

1 INTRODUÇÃO

Buscou-se nesse artigo analisar o Habeas Corpus n.º 82.959-7/SP e, conseqüentemente, seus possíveis efeitos para o cumprimento e entendimento do tipo penal de estupro, afinal, o cerne da discussão realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) abarcou conceitos fundamentais para a definição do tipo penal tratado. Preliminarmente, afirma-se que a análise do *writ* pelo STF ensejou na declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90, por vedar a progressão de regime prisional aos condenados por crimes hediondos. No escopo do artigo, optou-se por breves considerações acerca do Habeas Corpus n.º 82.959-7/SP. Contudo, antes de se partir para essa discussão, far-se-á necessário tecer algumas considerações gerais acerca do crime de estupro.

Lapidado normativamente no art. 213 do Código Penal Brasileiro, o crime de estupro tutela a liberdade sexual, tanto do homem, quanto da mulher. Segundo Bittencourt (2012), a liberdade sexual consiste no direito que todos possuem de realizar ou não o ato sexual, existindo relação afetiva ou legal entre os parceiros ou não. Assim, para que uma conduta seja tipificada e considerada enquanto estupro, é necessário que se demonstre o efetivo dano à liberdade sexual da vítima.

O estupro pode acontecer por meio de: (i) conjunção carnal, entendida como penetração do órgão genital masculino na genitália feminina; (ii) atos libidinosos, entendidos como demais práticas sexuais, como o sexo oral, o sexo anal, entre outros. Além disso, o autor pode (i) obrigar a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a praticar o ato ou (ii) constranger a vítima, de forma a permitir que se realize nela os atos. No caso dos atos libidinosos, a consumação ocorre com a realização do ato e quanto à conjunção carnal, a consumação ocorre com a introdução do órgão genital masculino na genitália feminina (NUCCI, 2012). É um crime comum e material, admitindo como sujeito tanto o homem quanto a mulher, doloso, realizado de forma livre e instantâneo, tendo sua consumação no momento do ato (BITTENCOURT, 2012).

2 O HABEAS CORPUS 82.959-7

Para tratar do objeto empírico (HC 82.959-7), primeiro há que se considerar as circunstâncias do paciente e impetrante (Oseas de Campos), visto que esse é acusado da prática do delito previsto no Código Penal no art. 214, cc. arts. 224, § 1º, I, ~~226, III~~, e 71. De primo, deve-se analisar que, a partir de apelação julgada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado de São Paulo, o paciente/impetrante teve redução de pena a 12 anos e 3 meses de reclusão. Nesse diapasão, impetrou um Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) – HC nº 23.920. Na ocasião, o impetrante argumentou quatro questões: (i) houve falta de fundamentação na decisão do STJ que esse HC ataca; (ii) o crime pelo qual fora condenado não poderia ser considerado hediondo, já que dele não resultara lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida; (iii) o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 deveria ser inconstitucional, pois veda a progressão de regime e (iv) tal artigo deveria ter sido revogado pela Lei 9.455/97. Tal *writ* foi apreciado pela Sexta Turma, na sessão realizada no dia 12/12/2002.

É contra esse acórdão que insurgiu o impetrante com os pedidos supracitados no parágrafo anterior em virtude da denegação pela Sexta Turma. Porém, antes de analisar o pedido do habeas corpus, faz-se necessário pensar o vício formal alegado pelo réu de falta de fundamentação na decisão do STJ. Isso porque a falta ou não de fundamentação na decisão intervém no pedido de desconstrução da sentença atacada pelo *writ* na medida em que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) precisariam reformá-la mesmo que o entendimento fosse o mesmo que o do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, entendendo que o STF possui um parâmetro do que é desejável no sentido de preservar a democracia em suas deliberações, em suma, como ensina Mendes (2012): uma corte deliberativa está comprometida com a boa decisão substantiva que se expressa, quando possível e desejável, por meio de uma única voz, ou quando justificável, em múltiplas vozes, conquanto sejam responsivas ou precedidas por contestação pública e interação colegiada.

