

A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 9.º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS NOS ARTS. 213 E 214 DO CÓDIGO PENAL¹

MAURÍCIO ALVES DUARTE

Técnico Judiciário do TIRS

Segundo Decisão publicada no *DJU* 5.10.92, p. 1.714, o Superior Tribunal de Justiça, através da 5.ª Turma, Relator Min. Costa Lima, vencido, manifestou-se pela não-aplicação do art. 9.º da denominada Lei dos Crimes Hediondos (LCH), nos casos de estupro, onde não se verifica lesão grave ou morte.

A Decisão restou assim ementada: "...Aumento de pena previsto no art. 9.º da Lei 8.072. Aplica-se apenas às hipóteses de lesão grave ou morte, ante a expressa remissão da lei ao art. 223, *caput*, e § único do Código Penal, expressos quanto à exigência de 'lesão corporal grave' ou 'morte'..." (REsp. 21.258-7/PR, redator p/ o Acórdão Min. Assis Toledo.²

1. A parte inicial da ementa contém a seguinte decisão: "... Revogação tácita, por incompatibilidade, do parágrafo único dos arts. 213 e 214 do Código Penal (acrescentados pela Lei 8.069/90) com o novo sistema de punição instituído pela Lei 8.072/90.

"Não é possível admitir-se tenha o legislador pretendido estabelecer benefícios em favor de atentados sexuais contra crianças de tenra idade, em leis de objetivos manifestamente opostos a esse..." Tal entendimento comunga com o pensamento doutrinário e jurisprudencial dominante, dispensando outras observações a respeito.

2. Por outro lado, se se admitisse que a causa de aumento tem por fundamento jurídico os fatos indiciantes elencados no art. 224 do Código Penal e não o fato presumido (violência), por acaso, deixaria de existir o *bis in idem*? Não são tais fatos os pressupostos da violência ficta? E não estariam sendo, novamente considerados na exacerbação punitiva? Além disso, bastaria a concretização dos fatos indiciantes, para que se aplicasse o acréscimo punitivo? As circunstâncias fáticas de a pessoa ofendida não ser maior de catorze anos, de ser alienada ou débil mental e o agente conhecer tal circunstância, e de não poder por qualquer causa oferecer resistência, atuam de forma objetiva em virtude da sua própria existência? Em outras palavras, estaríamos diante de hipóteses de responsabilidade objetiva, numa época em que a idéia-força do Direito Penal é a da culpabilidade do agente? Seria, nesse caso, pertinente o reconhecimento de uma causa de aumento punitivo, sem que o agente tivesse plena consciência do que ocorre e vontade de sua realização?

Data venia do entendimento esposado pelo Egrégio STJ, parece que a solução jurídica apontada não se ajusta ao espírito punitivo da Lei 8.072/90 e a interpretação literal, sistemática e finalística da norma (art. 9.º).

Diz o art. 9.º: “As penas fixadas no art. 6.º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3.º, 158, § 2.º, 159, *caput*, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e § único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e § único, todos do Código Penal, são acrescidos de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal.”

A primeira questão a ser observada diz com o fato de que as hipóteses do art. 224 [a) não é maior de 14 anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência] constituem-se em pressupostos obrigatórios à incidência do aumento de pena em qualquer dos crimes referidos no dispositivo. Assim, a princípio, basta a vítima figurar entre as hipóteses do art. 224 do CP, para que se verifique a incidência do acréscimo de pena do art. 9.º da Lei 8.072/90, independente do resultado.

De uma análise singela do referido dispositivo, infere-se que entre os tipos penais elencados alguns são qualificados (arts. 157, § 3.º / 158, § 2.º / 159, § 2.º e § 3.º) e outros simples ou básicos (art. 159, *caput* e § 1.º). Ora, assim como o art. 159, *caput* e § 1.º, que não prevêem o resultado lesão corporal de natureza grave ou morte, têm a pena majorada de metade, também os arts. 213 e 214 se sujeitam ao acréscimo legal, desde que a vítima encontre-se em uma das hipóteses previstas no art. 224 do CP. Sem dúvida, o fator determinante, a causa que enseja a aplicação da exasperação de 1/2 é a circunstância qualificativa da vítima, seja qual for a natureza ou espécie de crimes dentre os previstos no art. 9.º da LCH.

