



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

GISELLE DA SILVA SOUSA DE CARVALHO

IRRETROATIVIDADE DO ART. 225 DO CÓDIGO PENAL

Brasília
2011

GISELLE DA SILVA SOUSA DE CARVALHO

IRRETROATIVIDADE DO ART. 225 DO CÓDIGO PENAL

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Eneida Orbage de Britto Taquary

Brasília
2011

RESUMO

O artigo 225 do Código Penal dispõe que os crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual, procedem-se mediante ação penal pública condicionada à representação, e incondicionada quando a vítima for menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. A problemática trazida na delimitação do tema desta pesquisa é averiguar se o artigo em exame poderá retroagir para atingir as ações penais públicas incondicionadas iniciadas antes da vigência da Lei 12.015/09, ou somente alcançará os fatos que ocorreram após a entrada em vigor da lei nova ou se tem aplicação imediata. Diante disto, este trabalho abordará a natureza jurídica da norma em análise, se é um instituto de direito material, ou de direito processual ou se possui natureza mista, qual o princípio aplicável para lei processual e suas consequências no âmbito do processo penal. A escolha do tema em estudo tem relevância jurídica, porque visa uma pesquisa aprofundada do art. 225 do Código Penal, para demonstrar o engano de algumas opiniões quanto à aplicação da lei penal processual no tempo, e evitar que muitos delinquentes se beneficiem, com a extinção de sua punibilidade, com a aplicação da retroatividade do artigo em exame. A metodologia aplicada é o método dogmático-instrumental, com revisão bibliográfica teórica, bem como inclusão de decisões judiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Ação penal pública condicionada e incondicionada. Lei Processual Penal. Irretroatividade. Representação. Lei penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 ALTERAÇÕES PROCEDIDAS PELA LEI 12.015/09 RELATIVA A AÇÃO PENAL	07
1.1 Do estupro	09
1.2 Ação penal do estupro qualificado	14
1.3 A Súmula 608 do STF foi cancelada?	17
1.4 Ação penal do estupro conforme a violência empregada	22
2 AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	26
2.1 Condições da ação e pressupostos processuais	27
2.2 Ação penal pública condicionada	28
2.3 Ação penal pública incondicionada	32
2.4 Estupro de vulnerável	34
3 APLICAÇÃO DA LEI PENAL PROCESSUAL NO TEMPO	38
3.1 Natureza jurídica do art. 225 do Código Penal	42
3.2 Princípio tempus regit actum	44
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, alterou a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual, em que a regra passou a ser a ação pública condicionada à representação do ofendido e pública incondicionada quando a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

A problemática trazida na delimitação do tema desta pesquisa é averiguar se o art. 225 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09, poderá retroagir para atingir as ações penais públicas incondicionadas, ainda pendentes de sentença transitada em julgado, relativos aos crimes contra a liberdade sexual praticados antes de sua vigência. Diante disto, este trabalho abordará, a natureza jurídica do artigo em exame, se esse instituto é de direito material, ou de direito processual ou se possui natureza mista.

A escolha do tema em estudo tem relevância social e jurídica, porque visa uma pesquisa aprofundada do art. 225 do Código Penal, buscando demonstrar o engano de algumas opiniões quanto à aplicação da lei penal processual no tempo, e para evitar que muitos delinquentes se beneficiem, com a extinção de sua punibilidade, com a aplicação da retroatividade do artigo em exame e tendo em vista que na maioria dos crimes praticados contra a liberdade sexual, principalmente as mulheres, por terem vergonha ou medo de se exporem perante a comunidade a qual pertencem, não manifestam sua vontade em ver seus agressores punidos e processados.

Junto a este tema há outras implicações que não serão abordadas em profundidade. Primeiro, estudaremos as alterações procedidas pela Lei 12.015/09 com enfoque na ação penal, como era antes e como ficou agora, a abordagem do crime de estupro, antes de adentrarmos, no estudo da ação penal do estupro qualificado, tendo em vista que o novo artigo dispõe que a regra para a persecução penal do crime de estupro depende de representação da vítima, porém, se o ofendido vier a falecer em virtude do crime e não deixou representante legal para oferecer representação em seu lugar, qual será ação penal cabível na hipótese em exame. Além disso, verificar se a Súmula 608 do STF foi revogada com o advento da Lei 12.015/09, e por fim analisar a ação penal do estupro conforme a violência empregada.

Segundo, será focado neste trabalho acadêmico o conceito, as características, os princípios que regem a ação penal pública condicionada e incondicionada, e uma breve análise do estupro de vulnerável, que faz parte da exceção prevista no art. 225 do Diploma repressivo.

Terceiro, abordaremos o ponto de vista do autor Rômulo de Andrade Moreira, Leonardo Barreto Moreira Alvez e Guilherme de Souza Nucci, em relação a retroatividade do art. 225 do Código Penal após a vigência da Lei 12.015/09, e em seguida verificar se tal concepção tem fundamento, tendo em vista a natureza jurídica do artigo em análise e o princípio aplicável a norma processual penal.

Na presente pesquisa será feito um estudo das questões jurídicas processuais e penais que surgiram com o advento da Lei n° 12.015/09, com ênfase no art. 225 do Código Penal, verificando como a doutrina e a jurisprudência se posicionará em relação à aplicação desse artigo ao caso concreto. A metodologia aplicada é o método dogmático-instrumental, com revisão bibliográfica teórica, bem como inclusão de decisões judiciais. Sua fonte de pesquisa será predominantemente bibliográfica, com coleta de informações na doutrina, jurisprudência e artigos científicos.

1 ALTERAÇÕES PROCEDIDAS PELA LEI 12.015/2009 RELATIVA A AÇÃO PENAL

A reforma penal instituída pela Lei n° 12.015/2009 operou profundas transformações em relação aos delitos sexuais, com o fim de proteger a liberdade sexual do indivíduo, “considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra, constitucionalmente assegurados”¹ por nossa Carta Magna.

Além disso, a lei nova alterou o capítulo IV do Código Penal, que trata da ação penal, em que a regra para a persecução do autor de crimes conta a liberdade sexual passou a ser à ação penal pública condicionada à representação.²

Antes da vigência da nova lei, a regra era a ação penal privada, para a persecução penal dos antigos crimes contra os costumes, com fundamento no chamado *strepitu iudicci* (escândalo do processo), em que a ofendida poderia “optar entre expor a sua intimidade em juízo ou quedar-se inerte, pois muitas vezes, o sofrimento causado pela exposição ao processo é maior que a própria impunidade do criminoso”.³

Todavia, o legislador e a jurisprudência estabeleceram várias exceções, que abaixo são analisadas:

A ação penal seria condicionada a representação se a ofendida ou seus pais fossem hipossuficientes, ou seja, não pudessem custear as despesas do processo penal, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao sustento próprio ou da família.⁴

Além disso, a ação penal seria pública incondicionada, se o crime fosse cometido com o abuso do pátrio poder, ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, se o

¹NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 14.

²BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

³TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p.159.

⁴MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei n° 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 9, jul./dez. 2009.

crime de estupro fosse praticado mediante violência real, aplicava-se a Súmula 608 do STF, e por fim, se da violência empregada resultasse lesão corporal grave ou morte.⁵

De acordo com a lei nova o art. 225 do Código Penal dispõe:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.⁶

A norma em exame parece ser contraditória ao dispor que os crimes definidos no capítulo I e II são de ação penal pública condicionada.

Trazendo luz à questão, a persecução penal dos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual será realizada mediante ação penal pública condicionada à representação.⁷

Já os tipos penais previstos no capítulo II, quais sejam, o estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança e adolescente, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, ou quando o ofendido for menor de 18 anos, a ação penal deverá ser pública incondicionada, conforme o parágrafo único do art. 225 do Código Penal.⁸

Guilherme de Souza Nucci assevera que após a vigência da nova lei não há alteração da ação penal pública incondicionada quando o sujeito ativo praticar o crime com abuso do pátrio poder, ou for padrasto, curador ou tutor da vítima, com fundamento no parágrafo único do art. 225 do Código Penal:

⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, pp. 9-10, jul./dez. 2009.

⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

⁷ GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.556.

⁸ Ibidem, p.556.

[...] a ação seria pública incondicionada se o crime fosse cometido “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador”. Em tese, pode-se encaixar tais possibilidades no disposto no art. 225 parágrafo único (atual redação). A ação será pública incondicionada “se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável”. Ora, os vulneráveis são, como regra, os que estão sob poder familiar ou são tutelados ou curatelados.⁹

Além disso, não é necessário que a lei expressamente disponha que a persecução do delito deve ser realizada por meio da ação penal pública incondicionada, tendo em vista o disposto no art. 100 do Código Penal, em que “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.”¹⁰ Logo, no silêncio da lei a regra para a persecução penal dos delitos em geral é a pública, exceto quando a lei dispuser de modo diverso.¹¹

Em suma, de acordo com a nova redação dada ao art. 225 do Código Penal, pela 12.015/09, “continua-se respeitando a vontade da vítima do crime, mas ela não precisa tomar a frente do polo ativo da demanda, expondo-se ainda mais, já que a ação penal será oferecida pelo MP”.¹²

1.1 Do estupro

Antes de adentrarmos no estudo da ação penal relativo ao crime de estupro veremos as principais alterações trazidas pela nova lei em relação ao tipo penal em exame.

Anteriormente o estupro e o atentado violento ao pudor estavam previstos em tipos penais autônomos, conforme descritos abaixo:

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 69-70.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60.

¹¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 301.

¹² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei n° 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 87, dez./jan. 2010.

ESTUPRO

Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR

Art. 214. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Pena - reclusão, de seis a dez anos.¹³

Após o advento da Lei 12.015/09 os crimes supracitados foram unificados no atual tipo penal:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos¹⁴

Atualmente o estupro constitui “toda forma de violência sexual para qualquer fim libidinoso, incluindo, por óbvio, a conjunção carnal”.¹⁵ Assim, a alteração legislativa transformou o ato libidinoso em modalidade de estupro, logo, não houve *abolitio criminis*.¹⁶

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO ANTERIOR POR ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/2009. INOCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. CRIME ÚNICO. PENA REFORMULADA. POSSIBILIDADE JURÍDICA.

