

UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

ANA PAULA MARTINS LOPES

AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

BRASÍLIA,

2011

ANA PAULA MARTINS LOPES

AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

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

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura.

BRASÍLIA,
2011

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, que muito me ajudou na conclusão deste trabalho.

RESUMO

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu algumas modificações no Código Penal Brasileiro no tocante à persecução penal nos crimes de estupro. Após a reforma, não há que se falar mais em ação penal privada nos crimes de estupro. A regra agora, nos termos do artigo 225 do Código Penal, passa a ser ação penal de iniciativa pública condicionada à representação. Ocorre que a nova legislação apresenta algumas incoerências, em especial, esclarecer qual será a ação penal quando o estupro for cometido com lesão corporal leve, grave ou morte e o reflexo da nova redação do art. 225 do Código Penal na súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. Invoca-se a regra do art. 101 do Código Penal para definir o estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte como crime complexo, prevalecendo a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. A lesão corporal leve é absolvida pelo crime de estupro, incidindo nessa hipótese o art. 225 do Código Penal. Importante observar que os processos por crimes de estupro cuja ação penal era privativa da vítima devem continuar, por ser esta mais benigna. Apenas em relação aos fatos que ocorreram após a entrada em vigor da Lei 12.015/2009 é que se deve invocar a nova disciplina legal. Por óbvio, a Lei 12.015/2009 é uma norma processual penal mista e algumas hipóteses em que a ação penal era pública incondicionada podem ser atingidas pela retroatividade da Lei 12.015/2009, pois beneficia o réu.

Palavras chave: Estupro. Lesão Corporal. Morte. Ação Penal. Representação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I – AÇÃO PENAL	8
1.1. CONCEITO.....	8
1.2. CONDIÇÕES DA AÇÃO	10
1.3. ATRIBUIÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA.....	11
1.4. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO	13
1.5. AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	14
1.5.1. <i>Ação Penal Pública Incondicionada</i>	16
1.5.2. <i>Ação Penal Pública Condicionada</i>	17
1.6. AÇÃO PENAL PRIVADA	23
CAPÍTULO II – AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009	31
2.1. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 12.015/2009	31
2.1.1. <i>Estupro</i>	32
2.1.2. <i>Estupro de vulnerável</i>	46
2.1.3. <i>Ação Penal no Crime de Estupro</i>	48
CAPÍTULO III – PRINCIPAIS INCONGRUÊNCIAS EM TORNO DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO	53
3.1. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	53
3.2. APLICAÇÃO DA NOVA LEI NO TEMPO.....	60
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir as principais consequências das alterações promovidas pela Lei 12.015/2009 no que se refere à persecução penal nos crimes de estupro.

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu algumas modificações no Código Penal Brasileiro no tocante à ação penal aplicável ao crime de estupro, destacando-se a retirada da mão do ofendido o poder de iniciar a ação penal.

Quanto à importância deste assunto convém salientar que é um tema bastante relevante para a sociedade e para o Direito, pois a reforma legislativa trouxe algumas dúvidas e equívocos que geram discussões entre os operadores do direito e que terminam por prejudicar o trabalho forense.

No intuito de analisar algumas incoerências originadas pela Lei 12.015/2009, no que concerne à ação penal do crime de estupro cometido com lesão corporal leve, grave ou morte e a aplicação desta nova lei no tempo, será realizada pesquisa bibliográfica e eletrônica.

Para análise do presente tema, foi necessário estruturar o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo tratará do instituto da ação penal, discorrendo sobre sua definição, as condições para conhecimento e julgamento da pretensão pleiteada, as regras da aplicação da lei penal no tempo e os legitimados pelo ordenamento jurídico para promover a atividade persecutória. O capítulo abordará as principais características, princípios e subdivisões da ação penal de iniciativa pública e da ação penal de iniciativa privada.