Além disso, cumpre observar que a simples interpretação literal do dispositivo citado, leva à conclusão óbvia de que o art. 223 e seu § único guarda total independência com os arts. 213 e 214 do CP. Note-se que

Assim, bastaria que se comprovasse que a vítima não era maior de catorze anos para que se reconhecesse a causa de aumento de pena? E, nesse caso, como conciliar tal reconhecimento com a presunção relativa de violência da alínea “a” do art. 224 do Código Penal que persiste incólume, sem sofrer qualquer restrição legal? Por outro lado, no caso de latrocínio, se a vítima fosse alienada ou débil mental, deveria o agente provar que desconhecia tal circunstância para que não incidisse a causa de aumento? E seria suficiente, por exemplo, que a vítima de um seqüestro de que resultou a morte, estivesse sob efeito de bebida alcoólica para que se concluísse que não poderia oferecer resistência e, então, a pena do autor do delito deveria ser aumentada de metade? Todas as indagações formuladas evidenciam que a causa de aumento de pena do art. 9.º da Lei 8.072/90 é um caso de teratologia legal que torna o referido dispositivo de nenhuma viabilidade concreta, de absoluta inaplicabilidade.

em ambos os casos o legislador utiliza, na redação do dispositivo, a partícula *e*, na função sintática de *conjunção coordenativa aditiva*, que significa soma e exclusividade de termos independentes na oração: (...213, *caput*, e sua combinação com o art. 223..., 214 e sua combinação com o art. 223...). (Grifos nossos). Saliente-se que o art. 223 e § único, por se tratarem de formas qualificadas derivadas, exigem a realização dos elementos dos tipos dos arts. 213 e 214, razão pela qual o legislador frisa a expressão *e sua combinação*, concedendo um caráter de alternatividade de situações (*v.g.*, art. 213 ou combinado com o art. 223).

Por outro lado, se o legislador pretendesse estabelecer hipótese única de incidência do aumento de pena, como entendeu a Egrégia Corte Superior, redigiria a norma legal com a tradicional expressão jurídica: "...213 e 214, combinados com o art. 223...". Aí sim, restaria expressa a necessidade do resultado lesão grave ou morte para se verificar a elevação da pena, em metade. A repetição do art. 223 e seu § único, tanto para o crime de estupro como para o atentado violento ao pudor não é despropositada, mas sim intencional, no sentido de isolar e distinguir as hipóteses de crimes simples dos qualificados.

Convém recordar que a mesma expressão *e sua combinação*, também foi utilizada pelo legislador no art. 1.º da Lei 8.072/90, ao definir o estupro e o atentado violento ao pudor como crimes hediondos: "Art. 1.º — São considerados hediondos os crimes de... estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e § único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e § único),...". Sem dúvida, com tal redação, o legislador definiu como crimes hediondos o estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples e qualificada.

No entanto, admitida como escorreita a interpretação dada pelo respeitável Acórdão do STJ à expressão *e sua combinação*, estabelecendo uma relação de conexão e vinculação dos tipos dos arts. 213 e 214 com a qualificadora do art. 223 e § único, chegaria-se ao absurdo de excluir o estupro e o atentado violento ao pudor, nas suas formas simples, da definição de crimes hediondos. Ou seja, a definição de estupro e atentado violento ao pudor, como crimes hediondos, só seria admitida nas formas qualificadas, vez que a lei no art. 1.º, *utiliza exatamente a mesma expressão do art. 9.º* (...e sua combinação...). Esta é a conclusão óbvia que se deflui da análise de ambos os dispositivos, tomando-se como absoluto o entendimento do STJ, eis que inaceitável qualquer interpretação jurídica, no sentido de que a mesma expressão, dentro da mesma lei, contivesse significados diversos, quando se refere aos mesmos crimes. Assim, resta evidenciado o equívoco e a contradição da decisão, posto que a própria Jurisprudência do STJ considera hediondos os crimes tipificados nos arts. 213 e 214, tanto nas formas simples como qualificadas, razão pela qual se apresenta insustentável a interpretação literal declinada no referido aresto.