1. COM A EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009, OS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PASSARAM A TIPIFICAR CRIME ÚNICO. TRATANDO-SE DE LEI NOVA MAIS BENÉFICA, DEVE RETROAGIR PARA BENEFICIAR O RÉU, NÃO HAVENDO

¹³BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2008. p. 380.

¹⁴Idem. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

¹⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 16.

¹⁶CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.25.

QUE SE FALAR EM ABOLITIO CRIMINIS, UMA VEZ QUE O CONTEÚDO DO ARTIGO 214, AGORA REVOGADO, PASSOU A FAZER PARTE, COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO PREVISTO NO ARTIGO 213, DO CÓDIGO PENAL.¹⁷

Podem ser sujeitos ativos ou passivos desse crime, “alguém”, ou seja, tanto homem como mulher, tendo o criminoso o fim de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso, utilizando-se como meio de execução a violência ou a ameaça.¹⁸

O elemento subjetivo do tipo é o dolo em que o delinquente deseja ter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso satisfazendo seus desejos sexuais.¹⁹

Quanto à consumação não é necessário a ejaculação ou a completa introdução do pênis na vagina em relação a conjunção carnal.²⁰ Já o ato libidinoso pode envolver várias condutas “basta o toque físico eficiente para gerar a lascívia ou o constrangimento efetivo da vítima a se expor sexualmente ao agente para ser atingida a consumação”.²¹ Em relação à classificação do estupro temos:

O crime passa a ser comum (pode ser cometido por qualquer pessoa) e de forma livre (pode ser cometido tanto por conjunção como por qualquer outro ato libidinoso). Continua a ser material (demanda resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento à liberdade sexual); comissivo (os verbos do tipo indicam ação); instantâneo (o resultado será de maneira definida no tempo); de dano (a consumação demanda lesão ao bem tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (é praticado em vários atos).²²

A liberdade sexual do indivíduo é o objeto jurídico tutelado pela norma penal.²³ É possível a tentativa do crime de estupro, conforme o disposto no art. 14, inciso II, do CP.²⁴ Além disso, o estupro simples e suas formas qualificadas constituem crime hediondo.²⁵

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Acórdão 434392. Relator: ALFEU MACHADO. Brasília, DF, 15 jul. 2010. DJ de 29.7.10. p. 277.

¹⁸ GRECO, Rogério. Código penal comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.581.

¹⁹ JESUS, Damásio de. Código penal anotado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 761.

²⁰ Ibidem, p. 762.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.17.

²² Ibidem, p. 17-18.

²³ DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 692.

²⁴ Ibidem, p. 693.

Ademais, a partícula ou empregada no § 1º do art. 213 deve ser entendida como uma conjunção aditiva e, pois “a primeira parte do § 1º trata de crime qualificado pelo resultado (se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave); a segunda parte do § 1º cuida de mera qualificadora (ser a vítima menor de 18 anos e maior de 14 anos)”.²⁶ O consentimento do ofendido, não vulnerável, quanto a prática do ato sexual constitui excludente de ilicitude, eliminando a tipicidade da conduta.²⁷

Enfim, antes da vigência da lei nº 12.015/09 quando o estupro e o atentado violento ao pudor fossem cometidos no mesmo contexto e contra a mesma vítima, aplicava-se a regra do concurso material de crimes, tendo em vista que esses tipos penais estavam previstos em artigos distintos.²⁸

Assim, o juiz aplicava a soma das penas do atentado violento ao pudor e a do estupro, que poderia totalizar uma pena restritiva de liberdade de no mínimo 12 anos.²⁹

Atualmente, tais delitos foram unificados no mesmo tipo penal constituindo um crime único, em que a pena mínima será de 6 anos de reclusão. Nesse sentido é o ensinamento de Rogério Greco:

Anteriormente à edição da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do Código Penal, quando o agente, que tinha por finalidade levar efeito a conjunção carnal com a vítima, viesse, também, a praticar outros atos libidinosos, a exemplo do sexo anal e da felação, deveria responder por ambas infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes. Hoje, após a referida modificação, nessa hipótese, a lei veio a beneficiar o agente, razão pela qual se, durante a prática violenta do ato sexual, o agente, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, haja vista que os comportamentos se encontram previstos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração como de ação múltipla, aplicando-se somente a pena cominada no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando, dessa forma, o concurso de crimes.³⁰

²⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.25.

²⁷ JESUS, Damásio de. Código penal anotado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 760.

²⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei nº 12.015/2009. **Revista de artigos do MPDFT**, n. 4, p. 54, 2010.

²⁹ Ibidem, p. 54.

³⁰ GRECO, Rogério. Dos crimes contra a dignidade sexual - Adendo. Rio de Janeiro: Impetus, p. 40.

Portanto, a nova lei é mais benéfica, devendo retroagir para beneficiar o réu conforme o art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, logo, a pena aplicada aos condenados por atentado violento ao pudor deve ser afastada, tendo em vista a vigência da lei penal mais favorável.³¹ Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE.

1. A Lei nº 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual.
2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica.
3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis não de alcançar os delitos cometidos antes da Lei nº 12.015/09.
4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima.
5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir.
6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções.³²

Logo, o Juízo da Vara de Execuções Penais deverá “aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado”³³, nos termos do art. 66, I, da Lei de Execução Penal e conforme o disposto na Súmula nº 611 do STF:

³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei nº 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 84, dez./jan. 2010.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC nº 144.870/DF. Relator: OG Fernandes. Brasília, DF, 09 fev. 10. DJe de 24.5.10.

³³ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. In: Vade Mecum. São Paulo: Rideel, 2008. p. 1024.

Sentença Condenatória Transitada em Julgado - Competência na Aplicação de Lei Mais Benigna
 Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna.³⁴

Desta forma, o magistrado está autorizado a aplicar nova pena tendo em vista o disposto no art. 59 do Código Penal.³⁵ Nesse sentido:

[...] 2. NA APLICAÇÃO DA NOVA LEI, O JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS ESTÁ AUTORIZADO A REALIZAR NOVA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NESSE CASO, OS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL, JUSTIFICAM A FIXAÇÃO DA PENA BÁSICA, PELO ESTUPRO, UM POUCO ACIMA DA FIXADA PELO JUÍZO A QUO, POR CONFIGURAREM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL AO RÉU.
 3.PRECEDENTES DO STJ E DO TJDFT.
 4.RECURSO DE AGRAVO CONHECIDO MAS IMPROVIDO.³⁶

Enfim, a alteração trazida pela Lei 12.015/2009 beneficiou os condenados pela prática da conduta prevista no revogado art. 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), tendo em vista que a pena anteriormente aplicada a este crime deve ser afastada. Contudo, o juízo das varas de execuções penais poderá revisar a pena inicialmente fixada nos termos do artigo 59 do diploma repressivo.

1.2 Ação penal do estupro qualificado

Outro ponto que merece ser esclarecido é em se saber qual será a ação penal cabível quando o crime de estupro resultar na morte da vítima, sendo ela ao tempo dos fatos, maior e capaz, e não deixou conjugue, ascendente, descendentes e irmão, tendo em vista o disposto no art. 225 do CP, após a vigência da Lei n° 12.015/2009.³⁷

³⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 611. Brasília, DF, 17 out. 84. DJ de 29.10.84, p. 18.114.

³⁵BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Acórdão 434392. Relator: ALFEU MACHADO. Brasília, DF, 15 julho. 10. DJ de 29.7.10. p. 277.

³⁷RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 303.

Se do estupro praticado contra o ofendido, resultar lesão corporal grave culposa ou homicídio culposo estaremos diante do estupro qualificado pelo resultado, em que o agente durante os atos executórios do crime não prevê o resultado agravante, seu dolo é o de estuprar, contudo, a vítima acaba falecendo pela violência empregada.³⁸

Por outro lado, se ele praticou o estupro e agiu com dolo em relação às lesões corporais graves causadas na vítima ou que haja o homicídio doloso, haverá nessa hipótese o concurso material de crimes.³⁹

Para Fernando Capez, a ação penal é a pública condicionada para a persecução do crime de estupro que resulte em lesão corporal grave ou morte.⁴⁰ No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes, aduz que:

A ação penal no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, em síntese, é pública condicionada. Impossível aplicar o art. 101 do CP, por duas razões: 1ª) a norma do art. 225 do CP é especial (frente ao art. 101 que é geral). 2ª) a norma do art. 225 é posterior (o que afasta a regra anterior).⁴¹

Por outro lado, Damásio de Jesus ensina que “se houver lesão grave ou morte, a ação penal será pública incondicionada, por força do disposto no art. 101 do CP (ação penal no crime complexo)”.⁴²

O art. 101 do CP está relacionado ao crime complexo, que é um fato típico formado pela união de dois ou mais delitos,⁴³ em que o legislador adotou a regra da ação pública para esse tipo penal, “desde que um de seus delitos componentes seja também de ação pública. Conclusão: se um dos crimes for de ação pública, todo o crime complexo também o será”.⁴⁴

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal, parte geral, parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

³⁹CAPEZ, Fernando. Direito penal, legislação penal especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

⁴⁰Idem. Curso de direito penal, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.578.

⁴¹GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com lesão corporal grave ou morte: a ação penal é pública condicionada.** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 10 out. 2010.

⁴²JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57-58.

⁴³DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 692.

⁴⁴BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 644.