O segundo capítulo destacará as principais reformas da Lei 12.015/2009 confrontando com o regime legal antigo. No que se refere à reforma material, discorrerá sobre a alteração do Título VI do Código Penal, denominando-o “Dos crimes contra a dignidade sexual”; analisará a unificação das figuras típicas de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo dispositivo e as principais discussões geradas dessa alteração; discorrerá sobre a criação de novos tipos penais incriminadores. No que tange à reforma processual, discorrerá

sobre disciplina da ação penal antes do advento da Lei 12.015/2009 e destacará o novo cenário da ação penal.

Por fim, o último capítulo analisará as principais incoerências em torno da ação penal no crime de estupro com resultado lesão leve, grave ou morte; discorrerá sobre diversas posições doutrinárias no que tange a aplicabilidade ou não da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, após o advento da nova lei; e analisará a possibilidade da Lei 12.015/2009 retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua entrada em vigor.

CAPÍTULO I – AÇÃO PENAL

O presente capítulo abordará o instituto da ação penal, sendo conveniente compreendê-lo antes de adentrar na discussão objeto da monografia que é ação penal nos crimes de estupro.

1.1. Conceito

O direito de ação encontra fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição Federal que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” o que garante ao indivíduo que tiver um direito ofendido se dirigir ao Estado, exigindo-lhe a tutela jurisdicional.

Tourinho Filho explica que o Estado avocou para si a função de administrar a justiça, fazendo-a por meio do processo, proibindo assim a vingança privada. Nesse sentido, sendo o Estado detentor do monopólio da administração da justiça, surge para o particular o direito de levar o litígio ao Estado exigindo-lhe a tutela jurisdicional, uma vez que não pode fazer justiça com as próprias mãos. Diante disso, o fundamento do direito de ação repousa na proibição da autodefesa.¹

Nesse raciocínio, Lopes Júnior define ação como Direito potestativo concedido pelo Estado ao particular ou ao Ministério Público de se dirigir aos tribunais para formular a pretensão acusatória. É um direito constitucionalmente assegurado de invocar e postular a satisfação de pretensões. Sendo assim, vedada a autodefesa, o direito de ação encontra abrigo na nossa atual Constituição. É uma garantia constitucional que assegura o acesso ao Poder Judiciário.²

Nucci esclarece que a ação é o direito do Estado ou do indivíduo de solicitar ao Poder Judiciário a aplicação do direito penal ao caso concreto. Sendo assim, em razão da

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 299.

² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 343.

prática precedente de um delito, o Estado-Juiz realiza a pretensão de punir o infrator através da ação penal.³

O Estado-Juiz como o titular do direito de punir deve reprimir as infrações penais para manter o equilíbrio social afetado pelo delito, Tourinho Filho explica:⁴

o jus puniendi pertence ao Estado, com uma das expressões mais características da sua soberania. Só o Estado detém o direito de punir. Quando ocorre uma infração penal, o Estado, para tutelar os interesses sociais e assegurar a manutenção da ordem jurídica, desenvolve como detentor do poder de punir e como titular da ação penal, uma atividade no sentido de promover e realizar a atuação do Direito Penal objetivo. Em outras palavras: o Estado desenvolve a necessária atividade para processar e julgar o infrator, em virtude de ser a função penal de índole eminentemente estatal.

Segundo Rangel, a natureza da ação é de um direito abstrato uma vez que serve de instrumento para se exigir do Estado a prestação jurisdicional, independente da existência ou não do direito material discutido, de modo que o réu pode obter a improcedência do pedido, mas não pode impedir que o autor acesse o judiciário.⁵ Lopes Junior esclarece que mesmo que a sentença negue o pedido, a ação terá sido exercida, pois a existência dela não está vinculada a uma decisão favorável. Diante disso, o direito de ação tem sua existência prévia ao nascimento do processo, e é um direito que pode ser exercido ainda que ação seja julgada improcedente.⁶

Assim, o Estado assumiu o monopólio da administração da justiça, proibindo a autodefesa, porém deu a cada indivíduo o direito de exigir do Estado o que for devido, ainda que não tenha razão.