A interpretação sistemática da lei, cotejando-se os arts. 1.º e 9.º, conduz, obrigatoriamente, à conclusão de que a expressão "e sua combi-

nação”, não vincula os dispositivos (213 e 214) às formas qualificadas. Ao contrário, induz a separação de situações que guardam identidades e tipificações próprias.

Ademais, o sentido teleológico da norma (art. 9.º), como de toda a lei dos crimes hediondos, é tornar mais severas as penas, principalmente em crimes contra vítimas indefesas, permitindo a incidência da majorante de 1/2 nos casos dos arts. 213 e 214, tanto nas formas simples como nas qualificadas, desde que a vítima se enquadre nas hipóteses do art. 224 do CP.

Diante dos argumentos ora deduzidos e *data venia* dos entendimentos em contrário, a decisão do STJ, órgão máximo na interpretação de leis federais vigentes, afastando o acréscimo punitivo, nos casos dos arts. 213 e 214, sem o resultado qualificado, não só contrariou o disposto no art. 9.º, como desatendeu toda a sistemática da Lei 8.072/90, estabelecida desde o seu art. 1.º, pelo emprego da expressão “e sua combinação”, ao definir os referidos crimes como hediondos, vez que considerou como causa de aumento de pena uma circunstância não exigida pela norma, quando resta evidenciado que a condição *sine qua non* à incidência da majoração e à situação da vítima nos termos do art. 224 do CP, em quaisquer dos tipos elencados, independente do resultado.

A par dessas considerações iniciais, cumpre examinar e perquirir, em quais circunstâncias os arts. 213 e 214, nas formas básicas, combinados com as hipóteses do art. 224 do CP, ensejam a incidência da majorante. Tal preocupação decorre de brilhante observação contida no voto do eminente Dr. Luiz Armando Bertanha de Souza Leal, na Ap. Crim. 691046494, julgada pela 1.ª Câmara Criminal do TJRS, onde sustenta que admitir a incidência do aumento punitivo do art. 9.º da Lei 8.072, nos casos de estupro e atentado violento ao pudor, na forma simples, quando a violência é presumida, importaria em estabelecer pena maior ao agente que não pratica violência real e pena menor àquele que lesiona a vítima (art. 223, *caput*) excluída das hipóteses do art. 224 do CP.

À primeira vista, parece que o entendimento esposado no Acórdão elide e invalida as conclusões manifestadas até o momento, no sentido da aplicação da majorante nos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples, verificadas as hipóteses do art. 224 do CP.

Ocorre que o fato de a vítima encontrar-se nas hipóteses referidas no art. 224 não significa necessariamente que a violência é presumida, uma vez constatada a violência real traduzida pela verificação dos elementos típicos “constranger... , mediante violência ou grave ameaça”.

Com efeito, inexistindo violência real e verificada apenas a violência presumida vale a tese do referido Acórdão do TJRS, afastando-se a incidência da exasperação, mesmo porque a presunção, como elementar do crime, não poderia servir também como aumento punitivo. Entretanto, cumpre investigar a natureza jurídico-penal do art. 224, em duas situações legais distintas: no Código Penal e no art. 9.º da Lei 8.072/90.

No Estatuto Penal, apesar da timidez da doutrina em classificar o tipo do art. 224, a presunção de violência constitui-se em norma tipificadora de crime presumido; ou seja um subtipo penal dos arts. 213, 214 e 219. O art. 224, como se encontra disposto no Código Penal, não se afigura como tipo penal qualificado, nem circunstância agravante ou causa especial de aumento de pena, apenas define a presunção de violência, elencando hipóteses, *numerus clausus*, que se revestem da qualidade de elementares do crime. Tal norma penal tem como escopo invalidar o consentimento da ofendida, dispensando a verificação dos elementos objetivos (Constranger... , mediante violência ou grave ameaça...) integrantes dos tipos dos arts. 213 e 214, para se incriminar a conduta. A simples conjunção carnal (213) ou ato libidinoso (214), nas hipóteses do art. 224, configuram crime presumido independente da vontade da vítima que é inválida e viciada pela ficção legal.