Nesse diapasão, também se pode entender que, o Superior Tribunal de Justiça, enquanto componente da instância especial, também é versado nessa crença. Logo, a partir do voto do ex. Min. Rel. Vicente Leal, percebe-se que sucintamente, em uma página de relatório e cinco páginas de voto, ele afasta os argumentos insurgidos pelo impetrante na ocasião. O relator, basicamente, utiliza precedentes contidos no Superior Tribunal de Justiça, tais como o REsp 436.841/DF, Sexta Turma, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 11/11/2002 e se contenta em amarrá-los a fim de corroborar com sua decisão.

Ora, o processo decisional demanda dialogicidade e, mormente, o fato de haver decisões que versam acerca de um determinado entendimento não implica que apenas essas devam ser colocadas em tela a fim de corroborar com um ponto de vista. Não basta apenas pinçar as demandas do impetrante como se fossem isoladas e aplicar a ele de forma como se as decisões utilizadas no caso do precedente se reproduzissem em natureza com suas

especificidades e singularidades (MENDES, 2012). Isso deveria ter sido demonstrado na decisão. Ao passo que também se pode entender que, a unanimidade e o fato de que outros três Ministros (Ministros Fernando Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Paulo Gallotti) votaram em conjunto com o Min. Rel. Vicente Leal endossa numericamente esse prejuízo, pois o paciente merece uma análise do seu caso e não uma resposta genérica visto que o próprio instituto do habeas corpus possui na construção do seu histórico de legitimidade Constitucional um viés empírico, segundo Streck (2013). Logo, uma teoria não deve ser acoplada diante de um plano fático como se ambos se completassem sem nenhum tipo de análise anterior, como ensina Prigogine (1996).

A decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a partir dessa lente questionadora acerca do processo decisional das Cortes brasileiras, demonstra um processo decisório que, embora não possa ensejar vício no teor formal, parece ser uma decisão externa à tônica democrática das Cortes Deliberativas e que geraria possíveis corolários, tais como a violação da garantia fundamental em tela: a liberdade de um indivíduo. Assim, o STJ/STF teria a missão de entender seu papel na interpretação e na aplicação da Constituição da República e, a partir disso, também compreender os limites axiológicos da democracia no limiar entre um Direito Penal Máximo e um Direito Penal Mínimo, como propõe Ferrajoli (2002). Contudo, esse viés não foi delineado no voto do relator Marco Aurélio que, mesmo dando como procedente o pedido de cassação do acórdão, não justificou seu pedido. Assim como o ministro Carlos Britto que o acompanhou. Por outro lado, os ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa indeferiram, sem elucidar suas motivações.

Assim, no concernente aos outros três questionamentos contidos na *causa petendi* tratar-se-á, primeiramente, se o crime de atentado violento ao pudor, em sua forma simples, poderia ser considerado crime hediondo e acerca da (in) constitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei 8.072 de 1990, Lei dos Crimes Hediondos.

O paciente foi condenado nos termos do art. 214, cc. art. 224, letra "a" do Código Penal, isto é, na modalidade de violência presumida ou ficta, em razão da menoridade da vítima. De acordo com o impetrante/paciente, tal crime não poderia ser considerado hediondo visto que o art. 1, VI, da Lei 8.072/90 tipificou essa qualidade apenas às formas qualificadas do delito (expressas no art. 223, caput e § único).

A lide já esteve presente no Plenário do STF. Lucide aqui, HC nº 81.288, rel. para o acórdão Min. Carlos Velloso (sessão de 17.12.2001) que firmou o entendimento contrário ao sustentado pelo paciente: estupro e atentado violento ao pudor, mesmo nas suas formas básicas, constituem crimes hediondos e o cumprimento da respectiva pena deve se dar no regime

integralmente fechado, sem direito à progressão. Entretanto, nesse mesmo HC, a argumentação contrária se faz a partir do entendimento de que as normas incriminadoras devem ter como limiar a interpretação de forma estrita, se atentando para aquilo que está expresso e não produzindo analogias e interpretações extensivas prejudiciais ao acusado (vide posição do Min. Marco Aurélio).

