame do aspecto de política

³⁸ A Ministra Ellen Gracie, no HC 81.288/01 alude ao resultado de pesquisas de que se valeu para proferir seu voto, segundo as quais "acredita-se que 12 milhões de mulheres a cada ano sejam vítimas de violência sexual em todo o mundo (BEEBE, 1998). A verdadeira incidência dos crimes sexuais é desconhecida, acreditando-se ser essa uma das condições de maior subnotificação e subregistro em todo o mundo. Nos EUA, calcula-se que apenas 16% dos estupros são comunicados às autoridades competentes"(NATIONAL CENTER, CRIME VICTIMS RESEARCH AND TREATMENT CENTER, 1992)

legislativa, mas sim do texto da lei e, nesse âmbito, ou seja, o da *lege lata*, lhe parece que todo o sistema da Lei de Crimes Hediondos quis contemplar exclusivamente as figuras qualificadas e não as simples, não porque estas sejam insignificantes, mas porque apenas aquelas se enquadrariam na gravidade máxima dos crimes hediondos.

Para além da imperatividade de se proceder a uma análise teleológica e sistemática da Lei de Crimes Hediondos, freqüentemente reivindicada pelos ministros para fazer reverberar os seus posicionamentos acerca da hediondez do estupro simples, está presente também, no conteúdo dos acórdãos, o esforço hermenêutico de extração da intenção do legislador consubstanciada na letra da lei. O Ministro Sydney Sanches (HC 81.287/02), diferentemente, propõe que se busque identificar a intenção do legislador a partir da análise do contexto histórico de elaboração da Lei de Crimes Hediondos. Nesse sentido, enfatiza a necessidade de considerar que a Lei 8.072/90 foi editada em um momento em que a sociedade clamava por uma punição mais severa, apta a refrear determinados tipos de crimes, tais quais o estupro e o atentado violento ao pudor. A visão segundo a qual as formas simples de tais crimes são hediondas não apenas coaduna com essa intransigência punitiva que marcou o contexto de edição da lei como prevaleceu durante uma década inteira, de forma que deve prevalecer com base numa análise histórica, teleológica e também gramatical.

Uma discussão travada secundariamente entre os ministros, mas ainda concernente à controvérsia relativa à caracterização como hediondo do estupro simples, diz respeito aos efeitos produzidos pela edição da Lei nº 8.930/94, a qual alterou a redação do art. 1º, inciso V, da Lei 8.072/90. Enquanto esta mencionava o crime de estupro em seu inciso V referindo-se ao “art.213, caput, e sua combinação com o artigo 223...” a nova lei excluiu o termo “caput” de forma a dar ao inciso V a seguinte redação: “art.213 e sua combinação...”. Da verificação dessa alteração surgiu o argumento de que a Lei 8.930/94, ao omitir o termo “caput” estaria passando a atribuir a

hediondez apenas ao estupro qualificado pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte. Tal entendimento é contundentemente refutado pela Ministra Ellen Gracie (HC 82.959/06) que esclarece que a existência da expressão "caput" se justificava pelo fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) havia introduzido no artigo 213 um parágrafo único, por meio do seu art. 263, que aumentava a pena cominada ao condenado por estupro de menor de 14 anos. Diante dessa alteração, tornou-se necessária a discriminação do texto legal do artigo 213 ao qual a Lei 8.072/90 pretendia se referir em seu art. 1º, inciso V, o que se fez mediante a utilização do termo caput. Ocorre que a Lei 8.072/90, que entrou em vigor no período da *vacatio legis* do Estatuto da Criança e do Adolescente, elevou a pena cominada ao estupro simples para além do patamar recém definido pelo ECA para a forma agravada pela idade da vítima. Sendo assim, pacificou-se na jurisprudência o entendimento de que a Lei de Crimes Hediondos revogou tacitamente o parágrafo único introduzido pelo ECA ao artigo 213, que tipifica o crime de estupro. De fato, como enfatiza a Ministra Ellen Gracie (HC 82.959/06), tais parágrafos introduzidos pelo ECA, se porventura aplicados levariam à situação paradoxal de reprimirem-se com menor severidade as violações praticadas contra menores do que aquelas que fossem perpetradas contra pessoas adultas, em clara contradição com o espírito inspirador da norma protetiva da infância. A Lei 8.930/94, portanto, ao alterar a redação da Lei de Crimes Hediondos, pela exclusão do termo "caput" do seu inciso V, art. 1º, não teria modificado o conteúdo desse dispositivo legal, o qual teria continuado a qualificar o estupro simples como crime hediondo, mas apenas deixou de fazer referência ao caput do artigo 213, porque ela tornou-se desnecessária em face da revogação tácita do seu parágrafo único. A Ministra conclui afirmando que o referido parágrafo, na realidade, nunca chegou a ser implementado, pois sua aplicação pelo julgador resultaria em solução aberrante do sistema de proteção ao menor.

A exploração que até aqui se viu dos argumentos de que se valem os ministros do STF para defender posições antagônicas quanto à hediondez do

estupro na sua forma simples muito provavelmente mostrou-se bastante enfadonha para o leitor(a). Confesso que a primeira leitura que fiz dos acórdãos, nos quais esse embate gramatical se apresentou, na maioria das vezes de forma central, despertou em mim semelhante tédio. Isso porque os conflitos, a primeira vista, são marcados por um apego excessivo à literalidade textual, a ponto de muitas páginas de habeas corpus terem sido dedicadas ao esforço de compreensão do significado da exclusão do termo “caput” do dispositivo legal alterado pelo legislador infraconstitucional e de outras inúmeras terem sido dedicadas à questão da ambigüidade da conjunção “e” na língua portuguesa. No que diz respeito a essa última questão chegou a Ministra Ellen Gracie a evocar o poema de Fernando Pessoa³⁹, no qual, segundo ela, restaria explicitada a possibilidade da conjunção “e” assumir tanto uma conotação aditiva, quanto uma conotação adversativa, porém, acabou por concluir pela impossibilidade de se fazer uma leitura do art. 1º, inciso V da Lei 8.072/90 substituindo o “e” por “mas” ou “porém”, do que conclui pelo significado inegavelmente aditivo da conjunção.

Feita a ressalva de que na área do Direito Penal vige o princípio da legalidade estrita, considerando o bem da vida em jogo, qual seja a liberdade individual e tendo em vista, ainda, a situação do sistema penitenciário brasileiro que põe em xeque a própria dignidade da pessoa humana⁴⁰, enfim, sem perder de vista a necessidade de se adotar uma postura de maior

³⁹ “Por isso, não tem importes com o que penso,

E muito embora o que eu te peça,

Te pareça que não quer dizer nada,

(...)Dá-me rosas, rosas

E lírios também.”

Fernando Pessoa. “Poesias de Álvaro de Campos”. Lisboa. Ática. 1964. p.102

⁴⁰ Considero a dignidade da pessoa humana como o princípio que dá univocidade de sentido a todos os outros direitos humanos, pela qual o homem deve sempre ser visto como fim em si mesmo, não como meio de realização de fins que lhe sejam alheios.

rigoriedade quando da interpretação do texto legal, privilegiando o princípio da legalidade estrita em detrimento da realização de analogias que estendam os conceitos abarcados pelos tipos penais e as penas a eles cominadas para situações fáticas semelhantes, me parece que a longa discussão no tocante à literalidade da lei, como fiz questão de frisar na fase introdutória deste capítulo, tem como plano de fundo a gravidade atribuída por cada um dos ministros ao crime de estupro e ao sistema repressivo instituído pela Lei de Crimes Hediondos.

De um lado, temos a ênfase quanto ao caráter nefasto e duradouro dos efeitos do crime de estupro em suas vítimas, assim como do repúdio engendrado no corpo social pela perpetração desse crime. Há que se falar ainda na alusão feita pelos ministros e ministra ao fato de que os crimes de estupro raramente são denunciados. Quanto a este argumento, acredito que ele é colocado no sentido de ampliar a responsabilidade dos julgadores (as) quando da produção das respostas penais adequadas aos casos concretos de violência sexual que atingem a sua jurisdição, depois de percorrido um longo caminho processual marcado pela exposição da vida íntima da vítima e pela necessidade de reiterada reconstrução da violência sofrida. Neste primeiro “tipo ideal”⁴¹ de sopesamento, o lado forte é a vítima.

Aqueles que entendem que o tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos é severo demais para incidir sobre um estuprador ou um condenado por atentado violento ao pudor,⁴² procuram, em seu discurso, através de um variado leque de vieses interpretativos, reduzir a gravidade desses crimes quando perpetrados em suas formas simples através da ênfase de suas formas qualificadas pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte. Nesse sentido, trabalham dentro da nuance entre o que é grave e o que

⁴¹ Faço o uso do termo “tipo ideal” porque o delineei com base na reunião da variedade de elementos argumentativos distribuídos desigualmente nos votos dos ministros e ministras. Fiz a opção metodológica pela adoção desse arcabouço tipológico dicotomizado para facilitar para o (a) leitor(a) a problematização do assunto abordado ao longo deste capítulo.

⁴² O qual pode vir a abarcar, no caso concreto, crimes de menor potencial ofensivo, como um beijo lascivo contra a vontade da vítima.

é gravíssimo; entre leves danos físicos e lesões corporais danosas; entre ameaça ou indução e violência real; num exercício de distinção retórica de pólos, carente, portanto, de qualquer embasamento fundado na sistemática jurídico-penal ou mesmo em dados empíricos acerca dos efeitos reais produzidos pelo crime de estupro em suas vítimas. Ainda, há uma ênfase quanto à severidade do tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos, associada a uma postura garantística que acentua os efeitos restritivos na esfera de direitos fundamentais do réu gerados por uma exegese extensiva, que vá além dos limites próprios e inflexíveis dos tipos penais e das sanções que conferem a eles poder prescritivo. O lado forte neste segundo tipo ideal⁴³ de sopesamento é o réu.

No capítulo anterior, discorri sobre o sistema penal e processual penal criado pela Lei de Crimes Hediondos, idealizado sob a égide do Direito Penal da severidade, no que acabei por fortalecer as teses humanísticas pró-réu. Destarte, considerado o esvaziamento da noção de gravidade, tão exaustivamente invocada para caracterizar o estupro e concomitantemente para distingui-lo de outros crimes que merecem qualificação penal diversa, procurarei, no capítulo seguinte, dar maior concretude a essa noção de gravidade do crime de estupro, a primeira vista consensual entre os ministros e ministras do STF,⁴⁴ dimensionando-a através da análise que estes fazem do bem jurídico tutelado por este tipo penal. Tal opção metodológica se justifica pela premissa que ora assumo de que o Direito Penal reage em nome da lesão a um bem-jurídico e que a retórica acerca da gravidade do crime de estupro é uma manifestação dessa reação à ofensa de determinado bem. Acredito que a partir da identificação do objeto lesado pela perpetração do crime de estupro teremos um subsídio concreto que nos auxiliará a compreender com base em

⁴⁴ Embora os ministros pareçam concordar quanto à gravidade do crime de estupro, tal convergência não é absoluta, na medida em que não implicou num consenso acerca da hediondez do estupro simples. Tal constatação é reflexo da existência de juízos diversos não somente em relação ao tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos, mas notadamente no que diz respeito à relevância jurídico-penal do bem que se entende lesado pela perpetração do crime de estupro. Daí decorre a opção metodológica pela análise do discurso dos ministros no tocante ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro.

que pressuposto se constrói o juízo de gravidade dos ministros acerca do crime de estupro. Mais que isso, esse estudo investigativo fornecerá ao (a) leitor (a) elementos objetivos para engendrar a sua própria visão crítica a respeito do quadro dicotômico por mim pintado, no qual, simplificada, esboço os 2 “tipos ideais” de um sopesamento que enfrenta o desafio de equilibrar, de acordo com as exigências do justo e do socialmente desejável, o valor do estupro com o peso do tratamento penal cominado aos perpetradores deste crime.

Acórdãos citados neste capítulo⁴⁵:

HC 80.353/00

HC 81.288/01

HC 81.410/02

HC 81.287/02

HC 82.597/03

HC 84.006/04

HC 82.959/06

HC 88.245/06

HC 89.554/07

⁴⁵ Para consulta mais detalhada aos acórdãos, vide tabela ao fim deste trabalho.

Capítulo 3: Quanto vale o estupro? Uma análise do bem-jurídico tutelado pelo tipo penal

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

A viabilidade do estudo investigativo a ser empreendido neste capítulo, o qual consiste na identificação da visão do STF acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro sustenta-se na vigência, em matéria de Direito Penal, do princípio da ofensividade, segundo o qual o controle social penal só deve intervir em face da lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos, ou, nas palavras do Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06), “como critério do que é punível”. Tais bens jurídicos são entendidos como relações sociais concretas de caráter sintético protegidas pela norma e nascidas da própria relação democrática como uma superação do processo que tem lugar em seu seio. No contexto de um Estado Democrático de Direito, esse princípio representa uma clara limitação à intervenção punitiva desse Estado, o qual tem a sua legitimidade estritamente condicionada à tutela de interesses ou condições que contemplem o conjunto da sociedade. É com base nesta exigência de que o Direito Penal não se transforme em instrumento frívolo e portanto autoritário de controle social que os ministros e ministras, ao produzirem a resposta penal adequada ao crime de estupro, buscarão legitimá-la com base na garantia da proteção do bem jurídico vital ao convívio em sociedade que restou vulnerado pela prática deste delito.

Sobre a limitação do poder repressivo estatal com base na exclusiva proteção de bens jurídicos, o Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06) salienta que existem duas indicações para determinação da área criminalizável, a qual assegura as condições para a vida em comum: 1) o princípio da liberdade e da tolerância, dos quais decorre a exclusão da legitimidade do Direito para tutelar

valores puramente morais, religiosos ou ideológicos, cujo desrespeito não cause verdadeiros danos sociais e 2) os princípios da imanência social e do consenso, critérios de determinação da área a criminalizar. Nesse sentido, o Direito não deve ser, pois- a razão jurídica não o permite, nem a moral o pretende –um instrumento de reforçado da moral, diferentemente, tem o dever, mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo danos que as pessoas podem causar umas às outras, sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis. A distinção entre uma ação delituosa e uma ação simplesmente imoral será tanto mais nítida em uma comunidade em que a laicidade inspira o pluralismo ideológico e impõe a não invasão da vida privada das pessoas, exceto quando para coibir condutas que prejudiquem terceiros.

A relevância da identificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do objeto lesionado pela perpetração do crime de estupro justifica-se pela premissa de que, na medida em que restar evidenciado o bem jurídico-penal que se tem como referência quando da alusão à gravidade deste crime, tornar-se-á possível compreender o significado real dessa adjetivação, quero dizer, os termos a partir dos quais ela é pensada: “em nome de que?” e “em nome de quem?”. Tal esforço elucidativo no sentido de compreender qual o paradigma de bem jurídico lesado e de sujeito vitimado a partir do qual os ministros dimensionam a gravidade do crime estupro encontra respaldo no fato de que a própria legislação penal vigente não é suficientemente esclarecedora ao determiná-los. Explico-me: o crime de estupro encontra-se tipificado no Capítulo I do Código Penal, o qual versa sobre os crimes contra a liberdade sexual. Ocorre que o referido Capítulo I é um desmembramento do Título VI, que dispõe sobre os crimes contra os costumes. Tal título referente aos delitos sexuais foi inserido no Código Penal de 1940 para substituir a rubrica “Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor”⁴⁶. Dessa forma, enquanto um dos tópicos tutela a moralidade pública sexual, atrelada a um padrão valorativo dos bons costumes, o outro parece consignar como bem digno de proteção penal a

⁴⁶ José Henrique Pierangeli. “Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. 2ª Edição. RT. 2001

autodeterminação sexual dos indivíduos.No primeiro caso, a intervenção punitiva se dá em nome da proteção do interesse da organização ético-social da família.No segundo caso, a tutela penal tem a sua razão de ser na garantia de uma esfera de concreção da liberdade individual. Ratificando a mencionada ambigüidade, o Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06) aponta que as teorias do bem jurídico, notadamente no tocante aos delitos sexuais, foram elaboradas com base na confusão entre Direito Penal, moral e religião. Vale-se ainda da contribuição doutrinária de Giovani Fiandaca, segundo o qual, é precisamente no campo dos delitos sexuais que se deve observar com mais rigor a separação entre Direito e Moral, pois quanto mais a vida de uma comunidade se inspira em preceitos universalmente aceitos, que fixam rigidamente até mesmo o âmbito das manifestações sexuais lícitas, mais forte será a tentação de identificar os delitos sexuais como delitos contra a moral e de fazer coincidir, dessa forma, crime e pecado.