Assim, levando-se em consideração de que o estupro praticado mediante lesão corporal grave ou morte é crime complexo,⁴⁵ a ação penal cabível para a hipótese em exame é a pública incondicionada, com fundamento no art. 101 do Código Penal. Nesse sentido:

Nesse caso, o crime seria complexo, a dicção do art. 101 do CP. Verbis: Quando a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes, cabe ação pública em relação àquele, desde que, em relação a qualquer destes, se deva proceder por iniciativa do Ministério Público. Se da violência empregada na prática de estupro resultar lesão grave ou morte, tal circunstancia constitui um fato cuja a ação penal é pública incondicionada, logo, na hipótese do art. 213, §§ 1º e 2º, do CP, a ação penal será pública incondicionada”.⁴⁶

Enfim, Paulo Rangel, com fundamento no princípio da razoabilidade, da proibição do retrocesso social e da interpretação conforme a Constituição, aduz que “em se tratando de estupro com resultado lesão grave ou morte, ou ainda, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos, a ação penal será pública incondicionada”.⁴⁷

Apesar disso tudo, o Senador Antônio Carlos Júnior, apresentou projeto de lei para alterar a redação do art. 225 do CP, afim de declarar expressamente na lei que em caso de estupro que resulte em lesão corporal grave ou morte a ação será pública incondicionada, nos seguintes termos:

Projeto de Lei do Senado, nº 475 de 2009

Altera o parágrafo único do art. 225 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para ampliar as hipóteses de ação pública incondicionada para o processamento dos crimes contra a dignidade sexual.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 225 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 225.

⁴⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 73411/MG. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 13 fev. 96. DJ de 3.5.96, p. 13902.

⁴⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 81, dez./jan. 2010.

⁴⁷RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 301.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada, se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável, se do crime resultar lesão corporal grave ou morte, ou se o autor for ascendente, padrasto, madrasta, colateral até o terceiro grau, tutor, curador ou pessoa com a qual a vítima convive sob o mesmo teto.” (NR)
Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.⁴⁸

Além disso, o Procurador Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com fundamento nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, VI, da Constituição Federal, sob nº 4.301-3/600, postulando nova redação do art. 225 da Lei nº 2.015/2009:

Requer, por fim, seja julgado procedente o pedido, a fim de se declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do caput do art. 225 do Código Penal (Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), na redação que lhe foi conferida pela Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, de modo a restaurar, em relação a tais modalidades delituosas, a regra geral da ação penal pública incondicionada (art. 100 do Código Penal e art. 24 do Código de processo Penal).⁴⁹

Desse modo, enquanto o projeto de lei não for aprovado em definitivo e a nova alteração não for publicada ou a Adin não for julgada, aplica-se a regra da ação penal no crime complexo, quando do estupro resultar lesão corporal de natureza grave ou na morte do ofendido.

1.3 A Súmula 608 do STF foi cancelada?

Com o advento da Lei 12.015/09, a regra da persecução penal, para o crime de estupro previsto no art. 213 do Código Penal é a ação penal pública condicionada à representação, exceto quando a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.⁵⁰

⁴⁸SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado, nº 475 de 2009. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=93761> Acesso em: 7 abr. 2011.

⁴⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 7 abr. 2011.

⁵⁰BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 608 em 31 de outubro de 1984, nos seguintes termos: “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.⁵¹

Atualmente a Súmula dificulta a interpretação doutrinária referente ao cabimento da ação penal no crime de estupro, gerando interpretações jurisprudências divergentes, constituindo um assunto bastante controvertido.

Para a primeira corrente doutrinária o preceito sumular deve ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro, porque a ação penal cabível “ao delito de estupro com resultado lesão corporal leve, grave ou gravíssima; e ao estupro com resultado morte”⁵² é a pública condicionada à representação. No mesmo sentido:

Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceito e ser vítima de gracejos inadequados. Chegou-se, inclusive, a criar a Delegacia da Mulher, para receber tais tipos de ocorrência. Não há razão técnica para a subsistência do preceito sumular, em particular pelo advento da reforma trazida pela Lei 12.015/2009.⁵³

Tourinho Filho assevera que, a regra para a ação penal do estupro é a condicionada à representação, pois “a Súmula 608 estaria afrontando a lei, porquanto, a norma do art. 225 do CP, por ser especial, teria prevalência em relação àquela do art. 101 do mesmo diploma”.⁵⁴

⁵¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 608. Brasília, DF, 17 out. 84. DJ de 29.10.84, p. 18.113.

⁵²CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.578.

⁵³NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 62-63.

⁵⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 444.

Desse modo, para essa corrente com o advento da Lei nº 12.015/09, que dispõe acerca da ação penal pública condicionada e incondicionada para os crimes contra a dignidade sexual, a “súmula perdeu a sua razão de existir”.⁵⁵

Já a segunda corrente doutrinária, entende que a Súmula permanece inalterada em relação ao crime de estupro praticado mediante violência real, apesar das modificações trazidas pela lei 12.015/09.⁵⁶ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RESP 997640/MG em 19/8/10, por unanimidade, entendeu que a Súmula em exame permanece incólume:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA REAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SÚMULA Nº 608/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RETRATAÇÃO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. É assente neste Tribunal Superior o entendimento segundo o qual, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada, sendo o parquet o ente legitimado para a sua promoção, a teor do enunciado da Súmula 608/STF.
2. In casu, irrelevante o fato de o representante da ofendida ter apresentado retratação à representação anteriormente oferecida a fim de impedir o oferecimento da denúncia, haja vista a natureza pública incondicionada da ação penal.
3. Recurso especial a que se dá provimento.⁵⁷

Segundo Damásio de Jesus “o fundamento desta posição encampada pelo Pretório Excelso residia no fato de o delito de estupro ter natureza de crime complexo. Em face disso, incidia a regra do art. 101 do CP”.⁵⁸ Nesse sentido, conforme ementa abaixo:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA REAL: AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA (SÚMULA 608). RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL DA VÍTIMA: INEFICÁCIA.

1. O emprego de violência real para a consumação do delito de estupro, resultando em lesões corporais na vítima, configura crime complexo que atrai para si a aplicação do disposto no art. 101 do Código Penal e afasta a

⁵⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei nº 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 89, dez./jan. 2010.

⁵⁶ GRECO, Rogério. Curso de direito penal parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p.556.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP nº 997640/MG. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 19 ago. 10. DJe de 6.9.10.

⁵⁸ JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

incidência do art. 225 do mesmo Código, porquanto as lesões corporais admitem ação penal pública incondicionada.

2. E irrelevante a discussão acerca da validade ou não da retratação da representante legal da vítima diante de crime de estupro com violência real, cuja iniciativa para promover a ação penal cabe ao Ministério Público.

3. "Habeas Corpus" indeferido.⁵⁹

Contudo, uma das controvérsias existentes na doutrina é sobre a definição do crime complexo que se apresenta sob duas formas: crime complexo em sentido amplo (*latu sensu*) e crime complexo em sentido estrito (*strictu sensu*).

Nas palavras de Antoseli “há o delito complexo em sentido amplo quando um crime, em todas ou algumas das hipóteses contempladas na norma incriminadora, contém em si outro delito menos grave, necessariamente”.⁶⁰ Assim, não é necessário que todos os elementos constitutivos do tipo sejam crimes, podendo ser composto por um elemento atípico, em que “basta um a que se acrescentam elementos típicos que isoladamente, configurem indiferente. Neste caso, o delito de maior gravidade absorve o de menor intensidade penal”.⁶¹

Ocorre que esse entendimento não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁶² Desse modo, o conceito adotado pelo legislador pátrio é o de crime complexo em sentido estrito, que constitui a união entre dois ou mais crimes em um único tipo penal.⁶³

O doutrinador Fernando Capez, alega que “o estupro não é considerado crime complexo, mas forma especial de constrangimento ilegal, uma vez que não resulta da fusão de dois crimes,” uma vez que a conjunção carnal ou o ato libidinoso por si só não constituem um fato típico.⁶⁴

⁵⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 73411/MG. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 13 fev. 96. DJ de 3.5.96, p. 13902.

⁶⁰Apud TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Dos crimes contra os costumes*. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p.36.

⁶¹JESUS, Damásio de. *Direito penal, parte geral*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

⁶²TAQUARY, op. cit., p. 37.

⁶³MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal, parte geral*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-121.

⁶⁴CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, legislação penal especial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209-210.

Apesar disso tudo, entendemos que o estupro é crime complexo, pois no “art. 213 desfila, dentro do tipo penal, fatos que, isoladamente, constituem crimes, quais sejam, arts. 129, 146 e 147 do CP. Lendo o art. 213 enxerga-se, dentro do tipo legal, a definição desses três outros delitos”⁶⁵ que constituem elementares do tipo penal em exame. Nesse sentido é o entendimento do STF:

[...] II - Estupro ou atentado violento ao pudor praticados com violência real: delitos complexos (C.Penal, art. 101).

1. Dispõe o §2º do art. 147 do C.Penal, que além das penas cominadas ao constrangimento ilegal, se este for praticado com violência, devem ser aplicadas as penas correspondentes (vias de fato, lesões corporais ou morte).
2. O fato constitutivo da violência real, pois, não se inclui na tipificação do constrangimento ilegal (C.Penal, art. 146, caput), como aliás se infere da objetividade jurídica deste; mas se inclui ela, ao contrário, no de estupro ou atentado violento ao pudor mediante violência real: quando praticados com violência real, portanto, não se trata de mero constrangimento ilegal com finalidade específica, mas de delitos efetivamente complexos.⁶⁶

Portanto, chega-se a conclusão de que o estupro praticado mediante violência real constitui crime complexo.

Segundo entendimento da Suprema Corte, a violência real ocorre quando o delinquente exerce simples coação física contra a vítima, impedindo-a de defender-se do estuprador, conforme ementa abaixo:

HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTUPRO. TENTATIVA. VIOLÊNCIA REAL CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 608-STF.

1. Estupro. Tentativa. Caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade.

2. Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real. Hipótese de ação pública incondicionada. Súmula 608-STF. Atuação legítima do Parquet na condição de dominus litis. Ordem indeferida.⁶⁷

⁶⁵BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 644.

⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC nº 86058/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 out. 05. DJ de 9.2.07, p. 30.

⁶⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 81848. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 abr. 02. DJ de 28.6.02, p. 142.