Diante disso, pode-se perceber que a interpretação compatível com o bojo da Constituição da República, principalmente com seus dispositivos de caráter processual/penal, seria a que classifica como hediondo apenas o atentado violento ao pudor qualificado pelo resultado de morte ou lesão corporal. Percebe-se que o legislador preservou o *nomen iuris* dos delitos na chamada Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90), ou seja, as figuras simples do atentado violento ao pudor/estupro não foram classificadas como hediondos. Votaram nesse sentido: Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau.

Agora delinear-se-á, então, acerca inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei 8.072/90 que foi sustentada pelo impetrante. Esse dispositivo expressa a vedação da progressão de regime. Nesse sentido, é mister ressaltar precedente estabelecido no STF em 1992 por meio do HC nº 69.657-SP. O julgado em mote traz em seu escopo a tese de que os crimes hediondos teriam um regime único e inflexível de cumprimento de pena. Então, nesse momento tem-se um conflito direto com o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI da CR/88) e também adentra o limiar de um confronto acerca do conteúdo do art. 5º, XLIII da CR/88. Sendo esse dispositivo legal claro, assim como os corolários que podem ser depreendidos dele e aqueles que não podem ser depreendidos: em nenhum momento o inciso supracitado trata de individualização da pena. Logo, também não há como entender legitimidade no que concerne o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 diante da hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Já a esboçar de aspectos que se referem à hierarquia constitucional, insta salientar da temática de reserva legal: todas as reservas possuem um grau de relatividade em seu cerne, pois abrem margem para uma intervenção de graus diferentes aos órgãos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, deve-se deixar claro que o objetivo desse artigo não se trata de aprofundar em discussões e dilemas conceituais no que se refere à reserva legal x princípio da individualização da pena. Diante disso, os aspectos que dialogam com o objeto em análise e que devem ser ressaltados são no sentido de que direitos fundamentais devem ser (i) preservados em sua essência na medida em que não devem ser dilacerados ou lapidados em um ato contrário ao indivíduo e (ii) modificados na medida em que se possa reconhecer as deficiências do plano

fático a fim de corrigir aquilo que é necessário para prover a dignidade da pessoa humana (HONNETH, 2003).

Vale acrescentar que a Constituição da República de 1988, enquanto baseada no estado de bem-estar social, marxista reformista bem-sucedido outrora na Escandinávia tem a missão de respaldar direitos e garantias fundamentais, como ensina Mandel (1985). E nesse viés, ter no rol do art. 5, o inc. XLIII que não se trata de uma garantia fundamental, mas um plano de política criminal é inquietante, principalmente, quando ele é utilizado para usurpar a liberdade de outrem.

Nesse sentido, também se observa que o art. 59 do Código Penal, ao estabelecer os limites para a aplicação da pena, prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade”, o que indica, indubitavelmente, que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “individualização da pena”. Assim, não se pode admitir que, a priori, alguém seja condenado a cumprir a sua pena obrigatoriamente em regime totalmente fechado, vedando-se absolutamente qualquer possibilidade de progressão, ferindo, inclusive, a finalidade preventiva da pena. Entende-se também que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da reprimenda, mas também a sua posterior execução, com os benefícios previstos na Lei de Execução Penal (art. 112, Lei nº. 7.210/84). Questão essa que foi discutida pelos ministros, mas não se atentou para esses pontos da questão.

