

A desproporcionalidade da pena mínima cominada ao atentado violento ao pudor face à amplitude de condutas abrangidas pelo tipo

Domingos Barroso da Costa*

* Fábio Rocha de Oliveira**

Desde a promulgação da Lei nº 8.072, em 25 de julho de 1990, doutrina e jurisprudência pátrias vêm se mostrando, de um modo geral, omissas no que tange a uma questão extremamente relevante: a elevação promovida pelo legislador na pena fixada em abstrato para o delito de atentado violento ao pudor em sua modalidade simples, equiparando-a à sanção imposta ao crime de estupro, qual seja, seis a dez anos de reclusão.

A importância da *questio iuris* se avulta pelas suas implicações práticas no julgamento dos acusados pela imputação do art. 214 do Código Penal, colocando o magistrado em situação delicada ao reconhecer a existência do injusto penal e sua autoria, pois poderia se ver obrigado a aplicar reprimenda desarrazoada às especificidades do caso concreto [01]. Assim, o debate aqui proposto nos parece significativamente pertinente aos operadores do Direito na seara penal, merecendo uma detida ponderação de seus aspectos centrais.

Para melhor compreender tal problema, insta salientar que o Estatuto Penal Substantivo, balizado por critérios que hoje se mostram ultrapassados e visando coibir a prática forçada de atos libidinosos, previu, em seu art. 213, a conduta do estupro, que se restringe ao ato de constranger mulher, mediante violência ou grave ameaça, à prática do coito vaginal. Já no art. 214, numa espécie de prescrição residual, definiu como penalmente relevante a conduta de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal".

Conforme se verifica, tal divisão traz consigo algumas circunstâncias peculiares e complicadoras. Primeiramente, trata-se de diferenciação desnecessária, vez que o coito vaginal também é ato libidinoso. Logo, bastaria a menção a uma norma incriminadora única, com limites sancionatórios mais elásticos, na qual se prescrevesse a proibição do constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, à prática de ato libidinoso.

Em segundo lugar, observa-se, ao lado de um tipo totalmente restritivo (art. 213), a existência de outro demasiadamente "aberto" (art. 214), na medida em que dá ampla discricionariedade a Promotores e Magistrados, os quais não encontram limites jurídicos definidos para classificar como "ato libidinoso" uma conduta qualquer, o que acaba por direcionar as diversas interpretações de um contexto fático com lastro em conceitos eminentemente morais.

Todavia, este nem seria o maior problema, não fosse o elevado patamar em que foi estabelecida a pena mínima cominada ao delito de atentado violento ao pudor. A ampla possibilidade de condutas passíveis de subsunção ao modelo previsto no tipo traz à tona a desproporcionalidade da sanção mínima fixada aos condenados pela prática em comento, engessando juízes e tribunais no que concerne à individualização da reprimenda a partir da lesividade da ação apurada. Assim, abre-se espaço para construções jurídicas teratológicas, em que se iguala um indivíduo que constrangeu outrem à prática de coito anal àquele que deu um beijo considerado lascivo na boca de uma criança, podendo este, inclusive, receber uma apenação maior que o primeiro.

Já no século XVIII, o precursor dos princípios que regem o Direito Penal Moderno, Marquês de Beccaria, chamava a atenção para a necessidade de se observar a proporcionalidade entre a pena a ser aplicada e o grau de lesividade da conduta perpetrada. Neste sentido, formulou a seguinte assertiva:

A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica. (grifos nossos) [02]

Como cediço, um dos momentos de aplicação do princípio da proporcionalidade é o do estabelecimento das penas previstas em abstrato para a prática de determinada conduta criminosa. Neste ponto se situa o cerne da questão aqui ventilada. Vejamos a lição do renomado Rogério Greco, que se amolda com perfeição ao exame analítico da pena aplicável ao crime de atentado violento ao pudor:

Prima facie, deverá o legislador ponderar a importância do bem jurídico atacado pelo comportamento do agente para, em um raciocínio seguinte, tentar encontrar a pena que possua efeito dissuasório, isto é, que seja capaz de inibir a prática daquela conduta ofensiva. Após o raciocínio correspondente à importância do bem jurídico-penal, que deverá merecer a proteção por meio de uma pena que, mesmo imperfeita, seja a mais proporcional possível, no sentido de dissuadir aqueles que pretendem violar o ordenamento jurídico com ataques aos bens por ele protegidos, o legislador deverá proceder a um estudo comparativo entre as figuras típicas, para que, mais uma vez, seja realizado o raciocínio da proporcionalidade sob um enfoque de comparação entre diversos tipos que protegem bens jurídicos diferentes [03].