É importante destacar que a violência e a grave ameaça não se confundem, pois a primeira constitui coação física e a segunda é a violência moral.⁶⁸

A natureza jurídica da violência real no crime de estupro constitui elemento constitutivo do tipo ou qualificadoras, que “resulta em vias de fato (art. 21 da LCP), lesões corporais leves (art. 129, caput, do CP), lesões corporais de natureza grave (art. 129, §§1º e 2º do CP) e homicídio (art. 121, caput, ou 121, §3º do CP)”.⁶⁹

Dessa forma, a violência real contida no preceito sumular “não exclui a lesão corporal simples. Assim, havendo violência real (simples ou grave) o estupro é crime complexo, sendo a ação pública”.⁷⁰

Enfim, chega-se a conclusão de que a Súmula nº 608 do STF, não foi eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, com advento da Lei 12.015/09, podendo ter aplicabilidade apenas nas hipóteses em que do estupro resulte lesão corporal grave ou morte da vítima.⁷¹

1.4 Ação penal do estupro conforme a violência empregada

Tendo em vista os modos de execução no crime de estupro analisaremos as hipóteses em que a ação penal será pública incondicionada ou condicionada.

Se o estupro for praticado com vias de fato a ação penal cabível é a pública condicionada, tendo em vista que as vias de fato não constitui crime, portanto, não se aplica ao caso as regras da ação penal do crime complexo.⁷²

⁶⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17.

⁶⁹TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Dos crimes contra os costumes. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p.13.

⁷⁰Ibidem, p.38.

⁷¹QUEIROZ, Paulo. Direito penal parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 461.

⁷²DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 177.

Na hipótese do crime ser cometido mediante grave ameaça, a ação penal cabível é a pública condicionada à representação, tendo em vista que o crime de ameaça tem como condição de procedibilidade da ação penal, a representação.⁷³ Nesse sentido:

Penal. Estupro. Grave Ameaça.

Hipótese em que o estupro foi praticado mediante grave ameaça, não rendendo ensejo à ação pública incondicionada.

Distinção entre grave ameaça e violência. Inaplicabilidade da Súmula 608, do STF. Recurso conhecido e parcialmente provido.⁷⁴

Se do crime de estupro resultar lesão corporal grave ou morte, com fundamento no art. 101 do Código Penal, a ação penal cabível será pública incondicionada.⁷⁵

Se o estupro for praticado mediante lesão corporal leve, a ação penal cabível será a pública condicionada à representação, porque a persecução penal do crime meio é realizada através da ação criminal condicionada à representação da vítima, conforme o disposto no art. 88 da Lei 9.099/90.⁷⁶ Nesse sentido, é o parecer exarado pela Subprocuradoria-Geral da República no RESP N° 997640/MG:

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. LESÕES CORPORAIS LEVES. CRIME COMPLEXO. AMBOS OS DELITOS INTEGRANTES DO COMPLEXO DELITIVO CONFIGURAM HIPÓTESE DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO APRESENTADA TEMPESTIVAMENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Para que um crime complexo configure hipótese de ação penal pública incondicionada é indispensável que ao menos um dos crimes integrantes do complexo delitivo comporte ação pública incondicionada.

2. Tanto o crime de estupro, praticado contra vítima pobre, como o de lesão corporal de natureza leve configuram hipótese de ação penal pública condicionada à representação. 3. Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.⁷⁷

⁷³GRECO, Rogério. Adendo. Lei n° 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009, p.23.

⁷⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP n° 1195/PR. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 19 ago. 10. DJe de 6.9.10

⁷⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 81, dez./jan. 2010.

⁷⁶JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

⁷⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP n° 997640/MG. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 19 ago. 10. DJe de 6.9.10

Apesar disso, o posicionamento adotado pelo STF, é no sentido de que o estupro praticado mediante lesão corporal leve, após o advento da Lei 9.099/90, se procede mediante ação penal pública incondicionada, cuja ementa se transcreve abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI 9.099/95. REVISÃO DA SÚMULA STF 608. AÇÃO PENAL. NATUREZA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO TÁCITA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO ESPECÍFICA PARA O DELITO DE ESTUPRO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE QUEIXA. DESCARACTERIZAÇÃO DOS DELITOS DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PROGRESSÃO DE REGIME.

1. O advento da Lei 9.099/95 não alterou a Súmula STF 608 que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave.
2. O Ministério Público ofereceu a denúncia após a representação da vítima. Não há que se falar em retratação tácita da representação.
3. Nem é necessária representação específica para o delito de estupro, quando se trata de delito de estupro com violência real.
4. No caso, inexistente decadência do direito de queixa por não se tratar de ação penal privada.[...] ⁷⁸

É importante destacar que “a Súmula fora editada antes da lei nº 9.099/95, que transmudou a ação penal da lesão corporal dolosa leve de pública incondicionada para pública condicionada à representação” ⁷⁹.

Apesar dessas considerações, Thiago André Pierobom de Ávila assevera:

Imaginar que ainda está em vigor a Súmula nº 608 do STF seria incorrer em um duplo erro. Primeiro, porque se a ação penal do estupro se condiciona à representação e, da mesma forma, os crimes meios (ameaça e lesão corporal simples) também são condicionadas à representação, então não haveria sentido tornar incondicionada a ação penal do estupro apenas porque foram cometidos através desses crimes menores; [...] Em segundo lugar, caso se entenda que o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal simples é de ação penal pública incondicionada, então não haveria nenhuma situação em que o estupro seria de ação penal pública condicionada à representação, interpretação que tornaria letra morta a nova disposição do art. 225, caput, do CP. ⁸⁰

⁷⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC nº 82206/SP. Relator: Nelson Jobim. Brasília, DF, 8 ago. 02. DJ de 22.11.03, p. 83.

⁷⁹JESUS, Damásio de. Código de processo penal anotado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

⁸⁰ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei nº 12.015/2009. *Revista de artigos do MPDFT*, n. 4, p. 60, 2010.

A Súmula 608 do STF representa o entendimento reiterado da Suprema Corte em relação a ação penal no crime de estupro quando praticado mediante violência real, com o fim de diminuir a sobrecarga do Poder Judiciário e gerar segurança jurídica.⁸¹

Chega-se a conclusão de que o preceito sumular deveria ser ao menos revisionado para ter aplicabilidade nas hipóteses em que do estupro resultar lesão grave ou na morte da vítima, nos termos da Lei nº 11.417/2006.⁸²

⁸¹GLEZER, Rubens Eduardo. Súmulas vinculantes: expectativas, resultados e segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 189, jan./mar. 2007.

⁸²Ibidem, p. 191.

2 AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A ação penal “é o direito subjetivo público de pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre uma pretensão”.⁸³

Após a prática de um ilícito penal, o Estado deverá exercer o jus puniendi por meio da Polícia Judiciária e do Ministério Público em que a primeira, em regra, tem competência para apurar a infração cometida, a fim de colher provas quanto a autoria e a materialidade do crime e encaminhar o procedimento administrativo ao segundo, para que este possa ajuizar a ação penal cabível exigindo do Juiz uma prestação jurisdicional.⁸⁴

O ordenamento jurídico brasileiro veda a vingança privada, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸⁵

A ação penal pública apresenta as seguintes características.

A ação penal tem natureza pública e constitui direito subjetivo da pessoa humana quando há violação de seus direitos, podendo solicitar da autoridade judiciária uma decisão quanto à pretensão posta em juízo, seja através da ação penal pública ou privada.⁸⁶

Além disso, “o direito de ação é autônomo, pois não se confunde com o direito subjetivo material que ampararia a pretensão deduzida em juízo”⁸⁷, é também, um direito abstrato, ou seja, não importa se a decisão judicial será procedente ou improcedente é necessário a garantia do acesso à justiça ao cidadão.⁸⁸

⁸³ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 100

⁸⁵ Ibidem, p. 98.

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 97.

⁸⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 102.

⁸⁸ CAPEZ, op. cit., p. 97.

Portanto, a ação penal é o instrumento pelo qual o autor deseja obter uma prestação jurisdicional, em que a titularidade do direito de punir pertence ao Estado.⁸⁹

2.1 Condições da ação e pressupostos processuais

O Ministério Público é o titular da ação penal pública, em que o exercício do direito de ação está subordinado a algumas condições, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir, a legitimidade para agir⁹⁰ e a justa causa.⁹¹

A possibilidade jurídica do pedido no âmbito do processo penal significa que a conduta imputada ao agente delitivo deve estar tipificada na lei. Fernando Capez assevera que “a providência pedida ao Poder Judiciário só será viável se o ordenamento, em abstrato, expressamente a admitir”⁹².

O interesse de agir significa o interesse da pessoa ou do Estado em se obter a punição do delinquente. Logo, na hipótese da ocorrência da prescrição retroativa do crime, faltarão o interesse de agir, pois a punibilidade do criminoso poderá estar extinta.⁹³

A legitimidade para agir abrange o autor e o réu. O Estado é o titular do direito de punir, que é exercido por meio do Ministério Público, o qual possui legitimidade ativa na ação penal pública. Já a vítima é parte legítima na ação penal privada, que age na qualidade de substituto processual. Por outro lado, o suposto sujeito ativo do fato típico compõe o polo passivo da demanda.⁹⁴

A ação penal não pode ser temerária, a justa causa constitui condição para o ajuizamento da peça acusatória devendo estar corroborada com indícios de prova quanto à autoria e materialidade do crime.⁹⁵

⁸⁹ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 35.

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 103.

⁹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 132

⁹² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99.

⁹³ Ibidem, p. 100.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149

⁹⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 655.

É importante destacar que se faltar uma das condições para o regular exercício do direito de ação o Juiz deverá rejeitar a denúncia, por ser o autor carecedor de ação, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal.⁹⁶

Além disso, existem algumas condições específicas para o ajuizamento da ação penal, como por exemplo, a representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça, logo, as “condições de procedibilidade são fatos naturais ou jurídicos, cuja existência é exigida pela lei para a propositura da ação penal”.⁹⁷

Enfim, as condições da ação e os pressupostos processuais são os requisitos necessários para apreciação do direito material por parte do magistrado.⁹⁸

2.2 Ação penal pública condicionada

Com o advento da Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, em regra a ação penal para os crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual é a pública condicionada à representação.⁹⁹

O titular da ação penal pública incondicionada e condicionada é o Parquet, conforme o art. 129, I, da Constituição Federal de 1988.¹⁰⁰ Em relação à segunda hipótese, o exercício do direito de ação está subordinado a uma condição específica de procedibilidade, qual seja, a representação por parte do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.¹⁰¹

Assim, a denúncia somente poderá ser ajuizada pelo MP se a vítima manifestar sua vontade, por meio da representação, a fim de que o autor do fato seja

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115.