Assim cabe a nós ressaltar ainda que, no âmbito de buscas constantes por garantias e preservação da dignidade e integridade do acusado, sendo esse refém do Estado, o art. 59 do Código Penal se apresenta como uma de perpetuar um o poder punitivo do Estado. Devido ao fato do referido artigo conceder ao juiz extensa discricionariedade no manejo da aplicação de pena, aquele que detém o poder punitivo pode violentar direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Nesse sentido, o chamado Direito Penal de Autor toma forma ao evidenciar uma criminalização secundária em nome de argumentos de natureza moral suplantados pela mídia e pelo próprio Estado ao criarem uma guerra contra a criminalidade e travestirem a ideia de segurança pública com um viés persecutório e segregador, na tônica daquilo que Zaffaroni e Pierangeli (2006) denominam como *labeling approach* e adentra o campo daquilo que Dagnino (2004) delinea como confluência perversa de um discurso que parece proteger a ideia de “bem comum”, conquanto transforma as “liberdades em papel” (LASSALE, 2001).

Ademais, reputa-se incongruência da impossibilidade de progressão de regime no cotejo com a benesse do livramento condicional. Isso porque o condenado por crimes hediondos não pode progredir no regime, mas pode obter livramento condicional ao cumprir três quartos

da pena (art. 83, V, CP). Nesse caso, o entendimento sociológico de que ressocialização do detento é intrínseca ao provimento da dignidade da pessoa humana seria válida para o livramento condicional e não para a progressão de regime? Ora, como se avaliaria então o grau de *ressociabilidade* do apenado sem uma progressão? Sem contar o fato de que não seria possível proporcionar ao apenado as condições necessárias para sua integração social sem a progressão do regime devido a todos os efeitos negativos que o cárcere privado traz àquele que está sujeito a essa condição.

Ainda no intento de construir sua argumentação, o impetrante também aponta a revogação de tal dispositivo pela Lei 9.455/97. Aqui cabe evidenciar entendimento que resta consolidado no STF e seguido pelos ministros no julgamento do acórdão: a Lei n.º 9.455/97 tratou da possibilidade de progressão de regime exclusivamente para crimes de tortura, não se estendendo aos demais crimes etiquetados como hediondos. Lucide aqui a Súmula 698: "Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura".

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, entende-se que o crime de estupro na forma simples não pode ser considerado hediondo, já que dele não resulta lesão corporal grave nem morte, tendo sido praticado apenas com violência presumida. Nesse sentido, há que se considerar o art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 como inconstitucional sem adentrar com profundidade a questão suscitada acerca da derrogação do dispositivo do referido diploma pela Lei 9.455/97, devido à sua distância prática e finalística diante do fato de já se considerar inconstitucional do artigo supracitado; assim como, por resultante, seria concedido ao paciente a progressão de regime. Por fim, é necessário reforçar a ideia de que o acórdão proferido pelo STJ deveria ter sido cassado, assim como os Tribunais deveriam repensar suas formas de decidir e como isso tem implicações diretas em vidas, visto que um habeas corpus se trata do julgamento da liberdade de um indivíduo. Assim constata-se que a Corte, no writ em tela, traçou caminhos que levaram a uma decisão não cooperativista e não dialógica. Ao passo que, durante o estudo, apontou-se as deficiências da decisão em cotejo com a análise do caso, trazendo junto uma reflexão acerca desse modelo decisório para que a Corte não seja um sistema simbólico que somente amplia o que almeja combater. Contudo que essa integre epistemicamente e também de corpo e alma a luta pelo respaldo direitos e garantias fundamentais com clareza nos argumentos e decisões tomadas, de maneira a não transformar indivíduos em alimento político-sacrificial.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4 – 6 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.46

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, 7 de dezembro de 1940. Brasília: Planalto, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2016

DAGNINO, E. Confluência perversa, deslocamento de sentido, crise discursiva. In: GRIMSON, A. (comp.) **La Cultura en Las Crisis Latinoamericanas**. 1. ed. Buenos Aires: CLACSO, 2004. p. 195-216.

FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. Trad. Carlos Arthur Hawker Costa. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 12, p. 31-39, 2002, p. 31.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003. 296 p.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MANDEL, Ernest. **O Capitalismo tardio**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. 1ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, v. 1, p. 37.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** – 12.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.901

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. São Paulo: UNESP, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. Comentário ao artigo 5º, LXVIII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, _____. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo; Saraiva/Almedina, 2013. p. 407-410.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P.64