Ainda que os referidos tópicos constantes do Código Penal estejam topograficamente dispostos de maneira hierarquizada, o que poderia nos levar a concluir pela prevalência de um sobre o outro⁴⁷, resta nítida a coexistência, não só no âmbito da legislação penal vigente, mas de forma extensiva, no histórico de desenvolvimento das teorias acerca do bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais, de racionalidades antagônicas a legitimar a intervenção do sistema punitivo e não vejo razão para supor que não estejam elas representadas na natureza do juízo de gravidade feito pelos ministros do STF no tocante ao crime de estupro.Vejamos.

De acordo com Ministro Néri da Silveira (HC 81.288/01) ninguém deixará de reconhecer a gravidade dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor como o são graves também as condutas que ferem os costumes e os padrões de moralidade do País. Embora o ministro seja da opinião de que o

⁴⁷ Reforçando a prevalência, no Código Penal de 1940, da tutela dos bons costumes sobre a da liberdade sexual, encontramos em sua exposição de motivos da parte geral do Código uma causa de extinção de punibilidade a qual consiste no subsequente matrimônio do agressor com a vítima em certos crimes contra os costumes. Vide. José Henrique Pierangeli."Códigos Penais do Brasil: evolução histórica"

estupro só se caracteriza como hediondo quando dele resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, enfatiza que crimes dessa natureza sempre são graves e merecem ampla censura como outros delitos que tanto infligem os costumes. Na mesma linha, o Ministro Nelson Jobim (HC 80.479/00) e o Ministro Sepúlveda Pertence referem-se ao delito previsto pelo art. 213 como crime contra os costumes.

Diferentemente, a Ministra Carmen Lúcia, em sede do julgamento do HC 88.245, afirma que a jurisprudência é pacífica ao entender que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor dotam-se da condição hedionda em razão do bem jurídico tutelado que é a liberdade sexual da mulher. Concorde com ela o Ministro Celso de Mello (HC 89.554/07) para o qual se mostra irrelevante, para efeito de reconhecimento da natureza hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, se importaram ou não em lesões corporais de natureza grave ou em morte da pessoa que teve ofendida a sua liberdade sexual. A liberdade sexual da mulher, segundo ele, é o direito de dispor do corpo, é a tutela do critério da eleição sexual de que goza na sociedade. Em sede do mesmo julgamento, afirma o Ministro que o direito positivo não pode assumir, ou seja, impor coativamente aos cidadãos, determinada concepção moral ou de "bons costumes", nem muito menos fazê-lo sob a ameaça de restrição a direito fundamental, como a liberdade física. Nesse sentido, impõe a limitação da repressão penal somente àquelas infrações da assim chamada moralidade pública que sejam de fato socialmente danosas e que, de qualquer maneira, violem o direito à autodeterminação sexual.

A causa de aumento da pena do art.226, inciso III

Um caminho válido para identificar a visão dos ministros do STF acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro reside em analisar a incidência ou não das causas de aumento da pena vinculadas a este tipo penal, na medida em que estas, segundo o Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06),

devem guardar nexos de pertinência com o objeto por ele tutelado. No caso dos acórdãos analisados, é recorrente⁴⁸ a menção ao artigo 226, inciso III, revogado pela Lei 11.106/2005, o qual previa o aumento de quarta parte da pena em relação aos delitos aos quais estava vinculado, entre eles o estupro, se, ao tempo do ilícito, o agente fosse casado. De acordo com o Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06), a razão de ser desta majorante estava na impossibilidade, por parte do agente, de reparar o mal causado à vítima pelo subsequente matrimônio. Ocorre que, como o próprio ministro elucida, desde a Emenda nº 9 de 1977, que consagrou a admissibilidade constitucional do desfazimento do vínculo conjugal, agora incorporada ao novo Código Civil (art.1.571)⁴⁹, o só fato de ser o agente casado não impede a reparação do mal por casamento, tendo esvaído-se a *ratio iuris* da norma agravante. De acordo com o Ministro, sequer poderia continuar a vigor essa norma com base numa outra *ratio*. Isto porque, e aí toca no ponto crucial para essa análise, do ponto de vista do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro, qual seja a liberdade sexual, ser o agente casado em nada implica ofensa mais grave ou

⁴⁸ Não obstante a quantidade de habeas corpus impetrados perante o Supremo Tribunal Federal contendo menção à aplicação da causa de aumento de pena prevista pelo artigo 226, inciso III tenha sido significativa (vide tabela ao fim deste trabalho), apenas 2 ministros, César Peluso e Celso de Mello, versaram sobre essa questão em seus votos, proferidos em 2 acórdãos distintos. Tal omissão é bastante relevante se considerarmos 1) que a mencionada majorante fundamenta-se claramente na proteção da honra familiar e dos bons costumes em detrimento da tutela do direito da mulher de decidir sobre o próprio corpo, e 2) que o referido dispositivo legal teve validade em nosso ordenamento até o ano de 2005, sendo que o universo jurisprudencial de que me valho para desenvolver esse trabalho é composto por decisões que vão de 1993 até 2008. Inclusive, dos dois únicos votos que versam sobre a relação de pertinência entre a causa de aumento da pena do art.226 , III e o bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro, apenas o do Ministro César Peluso, que data de 2003, foi proferido quando da vigência do referido dispositivo legal.

Tal constatação pode significar que as decisões dos ministros, quando da vigência da majorante prevista pelo art.226, inciso III, foram forjadas no plano limitado da dogmática penal, a qual opera acriticamente com os dispositivos legais válidos, ainda que estes expressem uma lógica eminentemente patriarcalista, a qual o sistema penal, no contexto de Estado Democrático de Direito, não poderia salvaguardar. Ou, mais que isso, a omissão praticamente absoluta dos ministros e ministras do STF quanto à *ratio iuris* da referida causa de aumento da pena durante esses 12 anos (1993 até 2005) de vigência da mesma abarcados pelo meu objeto de pesquisa, poderia ser evidência de que os ministros e ministras do STF de fato reconheceram, durante esse lapso temporal, a existência de um nexo de pertinência entre a causa da majorante e o bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro, o que implica em presumir que este não se identifica, segundo eles, com o direito da mulher a se auto-determinar sexualmente.

⁴⁹ Código Civil, Capítulo X, Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, Art. 1.571:A sociedade conjugal termina: I- pela morte de um dos cônjuges;II- pela nulidade ou anulação do casamento; III- pelo divórcio

exacerbação do dano causado à vítima, nem tampouco impossibilidade de repará-lo, de acordo com concepção eminentemente patriarcal de 1940, porque centrada na idéia de que a reparação do crime de estupro se adscreveria ao casamento do agente com a vítima. Desta forma, o necessário nexó lógico normativo entre o bem jurídico tutelado pelo tipo estupro e a causa de aumento da pena prevista pelo art.226, III, não subsiste na hipótese do aumento por ser o agente casado, cuja condição per si não avulta o dano imposto à vítima.

Poderia se cogitar, ainda, segundo o Ministro Cezar Peluso (HC 82.959/06) que o aumento da pena visaria tutelar, indiretamente, o dever de fidelidade conjugal. Contudo, nesta hipótese, o crime de adultério, também revogado pela Lei 11.106/05 já tutelava de forma autônoma o dever de fidelidade, não se prestando à esfera dos crimes contra a liberdade sexual a proteção do mesmo dever. Nessa linha, faz referência ao parecer doutrinário de Luis Regis Prado, para o qual, além da impossibilidade de reparar o dano pelo casamento, a causa de aumento da pena teria levado em consideração o fato de que o agente casado, mais do que o solteiro, tem o dever de ser guardião dos bons costumes em nome dos interesses da sociedade, da qual sua própria família, como a da vítima, é parte integrante. Ocorre que, constituindo-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito laico e fundado na dignidade da pessoa humana e na tolerância para com cultos, crenças, consciência e opinião, não pode o direito positivo assumir, ou seja, impor coativamente aos cidadãos, determinada concepção moral ou de "bons costumes", nem muito menos fazê-lo sob a ameaça de restrição a um direito fundamental.

O mesmo nos diz o Ministro Celso de Mello (HC 89.554/07). Ao analisar a questão, afirma que não cabe ao Direito predefinir quais são os "bons costumes", e se lhe competisse fazê-lo não lhe seria dado eleger a pessoa casada, exclusivamente, como guardiã de tais valores morais, impondo-lhe maior restrição à liberdade quando praticasse crimes, no caso, aqueles que

visam proteger a liberdade sexual. Desta forma, a maior reprovabilidade fundada apenas no grau teórico de imoralidade do ato praticado pelo agente casado, corresponde a mero tratamento ético em desfavor do acusado que não encontra respaldo em nosso ordenamento jurídico. Ademais, o fato do agente ser casado não implica em maior prejuízo à vítima dos crimes contra a liberdade sexual.

Interessante notar que a referência à moralidade pública sexual, atrelada à noção de bons costumes, quando da identificação do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro, ainda encontra-se presente numa amostra de acórdãos, como a minha, que se concentra no período temporal posterior à promulgação da Constituição de 1988. Contudo, é possível observar uma tendência, nas decisões mais recentes, no sentido do reconhecimento da liberdade sexual da mulher como o bem jurídico lesado pela perpetração do crime de estupro. Tal enviesamento no entendimento do STF significa uma aproximação do teor dos nossos princípios constitucionais, de acordo com os quais todos têm direito à liberdade, sendo a liberdade sexual uma esfera de concreção desta.

Estupro e atentado violento ao pudor: mesmo bem jurídico?

Um outro critério válido, embora indireto, de análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do bem jurídico penal tutelado pelo tipo penal estupro é a verificação da posição desta Corte quanto à continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. A continuidade delitiva, conforme explica a Ministra Ellen Gracie (HC 91.370/08) é uma ficção jurídica por lei, que, por razões de política criminal, propicia a atenuação da penalidade, exigindo como requisitos indispensáveis a) a existência de mais de uma ação ou omissão; b) a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; c) a presença de circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes que indiquem homogeneidade das ações ou omissões; d)

a noção de que os crimes subseqüentes são mera continuação do primeiro. A respeito do primeiro requisito, esclarece a ministra, há controvérsia doutrinária composta, de um lado, pelos que defendem que crimes da mesma espécie são aqueles que ofendem o mesmo bem juridicamente tutelado, apresentando caracteres comuns e, de outro, pelos que definem crimes da mesma espécie como aqueles que apresentam a mesma tipificação normativa, ou seja, encontram-se previstos no mesmo dispositivo legal, ainda que difiram quanto à sua modalidade, seja ela simples, privilegiada, qualificada, tentada ou consumada. A adoção da primeira corrente torna possível o reconhecimento jurídico da continuidade delitiva entre as ações relacionadas às práticas de estupro e de atentado violento ao pudor. A adoção da segunda implica em solução exatamente contrária, eis que o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes prescritos em dispositivos legais distintos.

A proposta de promover uma análise do posicionamento do STF quanto à continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor encontra relevância para o deslinde da questão proposta por este capítulo, na medida em que o reconhecimento ou não da continuidade delitiva entre esses crimes implicaria na definição do que são crimes da mesma espécie e uma vez conceituados estes como delitos que lesionam o mesmo bem jurídico, necessariamente, este Tribunal deverá emitir opinião a respeito de qual seja ele.⁵⁰ Ademais, a figura da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor assume especial importância para o réu condenado pela prática desses delitos. Isto porque, dada a sua natureza hedionda e, por conseqüência, a severidade do tratamento penal a eles cominado, a consideração ficta de várias ações como delito único resulta numa significativa

⁵⁰ Há que se observar que a opção metodológica pela análise do entendimento do STF quanto à continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor está calcada em dois elementos: o primeiro deles foi extraído do próprio teor dos acórdãos, particularmente do voto da Ministra Ellen Gracie, e consiste na premissa de que o reconhecimento da continuidade delitiva entre dois crimes passa pela definição do que sejam delitos da mesma espécie; o segundo se traduz numa aposta, ou seja, a discussão que me interessa neste capítulo sobre o bem jurídico tutelado pelo crime de estupro só será travada com profundidade no Tribunal se o posicionamento dele for no sentido de que crimes da mesma espécie são aqueles que violam o mesmo bem jurídico.

atenuação da pena imputada ao condenado por tais crimes. Trata-se, portanto, de uma oportunidade para verificarmos os limites do rigor punitivo do Supremo Tribunal Federal quando se trata de crimes sexuais, notadamente, do estupro e do atentado violento ao pudor.

A opinião do Ministro Sydney Sanches (HC 71.399/94) é a de que embora os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor sejam do mesmo gênero, não são da mesma espécie. Num outro acórdão (HC 70.334/93) ratifica essa posição, segundo ele pacificada, ao referir-se a recursos extraordinários criminais dos quais foi relator, de acordo com os quais a cópula vagínica e a cópula anal, praticadas em seqüência, configuram delitos contra os costumes (violência contra a liberdade sexual), mas não da mesma espécie, para os efeitos de caracterização de crime continuado. O Ministro Eros Grau (HC 89.770/07) também reforçou a inocuidade da pretensão de reconhecimento da continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor em face da jurisprudência pacificada no Pretório Excelso.

O Ministro Carlos Ayres Britto (89.827/07) confirma a sólida jurisprudência⁵¹ do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que praticados contra a mesma vítima, não caracterizam a hipótese de crime continuado, pelo contrário, encerram concurso material de crimes. No contexto do referido acórdão, o atentado violento ao pudor somente se iniciou após a consumação do estupro, o que evidenciaria, segundo ele, a absoluta independência das condutas delitivas.

Em sede do mesmo habeas corpus, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma que não lhe basta, para negar a continuidade delitiva entre o estupro e

⁵¹ Faz referência aos HC's 71.399, 89.770, 68.777 e 88.466. Os dois primeiros fizeram parte da amostra de acórdãos que foi base para o desenvolvimento desta monografia. Os outros dois não foram lidos em razão da circunstância de que a questão da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor não é central para responder à minha pergunta "Quanto vale o estupro?", mas um dos elementos que contribuem para construir uma possível resposta para essa questão. Assim, não empreendi uma busca nova para recolher decisões sobre a questão da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, tendo utilizado apenas as decisões sobre essa questão que já estavam incluídas no universo de pesquisa já selecionado.

o atentado violento ao pudor, a circunstância de não serem definidos pelo mesmo tipo legal, diferentemente da linha seguida pela jurisprudência do Tribunal durante muito tempo. De acordo com ele, o estupro e o atentado violento ao pudor são crimes da mesma espécie sob o ponto de vista jurídico-tutelar, ou seja, no que concerne ao bem jurídico sob proteção. Exclui, o Ministro Sepúlveda Pertence, a possibilidade da continuidade delitiva quando o atentado violento ao pudor se configurar como prelúdio ao coito, posto que nessa circunstância o problema não seria de continuação, mas de absorção. Inclusive, o ministro duvida de um estupro que não seja precedido por atentado violento ao pudor. É esse ceticismo o responsável pela perplexidade manifestada pelo Ministro Sepúlveda Pertence em face da análise do caso concreto em discussão no referido habeas corpus, posto que o atentado violento ao pudor se consumou, não enquanto prelúdio, mas na seqüência do crime de estupro já consumado, contrariamente à sua intuição. Em síntese, importa no geral para o Ministro, para efeitos de caracterização de continuidade delitiva, que os crimes na situação concreta sejam cometidos no mesmo ambiente ou contexto de fato, não lhe sendo suficiente o fato de que são prescritos por dispositivos legais diferentes.