⁹⁷ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 149.

⁹⁹ BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

¹⁰⁰ GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 656.

¹⁰¹ Ibidem, p. 657.

processado e punido. Além disso, nem o inquérito policial poderá ser iniciado sem a autorização do ofendido.¹⁰²

Portanto, cabe à vítima decidir sobre a oportunidade e conveniência da persecução penal do delinquente, “diante da possível repercussão negativa trazida pelo conhecimento generalizado do fato criminoso”.¹⁰³

Por outro lado, após o oferecimento da representação, o órgão ministerial não está obrigado a oferecer denúncia, se concluir que o fato narrado pelo ofendido não constitui crime ou que não há indícios suficientes que comprovem a autoria do crime, podendo requerer o arquivamento do inquérito. Nesse caso, se o pedido for deferido pelo juiz o ofendido não poderá recorrer de tal decisão.¹⁰⁴

Se o juiz discordar do pedido de desarquivamento remeterá os autos do procedimento administrativo ao Procurador Geral para que opine pelo oferecimento da denúncia ou arquivamento do inquérito, nos termos do art. 28 do CPP.¹⁰⁵

Contudo, se surgirem novas provas o Inquérito Policial poderá ser desarquivado, conforme o art. 18 do Código de Processo Penal¹⁰⁶ e a Súmula nº 524 do STF, que dispõe “arquivado o inquérito policial, por despacho do Juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas”.¹⁰⁷

Ademais, a Autoridade Policial, o Juiz e o Ministério Público são destinatários da representação, conforme o art. 39 do CPP podendo o ofendido ou seu representante legal outorgar mandato a qualquer pessoa, para que esta exerça, em seu nome, o direito de representação.¹⁰⁸

¹⁰² CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105.

¹⁰³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149

¹⁰⁴ Ibidem, p. 152.

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 26.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 524. Brasília, DF, 3 dez. 69. DJ de 10.12.69. p. 5933.

¹⁰⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal comentado. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 414.

Se após a prática do crime submetido a ação penal condicionada, o ofendido vem a falecer por outra causa ou for declarado ausente, o cônjuge, o ascendente, o descendente, o irmão, nessa ordem, terá legitimidade para oferecer a representação em seu lugar, conforme o art. 24 do CPP.¹⁰⁹ Apesar desse artigo ser taxativo, a companheira do ofendido poderá exercer o direito de representação, tendo em vista o disposto no art. 226, § 3º da Constituição Federal.¹¹⁰

Todavia, é importante destacar que se do estupro resultar a morte da vítima a ação penal cabível, nessa hipótese, será pública incondicionada, com fundamento no art. 101 do Código Penal.¹¹¹

Além disso, não se exige forma especial quanto ao oferecimento da representação “podendo ser escrita ou verbal, neste caso reduzirá a termo. Todavia, é imprescindível, sob pena de nulidade, que dela resulte inequívoca a vontade do ofendido (ou de seu representante legal) de que se inicie o inquérito ou processo contra o ofensor”.¹¹²

Nesse sentido, a jurisprudência do STF firmou o entendimento de que não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal para que se promova a responsabilização do delinquente:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. VALIDADE DA REPRESENTAÇÃO REALIZADA PELO PAI DA MENOR E DA DECLARAÇÃO DE POBREZA APRESENTADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

I - O Ministério Público possui legitimidade para promover a ação penal quando vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo, sem prejuízo da manutenção própria ou da família (art. 225, § 2º, do CP, com redação anterior a Lei 12.015/2009).

¹⁰⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 121

¹¹⁰TOURINHO FILHO, op. cit., p. 400.

¹¹¹DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380.

¹¹²Ibidem, p. 381.

II - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, bastando o elemento volitivo. Precedentes.¹¹³

Depois que a representação for oferecida quem a fez poderá retratar-se antes do ajuizamento da peça acusatória nos termos do art. 25 do CPP.¹¹⁴ Nessa hipótese, o órgão ministerial poderá solicitar ao juiz o arquivamento do procedimento administrativo, tendo em vista a renúncia da vítima quanto ao prosseguimento da persecução penal.¹¹⁵

A representação deve ser oferecida no prazo de 6 meses, tendo como termo inicial a data em que a vítima identificar a autoria do crime, conforme o art. 38 do Código de Processo Penal, sob pena de consumir-se a decadência¹¹⁶ que é causa extintiva da punibilidade.¹¹⁷

Contudo, Tourinho filho, ensina que existem três formas para identificarmos o dia a quo para contagem do prazo decadencial, qual seja, “a partir da data do fato, a partir da data em que o ofendido, ou o seu representante legal, teve ciência do fato e a partir da data em que o ofendido, ou seu representante legal, soube quem foi o autor do crime”.¹¹⁸

Em suma, o Ministério Público possui legitimidade ativa para a propositura da ação penal pública condicionada. Contudo, é necessária autorização do ofendido para que a persecução penal seja iniciada, tendo em vista que cabe a vítima decidir se o autor da conduta deve ser punido ou não, dado que a lesão causada atinge seu interesse privado.¹¹⁹

¹¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RHC nº 99086/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 3 ago. 10. DJ de 19.8.10, p. 524.

¹¹⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 154.

¹¹⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433.

¹¹⁶Decadência é a extinção do direito de ação do ofendido (na verdade, do exercício do direito à jurisdição) em razão do decurso do prazo que a lei fixa para o seu exercício. (DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 382).

¹¹⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433.

¹¹⁸Ibidem, p. 426.

¹¹⁹DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 374.

2.3 Ação penal pública incondicionada

A ação penal cabível para os crimes tipificados no capítulo II, do Título VI do Código Penal, é a pública incondicionada, em que “[...] o Ministério Público promoverá a ação independentemente da vontade ou interferência de quem quer que seja, bastando, para tanto, que concorram as condições da ação e os pressupostos processuais”.¹²⁰

O Parquet é o titular da ação penal pública com fundamento no princípio da oficialidade, eis que o *jus puniendi* é competência privativa do Estado sendo exercido por meio de órgãos oficiais.¹²¹

Contudo, se o MP não oferecer a denúncia no prazo legal, o ofendido poderá propor a ação penal privada subsidiária da pública, conforme o art. 5º, LIX da Constituição Federal e art. 29 do CPP.¹²²

Os princípios que regem a ação penal pública incondicionada são: da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da oficialidade, da indivisibilidade, da intranscendência.¹²³

O princípio da obrigatoriedade ou da legalidade significa que o Ministério Público não pode recusar-se a dar início à ação penal sempre que presente os pressupostos e condições da ação penal, nos termos dos art. 24, caput; 42 e 576 do CPP.¹²⁴

Todavia, o princípio da obrigatoriedade pode ser mitigado em razão da proposta de transação penal que impede o oferecimento da acusação, nos termos do art. 76 da

¹²⁰CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112.

¹²¹MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 47.

¹²²NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 128.

¹²³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114.

¹²⁴CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102.

lei 9.099/90. Assim, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa ao autor do crime.¹²⁵

O princípio da indisponibilidade dispõe que o Parquet após o oferecimento da denúncia não pode desistir da ação penal.¹²⁶ Contudo, constitui exceção ao princípio, a suspensão condicional do processo conforme o art. 89 da Lei 9.099/90, in verbis:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).¹²⁷

O princípio da oficialidade traduz a ideia de que a ação penal deve ser oferecida por órgão oficial, ou seja, público, com exceção da ação penal privada.¹²⁸

O Ministério Público deve oferecer denúncia em face de todos aqueles que cometeram a conduta delitiva, essa é a tradução do princípio da indivisibilidade (art. 48 do CPP). O princípio da intranscendência, significa que “a ação penal só pode ser proposta contra a pessoa a quem se imputa a prática do delito”.¹²⁹

Nas palavras de Fernando Capez o princípio da suficiência da ação penal significa que:

[...] se houver uma ação civil em andamento para discutir a propriedade do bem, o juízo penal não precisará aguardar a solução da demanda na esfera extrapenal, nos termos do art. 93 do CPP. É aí que se fala em princípio da suficiência da ação penal. A ação penal é suficiente para resolver a questão prejudicial não ligada ao estado de pessoas, sendo desnecessário aguardar a solução no âmbito cível.¹³⁰

¹²⁵BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 426.

¹²⁶GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

¹²⁷BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 427.

¹²⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 115.

¹²⁹Ibidem, p. 118.

¹³⁰CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119.

Assim, se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável, a ação penal pública será incondicionada. Mas o que se entende por pessoa vulnerável? É o assunto que trataremos na próxima seção.

2.4 Estupro de vulnerável

A infância é um período em que a criança e o adolescente encontram-se em formação sob os aspectos físico, emocional e intelectual. Portanto, lhes são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais tendo em vista sua condição de pessoa em desenvolvimento.

A lei penal visa combater de forma mais veemente a violência sexual contra à população infanto-juvenil com fundamento na doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança.¹³¹

O art. 217-A previsto no capítulo II do Título VI da Parte Especial do Código Penal, após o advento da Lei 12.015/09, dispõe:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º Vetado

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.¹³²

Mas afinal o que se entende por pessoa vulnerável?

¹³¹LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, n. 58, p. 30, out./nov. 2009.

¹³²BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. pp. 86-87.