Identificado o direito de ação, o próximo tópico analisará as condições da ação como requisitos necessários para o nascimento do processo.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 126.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 327.

⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 204.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.347.

1.2. Condições da Ação

Como afirmado anteriormente a ação é um poder constitucional de invocar a tutela jurisdicional e encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁷. Lopes Junior ensina que quando se fala da dimensão constitucional do poder de invocar a tutela do Estado, esse poder é incondicional, isto é, não existem condições para que a parte exerça. No tocante ao momento processual penal que é onde se pode efetivar ou não a tutela postulada existem condições da ação, no sentido de regular o nascimento do processo.⁸

Para Oliveira, as condições da ação subordinam o conhecimento e julgamento da pretensão pleiteada à satisfação de algumas exigências relacionadas a legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.⁹

A legitimidade está relacionada à exigência imposta pelo ordenamento jurídico que somente determinadas pessoas podem promover a atividade persecutória¹⁰, nesse sentido Oliveira.¹¹ Diante disso, nos processos que tenham por objeto a apuração de delitos em que a ação penal é de iniciativa pública, o polo ativo deverá ser ocupado pelo Ministério Público, eis que é o titular da ação penal nos termos da art. 129, I da Constituição Federal.¹² Nas ações penais de iniciativa privada, caberá a vítima ou seu representante legal assumir o polo ativo da ação, ensina Lopes Junior.¹³

O interesse de agir, para Oliveira, está relacionado à efetividade do processo, ou seja, o processo enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão. No tocante à efetividade, o processo deve apresentar-se, desde a sua instauração, capaz de satisfazer os diversos objetivos da jurisdição, isto é, revelar-se útil.¹⁴

⁷ CF/Art. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 352.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 90.

¹⁰ O Estado exerce o poder de punir no processo penal não como acusador, mas como juiz, sendo o poder de acusar do Ministério Público e do querelante. Logo, não corresponde o poder de punir ao acusador, seja ele público ou privado, na medida em que ele detém a mera pretensão acusatória (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p.361)

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 92 e 93.

¹² CF/Art. 129 “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 361.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 92.

Lima explica que para existir a possibilidade jurídica do pedido é importante que o fato narrado na denúncia ou queixa seja típico, isto é, previsto em lei, sendo assim se o fato imputado não se encaixa a um tipo penal, a inicial será rejeitada, já que é impossível juridicamente o pedido de condenação. Importante destacar que na fase de admissibilidade¹⁵ da denúncia, o fato descrito deve ser confrontado com o direito material, pois não se adequando a um tipo penal, a ação é indevida. Assim, o que se deve observar é se o fato evidentemente não constitui crime, pois, se comportar dúvida, a questão será examinada no julgamento final.¹⁶

Para Lima, caracteriza carência da ação, com base na possibilidade jurídica do pedido, se a providência pedida pelo autor não encontrar previsão no ordenamento jurídico.¹⁷ Oliveira se posiciona no sentido que na ação penal condenatória, a exigência da previsão abstrata do pedido não constitui impedimento à admissibilidade da ação e ao conhecimento da pretensão, pois a regra é que se apresente ao juiz o pedido de condenação, não importando se existe contradição entre a sanção pretendida é aquela cominada na legislação.¹⁸

Conhecidas as condições da ação que regulam o nascimento do processo penal, importante entender como é atribuída a legitimidade para propor a ação penal.

1.3. Atribuição da legitimidade ativa

No ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade ativa para propor a ação é indicada diretamente no Código Penal ou na legislação especial.

Dispõe o art. 100 do Código Penal que a “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.” Sendo assim, percebe-se no texto legal que existem duas modalidades de ação penal, sob a ótica do sujeito que promove: pública e privada.