A função da presunção legal de violência ostenta-se única: *invalidar o consentimento da ofendida, em razão da sua presumida incapacidade de consentir*. Tanto é que, apesar da presunção de violência ser relativa, segundo doutrina e jurisprudência dominante, cedendo à prova do desconhecimento ou erro sobre as condições da vítima ou circunstâncias de fato, a pura e simples anuência da ofendida, sem prova da ignorância da situação pelo agente, não exclui o crime ou isenta de pena. Em outras palavras, o consentimento da vítima, por si só, isolado de outras circunstâncias excludentes, não elide a presunção de violência.

Em suma, a presunção relativa de violência resulta da incapacidade legal da ofendida de manifestar validamente seu consentimento, bastando o ato sexual para caracterizar os crimes dos arts. 213 e 214 do CP, sendo despicienda a perquirição da existência ou não dos demais elementos dos tipos relativos à violência. A violência está ínsita no próprio ato.

Ocorre que o Estatuto Penal, ao inserir o instituto da presunção de violência, em nosso ordenamento jurídico, cominou a mesma pena aos crimes dos arts. 213 e 214, quando a vítima, estando nas hipóteses do art. 224, consente ou não com a prática do ato sexual; ou seja, a pena cominada legalmente é a mesma, sendo a violência real ou presumida. Tal equívoco legislante permitiu que situações fáticas distintas recebessem a mesma consideração e censura penal. Na prática, a verificação da ocorrência de violência real ou não, contra vítima protegida pelo art. 224, tornou-se irrelevante e ineficaz, vez que em ambas as situações a pena cominada é a mesma. Ora, pelo sistema adotado pelo Código, a violência real, nos casos dos arts. 213 e 214, praticada contra vítima abrigada pelo art. 224 do CP, é considerada como um indiferente penal, vez que tal circunstância fática não mereceu tratamento penal próprio, sendo subsumida e abrangida pela presunção de violência que ensejava igual sanção criminal.

Entretanto, com o advento do art. 9.º da LCH, tal iniquidade restou corrigida, ao estabelecer a majoração de pena, nos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples e qualificada, com violência real, contra vítima abran-

gida pelas hipóteses do art. 224 do CP. Até então, a questão da violência real, nos casos do art. 224, não apresentava relevância penal, em razão do apenamento comum, mas a partir da Lei 8.072, tal fato mereceu consideração específica da lei, depurando a distorção instituída pelo Código.

Nessas circunstâncias, cabe aos operadores do direito considerarem tal inovação modificativa operada pela lei, no sentido de que os atentados sexuais praticados contra vítimas contempladas nas hipóteses do art. 224, envolvendo violência real, devem ser classificados na sua forma original e não como crimes presumidos, permitindo a incidência da majorante penal. Só assim, o atentado sexual, nos casos elencados no art. 224, receberá uma justa reprovação criminal, distinguindo-se os fatos onde se verificou o consentimento, daqueles em que restou configurado o constrangimento violento da vítima. Assim, ausente a exteriorização, a inequívoca manifestação do consentimento da ofendida, presente está a violência real, ensejando a incidência da exacerbação de pena.

Por outro lado, resta ainda tecer algumas breves considerações a respeito da natureza jurídica do art. 224, na hipótese legal do art. 9.º da Lei 8.072.

Ao contrário da sua qualificação jurídica, no Código Penal, o art. 224, na hipótese específica do art. 9.º da LCH, não se apresenta como presunção de violência, mas sim descaracterizado, excepcionalmente, como causa de aumento de pena. As hipóteses referidas no art. 224, encontram-se, no art. 9.º, deslocadas e desviadas da sua característica original de casos de presunção de violência, apresentando-se como causas de acréscimo legal punitivo.