Considera-se vulnerável o ofendido a) menor de 14 anos; b) que sofre de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; c) que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.¹³³

O legislador ampliou o conceito de vulnerabilidade em relação a alínea “c”, eis que deverá ser analisada em cada caso concreto a hipótese em que a vítima “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, devendo tal fato ser solidamente comprovado.¹³⁴

Nelson Hungria aponta as seguintes causas de vulnerabilidade:

Enfermidade, paralisia dos membros, idade avançada, excepcional esgotamento, certos defeitos teratológicos, síncope, desmaios, estado de embriaguez alcoólica, delírios, estado de ebriedade ou inconsciência decorrente de ingestão ou ministração de entorpecentes, soporíferos ou anestésicos, hipnose, etc.¹³⁵

Após a vigência da nova lei a regra da presunção de violência foi revogada.¹³⁶ Contudo, não houve abolição criminis. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. REVOGAÇÃO PELA LEI N.º 12.015/09. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. ABOLITIO CRIMINIS INEXISTENTE.

1. [...]

2. Embora a Lei n.º 12.015/09 tenha retirado do texto penal incriminador a figura da violência presumida, não se verifica, na espécie, hipótese de abolição criminis, já que o novo texto legal, que substituiu o art. 224, alínea a, do Código Penal, impõe uma obrigação geral de abstenção de conjunção carnal e de ato libidinoso com menores de 14 anos – art. 217-A, do mesmo Diploma Repressivo.

3. Ordem denegada.¹³⁷

¹³³ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. **Revista Consulex**, n. 307, p. 41, out. 2009.

¹³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 40.

¹³⁵ Apud MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. Direito Penal. São Paulo: Atlas, 2009, p. 415.

¹³⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei n.º 12.015/2009. **Revista de artigos do MPDFT**, n. 4, p. 54, 2010.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 83788/MG. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DF, 29 set. 09. DJe de 26.10.09.

Além disso, parte do art. 9º da lei dos Crimes Hediondos foi tacitamente revogado tendo em vista “ a revogação do art. 224 do CP e a nova pena do crime de estupro de vulnerável que já e mais elevada em relação ao tipo simples”.¹³⁸ Nesse sentido, Celso Delmanto, ensina que:

O estupro, em suas formas simples e qualificadas (art. 213, caput e §§ 1º e 2º), continua a ser crime hediondo, a teor do art. 1º, V, da Lei 8.072/90 modificado pela Lei nº 12.015/09. Todavia, não mais se aplica o aumento especial de pena previsto no art. 9º da Lei 8.072/90 no caso da combinação do art. 213 com o antigo art. 223, caput e § único, uma vez que este último artigo foi expressamente revogado e substituído pelos atuais § 1º (primeira parte) e § 2º do novo art. 213. Do contrário, haveria inadmissível bis in idem.¹³⁹

O consentimento da vítima ou sua eventual experiência sexual não são suficientes para extinguir a punibilidade do réu, tendo em vista que a vulnerabilidade prevista no art. 217-A é absoluta¹⁴⁰, eis que a proteção ao menor de 14 anos “se justifica em razão da pouca idade da vítima e de sua ingenuidade”.¹⁴¹

Nesse sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR CONTANDO COM 11 ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. VIOLÊNCIA PRESUMIDA CONFIGURADA.

1. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, "a", do Código Penal tem caráter absoluto.

2. In casu e inexistente nenhuma excepcionalidade, resta caracterizada violência presumida, tendo em vista que a vítima contava 11 (onze) anos à época dos fatos.

3. Recurso especial conhecido e desprovido.¹⁴²

¹³⁸ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei nº 12.015/2009. **Revista de artigos do MPDFT**, n. 4, p. 54, 2010.

¹³⁹DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 692.

¹⁴⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e sua compatibilidade com a presunção de inocência. **Revista de artigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 127.

¹⁴¹TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Dos crimes contra os costumes. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p.13.

¹⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP nº 1180525/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 5 out. 10. DJe de 18.10.10.

Dessa forma “se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de 14 anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito”.¹⁴³

Em virtude do exposto, podemos concluir que o parágrafo único do art. 225 do Código Penal, é de extrema relevância, pois busca trazer uma proteção integral aos menores de 18 anos e vulneráveis, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como, da Constituição da República Federativa do Brasil, que lhes garantem proteção total.¹⁴⁴

¹⁴³LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. Revista IOB de direito penal e processual penal, n. 58, p. 30, out./nov. 2009.

¹⁴⁴TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Dos crimes contra os costumes. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p.13.

3 APLICAÇÃO DA LEI PENAL PROCESSUAL NO TEMPO

Em decorrência da elaboração de nova lei surge um conflito de leis no tempo. As leis são feitas para ter vigor somente no futuro, ou podem retroagir ao passado para regular efeitos de atos que ocorreram antes da sua vigência?

O novo art. 225 do Código Penal dispõe que a ação penal cabível para a persecução penal dos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual é a pública condicionada à representação, exceto quando a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.¹⁴⁵ Antes da vigência da Lei nº 12.015/09 a regra para a persecução penal dos antigos crimes contra os costumes era a ação penal privada.¹⁴⁶

Contudo, se a vítima fosse pobre no sentido legal a ação penal seria pública condicionada.¹⁴⁷ Por outro lado, se o crime de estupro fosse praticado mediante violência real, se a violência empregada resultasse em lesão corporal grave ou morte, se fosse cometido pelo agente criminoso com abuso do pátrio poder, ou tivesse qualidade de padrasto, tutor ou curador a ação penal seria pública incondicionada.¹⁴⁸

A problemática trazida na delimitação do tema desta pesquisa é averiguar se o art. 225 do Código Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015/09, poderá retroagir para atingir as ações penais, ainda pendentes de sentença transitada em julgado, relativos aos crimes praticados contra a liberdade sexual antes de sua vigência.

Para Leonardo Barreto, a lei nova não retroagirá para atingir aqueles processos que foram iniciados por meio de queixa, pois esta é mais benéfica para o acusado,

¹⁴⁵BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

¹⁴⁶TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010, p.159.

¹⁴⁷MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 9, jul./dez. 2009.

¹⁴⁸Ibidem, p.9-10.

tendo em vista que poderá extinguir a punibilidade do agente por meio da decadência, renúncia, perdão e perempção.¹⁴⁹

No mesmo sentido, o autor Romulo de Andrade entende que em relação às ações penais de iniciativa privada em andamento, não há o que fazer, pois “a nova disposição não aproveitaria ao réu: uma ação penal de iniciativa privada “é mais benéfica” (em tese) para o acusado que a ação penal pública, seja condicionada ou não (do ponto de vista da iniciativa)”¹⁵⁰

Leonardo Barreto Moreira Alvez continua sua explanação aduzindo que se a denúncia foi ajuizada através da ação penal pública condicionada e com surgimento da nova lei passou a ser pública incondicionada, também, não haverá qualquer alteração, eis que a situação é mais benéfica ao réu, tendo em vista que se o ofendido não oferecer a representação dentro do prazo legal, a punibilidade do réu será extinta por meio da decadência.¹⁵¹

Contudo, o autor aduz que se o processo foi iniciado por meio da ação penal pública incondicionada e com o advento da Lei 12.015/09 passou a ser pública condicionada à representação, então a nova disposição é mais benéfica ao acusado, por causa da decadência que é uma das causas de extinção da punibilidade.¹⁵²

O autor acima conclui que a nova lei deverá retroagir para atingir aqueles processos que foram iniciados por meio da ação penal pública incondicionada, o qual “se foi iniciada a ação penal, a vítima deverá ser chamada para oferecer representação, caso já não tenha feito”.¹⁵³

¹⁴⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei nº 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 87, dez./jan. 2010.

¹⁵⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 15, jul./dez. 2009.

¹⁵¹ ALVES, op. cit., p.87.

¹⁵² ALVES, op. cit., p.87.

¹⁵³ ALVES, op. cit., p.87.

Nas palavras de Rômulo de Andrade Moreira o art. 225 do Código Penal é norma jurídica processual penal mista, porque a representação poderá extinguir a punibilidade do criminoso, por meio da decadência que constitui matéria de Direito Penal, sendo também, um instituto de direito processual, pois a representação é condição de procedibilidade da ação penal.¹⁵⁴

Portanto, por se tratar de norma processual com conteúdo penal, a nova disposição deverá retroagir para beneficiar o acusado, conforme o entendimento de Romulo de Andrade:

[...] naqueles casos em que a ação penal era pública incondicionada e passou a ser agora pública condicionada à representação (art. 225, caput, do Código Penal). Obviamente que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da *persecutio criminis in judicio* tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade, não mais podendo agir de ofício (princípio da oficiosidade). Neste caso, entendemos que, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicado o art. 2º do Código Penal, ou seja, a retroatividade se impõe, atingindo os casos pendentes.¹⁵⁵

Rômulo entende que uma norma processual que é composta por elementos do direito penal, aplicam-se as regras da retroatividade da lei penal benigna, aduzindo que “por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, sendo necessário que se tenha em conta uma serie de outras circunstâncias”.¹⁵⁶

No mesmo sentido, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, entende que a nova lei deve retroagir para beneficiar o réu, levando-se em consideração de que a Súmula 608 deve ser revogada:

Quanto a ação penal (art. 225), cuida-se de norma processual penal material, ou seja, a sua aplicação provoca efeitos penais. Submete-se, pois, ao princípio geral da retroatividade benéfica. O primeiro efeito é a suspensão do andamento das ações penais conduzidas pelo Ministério Público, por consequência da aplicação da Súmula 608 do STF, que hoje não mais pode subsistir. A ação era de natureza privada, segundo o antigo art. 225. O STF interpretou ser de natureza pública incondicionada, nos casos de estupro com

¹⁵⁴MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 15, jul./dez. 2009

¹⁵⁵Ibidem, p. 15.

¹⁵⁶Ibidem, p. 15.

violência real, fundado em política criminal. [...] A retroatividade é imperiosa, pois o art. 225 tem sérias implicações de ordem material.¹⁵⁷

Portanto, o autor Romulo conclui que o ofendido deverá ser notificado para se manifestar quanto ao prosseguimento da ação penal, o qual se “devidamente notificado, não o fizer, extingue-se a punibilidade pela decadência; se representar, o processo terá seguimento; se não for encontrado, aguarda-se o transcurso do prazo prescricional”.¹⁵⁸

Entretanto alguns doutrinadores, como Fernando Capez entendem que a nova lei por ser mais severa não deve retroagir:

Pelo fato da nova lei ter ampliado o poder punitivo estatal, ao privar o acusado dos institutos benéficos inerentes a ação penal privada, que davam causa à extinção da punibilidade, não há dúvida de que estamos diante de uma *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor.¹⁵⁹

Além disso, aqueles autores acrescentam que o legislador foi omissivo quanto ao prazo que a vítima terá para oferecer a representação, na hipótese supramencionada. Nesse ponto há divergência de opiniões.