Na ocasião do referido julgamento, o Ministro Sepúlveda Pertence (presidente) acaba por deferir o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, "sem prejuízo de melhor reflexão". O acompanha o ministro Ricardo Lewandowski nos seguintes termos "(...) o argumento do eminente Presidente é bastante ponderável e me balança. Eu já alimentei dúvida sobre a questão. Com todo respeito, estaria propenso a acompanhar o presidente neste aspecto." O Ministro Carlos Ayres Britto mantém o seu voto em sentido oposto, mas promete "seguir meditando sobre esse tema tão fascinante." A ministra Carmen Lúcia sequer chega a elaborar um voto. Do exposto, me parece que na atual composição do STF, ou pelo menos no que diz respeito a sua 1ª Turma, há grande inconsistência na fundamentação jurídica das teses que defendem o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A ausência de uma *ratio decidendi* elaborada pelo Tribunal ou por parte dos (as) ministros (as) para o enfrentamento deste tema dificulta, ademais, a construção de qualquer tipo de previsão quanto ao conteúdo de acórdãos posteriores

A Ministra Ellen Gracie (HC 91.370/08), numa demonstração de que provavelmente filia-se à tese de que crimes da mesma espécie são aqueles que possuem a mesma tipificação normativa, destaca aspectos da decisão monocrática proferida no STJ no sentido de que haverá sempre concurso material entre os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, pois não há como reconhecer homogeneidade quanto ao modo de execução dos delitos em questão, tendo em vista que o art.213 do Código Penal exige a prática de conjunção carnal e o art.214, por sua vez, exige a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, tais como sexo anal e o sexo oral, que, de maneira nenhuma, enquadram-se entre aqueles atos que precedem o coito normal, havendo completa autonomia entre as condutas praticadas.⁵² No referido julgado, a ministra segue a orientação diametralmente oposta à consignada na sentença do Tribunal de Justiça que ela mesma menciona, segundo a qual tanto o estupro como o atentado violento ao pudor são crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência ou grave ameaça, visando o constrangimento da vítima à prática de um ato sexual, sendo a conjunção carnal espécie do gênero ato libidinoso. Segundo a Ministra, a solução pelo concurso material de delitos não resultaria num excesso de aplicação da lei penal, numa ofensa às diretrizes de política criminal voltadas para o cumprimento dos objetivos expressos na Constituição da República,

⁵² Aqui há indicativos de que embora considere crimes da mesma espécie aqueles que possuem a mesma tipificação normativa, a ministra Ellen Gracie não considera estes como necessariamente previstos pelo mesmo dispositivo penal, como aliás ela mesma definiu no excerto do voto supracitado. Tal conclusão deriva da premissa de que, do contrário, bastaria, para justificar o concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, alegar que são tipificados por artigos diversos (213 e 214 , respectivamente). Me parece que a ministra entende crimes da mesma espécie como aqueles que se assemelham pelos seus elementos objetivos e subjetivos, daí a diferenciação por ela feita entre as formas de execução dos referidos crimes como a determinar a ausência de homogeneidade das condutas implicadas na configuração dos delitos.

pelo contrário, acentuaria a própria circunstância da hediondez das condutas delitivas.

Dentre os julgados mais antigos (93/94)⁵³ que consignaram, por unanimidade, o concurso material entre os dois crimes, não verifiquei qualquer tipo de fundamentação consistente a justificar a descaracterização da ficção jurídica da continuidade delitiva. A leitura dos acórdãos mais recentes sobre a essa questão, notadamente do HC 89.827/07, indica que há uma série de elementos essenciais à elaboração de uma solução pertinente para essa questão que não estão suficientemente esclarecidos. Vejamos.

Quanto à definição de crimes da mesma espécie, parece-me que a posição predominante no STF é a de que seriam aqueles que possuem a mesma estrutura de tipificação normativa. Nesse sentido, não seriam crimes necessariamente previstos pelo mesmo tipo penal, mas crimes que se assemelhassem pela homogeneidade objetiva e subjetiva das condutas que lhes deram consecução.

Me parece razoável afirmar, diante do exposto, que o entendimento prevalente no STF no sentido de reconhecer o concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor reside no não reconhecimento pelos(as) ministros (as) da semelhança entre os elementos objetivos e subjetivos destes crimes, o que prejudica a homogeneidade dos seus modos de execução, ou seja, das condutas por meio das quais se perpetram esses crimes. Isso porque a noção de ato libidinoso diverso da conjunção carnal prevista pelo crime de atentado violento ao pudor abrange condutas de natureza bastante diversa, de um lado, o coito anal e o coito oral, de outro, uma diversidade imprevisível de atos de libidinagem denominados *preludia coitus*. Nesse sentido, enquanto há uma tendência a considerar os últimos como absorvidos pelo crime de estupro, na medida em que constituem meios para a consumação deste delito, o coito anal e o coito oral tendem a ser qualificados como condutas distintas e autônomas em relação à cópula vagínica, ou coito normal, conforme a denomina o autor de decisão

⁵³ Para uma consulta mais detalhada do teor dos acórdãos, vide tabela ao fim deste capítulo.

monocrática realçada pela Ministra Ellen Gracie em sede do julgamento do HC 91.370/08. Assim, no mais das vezes, ou o Supremo reconhece a absorção dos *preludia coitus* pelo crime de estupro de forma a caracterizar-se delito único, ou consigna o concurso material entre o estupro e o atentado ao pudor configurado por coito anal e/ou oral.

A caracterização da cópula vagínica como ato sexual normal torna possível concluir, de acordo com esse ponto de vista, pela anormalidade dos atos sexuais de natureza anal e oral. Tal distinção pode ser evidência de um juízo moral negativo acerca de atos sexuais diversos da cópula vagínica, como o são o coito anal e o coito oral, como se estes últimos decorressem de impulso sexual mais reprovável ou menos legítimo socialmente.⁵⁴ Dessa padronização sexual fundada numa moral que não considera o coito anal e o coito oral como atos sexuais equiparáveis à cópula vagínica derivaria a tendência do Tribunal a considerar o estupro e o atentado violento ao pudor como delitos cometidos em concurso material. Talvez seja esse mesmo juízo moral acerca das figuras do coito anal e do coito oral a razão da resistência, verificada no voto do Ministro Sydney Sanches, no sentido de não caracterizar o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes da mesma espécie, não obstante seja da opinião de que ambos atentam contra o mesmo bem jurídico. Nesse sentido, acaba por considerá-los crimes do mesmo gênero, numa saída classificatória completamente carente de fundamentação e conteúdo particular que lhe confira significado. O Ministro Sepúlveda avança em relação ao Ministro Sydney Sanches para reconhecer o estupro e o atentado violento ao

⁵⁴ Interessante notar trecho de voto do Ministro Assis Toledo no Resp21.629-5/93, Quinta Turma, STJ: "Não temos dúvida, porém, em afirmar que há enorme dificuldade em admitir-se a continuidade delitiva entre estupro e certas formas extremadas de atentado violento ao pudor, de que são exemplos o sexo anal e o sexo oral, pela brusca mudança no modo de execução, pelo maior sofrimento causado à vítima e pela reorientação do dolo do agente para a prática de uma forma anormal de ato sexual, repugnante para a generalidade das pessoas." Ministro Assis Toledo.

Há que se considerar, contudo, que "(...) novas concepções penais vêm se desenhando, equiparando ao ato sexual dito normal outras modalidades de "cópula imprópria", nomeadamente sexo anal e sexo oral, seja a vítima homem ou mulher, tratando tudo como violação. Assim, o crime de violação seria a penetração do pênis numa das zonas tuteladas (vagina, anus, boca)." Grupo Penal do Serviço de Apoio Jurídico da Procuradoria Geral do Estado. Ana Cláudia Carvalho Vigliar(relatora). "Continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor". Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 2. nº8. Outubro-Dezembro.1994

pudor como delitos que não apenas identificam-se no plano jurídico-tutelar, como são pertencentes à mesma espécie, porém, acaba por fazer a ressalva de que tal fato não significa que deverá ser, necessariamente, reconhecida a continuidade delitiva entre ambos, dada a necessidade de se examinar o contexto de fato no qual os delitos de estupro e atentado violento ao pudor foram praticados. Além disso, não deixa claro qual o bem jurídico comum tutelado por estes crimes, objeto de interesse que me trouxe para a análise da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

Definitivamente, a questão crucial para o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, pelo que é possível extrair da leitura dos acórdãos, não está na identificação destes como crimes que atentam contra o mesmo bem jurídico, porque ainda que assim os considerasse, a profunda diferença que os ministros (as) enxergam entre o coito "normal" e os coitos anal e oral implicaria na negação de qualquer homogeneidade na maneira de execução, requisito também necessário à configuração da continuidade delitiva. Como a questão do bem jurídico tutelado pelos crimes de estupro e atentado ao pudor não assumiu relevo essencial para a problematização desta questão, a intenção de me valer dela para aprofundar a visão quanto ao entendimento do STF sobre o bem jurídico-tutelado pelo crime de estupro restou relativamente frustrada. Só não por completo porque tanto na discussão referente à continuidade delitiva entre estupro e atentado violento ao pudor, como no estudo que lhe antecedeu sobre a causa de aumento da pena prevista pelo art. 226, III há indícios da influência de uma moral sexual, respectivamente, na distinção dos modos de execução dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e na noção de bem jurídico lesado pelo crime de estupro.

A valoração distinta das condutas pelas quais esses delitos se configuram poderia vir a ser um reflexo do fato de que, embora cada vez mais se proclame a liberdade sexual como bem jurídico lesado pela perpetração de tais delitos, o peso da moralidade ainda é mais forte nos casos de atentado violento ao pudor configurado pela prática de coito anal ou oral.

A proposta deste capítulo era a de proceder a uma análise do entendimento dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro. A opção pela realização desse estudo analítico deveu-se ao intuito, demonstrado ao fim do 2º capítulo desta monografia, de dar maior concretude à noção de gravidade do crime de estupro, praticamente consensual na retórica argumentativa dos ministros e ministras do STF, quando da discussão acerca da atribuição do rótulo da hediondez ao estupro simples. Ocorre que a incontestável divergência de posições defendidas pelos ministros quanto à caracterização do estupro simples como hediondo só pode revelar que valoram este crime diferentemente, daí a conclusão pela existência de um consenso meramente aparente. Neste capítulo, procurei demonstrar as contradições desse consenso, levantando as diferentes concepções dos ministros e ministras acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro. No próximo capítulo, pretendo extrapolar tais contradições através da análise dos diferentes discursos dos ministros e ministras do STF acerca dos elementos fundamentais à caracterização deste crime. Isto porque a noção de gravidade do crime de estupro também se constrói a partir da visão que se têm acerca da natureza dos elementos que são essenciais à sua configuração.⁵⁵ Os quais, vale dizer, têm a sua relevância determinada pelo potencial de vulneração do próprio bem jurídico tutelado pelo tipo penal que conformam. Sendo o bem jurídico tutelado pelo estupro o parâmetro para qualquer visão acerca dos elementos fundamentais à sua configuração, fica explicada a razão de ser da precedência deste capítulo em relação ao que há de vir.

⁵⁵ Tal conclusão pode ser comprovada através do exemplo trabalhado neste capítulo sobre a continuidade delitiva entre o estupro e o crime de atentado violento ao pudor: se este se configurar pela prática de atos libidinosos enquadrados no conceito de *preludia coitus*, serão simplesmente absorvidos pelo crime de estupro; não assumindo grande relevância para efeitos de tratamento penal; se, diferentemente, se configurar pelo coito anal e/ou oral assume autonomia em relação àquele devido à natureza do modo de execução e é apenado independentemente.

Acórdãos citados neste capítulo⁵⁶:

HC 70.334- 1993

HC 71.399-1994

HC 80.479-2000

HC 81.288-2001

HC 82.959-2006

HC 89.827-2007

HC 89.554-2007

HC 89.770-2007

HC 91.370-2008

⁵⁶ Para uma consulta mais detalhada do teor dos acórdãos, vide tabela ao fim deste trabalho.

Capítulo 4: Quanto vale o estupro? Uma análise dos elementos nucleares do tipo penal

Neste capítulo, procurarei mapear a discussão vigente no Supremo Tribunal Federal quanto aos elementos fundamentais à configuração do crime de estupro. Na medida em que a identificação das condutas essenciais à perpetração do estupro leva em conta a sua potencialidade para lesar o objeto tutelado pelo referido tipo penal, a realização do estudo analítico a que me proponho neste capítulo nos fornecerá subsídios para aprofundarmos o estudo, iniciado no capítulo anterior, sobre o entendimento dos ministros e ministras do STF quanto ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro e, conseqüentemente, sobre o juízo real de gravidade deste, a justificar a qualificação da sua forma simples como hedionda ou não.

Além disso, a identificação dos elementos essenciais à configuração do estupro implica também a localização de um determinado modo de execução que lhe é fundamental, a partir do qual também se torna possível fazer um juízo concreto de gravidade a justificar a atribuição ou não do rótulo da hediondez à sua forma simples. Portanto, neste capítulo, não apenas daremos continuidade, sobre um outro viés, ao estudo analítico sobre o entendimento dos ministros quanto ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal do estupro, como daremos consecução ao desmembramento dos discursos destes acerca dos elementos nucleares deste delito. Tanto pelo primeiro caminho, quanto pelo segundo, estaremos dando prosseguimento à localização de concepções antagônicas e de respostas também diversas à pergunta "Quanto vale o estupro?", as quais estão ocultas sob o juízo de gravidade aparentemente consensual que os ministros e ministras do STF fazem acerca do crime de estupro.

Assim, uma vez findado este capítulo no qual acresço outros elementos que influem no dimensionamento do valor do estupro feito pelos ministros e

ministras do STF, partiremos para a fase final desta monografia, na qual todos os elementos, sopesados na balança da atribuição da hediondez ao estupro simples, serão reunidos na forma de juízos de proporcionalidade e razoabilidade emitidos pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal.

Cumprе alertar o (a) leitor (a), tendo em vista o fato de que o Supremo Tribunal Federal tem sido composto predominantemente por homens⁵⁷, que grande parte dos discursos que serviram como base da análise a ser empreendida neste capítulo sobre o que é irrelevante e o que é relevante para a caracterização do tipo penal estupro foram construídos com base num referencial cognoscitivo prevalentemente masculino, distante, portanto, do significado fático dessa modalidade de violência sexual cujas vítimas são, de acordo a nossa legislação penal, exclusivamente mulheres. É o que se observa, por exemplo, do seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Nelson Jobim, em sede do julgamento do HC 81.288/01: "Conhecia, digamos, "de ouvido", mas não em profundidade, as conseqüências que qualquer um dos tipos de estupro causa, quer em relação às doenças sexualmente transmissíveis, decorrentes do estupro, com ou sem a característica da qualificação (...) quer em relação às de natureza psicológica". Outra evidência do distanciamento dos ministros em relação à realidade de violência sexual contra a mulher está no seguinte comentário do Ministro Ayres Britto (HC 87.281/06): "Agora, uma curiosidade, eminente Ministro-Relator: o ofensor era sobrinho da ofendida, porém maior de idade, lógico, enquanto a ofendida era menor de 14 anos. Como a vida é novidadeira."

Do exposto, não sem propósito, a Ministra Ellen Gracie, em sede do HC 81.288/01, aponta a opção da sociedade por relegar a ocorrência do estupro, os níveis de tal ocorrência, o seu significado e as repercussões que gera para as suas vítimas a uma condição de semi-consciência. Para a ministra, embora o estupro seja um delito que por suas características de aberração e de

⁵⁷ Essa afirmação utiliza como fundamento as diferentes composições do STF desde 1993, data do acórdão mais antigo da amostra que é objeto dessa monografia.

desrespeito à dignidade da pessoa humana, cause grande repulsa a ponto das próprias vítimas ocultarem-no, os intérpretes necessitam, por mais doloroso e repugnante que o seja, ter exato conhecimento da realidade sobre a qual irão incidir suas intervenções.

Destarte, se há algo que permeará as linhas e entrelinhas deste capítulo, o qual versará sobre os discursos dos ministros e ministras do STF quanto aos elementos fundamentais à configuração do crime de estupro, certamente serão os esforços da Ministra Ellen Gracie no sentido de determinar os requisitos fundamentais à configuração do estupro, com base no que ela denominou de “exato dimensionamento do problema de que estamos tratando”.

Violência e grave ameaça

Em sede do HC 88.245/06, o Ministro Ricardo Lewandowski afirma que tanto a violência como a grave ameaça integram o tipo penal do estupro. O Ministro Carlos Velloso (HC 81.288/01) vai além da identificação dos elementos integrantes do tipo penal estupro, para localizar o núcleo do tipo objetivo deste crime, qual seja constranger a mulher à conjunção carnal, ou seja, forçar a mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Nesse sentido, afirma a Ministra Carmen Lúcia (HC 88.245/06) que o objeto do crime de estupro não é o corpo da mulher, mas o uso indevido e violento deste, pelo que a violência não é nem ao menos presumida, ela é real, conquanto não apenas física, com resultados gerais sobre a pessoa da mulher, que podem ser danos físicos, como também outros muito além deste. Na esteira desse raciocínio, afirma que as lesões corporais graves ou a morte (previstas pelo art. 223, caput e parágrafo único) traduzem resultados qualificadores do tipo penal estupro, não constituindo elementos essenciais à configuração deste crime. Reforça esse ponto de vista o Ministro Ayres Britto (HC 87.281/06) evocando o entendimento firmado pelo Supremo no HC 81.288/01, segundo o qual o estupro é presumido como violência real, sendo esta presunção de

violência real o elemento que o tangencia para os domínios da hediondez, independentemente se dele resultaram lesões corporais ou não.

A Ministra Ellen Gracie, em sede do julgamento do HC 81.288/01, o qual consignou a mudança do entendimento até então prevalente no STF de que o estupro só é considerado hediondo quando dele resultam lesões corporais de natureza grave ou morte, se vale de parecer de Maria Berenice Dias para afirmar que a hediondez do estupro está na sua prática e não nas seqüelas de ordem física que possa ter provocado na vítima. Trata-se de delito complexo que, além de atentar contra a liberdade sexual da mulher, agride a sua integridade física, emocional e mental. A essência do crime, ou seja, o seu núcleo essencial, é o uso da violência na prática do ato sexual indesejado, não havendo a possibilidade de se ter como qualificativo de maior ou menor hediondez a ocorrência de lesões corporais ou a morte. Compartilha dessa posição o Ministro Celso de Mello (HC 81.277/02), para o qual é irrelevante, para o efeito de reconhecimento da natureza hedionda do crime de estupro, qualquer indagação sobre se os atos constitutivos de tal ilícito, que ofende a liberdade sexual da vítima, importaram em lesão de natureza grave ou em morte da pessoa.