Após tais considerações, quando se procede ao cotejo com os patamares de reprimenda prescritos para outras práticas tipificadas pela legislação penal brasileira, fácil de se concluir que jamais se poderia estabelecer uma pena mínima de seis anos de reclusão a um tipo como o previsto no art. 214 do Código Penal, que encerra em seu

bojo uma variedade inominada e ilimitada de condutas, com diferentes graus de lesividade.

Além de ferir o princípio da proporcionalidade, esse dispositivo viola o princípio da isonomia, pois, a partir da previsão de uma pena mínima extremamente gravosa, iguala indivíduos que muitas vezes se encontram em situações distintas, dificultando sobremaneira a efetivação de um julgamento justo. Afinal, é inegável que um toque forçado nas partes íntimas seja um ato libidinoso passível de punição, mas se faz descabido igualar esta conduta à do indivíduo que força outrem a com ele praticar a felação, infligindo a ambos uma pena mínima de seis anos de reclusão.

Situações como as hipoteticamente expostas são colocadas diariamente àqueles que lidam nas hostes penais e, como se pode observar, a efetivação da justiça no caso concreto restou em muito dificultada pelo legislador, que estabeleceu uma reprimenda mínima flagrantemente desarrazoada, sem perscrutar a amplitude da possibilidade de condutas que poderiam ser subsumidas ao modelo previsto no art. 214 do Código Penal.

Ademais, diversos outros fatores podem incrementar a possibilidade e o grau de injustiça de uma condenação por incursão no delito de atentado violento ao pudor. Nossos tribunais, majoritariamente, têm considerado tal crime como hediondo (qualquer que seja sua modalidade, ou seja, simples ou qualificado, mediante violência real ou presumida), o que traz relevantes reflexos sobre os institutos da liberdade provisória, livramento condicional e substituição de pena. Some-se a isto as dificuldades práticas para a apuração da verdade real de tais ações delitivas (o que majora a chance de erro do julgador), vez que as mesmas são comumente marcadas pela clandestinidade e ausência de vestígios, razão pela qual se confere especial força probante à palavra da vítima, a qual, em oposição à versão do acusado, pode determinar uma condenação.

A par destas constatações, resta necessário o apontamento de soluções viáveis para arrefecer as desproporções acima apontadas, principalmente nas hipóteses em que a conduta delituosa, conquanto típica, não se equipara, em termos de lesividade, às mais graves abarcadas pelo tipo.

Sem dúvida, o ideal seria a redução, pelo Poder Legislativo, da pena mínima cominada ao delito do art. 214 do Código Penal. Como não se pode esperar por isto, alguns magistrados têm optado pela absolvição, aplicando o princípio da insignificância para os casos em que a conduta, ainda que destinada à satisfação forçosa da libido, não represente agressão à liberdade sexual compatível com aquela indicada pela pena mínima de seis anos de reclusão. Outros juízes e tribunais valem-se da alternativa de desclassificação da imputação do art. 214 do Código Penal para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor ou perturbação de tranqüilidade, conforme o caso (na Corte Jurisdicional Mineira, há numerosos feitos neste sentido [04]).

Impende frisar, entretanto, outra medida, que não se vincula exclusivamente ao exame probatório do caso concreto, mas se mostra aplicável erga omnes e, por tal razão, mais vantajosa: a consideração da inconstitucionalidade parcial do art. 60 da Lei nº 8.072/90, que, ao igualar as penas dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, feriu os princípios da proporcionalidade, isonomia, individualização da pena, lesividade e, reflexamente, até mesmo da dignidade da pessoa humana, todos com substrato implícito ou expresso na Carta Política de 1988.

Tal exercício hermenêutico viabilizaria o retorno aos patamares sancionatórios do art. 214 do CP anteriores à malsinada Lei de Crimes Hediondos, qual seja, dois a sete anos de reclusão. Assim, para atos libidinosos considerados menos gravosos, incidiria uma pena mais condizente com a reprovabilidade da conduta apurada, enquanto, para aqueles mais censuráveis (como a felação e o coito anal), poder-se-ia fixar uma pena mais próxima àquela prevista para o crime de estupro.

Vê-se, pois, que, além de permitir a apenação justa para casos mais graves (onde a análise da lesividade do constrangimento e das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal poderia conduzir a uma forte exacerbação da reprimenda), a consideração da inconstitucionalidade acima mencionada mitigaria os problemas alhures demonstrados, decorrentes da atual sanção mínima do atentado violento ao pudor, claramente desproporcional com o amplo espectro de condutas enquadráveis em seu tipo penal.