Segundo Leonardo Barreto Moreira Alves, “[...] na prática, vem sendo comum verificar que muitos juízes estão reabrindo o prazo decadencial de 6 (seis) meses com a intimação da vítima para apresentar a representação”.¹⁶⁰

Em sentido diverso, Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Estado da Bahia, entende que a tendência doutrinária majoritária é no sentido de que o prazo deverá ser de 30 (trinta) dias, em analogia ao art. 88 e 91 da Lei n° 9.099/95.¹⁶¹

¹⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 68-69.

¹⁵⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei n° 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 50, jul./dez. 2009.

¹⁵⁹ CAPEZ, Fernando. Direito penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117.

¹⁶⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei n° 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 93, dez./jan. 2010.

¹⁶¹ MOREIRA, op. cit., p. 18.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci, alega que a vítima deve ser intimada imediatamente para oferecer representação:

O advento da Lei 12.015/09, aplicando-se o princípio da legalidade, afirma, categoricamente ser a ação pública condicionada a representação. Logo, deve o magistrado, nesses casos, determinar a intimação da vítima, a fim de colher, de imediato (não há novo prazo de seis meses para tanto) a sua manifestação.¹⁶²

Alegam que a retroatividade da lei nova atingirá somente aquelas ações públicas incondicionadas relacionadas aos crimes contra a liberdade sexual pendentes de sentença transitado em julgado, pois “não se pode cogitar de retroatividade havendo processo findo, além do que, contendo a norma caráter também processual, só poderia atingir processo não encerrado.”¹⁶³

Todavia, os argumentos acima partem de uma premissa falsa. É o assunto que estudaremos nas próximas seções, onde será demonstrado o engano desta concepção.

3.1 Natureza jurídica do artigo 225 do Código Penal

A controvérsia da questão é em se saber a natureza jurídica do artigo 225 do Código Penal, se esse instituto é de direito material, ou de direito processual ou se possui natureza mista.

O artigo em exame dispõe sobre a ação penal pública nos crimes contra a dignidade sexual, em que a persecução penal dos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e assédio sexual será realizada mediante ação penal pública condicionada à representação e dos crimes contra a pessoa vulnerável ou menor de dezoito anos, mediante ação penal pública incondicionada.¹⁶⁴

¹⁶²NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69.

¹⁶³Ibidem, p. 69.

¹⁶⁴BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: Código Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

Assim, “uma norma que verse sobre ação penal é norma processual penal, porquanto a ação é instituto do Direito Processual, como um direito instrumental para fazer valer em juízo uma pretensão. [...] Logo, a ação é instituto eminentemente processual”.¹⁶⁵

As normas de Direito Processual Penal, de acordo com José Frederico Marques, são “o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da polícia judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares”.¹⁶⁶

É importante destacar, também, a natureza jurídica da representação que constitui uma exteriorização da vontade do ofendido ou de quem legalmente o representa, para que a persecução penal seja iniciada, conforme o art. 24 do Código de Processo Penal.¹⁶⁷

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, a representação é “uma declaração de vontade no sentido de se remover um obstáculo existente quanto ao exercício da ação penal”.¹⁶⁸

Logo, só é possível a propositura da ação condicionada pelo Ministério Público, se a vítima oferecer a representação, nem o inquérito policial poderá ser instaurado na falta desta, nos termos do art. 5º, §4º do Código de Processo Penal.¹⁶⁹

Além disso, quando o magistrado verificar ausência da representação quando do ajuizamento da peça acusatória, poderá rejeitar a denúncia de acordo com o art. 395, II, do CPP¹⁷⁰ ou se o processo estiver em curso, deverá anular todo o procedimento, conforme o art. 564, III, a do CPP¹⁷¹, proferindo em ambos casos uma decisão que tem, natureza processual.¹⁷²

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114.

¹⁶⁶ Apud MIRABETE, Julio Fabrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 9.

¹⁶⁷ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

¹⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 410.

¹⁶⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105.

¹⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente, op. cit., p. 111.

¹⁷¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 674.

¹⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 408.

A doutrina majoritária entende que a representação tem natureza jurídica puramente processual,¹⁷³ porque constitui condição objetiva de procedibilidade, ou seja, é condição específica para o exercício da ação penal pública condicionada.¹⁷⁴

Chega-se a conclusão de que a norma contida no art. 225 do CP tem natureza jurídica eminentemente processual.¹⁷⁵ Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ÓRGÃO MINISTERIAL. APLICAÇÃO DA LEI 12.015/2009. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. REJEIÇÃO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA RELATIVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA APLICADA INFERIOR À PENA PREVISTA NO ART. 217-A. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS SEVERA. SENTENÇA MANTIDA.
1. O Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para o ajuizamento da ação penal, nos crimes contra a dignidade sexual, cuja vítima seja menor de 18 anos, porquanto a Lei 12.015/09 reformou o art. 225, do CP, dispondo, expressamente, que a ação penal é pública incondicionada, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo. Por se tratar de norma processual, as disposições do referido diploma legal são aplicáveis aos processos em curso, em obediência ao princípio do tempus regit actum.[...]¹⁷⁶

Portanto, o artigo em exame é norma processual e está submetido ao princípio *tempus regit actum*.

3.2 Princípio tempus regit actum

Após a publicação de uma nova lei e transcorrido o período da *vacatio legis*, a norma entra em vigor e vincula a todos.¹⁷⁷ Logo, surge um conflito de leis no tempo. Assim, qual lei deverá ser aplicada ao caso concreto? A lei nova ou a velha?

¹⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 405.

¹⁷⁴ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

¹⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., p. 411.

¹⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Acórdão 426.327. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, DF, 27 maio. 10. DJ de 9.6.10. p. 174.

¹⁷⁷ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 29

Em regra, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da irretroatividade das leis, ou seja, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, aplicando-se aos fatos ocorridos após sua vigência.¹⁷⁸

A aplicação da lei processual penal no tempo está fundamentada no princípio *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), conforme dispõe o artigo 2º do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”¹⁷⁹

O princípio em análise significa que “o ato processual será regulado pela lei que estiver em vigor no dia em que o ato for praticado.”¹⁸⁰

Após a ocorrência do crime, caso seja necessário, a vítima deverá oferecer representação afim de que o inquérito policial seja iniciado.¹⁸¹ Contudo, na hipótese em que o inquérito foi instaurado sob a vigência da lei anterior, o qual não era necessário a representação do ofendido para a persecução do crime, o ato praticado é válido.¹⁸²

Se a ação era pública incondicionada e após a instauração do Inquérito Policial surge lei nova exigindo representação para a persecução do delito, após a conclusão do procedimento administrativo, o Ministério Público deverá observar a norma vigente na data em que a ação penal for ajuizada, porque as normas processuais tem efeito imediato,¹⁸³ podendo a Autoridade Policial ou o Parquet colher a representação da vítima, nos termos do art. 38 do CPP, sob pena de consumir-se a decadência, que é causa de extinção da punibilidade.¹⁸⁴

Nesse sentido, José Frederico Marques assevera:

¹⁷⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 30.

¹⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: Código de Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23.

¹⁸⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

¹⁸¹ Ibidem, p. 170.

¹⁸² Ibidem, p. 89.

¹⁸³ MIRABETE, Julio Fabrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

¹⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 433.

Quando estiver em foco a representação, tudo depende da fase em que se encontrar a *persecutio criminis*: se o caso ainda se encontra afeto à polícia, o ofendido precisa representar à autoridade competente porque a decadência da representação e a renúncia desta, antes da propositura da ação penal se apresentam também como condições negativas de punibilidade;¹⁸⁵

Logo, se a ação era pública incondicionada e com o advento da lei nova passou ser pública condicionada, a vítima deverá ser intimada para oferecer representação, tendo em vista que esta constitui condição de procedibilidade da ação penal¹⁸⁶ e que a ausência da representação nos autos acarretará a extinção da punibilidade do indiciado.¹⁸⁷

Isso tudo porque a lei processual deve ser aplicada imediatamente e não por ser mais benéfica para o acusado. Contudo, se a ação penal já foi iniciada sob a égide da lei anterior, o ato processual é válido, não importando se a nova lei é pior ou melhor para o acusado, “vigorando plenamente os preceitos de direito processual intertemporal.”¹⁸⁸

Assim, os atos processuais praticados antes da vigência da nova lei são válidos, ou seja, não há que se falar em retroatividade da lei processual penal.¹⁸⁹ Nas palavras de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Obviamente, a nova lei (Lei n° 12.015/09) não terá qualquer influência em relação às ações penais já ajuizadas. É dizer: se já proposta a ação penal pelo particular, não haverá qualquer modificação no polo ativo da demanda. De outro modo: exercido o direito de ação, ao tempo da lei anterior, não se aplicará a nova regra de legitimação ativa. Em síntese: a ação que era privada ou que era pública, antes de eventual modificação legislativa, continuará a ser privada ou pública. A matéria, no que toca ao exercício de direito, é processual. Proposta a ação, estará exercido aquele (direito), não se alterando a legitimação no curso do processo.¹⁹⁰

¹⁸⁵ MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Millennium, 2002, p. 226.

¹⁸⁶ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

¹⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 433.

¹⁸⁸ MARQUES, op. cit., p. 226.