Repare-se que a lei menciona enfaticamente: “...*hipóteses referidas no art. 224,...*” e não apenas o dispositivo legal, excluindo, portanto, o *caput* e o título do artigo (Presunção de Violência). Tal procedimento legal é elogiável, eis que a presunção de violência consiste em um instituto típico dos crimes contra os costumes, próprio do Código Penal, enquanto que as hipóteses do art. 224, referidas no art. 9.º da LCH, conforme já salientado, constituem-se em causas de aumento de pena aplicáveis a todos os tipos penais ali elencados. Neste aspecto, especificamente, *data venia*, pecou o aresto da 1.ª Câmara Criminal do TJRS, eis que, em determinada passagem, entendeu que a expressão “hipóteses referidas no art. 224” constantes do art. 9.º trata-se de casos de presunção de violência. Entretanto, tal detalhe não compromete a tese desenvolvida, de que no caso de violência presumida, ficta, não-real, a majorante não incide.

Observadas tais circunstâncias, é forçoso reconhecer que a Lei dos Crimes Hediondos, em meio a tantos equívocos, confusões e percalços constitucionais, veio a fazer justiça, discriminando situações diversas e possibilitando o apenamento mais rigoroso dos casos de crimes sexuais praticados, com violência real, contra vítimas acolhidas pelas hipóteses do art. 224 do CP.

Insiste-se, que a verificação do agravamento da pena só se mostra possível, porque não se pode pensar as hipóteses do art. 224 do CP, referidas no art. 9.º da LCH, como casos de presunção de violência, mas sim como causas de aumento de pena.

Com a previsão legal do aumento de pena do art. 9.º da LCH, nos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples e qualificada, estando a ofendida nas hipóteses do art. 224 do CP, restou autorizada legalmente a faculdade de se impor pena mais grave àquele que praticou crime sexual, com violência, contra vítimas indefesas.

Antes de finalizar, interessante ainda ponderar a respeito das indagações formuladas pelo eminente mestre Alberto Silva Franco, na sua obra *Crimes Hediondos*, p. 241,² Ed. RT, 1992, quanto a possível existência de um *bis in idem* e instituição de responsabilidade penal objetiva, em face da aplicação da majorante do art. 9.º da LCH.

Prima facie, inexistente *bis in idem*, porque, ao contrário do que afirma o mestre, os “fatos indiciantes” elencados no art. 224, no caso específico do art. 9.º, não se constituem em pressupostos da violência ficta, nem estão sendo novamente considerados na exacerbação punitiva, pela simples razão de que tais fatos são desconsiderados na configuração do crime, que se verifica pela presença da violência real, apenas recebendo deferência penal para permitir a incidência da majorante. Em outras palavras, são causas de aumento de pena e não elementares do crime.

Por outro lado, a simples concretização dos “fatos indiciantes”, que induziria à responsabilidade penal objetiva, não basta à aplicação do acréscimo punitivo, assim como não se mostra suficiente no reconhecimento da presunção de violência. Ora, a doutrina e as disposições legais a respeito dos *erros*, que servem para elidir a presunção de violência, também se aplicam às causas de aumento de pena referidas no art. 9.º (hipóteses elencadas no art. 224), eis que se constituem em princípios gerais de direito penal. A ausência de dolo e o erro justificado sobre as circunstâncias fáticas sempre deverão ser considerados; aliás, como em todos os crimes, sem qualquer restrição no que tange a exasperação em tela. Também, impõe-se considerar que trata-se de princípio processual penal que à acusação incumbe a prova da autoria, da materialidade e do dolo, nos exatos termos do art. 156, 1.ª parte, do CPP, restando infundado qualquer temor quanto à possibilidade de condenação objetiva, se inexistente o *animus* do agente em praticar a infração criminosa contra vítima classificada nas causas de aumento de pena do art. 9.º.