Se, por um lado, a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01) consigna que a lesão corporal não é nota essencial à configuração do caráter inerentemente hediondo do crime de estupro, o Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01), por outro, indamite a equiparação, considerados todos os sérios gravames decorrentes, entre as hipóteses de violência sexual precedida de ameaça, indução ou seguida de leves danos físicos e aquelas revestidas de qualificadoras gravíssimas como a morte ou lesões corporais. Semelhantemente, o Ministro Nelson Jobim (HC 80.479) afirma que o crime de estupro, para ser considerado hediondo, deve resultar em lesão de natureza grave, sendo que do estupro simples derivam apenas lesões leves.

O Ministro Marco Aurélio (78.305/99 e 87.281/06) considera hediondo somente o estupro qualificado pelo art. 223, caput ou parágrafo único, ou seja,

apenas quando, segundo ele, ocorrida violência real ou mesmo a morte da vítima, a qual denomina de lesão propriamente dita. Nesse sentido, é possível inferir que o Ministro Marco Aurélio, ao equiparar o estupro do qual resulta lesão corporal de natureza grave à ocorrência de violência real, não reconhece a perpetração de violência real quando o estupro for simples, equiparando-o, desta forma, ao estupro presumido, também denominado estupro ficto. Diverge da equiparação do estupro simples ao estupro presumido o Ministro Sydney Sanches (HC 81.410/02) ao se valer de artigo da autoria de Damásio de Jesus, segundo o qual não se pode confundir violência presumida com a não-ocorrência do resultado lesão corporal grave ou morte e, dessa forma, o estupro simples com o estupro presumido. Isto porque a perpetração do estupro na sua forma básica, ou seja, sem que dele tenha resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, não conduz à conclusão de que foi cometido com violência presumida. Da mesma forma, não se pode afirmar que somente há violência real quando do estupro resulta lesão de natureza grave ou morte. O estupro, na sua forma fundamental, é cometido com violência ou grave ameaça, da qual pode resultar lesão de natureza leve e, nesse caso, jamais se poderá afirmar que foi cometido sem violência real ou que não seja hediondo. Segundo essa linha, portanto, apenas o estupro na sua forma ficta não seria hediondo, posto que perpetrado mediante violência presumida e não mediante violência real. Para O Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01), entretanto, para efeitos de caracterização do estupro como hediondo, não é relevante tratar-se de violência real ou ficta, desde que da violência ínsita ao próprio tipo penal resulte lesão corporal grave ou morte.

Violência real X Violência presumida

Do exposto, verificamos que a questão relativa à atribuição do rótulo de hediondez ao crime de estupro passa pela identificação dos elementos que, na visão dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal, são juridicamente relevantes para a configuração do referido delito. Se, por um

lado, alguns ministros dotam de relevância jurídico-penal os resultados provenientes da violência ínsita à perpetração do crime de estupro, quais sejam a lesão corporal de natureza grave/gravíssima e o resultado morte, denominado pelo Ministro Marco Aurélio de lesão propriamente dita; outros identificam na ação de constranger a mulher à conjunção carnal mediante violência o núcleo deste tipo penal, acentuando, como o faz o Ministro Nelson Jobim (HC 82.206/02), que o dado violência-crime contra a integridade física-no estupro queda absorvido pelo constrangimento à liberdade sexual, por isso que seguinte à expressão "mediante". Na linha deste último entendimento que reforça que o objeto principal da violência sexual do estupro não é o corpo da mulher, mas o uso violento e indevido deste, resta fortalecida a noção de agressão à liberdade sexual, cujo exercício passa pelo consenso para a prática de ato sexual. A violência sexual do estupro, de acordo com esse raciocínio, residiria justamente na noção de dissenso. Daí a afirmação do Ministro Sepúlveda Pertence (HC 76.004/98), segundo o qual tanto o dissenso real quanto a eventual incapacidade também real de consentir são elementos essenciais à conformação do tipo penal estupro. É com base nas noções de dissenso e de incapacidade de consentir que iremos trabalhar os conceitos de violência real e de violência presumida neste tópico.

Explica o ministro Sepúlveda Pertence (HC 76.004/98) que a incapacidade de consentir entre outras razões⁵⁸, é fruto da presunção legal extraída do fato de não ser ela maior de 14 anos. De acordo com o ministro (HC 81.269/01) a presunção de violência seria uma forma de legislar: a menoridade da vítima e sua incapacidade absoluta de consentir, substitui o elemento típico do art. 213 que é a violência real. Há, portanto, segundo ele, a equiparação da violência ou da ameaça à irrelevância de eventual consentimento de vítima, que se reputa absolutamente incapaz de consentir. O mesmo pontua o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 81.268/01), segundo o qual, dada a incapacidade absoluta de consentir da menor de 14 anos, não há que

⁵⁸ Alude às letras "a" e "b" do artigo 224. Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos ; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia essa circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

se dar relevância jurídica à sua vontade. Inexistindo ato de vontade, haveria constrangimento que recebe a denominação de violência ficta. Nesse sentido, ressalta o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 76.004/98) que não compõe o tipo penal estupro a idade da vítima, mas o emprego, para lograr a prática sexual incriminada, da grave ameaça ou da violência, à qual a regra do artigo 224 do Código Penal, antes de presumi-la existente, equipara à incapacidade de consentir da vítima. Compartilha dessa visão o Ministro Carlos Velloso (HC 77.480/98) ao enfatizar que o crime de estupro independe da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que o tipo penal exige que tenha ocorrido violência presumida ou real.

Há uma discussão presente na amostra de acórdãos de que me vali para realizar esta monografia⁵⁹ acerca da natureza da presunção de violência supracitada, se absoluta ou relativa. A admissão da segunda possibilidade torna possível a descaracterização da presunção em face das circunstâncias do caso concreto, do que resultaria a própria descaracterização do estupro, situação diametralmente oposta à da sua caracterização como hediondo. Com efeito, a qualificação da natureza da presunção de violência, se absoluta ou relativa, por ser determinante para a configuração do crime de estupro, assume relevância neste capítulo no qual me dedico a uma análise do entendimento dos ministros e ministras do STF acerca dos elementos que lhe são essenciais. Vejamos.

⁵⁹ Cumpre ressaltar que não me vali de uma outra busca à página eletrônica do Supremo Tribunal Federal apenas para localizar os acórdãos que tratassem da presunção de violência nos crimes de estupro. A análise que aqui faço sobre esta questão baseia-se nos elementos encontrados no universo de acórdãos pré-selecionados para a realização desta monografia. Portanto, é provável que os argumentos que sejam expostos no tocante ao tema não sejam exaustivos, ou seja, não contemplem todos aqueles presentes na vigente discussão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Contudo, acredito que este não seja um grande prejuízo, porque a minha intenção é fazer um mapeamento de como a questão da presunção de violência se insere na discussão acerca dos elementos essenciais à configuração do estupro, quando está em jogo a atribuição do rótulo da hediondez a este crime.

A Ministra Carmen Lúcia (93.263/08) ⁶⁰ assinala que é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e mesmo sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro. Isto porque falta ao menor a maturidade, quer mental, quer física, para ter alcance e avaliar com precisão o ato violador dos costumes, pelo que não se pode falar em consentimento pleno ou livre. Daí decorre a falta de consentimento válido, o qual é a essencial circunstância que confere ao artigo 224 a presunção *jure et jure* (absoluta), buscada para ter-se como real, a violência presumida.

Em sede da decisão do HC 81.268/01, o Ministro Sepúlveda Pertence reproduz parecer doutrinário de Magalhães Noronha a favor da relatividade da presunção: “Deve, entretanto, essa presunção ser absoluta, não admitir qualquer exceção? Será sempre exato que o menor de quatorze anos não atingiu ainda satisfatório desenvolvimento físico e não tem idoneidade psicoética para apreciar as regras atinentes à vida sexual? Ora, essas menores meretrizes de porta aberta deverão ter a seu favor a presunção de inocentia consilii? Seria ir contra a realidade afirmar-se tal coisa”. Em seguida, dele diverge sob o argumento de que há que se distinguir experiência sexual de capacidade de discernimento. Sendo assim, segundo o ministro, quando se presume de forma absoluta a incapacidade de deliberar sobre um ato não se infere o desconhecimento desse ato pela incapaz, ou a sua inexperiência sexual, mas a sua debilidade para a auto-administração da individualidade. Desse mesmo entendimento é o ministro Celso de Mello (HC 89.554/07) para o qual o consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal e

⁶⁰ No caso em questão, alega o impetrante que a presunção de violência deve ser relativizada porque a) a vítima estava com 13 anos à época dos fatos; b) a relação sexual teria sido consentida; c) o Paciente teria tido um relacionamento anterior com a mãe da vítima, mas esta não teria demonstrado “qualquer temor reverencial” em razão disso; e) que se deve dar “o valor devido ao depoimento” da paciente, que teria afirmado que o seu desejo não seria a punição do Paciente, mas isto sim, que ele pudesse ajudar na criação do filho que nasceu em razão do ato sexual. Julguei importante transmitir essa informação para o (a) leitor (a) a título de exemplo da quantidade de fatores que podem influenciar na determinação da natureza da presunção de violência.

mesmo a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro.

Do exposto, observa-se que o discurso de relativização da presunção de violência para reconhecer a capacidade da vítima de consentir com o ato sexual pode estar impregnado de uma forte carga moralista, a qual tem sido paulatinamente rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, de acordo com os acórdãos que tive a oportunidade de ler. De fato, as alusões ao fato de as vítimas possuírem experiência sexual anterior, não serem ingênuas⁶¹ à época dos fatos, terem vida promíscua ou, ainda, serem prostitutas, dificilmente poderão ser admitidas para efeitos de descaracterização do crime de estupro, se os ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal identificam a liberdade da mulher para se auto-determinar sexualmente como bem jurídico lesado pela configuração deste delito e, portanto enxergam o núcleo fundamental deste crime, no caso da menor de 14 anos, na incapacidade para consentir com a prática de ato sexual, o que em si já gera a presunção da perpetração da violência, independentemente da maneira como a vítima rege os atos da sua vida própria vida sexual. Sendo o elemento fundamental à configuração do crime de estupro o ato de constranger a mulher à conjunção carnal, executado mediante o uso de violência contra a integridade física ou de grave ameaça, tornam-se irrelevantes, para efeitos de configuração deste delito, a natureza das lesões corporais que dele resultem, se leves, graves ou gravíssimas.

A controvérsia para efeitos de caracterização do estupro simples como hediondo reside no valor que se atribui, de um lado, ao constrangimento da mulher à prática de conjunção carnal, independentemente desta ação estar

⁶¹ A alusão à falta de ingenuidade da vítima quando da perpetração do crime de estupro encontra-se no teor de acórdão impugnado do Tribunal de Justiça, de que resultou a absolvição do réu, reproduzido no relatório do HC 81.268/01: "a presunção de violência sexual não tem caráter absoluto, admitindo prova em contrário, face à mudança dos costumes. Firmou-se o entendimento no sentido de que, em determinados casos, a violência ou grave ameaça devem ser provadas cumpridamente. A prova colhida está a demonstrar que na realidade a suposta vítima manifestou anuência à prática das relações sexuais, não era ao tempo do fato ingênuo, mas, ao contrário, plenamente informada a respeito de sexo."

calcada no dissenso real ou na incapacidade também real para consentir e, de outro, às lesões corporais resultantes da violência ínsita ao tipo penal estupro. Isto porque, é o juízo de gravidade dos ministros e ministras em relação a cada uma dessas situações que será a base para a atribuição do rótulo de hediondez ao crime de estupro, conforme perpetrado na sua forma simples ou qualificada. Obviamente que a atribuição de caráter essencial, para efeitos de configuração do crime de estupro, ao ato de constranger a mulher à prática de ato sexual é um fator a fundamentar o discurso pela atribuição da hediondez à sua forma simples, porém não suficiente. A título de exemplo, o Ministro Sepúlveda Pertence, não obstante reconheça o dissenso como núcleo essencial da configuração do crime de estupro, defende a sua hediondez apenas quando dele resultarem lesões corporais de natureza grave ou morte. Daí a relevância do discurso construído pela Ministra Ellen Gracie em sede do julgamento do HC 81.288/01, no qual restou modificado o entendimento do Supremo Tribunal Federal para considerar hediondas tanto a forma simples quanto a forma qualificada do estupro. Vejamos.

Lesão corporal leve, lesão grave , lesão gravíssima, lesão propriamente dita (ou é por quilo?)

Em contraposição à distinção entre o estupro simples, do qual resultam lesões corporais leves, e o estupro de natureza hedionda, de que resultam lesões corporais graves ou a morte da vítima, a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01) conclui que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. Para tanto, se vale de um conceito estendido de lesão corporal, o qual extrapola a noção de mal infligido à inteireza autonômica da pessoa, para compreender toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos

do corpo. Sendo assim, de acordo com a ministra, lesão corporal, quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde) é sempre resultado de uma violência exercida sobre a pessoa.

Para dar concreção fática a essa diversidade de danos apontados como produto da perpetração do crime de estupro, independentemente da incidência dos resultados qualificadores deste tipo penal, a Ministra Ellen Gracie reúne uma série de citações cientificamente embasadas, sem as quais, segundo ela, não seria possível enfrentar o tema. Considerarei importante transmitir algumas delas⁶² para o (a) leitor (a), em respeito à opinião manifestada pela Ministra Ellen Gracie de que sem elas não seria possível explicitar o sem-número de graves moléstias físicas, disfunções orgânicas e traumas emocionais gerados pelo crime de estupro em suas vítimas:

- "Registra-se que entre 28 a 60% das vítimas de violência sexual serão infectadas por uma DST (Doença Sexualmente Transmissível)" (Jenny et al, 1990; ROSS, SCOTT, BUSUTTIL; 1991; BALDACINI et al, 1997)

- "Cerca de 40% das mulheres apresentam queixas sexuais após o estupro, sendo que algumas podem evoluir para quadros mais severos, culminando na completa aversão ao sexo". (BURGESS E HOLMSTRONG, 1973; MASTERS E JOHNSON, 1979; BECKER, et al, 1984)

- "A violência sexual associa-se com a Síndrome da Desordem Pós-Traumática (SDPT). "A prevalência de idéias suicidas persistentes e de tentativa de suicídio é elevada nos casos de SDPT, principalmente entre adolescentes abusados durante a infância. Neste grupo, a tentativa de suicídio alcança até 15% das vítimas femininas (...)" (BOWER E DALTON, 1997; BRYANT E RANGE, 1997. SHATAM et al, 1998)

- "Um estudo dos EUA determinou que as vítimas de estupro eram nove vezes mais propensas a cometer tentativas de suicídio e duas vezes mais susceptíveis à depressão profunda que as mulheres não-vitimadas." (Kilpatrick, 1990)

⁶² No voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no HC 81.288/01 há uma série de outras citações que alertam quanto à ampla gama de efeitos gerados pela perpetração do crime de estupro em suas vítimas. Selecionei, para efeito de exposição nesta monografia, apenas aquelas que considere mais impressionantes. Contudo, recomendo ao (a) leitor (a) interessado no tema que busque o voto na íntegra no sítio do Supremo Tribunal Federal.