Percebemos, contudo, uma resistência velada de nossos órgãos judiciários em declarar a inconstitucionalidade de norma ou diploma legal, ainda que o vício seja reconhecido por sedimentada doutrina. Em notáveis casos, tal posicionamento é louvável, pois redundaria em interferência na função legislativa e, em última instância, na separação de poderes. Todavia, também o Parlamento tem sua atuação limitada pelas diretrizes constitucionais pétreas.

Ainda que haja certa discricionariedade do Congresso Nacional no exercício do poder político de eleger as penas adequadas a cada crime, não se pode olvidar do célebre ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a discricionariedade não é um cheque em branco. Assevera o renomado autor, em lição inserida no campo administrativo, mas aplicável analogicamente ao Direito Penal:

Não se confunde discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente, o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em conseqüência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente, o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto. [05]

Certamente, não se questionaria a inconstitucionalidade de uma lei que, hipoteticamente, equiparasse a pena de um furto simples a de um latrocínio, por ofensa aos princípios já referenciados. Na mesma linha de raciocínio, não se pode ignorar tal vício ao se estabelecer, no plano abstrato, que qualquer ato libidinoso (por exemplo, um simples toque nos seios de uma menina de treze anos de idade) mereça a mesma sanção de um crime de estupro.

Nosso Supremo Tribunal Federal, no julgamento recente do Habeas Corpus nº 82.959 pelo seu Pleno, após forte relutância, acabou por reconhecer um dos devaneios do legislador ordinário com a elaboração da Lei nº 8.072/90, ocasião em que se concluiu pela inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime prisional por cometimento de crime hediondo ou a ele assemelhado. Seguindo este sentido de

superação de inconstitucionalidades advindas de uma atividade legislativa pouco refletida, permissa venia, buscou-se, no debate aqui proposto, instigar a reflexão dos aplicadores do Direito, aos quais incumbirá a tarefa de solucionar a questão da desproporcionalidade da pena mínima cominada ao crime de atentado violento ao pudor, adotando a interpretação das normas legais mais consentânea com as diretrizes constitucionais que balizam a incidência de uma sanção na seara penal, cujos efeitos de degradação pessoal, familiar e social restam notórios.

Notas

01 O insigne doutrinador Celso Delmanto, logo após a inovação legislativa trazida em julho de 1990, já havia sinalizado para este problema, ao aduzir que "ainda quanto à Lei nº 8.072/90, a cominação de pena igual à do estupro, bem como a classificação do atentado violento ao pudor como crime hediondo (art. 1º da mesma lei), nos parecem excessivas nos casos de simples contato corporal lascivo (abraços e beijos) ou de contemplação lasciva, restando ao juiz, nessas hipóteses, aplicar a pena mínima, desclassificar para o delito do art. 61 da LCP ou considerar o fato atípico." (Código Penal Comentado, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 353).

02 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 50.

03 GRECO, Rogério. Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal. Niterói: Impetus, 2005. p. 111.

04 A título de exemplo, veja-se os processos de nºs 1.0696.04.009514-8/001 (Rel. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL), 1.0335.03.900297-7/001 (Rel. LUIZ CARLOS BIASUTTI), 1.0334.03.000479-3/001 (Rel. MÁRCIA MILANEZ), 1.0000.00.305418-6/000 (Rel. Herculano Rodrigues), 1.0188.02.006606-7/001 (Rel. REYNALDO XIMENES CARNEIRO), 1.0284.05.001443-0/001 (Rel. HERCULANO RODRIGUES), 1.0707.04.080950-1/001 (Rel. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL) e 1.0114.02.007632-8/001 (Rel. Jane Silva).

05 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 268.

*assessor do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bacharel em Direito pela UFMG, pós-graduado em Criminologia pela PUC Minas e Acadepol/MG, pós-graduado em Direito Público pela UniGranRio e Praetorium

**advogado em Belo Horizonte (MG), assessor judiciário junto à 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, pós-graduando e especialista em Direito Público pela PUC/MG

COSTA, Domingos Barroso da; OLIVEIRA, Fábio Rocha de. **A desproporcionalidade da pena mínima cominada ao atentado violento ao pudor face à amplitude de condutas abrangidas pelo tipo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1122, 28 jul.

2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8707>>. Acesso em: 28 jul. 2006.