¹⁵ Ressalta-se que serão analisadas, de forma tênue, questões de mérito quando da verificação das condições da ação, mas vale dizer que o superficial exame de mérito dirá respeito ao direito de ação e não a uma sentença final de mérito, e a rejeição da inicial não absolverá o acusado, e sim negará o direito de ação por falta de condição para seu exercício. (LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*, p. 162)

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 162 e 163.

¹⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 162 e 163.

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 95.

Tourinho Filho explica que conforme a primeira parte do art. 100 do CP a ação penal é pública, não sendo imperativo que a lei, ao definir as figuras típicas, faça referência expressa à modalidade da ação penal. A segunda parte do artigo aponta a excepcionalidade da ação penal privada, em razão disso é necessário que a lei a declare como tal.¹⁹

Nesse sentido, Lopes Junior, Nucci e Tourinho Filho esclarecem que a ação será pública e incondicionada se não houver na descrição da conduta nenhuma menção à ação penal, ou seja, o silêncio do texto legal significa que caberá ao Ministério Público promovê-la. Por outro lado, será de iniciativa pública condicionada quando expressamente na descrição do delito indicar que “somente se procede mediante representação” ou que “somente se procede mediante requisição do Ministro da Justiça”. Por fim, será ação penal privada quando o tipo expressamente declarar que “somente se procede mediante queixa”, significando que a vítima é que pode promover à ação penal, pois a queixa é a peça inicial da ação penal privada. Diante disso, a regra é a ação penal pública incondicionada, sendo as exceções expressamente previstas no texto legal.²⁰

É imprescindível uma análise cuidadosa antes de indicar a legitimidade ativa para promover a ação penal. Nesse sentido, Lopes Junior adverte que no ordenamento brasileiro, para saber quem é legítimo para propor a ação, deve-se analisar qual é o delito praticado, verificando o que o Código Penal disciplina para a ação processual penal. Mas, às vezes, não basta analisar o tipo penal praticado, deve-se verificar todo o “Capítulo” e às vezes até o “Título” no qual estão inseridos o capítulo e a descrição típica.²¹

Antes de avançar na matéria ação penal, é interessante discorrer sobre a eficácia da lei processual penal no tempo.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 329.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 370.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 127.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 330.

²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 369 e 370.

1.4. Aplicação da Lei Processual Penal no Tempo

Tourinho Filho e Oliveira explicam que o princípio estabelecido no tocante às leis processuais no tempo é o da imediatidade, ou seja, a lei processual tem aplicação imediata. Assim dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.²²

Tratando-se de leis de conteúdo misto, ou seja, aquelas contendo disposições penais e processuais, aplica-se a regra do Direito Penal, pois a irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Assim, em face da dupla natureza das normas processuais com intenso conteúdo penal, admite-se a sua retroatividade. Diante disso, normas que disciplinam a queixa e a representação apresentam relevante conteúdo penal, por exemplo, se não forem intentadas no prazo legal, haverá decadência que é causa extintiva da punibilidade e normas que tratam de extinção da punibilidade são de direito penal, nesse sentido Oliveira e Tourinho Filho.²³

Queiroz, Vieira e Lopes Junior entendem que a irretroatividade do direito penal também deve abranger a lei processual penal, a despeito da regra geral determinada no art. 2º do Código de Processo Penal, uma vez que deve ser (re) interpretado à luz da Constituição. Assim, se a nova lei processual for prejudicial ao réu, extinguindo ou relativizando garantias rege os processos referentes às infrações penais consumadas após a sua entrada em vigor.²⁴ Advertem Queiroz e Vieira:²⁵

não apenas na incriminação de condutas, mas também na forma e na organização do processo –, a lei deve cumprir sua função de garantia, de sorte que, por norma processual menos benéfica, se há de entender toda disposição normativa que importe em diminuição de garantias, e, por mais benéfica, a que implique o contrário: aumento de garantias processuais.

Diante desse entendimento quando a lei processual dispuser de modo benéfico ao réu terá aplicação retroativa.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 18.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 19. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38 e 39.