-“As agressões sexuais podem provocar tanto lesões físicas como um sério trauma emocional. As sobreviventes do estupro exibem uma variedade de sintomas induzidos pelo trauma- pesadelos, depressão, falta de concentração, transtornos do sono e da alimentação e sentimentos de ira, humilhação e auto-acusação. Além disso, entre 50% e 60% das vítimas experimenta severos problemas sexuais , aí incluídos a coitofobia, a frigidez e a diminuição de libido.” (BURNAM et al.1998; BECKER et. AL. 1986;BECKER et Al, 1982)

- “Apesar de causar grande perplexidade, é fato incontestável que a agressão sexual durante a infância é, geralmente, perpetrada por pessoas que a criança conhece e em quem confia. Incapaz de revelar o que lhe ocorre, o processo pode se prolongar até a idade adulta.”(WESTCOTT,1984;TETELBOM et al, 1991)

- “A vitimização sexual precoce pode deixar as mulheres com menos habilidades para protegerem-se, menos seguras de seu valor e de seus limites pessoais e mais propensas a aceitar a vitimização como parte de seu ser feminino. Esses efeitos podem aumentar as possibilidades de uma futura vitimização.”(Koss, 1990)

- “Entre as crianças, o impacto do abuso sexual pode produzir uma importante condição futura de vulnerabilidade, facilitando uma revitimização na adolescência ou na vida adulta. Particularmente naquelas envolvidas com formas severas de violência, observa-se uma menor prevalência de uso de contraceptivos e de práticas sexuais seguras. Conseqüentemente, durante a adolescência, apresentam maior risco de gravidez e de contrair uma DST.(FERGUSSON, HORWOOD, LYNSKEY,1997;KENNEY et al, 1998; FLEMING et al, 1999)

Parece-me que as informações científicas trazidas ao conhecimento dos ministros pela Ministra Ellen Gracie vão justamente no sentido de conferir, conforme o intuito por ela manifestado em sede do julgamento do HC 81.288/01, o exato dimensionamento do significado do estupro para a sociedade e, principalmente, para as suas vítimas. Na medida em que se vale de dados reais, os quais o Ministro Sepúlveda Pertence denominou de “considerações extrajurídicas”, para esclarecer os efeitos da perpetração do crime de estupro, quer na sua forma simples, quer na sua forma qualificada, a

Ministra Ellen Gracie acaba por questionar o sentido das “distinções extra-reais” entre lesões leves e lesões gravíssimas, fundamento a justificar a atribuição do rótulo da hediondez apenas às formas qualificadas do estupro. Mais do que isso, a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01) desloca o problema da violência sexual, dadas as suas extensas proporções biológicas, psicológicas e sociais, do âmbito da vida privada ou íntima de suas vítimas, para caracterizá-lo como um complexo problema de saúde pública.

Acredito que, ao fim deste capítulo, tenhamos dimensionado, através do estudo analítico dos discursos dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal, os dois pesos integrantes da balança da atribuição da hediondez ao estupro simples. No primeiro capítulo, partindo da pergunta “O que é crime hediondo?”, procuramos destrinchar as diversas concepções dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal acerca da política criminal instituída pela Lei de Crimes Hediondos, dimensionando, desta forma, um desses pesos; no capítulo seguinte, procurei apresentar para o (a) leitor (a) através de dois tipos caricaturais, as duas correntes divididas em torno da discussão acerca da atribuição da hediondez ao estupro simples, aproximando-o (a) do arcabouço do problema estruturante desta monografia; nos capítulos 3 e 4, partindo da pergunta “Quanto vale o estupro?”, procurei mapear as diversas concepções dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal estupro e dos elementos fundamentais à configuração deste crime, pelo que foi possível dar concreção fática ao juízo acerca da gravidade do crime de estupro, pelo que restou dimensionado o segundo peso desta balança.

Uma vez apresentado ao (à) leitor (a) o esboço da balança estruturante do problema da atribuição da hediondez ao estupro simples e dimensionados os pesos que compõem os extremos dessa balança, veremos, no capítulo que se segue, quais os juízos de proporcionalidade e de razoabilidade que norteiam, para além da estrita dogmática penal, o sopesamento feito pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal, ou no sentido de considerar hediondas as formas simples e qualificadas dos crimes de estupro,

ou, diferentemente, no sentido de atribuir o rótulo da hediondez a este delito apenas nos casos em que dele resulte lesão corporal de natureza grave ou morte.

Acórdãos citados neste capítulo⁶³:

HC 73.649-1996

HC 76.004-1998

HC 77.480-1998

HC 78.305-1999

HC 80.479-2000

HC 81.288-2001

HC 81.268-2001

HC 82.206-2002

HC 81.410-2002

HC 81.410-2002

HC 81.277-2002

HC 87.281-2006

HC 88.245-2006

HC 87.281-2006

HC 93.263-2008

⁶³ Para consulta mais detalhada ao teor dos acórdãos, veja tabela ao fim deste trabalho

Capítulo 5: Aspectos de política legislativa e o papel do STF

*"Ao julgador não é dado imiscuir-se no mérito administrativo ou legislativo para, invocando desmedida e inseqüentemente os princípios da igualdade ou proporcionalidade, alterar o conteúdo do ato ou da lei. Somente em situações excepcionais é que se tolera ao juiz substituir-se ao administrador ou legislador para conformar a vontade destes ao juridicamente razoável e aceitável. Conduta diversa gera insegurança aos jurisdicionados, que passam a, com indesejável e excessiva desconfiança, valorar atos ou leis, deixando, por vezes, de dar-lhes cumprimento com base em avaliação individual e subjetiva"*⁶⁴

Este capítulo apresentará uma característica distinta dos que lhe antecederam: nele procuro reunir os elementos argumentativos para além dos contemplados pela estrita dogmática penal, dos quais se valeram os ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal para proceder à construção das respostas penais mais adequadas ao crime de estupro. Trata-se, portanto, de um esforço para reunir as racionalidades outras que nortearam as ponderações dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal com vistas ao deslinde da questão relativa à atribuição da hediondez ao estupro, conforme perpetrado na sua forma simples ou qualificada.

Essas racionalidades são compostas por juízos de proporcionalidade acerca da pena cominada aos perpetradores do crime de estupro, atrelados à crítica à razoabilidade do tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos e pela consideração do papel do Tribunal no enfrentamento da questão da violência sexual contra a mulher, a qual, segundo os estudos de que se vale a Ministra Ellen Gracie para proferir o seu voto no HC 81.288/01, consiste em um fenômeno praticamente universal, mas nem por isso inevitável e muito menos incontrolável. Enfim, procurarei reunir no estudo analítico a ser empreendido neste capítulo as considerações dos ministros e ministras acerca

⁶⁴ Este trecho que consta do voto do Ministro Sydney Sanches, proferido em sede do HC 81.410/02, trata-se de reprodução de cota do Ministério Público Federal.

da hediondez do estupro simples que, ao extravasarem o plano estrito da aplicação dos preceitos da dogmática penal, revelam um ativismo de juízes e juízas que ponderam a qualidade da política legislativa expressa na Lei 8.072/90, a ser analisada no primeiro tópico deste capítulo, bem como o papel sócio-político das suas decisões, a ser objeto de estudo no tópico subsequente.

Proporcionalidade da pena e razoabilidade da política criminal da Lei de Crimes Hediondos: aspectos de política legislativa

Para o Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01), o princípio da proporcionalidade deve ser observado não apenas na dosagem da reprimenda, do que resulta a inadmissibilidade da equiparação das hipóteses de violência sexual precedida de ameaça, indução ou seguida de leves danos físicos, parte das vezes motivada por forte desejo momentâneo que se superpõe à razão, àquelas revestidas de qualificadoras gravíssimas, mas também no que diz respeito ao regime prisional. Neste último caso, a simples concupiscência não pode receber o mesmo tratamento carcerário dado ao ato que resulte em lesão corporal grave ou morte.

Desta forma, o Ministro Maurício Corrêa (HC 81.288/01) monta o perfil do perpetrador do estupro simples como alguém que cometeu o delito em razão de simples apetite sexual, ou movido por forte desejo momentâneo e irracional, e enfatiza a natureza leve dos danos sofridos pela vítima do delito para justificar a incidência de um tratamento penal mais brando, que não o instituído pela Lei de Crimes Hediondos.

Considera, ainda, o Ministro Maurício Corrêa, que a limitação pelo legislador da gravidade do estupro a algumas de suas modalidades, como fez no caso do homicídio, apenas considerado hediondo quando praticado em atividade típica de extermínio ou se qualificado, revela, com absoluta

propriedade, a real proporção entre a conduta delituosa, sua nocividade social e a pena.

Em outra ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 76.004/98) refere-se à tese da ocorrência de bis in idem,⁶⁵ quando da incidência da causa de aumento da pena prevista pelo art. 9º da Lei 8.072/90 ao estupro presumido, como uma tese sedutora, na medida em que possibilita abrandar a pena desmesurada que a Lei de Crimes Hediondos impôs a fatos que retratam a psicopatia do agente, imune aos supostos efeitos de prevenção geral da cominação em lei de penas elevadíssimas. Contudo, refuta essa tentativa de minimizar os efeitos da lei que ele considera medonha, ao consignar que o caminho aberto ao juiz não é de negar-lhe aplicação, salvo se inconstitucional, mas sim de denunciar, com a sua inevitável aplicação, a irracionalidade das inspirações entre ingênuas e demagógicas do maximalismo penal do movimento law and order a que serve. Interessante notar o perfil de agressor esboçado pelo Ministro Sepúlveda Pertence para enfatizar a desproporcionalidade da pena cominada pelo tipo estupro. De acordo com o ministro, os perpetradores de tal crime são psicopatas, doentes mentais em face dos quais uma eventual função de prevenção geral da pena seria totalmente inócua, com prejuízo da eficácia na sua aplicação.

Na mesma linha do apontado pelo Ministro Sepúlveda, o Ministro Ilmar Galvão (HC 81.288/01) denuncia a opção interpretativa segundo a qual a expressão "e sua combinação..." vale o mesmo que "estupro qualificado" ou "estupro combinado" como resultante de uma inclinação do julgador para amenizar o rigor do tratamento dispensado pela Lei de Crimes Hediondos, que justifica o epíteto de lei hedionda que lhe foi pregado, ao crime de estupro.

⁶⁵ Expõe, o Ministro Sepúlveda Pertence, as suas razões para rejeitar a tese do bis in idem: "é correta, em tese a observação de Alberto Silva Franco (op. loc. cit), de que o bis in idem implica aproveitar mais de uma vez as circunstâncias que levaram à formação da moldura penal e que são pressupostos de sua aplicação, na fixação da medida da pena no caso individual." Ocorre que, segundo ele, no estupro não é a idade da vítima que compõe o tipo, "mas o emprego para lograr a prática sexual incriminada, da grave ameaça ou da violência . A causa especial de aumento da pena do art.9º da Lei 8.072/90, essa sim é que toma em conta , em si mesma, a menoridade qualificada da vítima, como índice de maior reprovabilidade do fato e não da incapacidade de consentir." (HC 76.004/98)

Acrescenta que, certamente, meios outros serão postos em prática pelos julgadores com o mesmo fim de abrandamento do tratamento penal incidente aos condenados pelo crime de estupro, podendo consistir na minimização da violência ou da ameaça praticada contra as vítimas de tal crime e na maximização de fatores como o seu prematuro desenvolvimento físico ou a vida precocemente desregrada da menor fronteira, com vistas à descaracterização da presunção de violência e, como consequência, à despenalização dos atos contra ela praticados. O Ministro Ilmar Galvão ressalta, ainda, a situação de constrangimento à qual fica submetido o legislador, ante a desproporcionalidade da pena cominada ao crime de estupro, especialmente numa época em que, segundo ele, como nunca a libido tem sido despertada e estimulada por um intenso apelo ao sensualismo, realizado, quando não ao vivo, por meios de comunicação que têm sido largamente utilizados na veiculação de material erótico.

A alusão do Ministro Ilmar Galvão ao forte apelo ao erotismo e ao sensualismo como elementos enfatizadores do constrangimento do julgador, quando da aplicação da pena, parece indicar que o estímulo à libido, notadamente através dos meios de comunicação, determina o menor grau de reprovabilidade do perpetrador da violência sexual, tornando mais difícil para o juiz aplicar-lhe a pena cominada pelo tipo penal do estupro. Interessante notar que os três ministros, para fundamentar a desproporcionalidade do tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos, se valem de um perfil de agressor sexual que conduziria a um menor apenamento deste, seja por sua imunidade aos efeitos inibidores da pena, seja pela circunstância de ter cometido o delito sob o domínio de violenta emoção, ou ainda impulsionado por um apetite sexual reflexo do freqüente estímulo ao erotismo em nossa atual sociedade.

Quanto ao mecanismo de descaracterização da violência lastreado no comportamento sexual da vítima o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 81.268/01), valendo-se do teor de acórdão impugnado do STJ, afirma que a

honestidade da vítima não é nem poderia ser requisito para a configuração do crime de estupro. Caso contrário, só virgens de formação antiquada e mentalmente pouco dotadas poderiam ser vítimas de estupro ficto. Se a legislação, como um todo, protege inclusive prostitutas, procurando impedir a exploração, submissão etc, se a legislação procura dar mais ampla proteção às crianças e aos adolescentes, então carece de amparo jurídico entender-se, como algo penalmente indiferente, o ato sexual, praticado com crianças.

Parece-me que o ativismo judicial engajado no abrandamento da política criminal instituída pela Lei de Crimes Hediondos, seja pela complacência para com o agressor, seja pela minimização da violência sofrida pela vítima de agressão sexual, através de alusões à natureza leve das lesões corporais por ela sofridas, seja pelos esforços no sentido de descaracterizar o próprio crime de estupro, mediante a avaliação moralista do comportamento relacional e íntimo da vítima, acabam por repercutir na própria relevância jurídico-penal atribuída ao crime de estupro. Em outras palavras, a crítica ao tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos, dado o grau de restrição que impõe à esfera de direitos fundamentais do réu, e os mencionados subterfúgios judicialmente desenvolvidos para driblá-lo interferem na própria garantia do direito da mulher a se auto-determinar sexualmente inclusive no próprio curso do devido processo legal. Sendo assim, o esforço judicial no sentido de assegurar a aplicação proporcional da lei penal ao condenado, quando calcado na minimização da violência sofrida pela mulher ou no seu deslocamento da condição de vítima, mediante o julgamento moral do seu comportamento sexual, possivelmente resultará no próprio esvaziamento da finalidade última do processo penal, a qual deveria ser a tutela do bem jurídico lesado pela perpetração do crime de estupro.

Bem expõe o Ministro Gilmar Mendes (HC 82.959/06), valendo-se da contribuição doutrinária de Hesse, a tensão exposta acima: "A proporcionalidade não deve ser interpretada em sentido meramente econômico, da adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo

cuidar da harmonização da finalidade com o direito afetado pela medida”. Este parece ser o conflito que permeia a avaliação da política legislativa instituída pela Lei de Crimes Hediondos, de um lado, a crítica à proporcionalidade desta lei deve levar em conta a esfera de direitos fundamentais do réu a ser restrita pela aplicação da pena cominada pelo tipo penal estupro, ou seja, o direito afetado pela medida, o que foi trabalhado no primeiro tópico deste capítulo, por outro, a proporcionalidade na produção da resposta penal deve ter em conta a finalidade norteadora da tal tutela jurídico-penal, o que será explorado no tópico seguinte, por fim, há que se harmonizar a finalidade com o direito afetado pela sanção jurídica, desafio que enfrentaremos ao fim deste capítulo.

O enfrentamento da violência contra a mulher e o papel do STF: aspectos de política legislativa

A Ministra Ellen Gracie, em sede do julgamento do HC 81.288/01, afirma que esteve o legislador da Lei de Crimes Hediondos atento à efetiva gravidade do crime de estupro, raras vezes denunciado e que produz em suas vítimas tantas seqüelas, tão graves e de tão extensa duração. Mais que isso, afirma que a Corte, ao consignar a interpretação que atribui ao estupro simples o rótulo de crime hediondo, estará não apenas dando à lei sua correta inteligência, mas, principalmente, sinalizando que o Estado Brasileiro, para além da simples retórica, estende proteção efetiva às mulheres e crianças vítimas de tal violência e reprime, com a severidade que a sociedade exige, os seus perpetradores.

Enfatiza, a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01), a dificuldade das vítimas de estupro de denunciarem o ocorrido, o que provavelmente está relacionado com o constrangimento e medo de humilhação, somado ao receio de falta de compreensão ou interpretação dúbia do parceiro, familiares, vizinhos e autoridades. No que tange às autoridades, ressalta que o Judiciário não tem

sido ativo e criativo em relação às providências que melhor poderiam garantir a efetividade do processo legal, havendo a necessidade de sensibilização, quanto à questão de gênero, dos operadores do Direito.

É possível que um indicativo desta sensibilização, de que falou a Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01) sejam os votos proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto em sede do julgamento do habeas corpus no qual novamente foi submetida ao Plenário a discussão acerca da hediondez do estupro simples, depois de assentada a posição do STF para considerar como hediondo o estupro nas suas formas simples e qualificada no HC 88.245/01. O Ministro Ricardo Lewandowski afirma não lhe parecer oportuno alterar a jurisprudência da Corte, tendo em conta o argumento, segundo ele, talvez metajurídico, que é a realidade nacional de violência contra a mulher, de violência doméstica e de violência contra menores. Em continuidade, o Ministro Carlos Ayres Britto afirmou que uma mudança de orientação naquele momento significaria abrandar o regime de penas para esses crimes que se manifestam com tanta virulência na sociedade nos nossos dias.