¹⁸⁹ CAPEZ, Fernando. Processo penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Portanto, o art. 225 do Código Penal que trata da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, por ter caráter processual, não se submete ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, ou seja, não retroagirá para beneficiar o réu:

Quanto a *actio poenalis* propriamente dita, motivos não há para se lhe abram exceções relativamente aos preceitos gerais imperativos. Ao contrário do que ensinam *Paul Roubier e Carlos Maximiliano*, a legitimação ativa no processo penal é problema processual, e não de direito material. A representação não passa de um pressuposto do processo, ou de condição de procedibilidade, enquanto o direito de queixa (...) é um caso de substituição processual. Daí se infere que, iniciado um processo, por denúncia do Ministério Público, não se aplicará para ele, salvo disposição expressa em contrário, a lei nova que exigir relativamente a idêntica pretensão punitiva, a representação ou a queixa-crime, permanecendo válidos, destarte, os atos já praticados, e a própria relação processual instaurada.¹⁹¹

Assim, não há que se falar em colher a representação da vítima referente as ações penais incondicionadas iniciadas antes da vigência da lei 12.015/09 para que esta manifeste seu consentimento em ver o acusado processado, sendo um equívoco “considerar-se a exigência da queixa ou da representação, na lex posterior, como circunstância benéfica para o réu que obrigue a nova lei a retroagir.”¹⁹²

¹⁹¹ Apud MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Campinas: Millennium, 2002, p. 226.

¹⁹² Ibidem, p. 225.

CONCLUSÃO

Em virtude do exposto, chega-se a conclusão de que o artigo 225 do Código Penal, que é uma norma de natureza jurídica eminentemente processual, não retroagirá para atingir as ações penais públicas incondicionadas, ainda pendentes de sentença transitada em julgado, relativos aos crimes contra a liberdade sexual praticados antes de sua vigência, porque os atos processuais praticados anteriormente são válidos, conforme dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal.

Além disso, os princípios da retroatividade da lei mais benéfica são aplicados para lei penal e não processual penal.

Logo, todos os processos que foram iniciados antes da vigência da lei nova devem ter seu curso normal, tendo em vista a estabilidade jurídica nos fóruns e tribunais.

Se a ação penal já foi instaurada não há que se falar em aplicação retroativa da representação para colher a manifestação do ofendido quanto ao prosseguimento da ação, tendo em vista que sua finalidade foi cumprida, qual seja, possibilitar o ajuizamento da ação penal.

Não faz sentido suspender um processo que foi iniciado através da ação penal pública incondicionada, para colher representação da vítima, uma vez que o direito de ação já foi exercido pelo membro do Ministério Público, sendo ele o dono da ação, não podendo voltar atrás, com fundamento no princípio da legalidade ou da obrigatoriedade, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público para a persecução penal dos crimes contra a liberdade sexual.

Ademais, quando o juiz recebeu a peça acusatória todos os pressupostos processuais e as condições para o exercício da ação penal estavam presentes. Se a acusação já foi admitida pelo juízo não há o que se fazer, se a relação jurídica processual foi estabelecida. Portanto, a lei nova não poderá atingir o ato jurídico perfeito, conforme dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Ainda existe a possibilidade da vítima nem ser mais encontrada ou estar morta para oferecer a representação, caso seja intimada para manifestar sua vontade em ver o ofendido processado.

É importante destacar que não é necessário forma especial quanto ao oferecimento da representação. Se em determinado momento, seja na delegacia ou em juízo, a vítima ou seu representante legal manifestarem o desejo no sentido de que o agressor fosse punido e processado, prestando todas as informações para a apuração do fato, estará suprida a falta de representação formal nos autos do processo criminal.

A lei 12.015/2009 não declarou expressamente em seu texto, sobre a retroatividade, conforme fez a Lei nº 9.099/95, em seu art. 91, em que a vítima deveria ser intimada para se manifestar quanto ao prosseguimento da ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Não foi esse o intuito da Lei 12.015/2009, até porque o objeto jurídico tutelado nos crimes contra a dignidade sexual não se comparam com os crimes de menor potencial ofensivo.

Não é razoável aplicar por analogia o art. 91 da lei 9.099/95 para a persecução penal dos crimes contra liberdade sexual que exigem ação penal pública condicionada à representação, tendo em vista que a política de repressão a esses crimes é diferente.

Se a ação penal pública incondicionada foi ajuizada com fundamento na Súmula 608 do STF, então o ato praticado é plenamente válido, tendo em vista o disposto no art. 2º do CPP.

Além disso, devemos destacar que a Súmula 608 do STF ainda continua válida, mesmo com o advento da Lei 12.015/09. Exceto, quando o estupro for praticado mediante lesão corporal leve ou ameaça, em que a ação penal será a pública condicionada, pois os crimes meios se procedem mediante representação da vítima, bem como o estupro.

Imaginemos o caos que haverá no Judiciário Brasileiro, com milhares de processos em andamento, ter que paralisar todas as ações penais em curso, para colher a representação do ofendido e ainda premiar o criminoso com a possibilidade da extinção de sua punibilidade por meio da decadência, caso o ofendido devidamente notificado não compareça ao processo para manifestar seu interesse no prosseguimento do feito.

O Magistrado, o Promotor de Justiça, o ofendido, não tem a capacidade de prever se o procedimento da persecução penal vai mudar ou não, por isso todos os processos que foram iniciados antes da vigência da lei nova, devem ter seu curso normal, tendo em vista o disposto no art. 2º do Código de Processo Penal.

Ademais, levando-se em consideração de que a norma processual tem aplicação imediata, devemos ter em mente que se o crime era de ação penal privada e com o advento da Lei 12.015/09 passou a ser pública incondicionada, o Parquet deverá ajuizar a ação penal pública, caso o ofendido não tenha ajuizado a queixa dentro do prazo decadencial de 6 meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, nos termos do art. 38 do Código de Processo Penal.

Por exemplo, a autoria do fato foi identificada em 3/7/2009, em que a ação penal seria privada. Em 10/8/09 surge lei nova processual, dispondo que a ação penal cabível para aquele delito é pública incondicionada, o MP é o legitimado a propor ação pública, porque as normas processuais têm aplicação imediata, devendo observar apenas o prazo da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por outro lado, se antes da vigência da Lei 12.015/09 a vítima não ajuizou a ação penal privada e deixou o prazo decadencial de 6 meses transcorrer, extingue-se a punibilidade do réu pela decadência.

É importante destacar, que se o ofendido ajuizar a ação penal privada após a vigência da Lei 12.015/09, a queixa deverá ser rejeitada, por ilegitimidade da parte autora, nos termos do art. 395 do Código de Processo Penal.

Na hipótese em que a ação era privada e com o advento da lei 12.015/09 passou a ser pública condicionada o MP deverá ajuizar a ação penal, caso a vítima tenha demonstrado de maneira inequívoca o desejo de instaurar a persecução criminal contra o autor do delito, tendo em vista que não se exige rigor formal na representação do ofendido ou de seu representante legal para que se promova a responsabilização do delinquente.

Portanto, não se leva em consideração na aplicação da lei processual penal no tempo se a nova lei é melhor ou pior para o acusado, porque deve ser aplicada imediatamente.

Enfim, no âmbito do Direito Processual Penal, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei n° 12.015/09. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 85-94, dez./jan. 2010.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual: uma análise da Lei n° 12.015/2009. **Revista de artigos do MPDFT**, n. 4, p. 53-67, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A presunção de violência nos crimes sexuais como presunção absoluta: análise de suas consequências e sua compatibilidade com a presunção de inocência. **Revista de artigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. In: **Código Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. In: *Vade Mecum*. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. In: **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. In: **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. In: **Código de Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP n° 1195/PR. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 19 ago. 10. DJe de 6.9.10

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP n° 997640/MG. Relator: Jorge Mussi. Brasília, DF, 19 ago. 10. DJe de 6.9.10

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 83788/MG. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, DF, 29 set. 09. DJe de 26.10.09.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. RESP n° 1180525/MG. Relator: Honildo Amaral de Mello Castro. Brasília, DF, 5 out. 10. DJe de 18.10.10.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC n° 144.870/DF. Relator: OG Fernandes. Brasília, DF, 09 fev. 10. DJe de 24.5.10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 611. Brasília, DF, 17 out. 84. DJ de 29.10.84.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n° 73411/MG. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 13 fev. 96. DJ de 3.5.96.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 608. Brasília, DF, 17 out. 84. DJ de 29.10.84.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC n° 86058/RJ. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 25 out. 05. DJ de 9.2.07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n° 81848. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 abr. 02. DJ de 28.6.02.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sessão Plenária. Súmula 524. Brasília, DF, 3 dez. 69. DJ de 10.12.69.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC n° 82206/SP. Relator: Nelson Jobim. Brasília, DF, 8 ago. 02. DJ de 22.11.03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RHC n° 99086/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 3 ago. 10. DJ de 19.8.10.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Acórdão 426.327. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Brasília, DF, 27 maio. 10. DJ de 9.6.10.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Turma Criminal. Acórdão 434.392. Relator: ALFEU MACHADO. Brasília, DF, 15 julho. 10. DJ de 29.7.10.

CAPEZ, Fernando. Direito penal, legislação penal especial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de direito penal, parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de direito penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Curso de direito penal, parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____._____. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito processual constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____._____. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GLEZER, Rubens Eduardo. Súmulas vinculantes: expectativas, resultados e segurança jurídica. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 187-209, jan./mar. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com lesão corporal grave ou morte: a ação penal é pública condicionada**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 10 out. 2010.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal, parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. Código penal comentado. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. Adendo. Lei n° 12.015/2009: dos crimes contra a dignidade sexual. Niterói: Impetus, 2009.

_____. Curso de direito penal, parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. Código penal anotado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Código de processo penal anotado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito penal, parte geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Novo tipo penal unificado de estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável. **Revista IOB de direito penal e processual penal**, n. 58, p. 17-42, out./nov. 2009.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Direito penal. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. _____. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável: a lei nº 12.015/09. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, n. 15, p. 9-19, jul./dez. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal, parte geral, parte especial. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. O conceito de vulnerabilidade no direito penal. **Revista Consulex**, n. 307, p. 39-42, out. 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal, parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo. Direito penal parte geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado, n° 475 de 2009. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp_p_cod_mate=93761> Acesso em: 7 abr. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 7 abr. 2011.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Dos crimes contra os costumes. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 33, p. 78-84, dez./jan. 2010.

_____. Processo penal comentado. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Processo penal. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.