²⁴ QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antônio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>> Acesso em: 22 de ago. 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 217.

²⁵ QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antônio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>> Acesso em: 22 de ago. 2011.

Por fim, os mesmo autores esclarecem que o princípio da imediatidade terá aplicabilidade nas leis meramente procedimentais que não causem aumento ou diminuição de garantias, alcançando o processo no estado em que se encontra e respeitando os atos validamente praticados.²⁶

Definidas algumas considerações, cabe discorrer sobre a ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada.

1.5. Ação Penal Pública

Na lição de Tourinho Filho, a ação penal pública apresenta-se no ordenamento jurídico Brasileiro sob duas modalidades: incondicionada e condicionada.²⁷ Ambas são promovidas pelo Ministério Público, conforme exposto no § 1º do art. 100 do Código Penal²⁸ e no art. 24 do Código de Processo Penal²⁹.

Primeiramente, para auxiliar o entendimento da ação penal pública cumpre analisar algumas regras que regem a ação penal pública incondicionada e condicionada, são elas: legalidade ou obrigatoriedade, oficialidade, indisponibilidade, indivisibilidade e intrascendência.

Obrigatoriedade ou Legalidade: O norte dessa regra é que dispendo o Ministério Público dos elementos mínimos para o exercício da ação penal pública, deve promovê-la, ou seja, oferecer a denúncia, Oliveira explica:³⁰

do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.

²⁶ QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antônio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>> Acesso em: 22 de ago. 2011. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 218.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 332.

²⁸ CP/Art. 100 § 1º “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.”

²⁹ CPP/Art. 24 “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 110.

Sendo assim, estar obrigado a promover ação penal significa que o Ministério Público não tem qualquer discricionariedade na instauração da ação quando existe uma infração à norma penal e satisfeitas as condições da ação penal.

Tourinho Filho adverte que cabendo ao Ministério Público a titularidade para o exercício da ação penal pública, a regra da legalidade lhe confere outro dever que é promover a ação penal sem basear-se em motivos políticos ou de utilidade social.³¹

Oficialidade: O Estado como titular do direito de punir tem o dever de reprimir as infrações à norma legal. Nesse sentido, foi instituído o órgão do Ministério Público com a finalidade de estar em juízo representando o Estado. Sendo assim, somente os membros do Ministério Público, legalmente investidos no cargo é que podem exercer a ação penal pública através da denúncia, opinião de Lopes Junior e Tourinho Filho.³²

Indisponibilidade: Essa regra trata da impossibilidade do Ministério Público de dispor³³ da ação penal. Isso significa que o Ministério Público não pode desistir da ação penal nem do recurso, conforme expresse, respectivamente, nos artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal³⁴.

Indivisibilidade: A ação penal é indivisível no sentido que alcança todos aqueles que cometeram a infração. Em decorrência das regras anteriores, a ação penal é obrigatória e indisponível, sendo assim o promotor³⁵ não pode escolher contra quem denunciar. Em suma, a ação deve abranger todos os indivíduos que praticaram o delito, nesse sentido Tourinho Filho.³⁶

³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 337.

³² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 371.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 347.

³³ A regra da indisponibilidade decorre do princípio da obrigatoriedade, sendo a única distinção o momento processual que cada uma delas ocorre, uma vez que a obrigatoriedade se aplica antes da ação penal e a indisponibilidade a partir dela. (OLIVEIRA, Eugênio pacelli de. *Curso de Processo Penal*. p. 113.) Importante destacar, que tal regra não tem relação com o fato de o Ministério Público pedir absolvição do réu. Também não significa que Ministério Público seja “imparcial”, pois atua como parte no processo, não sendo possível agir com imparcialidade. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 373)

³⁴ CPP/Art. 42 “O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

CPP/Art. 576 “O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”

³⁵ O Ministério Público ao denunciar não tem a faculdade de escolher fatos e/ou pessoas para depois, aditar, incluindo os ausentes. Sendo assim, o aditamento é um instrumento para incluir fatos ou pessoas que, quando do oferecimento da denúncia, não tinham elementos probatórios suficientes, ou seja, aditamento é uma complementação da acusação quando surgirem fatos ou provas novas. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 374)

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 341.