A avaliação que se faz da política legislativa expressa na Lei de Crimes Hediondos, de acordo com esse segundo ponto de vista, o qual ressalta a responsabilidade do Judiciário, em particular do Supremo Tribunal Federal, no enfrentamento da violência contra a mulher, na conformidade das exigências severas da sociedade, parece apontar para um paradigma de Direito Penal simbólico. Isto porque a defesa da atribuição do rótulo da hediondez ao estupro simples pela Ministra Ellen Gracie e mesmo a postura dos ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski no sentido da não alteração deste entendimento não passam por uma análise de proporcionalidade entre a nocividade da conduta implicada na perpetração do crime de estupro, bem como do grau de lesão ao bem jurídico tutelado por este delito e a resposta penal a ele atribuída. Diferentemente, a alusão à realidade de violência contra a mulher, encarada pela Ministra Ellen Gracie (HC 81.288/01) como um problema de saúde pública é, de acordo com o exposto, requisito suficiente

para a legitimação da incidência do tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos ao condenado pela perpetração do crime de estupro. Portanto, a sensibilização dos operadores do Direito quanto à questão de gênero, pelo que se extrai dos votos analisados, ainda está muito restrita à utilização do paradigma da pena como instrumento de maxipublicização do problema social da violência contra a mulher. Dessa forma, ocorre verdadeira inversão da lógica de legitimação do Direito Penal, na medida em que se processa da pena, utilizada como veículo de comunicação social do comprometimento político do Supremo Tribunal Federal com a questão de gênero, para o corpo social, sem que sejam feitas maiores reflexões acerca do significado concreto desta pena na restrição da esfera de direitos fundamentais do condenado e na garantia efetiva da autodeterminação sexual da mulher.

Por um lado, a crítica à falta de razoabilidade da política legislativa instituída pela Lei de Crimes Hediondos, atrelada ao juízo de desproporcionalidade do tratamento penal que ela estabelece, dado o grau de restrição da esfera de direitos fundamentais do réu, pode implicar esforços judiciais no sentido de minimizar a violência sexual de que foi vítima a mulher, ou de desconfigurar o próprio crime de estupro, o que compromete a relevância jurídico-penal atribuída a este crime e ao bem jurídico lesado pela perpetração deste. Nesse sentido, o processo penal se converte num locus institucional de duplicação da violência de gênero, na medida em que se desvia da necessária proporcionalidade entre a resposta penal construída e a finalidade desta tutela jurídico-penal, qual seja a garantia da liberdade sexual da mulher. Por outro lado, a legitimação da aplicação desta mesma política legislativa com base na necessidade de sensibilização dos operadores do Direito para a questão de gênero, é carente de maiores e mais profundas reflexões acerca do significado concreto dessa resposta penal para o réu e no que concerne às limitações do paradigma da pena no enfrentamento do problema cotidiano e comumente doméstico da violência sexual contra a mulher.

A escolha que fiz pela problematização destes elementos de política legislativa presentes nos discursos dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal quanto à hediondez do estupro, conforme se verifique na sua forma simples ou qualificada, se justifica pelo intuito de situar essa discussão num contexto mais amplo no qual estão manifestadas diferentes concepções acerca da função do Direito Penal e do papel do Supremo Tribunal Federal. De um lado, temos um discurso de Direito Penal garantista, focado na restrição mínima dos direitos fundamentais do réu, que ao pretender afastar a aplicação da lei ao caso concreto acaba por determinar a duplicação da violência sofrida pela vítima de estupro. Por outro lado, utiliza-se o Direito Penal como instrumento de comunicação para a sociedade da relevância do problema da violência de gênero, bem como do comprometimento social e político do Supremo Tribunal Federal na produção de respostas severas para inibi-lo.

A análise dos juízos de proporcionalidade dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal no tocante ao tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos foi feita, neste capítulo, com base em dois referenciais: 1) o direito afetado pela incidência desse tratamento penal e 2) a finalidade desta tutela jurídico-penal. Contudo, há mais um elemento da frase de Hesse citada pelo Ministro Gilmar Mendes (HC 82.959/06) que não poderia ser olvidado, posto que implica na ligação dos dois juízos de proporcionalidade trabalhados paralelamente até aqui: trata-se da harmonização do direito afetado pela sanção penal com a finalidade desta. No nosso caso, há que se harmonizar as restrições impostas ao condenado por crime de estupro com a garantia do direito da mulher de se auto-determinar sexualmente. Não fui capaz de localizar⁶⁶, dentre os acórdãos de que me vali para desenvolver esta monografia, qualquer vestígio argumentativo no sentido de solucionar esta questão.⁶⁷

⁶⁷ A noção de harmonização que integra a base teórica de que me valho para desenvolver este capítulo é bastante imprecisa. Desta forma, a sua concretização se dá mediante um juízo bastante subjetivo. Embora eu não tenha localizado qualquer raciocínio de proporcionalidade dos ministros no sentido de conciliar a finalidade e o direito afetado pelo tratamento penal instituído

Uma justificativa possível para o silêncio dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal no sentido de buscar respostas judiciais aptas a conciliar a proteção da mulher vítima de estupro com as restrições penais impostas ao condenado pela perpetração de tal delito reside nas limitações existentes à invasão do julgador no mérito legislativo, mediante a evocação da exigência de proporcionalidade, como bem acentua o Ministro Sydney Sanches (HC 81.410/02) ⁶⁸. É possível que dessa limitação imposta mesmo aos juízes e juízas pertencentes à máxima instância jurisdicional do nosso país tenha resultado o seu necessário deslocamento dentro de um modelo binário, no qual ou se considera o estupro como hediondo, tanto na sua forma simples quanto na sua forma qualificada, potencializando os efeitos da política legislativa expressa na Lei de Crimes Hediondos, quer para denunciar, através da aplicação a mesma, o seu equívoco, como propõe o Ministro Sepúlveda Pertence (HC 76.004/98) quer porque se considera tal tratamento proporcional à finalidade desta tutela jurídico-penal; ou se atribui o rótulo da hediondez ao estupro apenas quando dele resultar lesão corporal de natureza grave ou morte, restringindo ao máximo as hipóteses de incidência do tratamento penal estabelecido pela Lei de Crimes Hediondos, com fundamento na falta de razoabilidade da política criminal de que é manifestação.

Não há espaço, portanto, para que sejam elaboradas respostas aptas a conciliar a proteção da mulher vítima de agressão sexual com as medidas restritivas imputadas ao agressor. Não há espaço, inclusive, para questionar a natureza dessas medidas, se devem ser elas penais ou extrapenais. Disso resulta a relativa ineficácia de ambos os juízos de proporcionalidade acerca da política legislativa expressa na Lei de Crimes Hediondos analisados neste capítulo, isto porque o primeiro, no mais das vezes, acaba por duplicar a violência de gênero, o segundo porque, ao atribuir tratamento extremamente severo ao perpetrador do estupro, desumaniza a pena e converte-a num

pela Lei de Crimes Hediondos, isso não implica que o leitor não poderá identificá-lo a partir dos elementos que eu expus ao longo do desenvolvimento desta monografia ou eventualmente recorrendo aos acórdãos que constituíram o meu objeto de pesquisa.

⁶⁸ Vide epígrafe.

instrumento de potencialização retórica da gravidade do estupro que não assegura, per si, a transformação das relações de poder que sustentam esta modalidade flagrante de violência de sexual.

Acórdãos citados neste capítulo:⁶⁹

HC 76.004/98

HC 81.410/02

HC 82.959/06

HC 81.288/01

HC 88.245/01

HC 81.268/01

⁶⁹ Para consulta mais detalhada ao teor dos acórdãos, vide tabela ao fim deste trabalho.

Capítulo 6: Breve relato histórico da discussão no STF acerca da atribuição da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada

Partindo da pergunta “Quanto vale o estupro?”, procurei, ao longo deste trabalho, desenvolver um estudo analítico dos discursos dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal acerca da atribuição do rótulo da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada. Nesse sentido, optei por problematizar as perguntas desdobradas do meu problema de pesquisa, das quais emergiu a divisão e a seqüência temática dos capítulos deste trabalho, com base na reunião e contraposição das diversas construções argumentativas dos ministros e ministras do STF. Ocorre que a construção desse método dialético de análise, norteado pelo intuito de enriquecer com o máximo de argumentos a problematização temática feita em cada um dos capítulos, com vistas a construção de uma resposta para a minha pergunta principal, implicou na desconstrução da linha cronológica em que estes foram produzidos. Dessa constatação deriva a proposta deste breve capítulo, qual seja, situar o (a) leitor (a) no histórico da discussão travada no STF acerca da hediondez do estupro simples. Vejamos.

Desde a edição da Lei de Crimes Hediondos até o ano de 2001, prevaleceu⁷⁰, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que o estupro, para que seja considerado hediondo, deve resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. No ano de 2001, contudo, o julgamento do HC 81.288 consignou a alteração desse entendimento para atribuir a hediondez também à forma simples do crime de estupro. Na ocasião do referido julgamento, o qual foi levado ao Plenário, saíram vencidos os Ministros

⁷⁰ Essa conclusão é tomada com base no universo de acórdãos que constituíram o objeto de pesquisa desta monografia. Consultar tabela. HC 78.305, HC 80.223, HC 80.353, HC 80.479

Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Maurício Corrêa e Marco Aurélio⁷¹, sendo que a tese vencedora foi construída com base nos votos do Ministro Carlos Velloso (relator) e da Ministra Ellen Gracie, à época completando o seu primeiro ano de assento na bancada do Supremo Tribunal Federal.

As decisões posteriores ao julgamento do HC 81.288 passaram a ratificar o entendimento nele consignado⁷², citando-o como precedente e, não raro, como “leading case” da discussão acerca da hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada. Não obstante a expressiva linha jurisprudencial consolidada no sentido de conferir respaldo à tese que saiu vitoriosa do julgamento do HC 81.288, os ministros adeptos da corrente que restou minoritária na ocasião deste julgamento têm ressalvado o seu ponto de vista quando submetidos à condição de porta-vozes do Colegiado⁷³. Inclusive, foi o Ministro Marco Aurélio, vencido no julgamento do HC 81.288, o responsável por reabrir, no STF, a discussão relativa à hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada. A recondução dessa discussão ao Plenário do Supremo Tribunal Federal ocorreu no ano de 2006, através do HC 88.245, ocasião na qual a composição do Egrégio Tribunal já era bastante distinta daquela que julgou 5 anos antes o HC 81.288. A tese vencedora do julgamento do HC 88.245 confirmou o entendimento até então consolidado no sentido de considerar como hediondo o estupro tanto na sua forma qualificada, quanto na sua forma básica. Nesta oportunidade, restou novamente vencido o Ministro Marco Aurélio.

Cumprе ressaltar que reabertura da discussão relativa à atribuição do rótulo da hediondez ao crime de estupro, conforme se verifique nas suas formas simples e qualificada, por iniciativa do Ministro Marco Aurélio, enfrentou a resistência da então presidente, a Ministra Ellen Gracie, que fez questão de enfatizar o voto por ela proferido no julgamento do HC 81.288, o qual, de

⁷¹ Composição do STF à época: Carlos Velloso, Celso de Mello, Ellen Gracie, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Moreira Alves, Nelson Jobim Néri da Silveira, Sepúlveda Pertence e Sydney Sanches.

⁷² Vide tabela: HC's: 81.402, 80.902, 81.317, 81.409, 81.360, 81.287, 81.405, 81.403, 81.410, 81.277, 82.098, 82.206, 82.597, 84.145, 87.281 e 88.245.

⁷³ Vide tabela: HC's: 81.402, 80.902, 81.317, 81.409, 81.360, 81.286, 81.408, 81.410 e 81.281

acordo com ela, é bastante conhecido e tem sido comentado em todos os congressos científicos que se realizaram desde então. O Ministro Joaquim Barbosa chega a ponderar a conveniência do momento para a recondução ao Plenário de discussão que ele considera “tão importante”, em razão da ausência dos Ministros Sepúlveda Pertence e Celso de Mello. Embora o Ministro Joaquim Barbosa tenha alertado para a provável imprudência de realizar-se a discussão acerca da hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada partindo de um quórum reduzido, o HC 88.245 foi julgado e, ressalte-se, sem que grandes esforços fossem dispensados para compensar tal defasagem numérica na composição do Tribunal. Com a exceção do Ministro Marco Aurélio, defensor da tese minoritária, e da Ministra Carmen Lúcia, a qual se colocou como indiferente ao prosseguimento do julgamento, quando inquirida a esse respeito pela presidente da Corte, os ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Eros Grau, Gilmar Mendes e até o próprio Joaquim Barbosa, que enfatizou a relevância da questão sob enfoque, proferiram seus votos em apenas uma página. O Ministro Ricardo Lewandowski afirma não se sentir preparado “para ir contra a firme jurisprudência da Casa, não só do Plenário, quanto das turmas” e nem lhe parece “oportuno” alterá-la; na mesma linha o Ministro Ayres Britto enfatiza as repercussões de uma alteração da jurisprudência, considerada a realidade de violência contra a mulher; o Ministro Eros Grau restringe-se a acompanhar a relatora, ministra Carmen Lúcia; o Ministro Gilmar Mendes recorda à presidente que já se manifestou sobre o tema “em outra oportunidade” e o próprio Joaquim Barbosa discorda do Ministro Marco Aurélio para “manter-se fiel à jurisprudência da Casa, nomeadamente o “leading case”, HC 81.288”.

Em suma, o entendimento atualmente prevalente no Supremo Tribunal Federal é o que considera hediondo tanto o estupro qualificado pelo resultado, ou seja, aquele do qual resulta lesão corporal de natureza grave ou a morte da ofendida, quanto o perpetrado na sua forma simples ou básica. Tal entendimento fixou-se a partir da decisão prolatada no julgamento do HC 81.288 e, recentemente, foi submetido a revisão pelo Plenário do Supremo

Tribunal Federal, mas não logrou ser alvo de discussões de mérito aprofundadas, pelo contrário, foi ratificado automaticamente por alguns e preservado de maiores questionamentos por outros, com base em avaliações de conveniência e oportunidade cujos fundamentos são extremamente obscuros.

Conclusão

O longo estudo analítico desenvolvido neste trabalho para destrinchar os discursos dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal quanto à hediondez do estupro nas suas formas simples e qualificada esteve sempre norteado pelo meu problema pesquisa, a própria razão de ser desta monografia, qual seja, "Quanto vale o estupro?". A escolha do Direito Penal, particularmente do micro sistema penal e processual penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos como referencial comparativo para a mensuração do valor do estupro, ou seja, do juízo de gravidade que os ministros e ministras do STF atribuem a este delito me aproximou de dois paradigmas funcionais do Direito Penal.

O reconhecimento da hediondez do estupro apenas quando dele resultar lesão corporal de natureza grave ou morte pode ser entendido como a expressão de um sopesamento que pende para a proteção do réu e para a limitação das restrições impostas à sua esfera de direitos fundamentais. Sendo assim, tal juízo de gravidade do crime de estupro, calcado na ênfase dos resultados qualificadores deste delito para efeito de configuração da sua hediondez, identifica-se com um paradigma garantista do Direito Penal. É com base neste paradigma que se critica a falta de razoabilidade da política legislativa expressa na Lei de Crimes Hediondos, do que resultam os esforços do (a) julgador (a) no sentido de amenizar o rigor do tratamento punitivo que ela faz recair sobre o perpetrador do crime de estupro. Ocorre que a busca do abrandamento dos efeitos severos imputados pela Lei de Crimes Hediondos ao condenado pelo crime de estupro, implica, no mais das vezes, na minimização da própria relevância jurídico-penal que se atribui ao crime de estupro, ou seja, na atenuação do desvalor associado a essa prática delituosa. Isto porque, estando o juiz adstrito ao princípio da legalidade estrita e a um procedimento lógico-subsumitivo que inadmite analogias, bem como interpretações extensivas, acaba desenvolvendo formas outras de afastar a incidência da Lei

de Crimes Hediondos ao perpetrador do crime de estupro, entre elas, a construção de um perfil menos reprovável do agressor, alegando ser ele imune aos efeitos inibidores da pena, movido pelo estímulo geral ao erotismo vigente em nossa sociedade ou ainda condicionado por impulso sexual imprevisível e irrefletido; a descaracterização da presunção de violência e do próprio crime de estupro com base na valoração moral do comportamento sexual da menor vítima da agressão; a adoção de interpretações do texto legal pouco intuitivas, a exemplo da que equipara os significados das expressões “e sua combinação com” e “em sua combinação com” e, por fim, a atenuação da natureza das lesões corporais resultantes do crime de estupro, como se elas tivessem que ocorrer “por quilo” para que se reconheça a violência que já é ínsita ao constrangimento da mulher à conjunção carnal. Tais instrumentos judiciais de combate indireto à política legislativa instituída pela Lei de Crimes Hediondos, na medida em que visam à atenuação ou mesmo à desconstituição da situação fática de violência contra a mulher, configuram a via institucional do fenômeno da duplicação da violência de gênero, precisamente no âmbito jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do sistema judiciário brasileiro, ao qual incumbe a salvaguarda dos princípios constitucionais, entre eles o de promover o bem de todos sem preconceitos de sexo, assegurando, inclusive, a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres. Do exposto, resta confirmada a hipótese de pesquisa trazida ao conhecimento do (a) leitor (a) já no capítulo metodológico.