Sem dúvida, o eminente mestre desenvolve seu raciocínio, considerando a exacerbação do art. 9.º, como hipótese de presunção de violência e não como simples causa de acréscimo punitivo, além de entender que a lei prevê a sua incidência em casos de violência ficta, quando tal situação não restou contemplada no texto legal (apenas os casos dos arts. 213 e 214, nas formas fundamentais e qualificadas), razão pela qual vê um *bis in idem*, que *data venia* inexistente.

Em razão das modestas observações deduzidas nesta singela reflexão, parece restarem insubsistentes e demasiadamente simplistas as soluções que propugnam pela inaplicabilidade do art. 9.º, sem antes investigar a fundo a *mens legis* e a repercussão do novel dispositivo inserido no mundo jurídico-penal, considerando a universalidade de institutos e princípios de Direito Criminal frente à realidade dos fatos sociais. Ademais, não é dado ao aplicador da lei excluir, peremptória e indistintamente, a incidência da regra, sob o frágil e temerário argumento de que há exceções, ainda mais, quando estas, restam contempladas nas normas gerais do Diploma Penal Repressivo.

Inegável, portanto, a significativa contribuição oferecida pelo art. 9.º da Lei 8.072/90, que representou um elogiável avanço legal em matéria de justiça distributiva criminal e individualização da pena, cominando sanções penais adequadas às peculiaridades do caso em concreto e a intensidade da reprovação social contida na conduta do agente, nos casos dos arts. 213 e 214 do CP.

Conclusão:

I — A circunstância legal que enseja a aplicação da majorante do art. 9.º da LCH é o fato de a vítima encontrar-se nas hipóteses do art. 224 do CP, seja o crime contra o patrimônio ou contra a liberdade sexual (arts. 213 e 214).

II — A majorante do art. 9.º da LCH aplica-se aos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples, independente da qualificação do resultado (art. 223), a exemplo do art. 159, *caput* e § 1.º em razão de interpretação literal-lógica, bem como pela sistematização da lei que utiliza a expressão "e sua combinação", tanto para definir, como hediondos, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, na forma fundamental e qualificada (art. 1.º), como para determinar a exacerbação do art. 9.º.

III — As penas dos arts. 213 e 214 não sofrem a incidência do art. 9.º, quando a violência é presumida (art. 224 do CP), segundo tese sustentada pelo voto constante do Acórdão da 1.ª Câmara Criminal do TJRS supra-referido e até mesmo porque tal circunstância, servindo para tipificar o fato delituoso, ficaria impedida de ser novamente considerada na exasperação punitiva. Entretanto, verificada a violência real contra vítima que se encontra nas hipóteses do art. 224 do CP, nada impede a incidência da majorante, vez que não se trata de presunção de violência, mas sim efetiva, praticada em detrimento das pessoas protegidas pelo art. 9.º da LCH.

IV — Com advento da majorante do art. 9.º a violência presumida e a real, nos casos do art. 224, deixaram de merecer a mesma sanção penal, recebendo, a partir de então, tratamento próprio, eis que os fatos crimi-

nosos são distintos. Assim, quando inexistir o emprego de força física ou moral, por parte do agente, à consumação do ato sexual (casos de presunção de violência), afasta-se a incidência do aumento punitivo. Entretanto, constatada a violência real (arts. 213 e 214) a pena é acrescida de 1/2.

V — Nos casos dos arts. 213 e 214 do CP, o fato de a vítima se enquadrar nas condições do art. 224 não implica, necessariamente, em violência presumida, tendo em vista que tais hipóteses estão no art. 9.º, excepcionalmente, como causas de aumento de pena aplicáveis aos crimes em que se verifica a violência real e não como circunstâncias de presunção de violência. As hipóteses referidas no art. 224 estão, na Lei 8.172, descaracterizadas das suas funções originais de fixarem a presunção de violência, típica do Código Penal.

VI — Quanto aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas formas simples e qualificadas, praticados, mediante violência real, contra as vítimas situadas nas hipóteses referidas no art. 224, incide o aumento de pena de 1/2 previsto no art. 9.º da Lei 8.072/90, independente da qualificação do resultado.