Me atrevera a afirmar, ainda, que os esforços dos ministros e ministras no sentido de afastar o rigor do tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos em favor do réu, não só podem interferir negativamente na relevância jurídico-penal atribuída ao crime de estupro, esvaziando a própria razão de ser do acionamento da persecução penal, como, no caminho inverso, as pré-concepções dos ministros e ministras acerca da relevância jurídico-penal e moral do crime de estupro, condicionam o juízo de gravidade que fazem acerca do tratamento penal cominado ao perpetrador deste delito. Embora seja difícil precisar qual das vias opostas constituintes dessa relação

de causalidade estão manifestadas no voto de um (a) ou outro (a) ministro (a), não podemos perder de vista, depois de todo o estudo investigativo realizado ao longo desta monografia, que em matéria de delitos sexuais a permeabilidade das questões jurídicas às questões morais é bastante grande. Basta citar, a título de exemplificação neste sentido, a ratio legis embutida na causa de aumento da pena prevista pelo art. 226, III ou a distinção, a partir de um padrão sexual moralizante, entre o coito vaginal, tido como ato sexual normal, e ao coito anal, tido como ato sexual anormal, a subsidiar a tese do concurso material entre o crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

Por outro lado, a atribuição do rótulo da hediondez ao estupro simples, na linha do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, e a subsequente legitimação da política criminal instituída pela Lei de Crimes Hediondos, com vistas à publicização do problema da violência de gênero, incorre no grave erro de utilizar a pena como instrumento retórico a serviço de uma prevenção geral. Nesse sentido, o Direito Penal assumiria a função simbólica de comunicar para a sociedade a gravidade do crime de estupro, encarado como verdadeiro problema de saúde pública, dada a complexidade das suas repercussões físicas, biológicas, sociais e psicológicas. Contudo, ainda que esta postura de legitimação da política legislativa expressa na Lei de Crimes Hediondos represente algum vestígio de sensibilização dos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal em face da realidade de violência contra a mulher, a forma simplificada, ou pouco refletida, com que se lida com a sanção jurídica de natureza penal, a exemplo do que ocorreu em sede do julgamento do HC 88.245/06, notadamente nos votos dos ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski, como se ela, per se, fosse capaz de alterar a natureza das relações de poder nas quais a violência sexual encontra as suas raízes, é expressão de uma visão ainda bastante limitada acerca da complexidade do fenômeno da violência de gênero, por vezes associada a um maximalismo penal que reduz o sistema penal a mera instância retributiva.

Ambos os paradigmas funcionais de Direito Penal estão atrelados a um juízo específico da gravidade do crime de estupro: um deles centrado nos resultados qualificadores deste tipo penal, outro deles atribui caráter fundamental, para efeito de configuração da hediondez deste crime, ao ato de constranger a mulher à conjunção carnal; um assentado na distinção entre lesões leves e lesões graves ou gravíssimas, outro acentuando que não existe estupro do qual não resulte lesão de natureza grave. Ambos os modelos de resposta penal para a questão binária da atribuição ou não da hediondez ao estupro simples refletem diferentes valorações do crime de estupro e me parecem incapazes de assegurar uma intervenção punitiva proporcional, ou seja, apta a harmonizar a finalidade da tutela jurídico-penal, qual seja a garantia da liberdade sexual da mulher, com o objeto afetado pela sua incidência, ou seja, o direito do réu a um tratamento penal humano. Esta ineficácia está associada, quer às limitações impostas à invasão do (a) julgador (a) no mérito legislativo, restringendo-o a trabalhar dentro dos limites binários da atividade judicial (conceder/denegar), quer às próprias limitações das soluções de natureza penal, quando descontextualizadas de um conjunto de políticas públicas interdisciplinares que lhes confira significado e respaldo sociais e sem que haja uma efetiva sensibilização dos operadores do direito no tocante à questão da violência de gênero para garantir o direito da mulher a se auto-determinar sexualmente através e durante o devido processo legal.

Durante todo este trabalho, procurei dimensionar o valor do estupro para os ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal utilizando como referencial comparativo o tratamento penal instituído pela Lei de Crimes Hediondos. A discussão acerca da atribuição da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada é uma discussão antiga, ou seja, de mais uma década, porém me parece que a compreensão pelos ministros e ministras do Supremo Tribunal Federal da realidade de violência contra a mulher, do significado fático da perpetração do crime de estupro para as suas vítimas e dos meios de intervenção pública adequados para gerir esses conflitos de natureza penal e extrapenal ainda é bastante incipiente, vide o teor dos votos

proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal da última vez que a questão acerca da atribuição de hediondez ao estupro simples foi levada ao Plenário, no ano de 2006. Na ocasião, restou clara a inaptidão dos ministros para enfrentar o problema da violência sexual contra a mulher, decorrente da dificuldade de conferir a este a sua exata dimensão social e política, bem como uma postura de negligência, evidenciada na ausência de esforços no sentido de construir um modo de decidir, um paradigma interpretativo e operativo que ao incorporar a perspectiva de gênero reivindicada pelo movimento feminista contribua para consolidar uma posição jurisprudencial consistente que considere o fenômeno da agressão sexual contra a mulher, particularmente do estupro, no bojo de relações de poder socialmente construídas que violentam e oprimem cotidianamente meninas e mulheres.

Fontes Bibliográficas

1. **ANDRADE**, Vera Regina Pereira. "Violência Sexual e Sistema Penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina?"
2. **ARÁN**, Márcia e **JÚNIOR**, Carlos Augusto Peixoto. "Subversões do desejo: sobre gênero e subjetividade em Judith Butler". Cadernos Pagu. 28. janeiro-junho de 2007. 129-147.
3. **CORRÊA**, Mariza. "Do feminismo após estudos de gênero no Brasil: um exemplo pessoal". Cadernos Pagu. 16. 2001. pp13-30
4. **COUTINHO**, Luiz Augusto. "Estupro simples: crime hediondo ou hedionda aplicação da lei?" Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ano III. Nº15. ago-set 2002.
5. **DIAS**, Maria Berenice. "Estupro: um crime duplamente hediondo". Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ano II. nº11. dez-jan. 2002
6. **FERNANDES**, Antonio Scarance. "Estupro: enfoque vitimológico". Justitia. São Paulo. a. 53. vol 154. 1991. abr/jun.
7. **FRANCO**, Alberto Silva. "Crimes Hediondos". Ed. RT. 6ª Ed.
8. **JESUS**, Damásio Evangelista. "Estupro e tentado violento ao pudor, nas formas típicas simples, são hediondos?". Justitia. São Paulo. 63. vol 196. out./dez. 2001
9. **LEAL**, João José. "Estupro e Atentado violento ao pudor como crimes hediondos: desencontro entre a hermenêutica COUTINHO doutrinária e a jurisprudencial". Ano 11. nº 135. fevereiro 2004.

10. **PANDJARJIAN**, Valéria. "Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação".
11. **PEDRO**, Joana Maria. "Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica"
12. **PIERANGELI**, José Henrique. "Códigos Penais do Brasil: Evolução Histórica. Ed. RT. 2ª Ed. 2001.
13. **PISCITELLI**, Adriana e **GOLDANI**, Ana Maria. "A prática feminista e o conceito de gênero." Textos Didáticos. nº48. Novembro de 2002.
14. **PRUDENTE**, Neemias Moretti. "Considerações críticas acerca do estupro e atentado violento ao pudor". Revista IOB. Ano VIII. nº46. out-nov 2007.
15. **SILVA**, Tadeu Antonio Dix. "Crimes Sexuais. Reflexões sobre a nova Lei nº11.106/2005"
16. **TANGERINO**, Davi de Paiva Costa Tangerino. "Considerações Criminológicas quanto ao tratamento público da violência contra a mulher: do paradigma da pena ao paradigma da visibilidade". Mulher e Direito Penal. Ed. Forense. 2007
17. **VIGLIAR**, Ana Cláudia Carvalho. "Continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor". Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 2. nº8. outubro-dezembro. 1994
18. **ZAFFARONI**, Raúl Eugênio e **PIERANGELI**, José Henrique. "Manual de Direito Penal Brasileiro. Ed. RT. 6ª Ed. 2006

ACÓRDÃOS – Parte I

LEGENDA:

1. **Branco:** Acórdãos utilizados para a redação da monografia
2. **Azul:** Acórdãos expressamente citados na redação da monografia
3. **Cinza:** Acórdãos não utilizados para a redação da monografia (não versam sobre a atribuição da hediondez ao estupro nas suas formas simples e qualificada)

Observações:

1.No campo "decisão" selecionei apenas os pontos discutidos pelos ministros (as) que guardam relação de pertinência com o tema desta monografia. Exceção: acórdãos em cinza (cito o teor da decisão apenas para justificar o descarte destes)

2.No campo "placar" coloquei a posição dos ministros (as) especificamente no tocante à questão mencionada no campo "decisão".

	PROCESSO	TURMA	DATA JULGAMENTO	CRIME	MODO DE EXECUÇÃO	OBSERVAÇÕES
1	RE 29370	2ª TURMA	1955			
2	HC 70.334	1ª TURMA	(09.11.1993)	Estupro e Atentado violento ao pudor	Atentado ao pudor obtido mediante arma	Delitos contra os costumes (violência contra liberdade sexual)/ Crimes contra a liberdade sexual
3	HC 71.399	1ª TURMA	(09.08.1994)	Estupro e Atentado violento ao pudor	Praticados em sequencia	Crimes são do mesmo gênero, mas não da mesma espécie
4	HC 72.745	2ª TURMA	(15.08.1994)	Estupro simples		A majoração prevista no art. 9º pressupõe, além da violência (real ou ficta), o resultado lesão grave ou morte.
5	HC 72.070	2ªTURMA	(21.11.1995)	Atentado violento ao pudor		Aumento da pena do art. 9º da Lei 8.072/90 é fruto da preocupação do legislador em conter o número

						crescente dos atentados sexuais de toda a ordem contra crianças de idade inferior a 14 anos, segundo notório, pelo menos para aqueles que atuam nos pretórios criminais.
6	HC 71.802	1ª TURMA	(12.03.1996)	Estupro(2x) e Atentado violento ao pudor(2x)	Cópula vaginal e cópula anal	Inviável a absorção do atentado violento ao pudor pelo estupro, por se tratarem de crimes de espécies diferentes, autônomos e independentes entre si, embora da mesma natureza, pelas mesmas razões, inviável a continuidade delitiva.
7	HC 73.649	2ª TURMA	(18.03.1996)	Estupro	Tentado	
8	HC 74.487	1ª TURMA	(01.10.1996)	Estupro	Atentado violento ao pudor	Agente aproveitou-se da ilimitada confiança de uma criança de 10 anos de idade.
9	HC 74.250	2ª TURMA	(08.10.1996)	Estupro e Atentado violento ao pudor	Durante 2 anos , inúmeras foram as práticas condenáveis, havendo o paciente submetido a vítima	

					diuturnament e a extremados caprichos.	
10	HC 74.108	2ª TURMA	(08.10.1996)		Grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo.	O fato de a vítima ser pessoa que faz comércio do próprio corpo não a impossibilita de ser sujeito passivo nos crimes contra a liberdade sexual, que é um bem indisponível.
11	HC 74.521	1ª TURMA	(10.12.1996)	-----	-----	
12	HC 74.630	1ª TURMA	(10.12.1996)	Estupro e atentado violento ao pudor.		
13	HC 75.849	1ª TURMA	(18.11.1997)	Estupro presumido	Continuado . O peticionário dominou a vítima com força física, tapou a sua boca com a mão, mantendo-a , ainda, sob constante ameaça de faca.	
14	HC 76.543	1ª TURMA	(03.03.1998)	-----	-----	
15	HC 76.587	2ª TURMA	(30.03.1998)	Estupro e Atentado violento ao pudor	Ao longo de mais de 10 anos, estupros e atentados violentos ao pudor,	

					mediante violência e grave ameaça.	
16	HC 76.680	1ª TURMA	(28.04.1998)	Estupro presumido	Continuado por 5 anos	
17	HC 76.004	1ª TURMA	(19.05.1998)	Atentado violento ao pudor		
18	HC 76.096	2ª TURMA	(26.05.1998)	-----	-----	
19	HC 77.437	1ª TURMA	(08.09.1998)	-----	-----	
20	HC 77.503	2ª TURMA	(22.09.1998)	Estupro (2x)		
21	HC 77.480	2ª TURMA	(06.10.1998)	Atentado violento ao pudor		
22	HC 78.393	2ª TURMA	(23.02.1999)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
23	HC 78.305	2ª TURMA	(08.06.1999)	Atentado violento ao pudor	Continuado	
24	HC 80.223	2ª TURMA	(15.08.200)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
25	HC 80.286	1ª TURMA	(05.09.2000)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
26	HC 80.353	2ª TURMA	(24.10.2000)	Atentado violento ao pudor simples		
27	HC 80.479	2ª TURMA	(05.12.2000)	Estupro e atentado violento ao pudor		
28	RHC 80.613	1ª TURMA	(06.03.2001)	Atentado violento ao pudor		
29	HC 81.268	1ª TURMA	(16.10.2001)	Estupro ficto	Continuado	
30	HC 81.284	1ª TURMA	(16.10.2001)	-----	-----	

31	HC 81.407	2ª TURMA	(13.11.2001)	Estupro qualificado e Atentado violento ao pudor		
32	HC 81.453	1ª TURMA	(11.12.2001)	Atentado violento ao pudor	Continuado	
33	HC 81.288	TRIBUNAL PLENO	(17.12.2001)	Estupro ficto	Relações sexuais mantidas durante mais de 5 anos, 2 vezes por semana.(1ª vítima). Mesma frequência durante 5 meses (2ª vítima)	
34	HC 81.402	2ª TURMA	(18.12.2001)	Atentado violento ao pudor		
35	HC 80.902	2ª TURMA	(18.12.2001)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
36	HC 81.317	2ª TURMA	(18.12.2001)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
37	HC 81.404	2ª TURMA	18.12.2001	Estupro		
38	HC 81.409	2ª TURMA	(18.12.2001)	Estupro qualificado por lesão corporal grave		
39	HC 81.360	TRIBUNAL PLENO	(19.12.2001)	Estupro		
40	HC 81.286	2ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro		
41	HC 81.287	1ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro		"A interpretação que considera a forma simples de tais crimes

						verdadeiramente como hediondos prevaleceu por nada menos que uma década e esta é a interpretação que deve prevalecer"
42	HC 81.405	1ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro		
43	HC 81.401	2ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro		
44	HC 81.403	1ª TRUMA	(05.02.2002)	Estupro		
45	HC 81.408	2ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro		
46	HC 81.413	1ª TURMA	(05.02.2002)	Estupro simples		
47	HC 81.410	1ª TURMA	(19.02.2002)	Estupro		
48	HC 81.277	2ª TURMA	(19.03.2002)	Estupro e atentado violento ao pudor		
49	HC 82.098	1ª TURMA	(10.09.2002)	Atentado violento ao pudor (ficto)		
50	HC 82.206	2ª TURMA	(08.10.2002)	Estupro e atentado violento ao pudor	Em continuidade delitiva e em concurso material	
51	HC 82.597	2ª TURMA	(04.02.2003)	Estupro		
52	HC 82.712	2ª TURMA	(20.05.2003)	Estupro e Atentado violento ao pudor		O art. 224, "a", do CP não indica um crime autônomo que possa ser passível de classificação como hediondo. O dispositivo apenas dispensa provas adicionais da violência ou

						da ameaça.	grave
53	AgR 444278	1ª TURMA	(10.06.2003)	-----	-----		
54	HC 84.006	1ª TURMA	(04.04.2004)	Atentado violento ao pudor			
55	HC 84.145	2ª TURMA	(14.12.2004)	Estupro			
56	HC 87.705	2ª TURMA	(07.02.2006)	Estupro e Atentado violento ao pudor			
57	HC 82.959	TRIBUNAL PLENO	(23.02.2006)	Atentado violento ao pudor presumido			
58	HC 87.281	1ª TURMA	(25.04.2006)	Estupro simples	Manteve relações sexuais diversas vezes	Menor restou grávida	
59	HC 84.754	1ª TURMA	(19.09.2006)	Estupro	“Depois de, mediante violência física, estuprar a vítima, matou-a para assegurar a impunidade do delito sexual”		
60	HC 89.770	2ª TURMA	(10.10.2006)	Estupro e atentado violento ao pudor	Estupro (2 vezes) e Atentado ao pudor (2 vezes)		
61	HC 88.245	TRIBUNAL PLENO	(16.11.2006)	Estupro e atentado violento ao pudor			
62	HC 89.554	2ª TURMA	(06.02.2007)	Estupro e Atentado violento ao pudor			

63	HC 89.827	1ª TURMA	(27.02.2007)	Estupro e Atentado violento ao pudor		
64	HC 90.706	1ª TURMA	(06.03.2007)	Atentado violento ao pudor simples		
65	HC 84.036	1ª TURMA	(15.05.2007)	Estupro		
66	HC 93.263	1ª TURMA	(19.02.2008)	Estupro		Gravidez da vítima
67	HC 86.928	TRIBUNAL PLENO	(10.03.2008)			
68	HC 91.370	2ª TURMA	(19.02.2008)	Estupro e atentado violento ao pudor		
69	HC 92.997	2ª TURMA	(24.06.2008)	Estupro		

ACÓRDÃOS – Parte II

	PROCESSO	DECISÃO	PLACAR	AGENTE	VÍTIMA
1	RE 29370	Não conhecido			
2	HC 70.334	É pacífico o entendimento nesta Corte, no sentido de que o crime de atentado	Majoria Dissidência Sepúlveda Pertence		

		violento ao pudor e o de estupro configuram, concurso material de delitos. Ambos crimes hediondos			
3	HC 71.399	Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo praticados em seqüência, configura-se concurso material de delitos, acertada é a cumulação de penas. Estupro presumido é crime hediondo.	Unânime		Menor de 8 anos (art.224, "a")
4	HC 72.745	Réu condenado à pena de 3 anos e 9 meses , em regime inicial semi-aberto, como incurso nas sanções do art.213 , c/c art.224, alínea "a", ambos do Código Penal, sem as modificações introduzidas pelas Leis 8069/90 e 8072/90.	Unânime	Casado (majoração do art 226, III)	Vítima menor de 14 anos (art.224, "a")
5	HC 72.070	A majoração prevista pelo art. 9º pressupõe , além da violência (real ou ficta), o resultado lesão grave ou morte) Configura bis in idem a majoração da reprimenda no	Unânime		Menor de 14 anos (art.224, "a")

		caso em que não resultou morte ou lesão grave, visto que a própria violência não foi real, mas presumida.			
6	HC 71.802	É pacífico o entendimento no STF no sentido de que o estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima, caracterizam concurso material de delitos.	Unânime	Alegação de que o réu era menor de 21 anos à época dos fatos (não restou comprovada)	Duas vítimas (2 estupros e 2 atentados ao pudor contra cada uma delas)
7	HC 73.649	O art. 1 da Lei 8072/90 manteve em seu caput, a aplicação gravosa aos crimes ali enumerados, tanto na forma consumada, como na tentada. Por conseguinte, ao estupro tentado, aplicam-se as disposições existentes na Lei de Crimes Hediondos	Unânime		17 anos
8	HC 74.487	Se os fatos enquadram-se perfeitamente na legislação dos crimes hediondos,- que estabelece a pena mínima de 6 anos de reclusão	Unânime		Criança de 10 anos de idade (art.224, "a")

		para o crime de atentado violento ao pudor e uma causa de aumento-, nada impede que o juiz, diante desses mesmos fatos, ao aplicar a pena, pronuncie-se sobre as circunstâncias legais que autorizam a sua exasperação			
9	HC 74.250	Estupro e atentado violento ao pudor: concurso material		Casado e incidente no art. 226, II.	Menor de 14 anos (art.224, "a")
10	HC 74.108	Os crimes hediondos são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória, de conformidade com o art. 2º-II da Lei 8.072/90	Unânime		Prostitua
11	HC 74.521	Falta de defesa. Laudo pericial. Interrogatório. Regime de cumprimento			
12	HC 74.630	É pacífico o entendimento no STF no sentido de que o estupro e atentado violento ao pudor, praticados contra a mesma vítima,	Unânime	Concurso de agentes (art.226,I)	

		caracterizam concurso material de delitos.Impossibilidade de absorção de um pelo outro.			
13	HC 75.849	A circunstância elementar do tipo em questão é a violência e não propriamente a idade da vítima, sendo esta por disposição legal, no caso dos autos, simples presunção daquela. Cabível, portanto, a majorante do art. 9º da Lei 8072/90.	Unânime		Menor de 14 anos e não pode,por qualquer outra causa, oferecer resistência.(art 224, "a" e "c")
14	HC 76.543	Tráfico de entorpecentes. Concurso de agentes. Regime de cumprimento de pena.			
15	HC 76.587	Prescrição punitiva no tocante a um dos crimes considerados.		Pai ,casado, com mais de 70 anos. (art.226,II e III)	3 filhas. 2 débeis mentais (art.224, "b")
16	HC 76.680	Aplicação da lei nova (8.072/90), ainda que mais grave, a toda a			Menor de 12 anos de idade (desde que tinha 7 anos)

		série delitiva o que se justifica pelo fato de que o autor, já advertido da maior gravidade da sanção, persistiu na prática delituosa.			
17	HC 76.004	No estupro e no atentado violento ao pudor, não é a idade da vítima que compõe o tipo, mas o emprego, para lograr a prática sexual incriminada, de grave ameaça ou da violência A causa de aumento da pena (art. 9º) se aplica às formas simples e qualificadas.			Menor de 8 anos(art.224, "a")
18	HC 76.096	Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reservas, compete ao STF julgar todo e qualquer habeas corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.			
19	HC 77.437	Sonegação fiscal. Persistência da continuidade delitiva depois de editada lei mais			

		severa do que a anterior, sob cuja vigência se iniciou essa continuidade.			
20	HC 77.503	A definição de crime hediondo é dada por lei e não pelo julgador; o crime de estupro continua elencado como hediondo.	Unânime		
21	HC 77.480	Para a aplicação da majorante prevista no art. 9º da lei 8072/90, nos casos de atentado violento ao pudor, não se exige a ocorrência de lesão grave ou morte.	Majoria Dissidência Marco Aurélio		Menor de 3 anos de idade (art.224, "a")
22	HC 78.393	Crimes de estupro e atentado violento ao pudor são hediondos. Não há, assim, ilegalidade, ao se estabelecer regime integralmente fechado para o cumprimento de pena dos chamados crimes hediondos.	Majoria Dissidência Marco Aurélio		
23	HC 78.305	Para que o atentado violento ao pudor seja considerado crime hediondo é	Unânime		Menor de 14 anos (art.224, "a"))

		necessário que dele resulte lesão corporal de natureza grave ou morte			
24	HC 80.223	O estupro e o atentado violento ao pudor, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. No caso, resultaram apenas lesões leves.	Unânime		
25	HC 80.286	O réu não incidiu em erro quanto à idade da menor, porque a sabia menor de 14 anos. Essa convicção que se formou a partir da valoração do conjunto probatório, não comporta reexame da via restrita do habeas corpus	Unânime	Casado	Menor de 14 anos
26	HC 80.353	Não é considerado hediondo o crime de atentado violento ao pudor	Unânime		

		quando não resultar lesão de natureza grave ou morte.			
27	HC 80.479	Os crimes capitulados nos artigos 213 e 214 do CP, para serem considerados como crimes hediondos, devem resultar em lesão corporal de natureza grave ou morte. No caso, resultaram apenas lesões leves.	Unânime		
28	RHC 80.613	O consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor.	Unânime		Menor de 14 anos (art.224, "a")

29	HC 81.268	A ofendida foi vítima de estupro ficto. O seu consentimento não era válido e o réu não deveria ter mantido com ela a conjunção carnal.			Menor de 13 anos (art.224, "a")
30	HC 81.284	Pretensão de afastar-se a natureza hedionda dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando deles não resulta lesão corporal grave ou morte. Não conhecido sob pena de supressão de instância.			
31	HC 81.407	A conduta do paciente é típica do estupro na forma qualificada pela consequência morte, caracterizando-se, assim, a forma de crime hediondo. Nenhuma dúvida existe quanto a cuidar-se de crime a teor da Lei nº	Unânime		

		8072/90.			
32	HC 81.453	O art.263 do ECA foi revogado, antes de entrar em vigor, pela Lei 8072/90. Aplica-se ao paciente que praticou a série de crimes sob o império de duas leis,sendo mais grave a posterior, a nova disciplina legal a toda ela, tendo em vista que o delinqüente já estava advertido da maior gravidade da sanção e persistiu na prática delituosa.	Unânime		Menor de 14 anos(art.224 "a")
33	HC 81.288	Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples como nas qualificadas são crimes hediondos.	Vencidos: Mauricio C. Sepúlveda P. Néri da S. Marco Aurélio Vencedores: Nelson Jobim Ellen Gracie Cezar Peluso Celso de Mello Moreira Alves Ilmar Galvão Sydney Sanches	Pai (art. 226, II)	2 filhas menores de 14 anos
34	HC 81.402	Plenário deste Tribunal decidiu	Unânime Ressalva	Casado	Menor de 14 anos (art.224,

		que os crimes capitulados nos arts. 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais dele decorrentes. (CITA 81.288).	Néri da Silveira		“a”)
35	HC 80.902	Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas simples- Cód. Penal, arts. 213 e 214 - quanto nas suas formas qualificadas –Cód. Penal, art. 223, caput e parágrafo único, são hediondos, ex vi do disposto na Lei 8072/90, com a redação da Lei 8930/94, art. 1º, V e VI. (CITA 81.288)	Unânime Ressalva Néri da Silveira Maurício Corrêa	Art. 226, II	Menor de 14 anos (art.224, “a”)
36	HC 81.317	Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante que a prática de	Unânime Ressalva Maurício Corrêa Néri da Silveira		Menor de 14 anos (art. 224, “a”)

		qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, que traduzem, nesse contexto, resultados qualificadores do tipo penal. (CITA 81.288)			
37	HC 81.404	O STF, julgando o HC 81.288, decidiu no sentido de que o crime de estupro, definido no art.213 do CP, está compreendido no conceito de crime hediondo.	Unânime Ressalva Néri da Silveira		
38	HC 81.409	O Plenário deste Tribunal decidiu que os crimes capitulados nos arts 213 e 214 do CP são hediondos, independente da natureza das lesões corporais dele decorrentes. (CITA 81.288)	Unânime Ressalva Maurício Corrêa Néri da Silveira	Casado(art.226 , III)	Menor de 14 anos art.224, "a")
39	HC 81.360	Pretendeu o legislador, atento á efetiva gravidade do crime, ao	Unânime Ressalva Maurício Corrêa Néri da		

		utilizar-se da conjunção aditiva, significar que são considerados hediondos o estupro em sua forma simples, o estupro de que resulta lesão corporal de natureza grave e o estupro do qual resulte morte. (CITA 81.288)	Silveira		
40	HC 81.286	O Pleno desta Corte, ao julgar o HC 81.288, consolidou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor são hediondos tanto na forma qualificada pelo resultado quanto no tipo básico. O entendimento adotado no precedente HC 80.479 não mais prevalece face à superveniente deliberação majoritária do Pleno do STF sobre o tema. (CITA 81.288)	Unânime Ressalva Maurício Corrêa		

41	HC 81.287	Estupro é hediondo ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte. Não é possível conceder comutação da pena- que é espécie de indulto- aos condenados por estupro real. (CITA 81.288)	Unânime	Casado (art. 226, III)	
42	HC 81.405	O estupro, mesmo quando dele não decorrem lesões corporais de natureza grave ou morte, é considerado hediondo, sujeito às regras da Lei. 8072/90. (CITA 81.288)	Unânime	Art. 226, II	
43	HC 81.401				
44	HC 81.403	O crime de estupro é hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal de natureza grave. (CIT A81.288)		Concurso de pessoas (art.226, I)	
45	HC 81.408	O estupro e o atentado violento ao pudor são	Unânime Ressalva Maurício	Art. 226, II	Menor de 14 anos (art.224, "a")

		hediondos tanto na forma qualificada pelo resultado quanto no tipo básico. (CITA 81.288)	Corrêa		
46	HC 81.413	O crime de estupro é hediondo ainda que dele não resulte lesão corporal grave ou morte (CITA 81.288)	Unânime		
47	HC 81.410	O crime de estupro é considerado hediondo, ainda que dele não resulte lesão corporal ou morte. (CITA 81.288)	Unânime Ressalva Sepúlveda Pertence	Casado (majoração art.226, III)	
48	HC 81.277	Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo. (CITA 81.288)	Unânime	Casado (art 226, III)	
49	HC 82.098	Plenário desta Corte firmou entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, em que não há lesão corporal de natureza grave ou morte, constituem crimes hediondos, nos termos do art.	Unânime Ressalva Sepúlveda Pertence		Menor de 14 anos (art.224, "a")

		1º, incisos V e VI da lei 8072/90. (CITA 81.288)			
50	HC 82.206	Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor em quaisquer de suas modalidades, ou seja, na sua forma básica, com violência presumida ou ainda na sua forma qualificada são considerados hediondos (CITA 81.288)	Unânime		
51	HC 82.597	O estupro, em sua forma simples, encontra-se no rol dos crimes hediondos. (CITA 81.288)	Unânime		
52	HC 82.712	Incurso o paciente nos art. 213 e 214, independentemente de a violência ter sido real ou ficta, a pena deverá ser cumprida em regime integralmente fechado.	Unânime		Menor de 14 anos(art.224, "a")
53	AgR 444278	Agravo em recurso extraordinário criminal: subsistência do art. 28 da Lei 8.038/90.			
54	HC 84.006	O crime de atentado violento ao pudor, mesmo em sua forma simples é considerado	Maioria Vencidos: Marco Aurélio (sobrestamento) Cezar Peluso		

		hediondo			
55	HC 84.145	O s delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado , ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte. (CITA 81.288)	Unânime		
56	HC 87.705	Se mostra irrelevante para efeito de reconhecimento da natureza hedionda dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, - que ofendem a liberdade sexual da vítima- saber se importaram, ou não, em lesões corporais de natureza grave ou em morte da pessoa ofendida.Veda progressão de regime	Majoria Vencido: Gilmar Mendes		
57	HC 82.959	O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de <i>habeas corpus</i> e declarou, <i>incidenter tantum</i>	Vencidos Carlos Velloso Joaquim Barbosa Ellen Gracie	Casado (afastamento da causa de aumento)	Menor de 14 anos(art.224,"a")

		a inconstitucionalidade do parágrafo 1º da Lei 8.072/90.	Celso de Mello Nelson Jobim		
58	HC 87.281	Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto nas formas simples, como nas qualificadas são crimes hediondos (CITA HC 81.288)	Ressalva Marco Aurélio	Casado (majoração art. 226, III)	13 anos e 9 meses (art.224 "a")
59	HC 84.754	Impossibilidade de, na via estreita o habeas corpus, verificar a ocorrência ou não do crime de estupro, ante as alegações de insuficiência de provas da autoria e da materialidade.	Unânime	Art. 226, III	18 anos de idade
60	HC 89.770	A jurisprudência dessa Corte está sedimentada no sentido de que estupro e atentado violento ao pudor configuram concurso material e não crime continuado.	Unânime		
61	HC 88.245	A jurisprudência deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, as lesões corporais graves	Maioria Vencida Marco Aurélio	Casado (afastamento da causa de aumento)	

		ou morte traduzem resultados qualificadores do tipo penal, não constituindo elementos essenciais e necessários para o reconhecimento legal da natureza hedionda das infrações. (CITA 81.288)			
62	HC 89.554	Os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, sendo irrelevante que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte	Unanimidade	Art 226 , II	Menor de 14 anos (art.224, "a")
63	HC 89.827	A turma decidiu pelo reconhecimento de continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, quando praticados de forma independente.	Empate Vencidos Carmen Lúcia e Ayres Britto		
64	HC 90.706	A decisão do Superior Tribunal Federal,	Unânime		Menor de 14 anos (art.224, "a")

		questionada neste habeas corpus, está em perfeita consonância com o entendimento deste Supremo sobre a hediondez dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na sua forma simples			
65	HC 84.036	Inviável reexame das provas , valendo notar que a sentença proferida demonstra a análise respectiva com alusão ao rompimento himenal. Concessão de parcial provimento ao recurso para afastar o óbice à progressão de regime.	Unânime		
66	HC 93.263	É firme a jurisprudência desta Tribunal no sentido de que o eventual consentimento da vítima e mesmo a experiência anterior não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro como crime hediondo.	Majoria Vencido Marco Aurélio	Ascendente (art 226, II)	Menor de 14 anos (art.224 "a")
67	HC 86.928	Paciente condenado como			

		incurso no artigo 121, parágrafo 2º, incisos II e IV.			
68	HC 91.370	Estupro e atentado violento ao pudor contra a mesma vítima configuram concurso material.	Unânime		2 vítimas
69	HC 92.997	A pretendida requalificação do crime de estupro para considerá-lo "crime comum", em contraposição à noção de crime hediondo, com efeito não tem chancela no Direito Brasileiro.	Unânime		