Intranscedência: A ação penal é proposta somente contra o indivíduo a quem se imputa a prática da infração. Lopes Junior esclarece: “A acusação está limitada, na sua abrangência subjetiva, aos limites impostos pelo Direito Penal no que se refere à autoria, coautoria e participação”.³⁷

Realizada uma breve explicação sobre as regras que regem o exercício e o desenvolvimento da ação penal pública, cabe agora analisar as espécies de ação penal pública.

1.5.1. Ação Penal Pública Incondicionada

Como anteriormente explicado, a ação penal se divide em pública e privada, sob a ótica do sujeito que a promove. Entretanto, há uma subdivisão conforme o § 1º do art. 100 do CP que dispõe “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.” Diante disso, analisando o texto legal percebe-se que a ação penal pública é dividida em duas espécies: ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada.

A ação penal pública incondicionada é promovida pelo Ministério Público independente da manifestação de vontade da vítima ou de quem quer que seja, sendo irrelevante a manifestação contrária do ofendido, assim explica Tourinho Filho³⁸.

Importante destacar que a denúncia³⁹ é o instrumento processual privativo da ação penal pública e responsabilidade exclusiva do Ministério Público, conforme ensina Lopes Junior⁴⁰.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331.

³⁹ A denúncia, como exige o art. 41 do CPP, deverá conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. A omissão dos elementos do art. 41, especialmente a clara exposição do fato criminoso, a identificação do réu e a classificação do crime, que são elementos indispensáveis, conduz á inépcia da denúncia, devendo o juiz rejeitá-la, conforme determina o art. 395, I, do CPP. Essa decisão produz coisa julgada formal, não impedindo nova acusação desde que satisfeito o requisito. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 377 e 379.)

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 376.

1.5.2. Ação Penal Pública Condicionada

A regra referente à legitimação para a instauração processual penal mostra o interesse público de toda a sociedade na repressão de crimes, por isso atribuir ao Estado tal tarefa, mas existem casos que outros interesses igualmente importantes devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico. Trata-se da proteção da vítima contra os efeitos que podem vir a ser causados pela divulgação do crime. Nesse sentido, o que se convencionou chamar de *strepitus iudicii* (escândalo do processo) reserva à vítima a discricionariedade da instauração do processo penal, com o intuito de evitar novos prejuízos a sua esfera particular diante da repercussão negativa ocasionada pelo conhecimento público do crime. Portanto, existem delitos que por ser de interesse geral, continuam de iniciativa pública, mas condicionada à vontade do ofendido no intuito de evitar novos danos a sua esfera íntima com a divulgação do crime, nesse sentido Oliveira⁴¹.

A discricionariedade da vítima consiste na condição da instauração penal à sua manifestação inequívoca de ver o fato criminoso apurado pelo Estado, assim explica Oliveira⁴².

Para Tourinho Filho e Lopes Junior, a ação penal pública condicionada é aquela cujo exercício está subordinado a uma espécie de autorização do ofendido. Essa autorização ou manifestação é denominada representação ou, nos crimes contra a honra do Presidente da República, é designada de requisição do Ministro da Justiça.⁴³

A diferença nuclear em relação à ação penal pública incondicionada está na exigência legal da representação ou da requisição do Ministro da Justiça. Sendo importante destacar que o Ministério Público não pode exercer a ação penal sem que exista essa autorização do ofendido, assim expresso no art. 24 do CPP⁴⁴. A investigação criminal também é atingida por essa exigência pois sem a permissão da vítima, nem o inquérito policial poderá ser instaurado, conforme art. 5º, § 4º, do CPP⁴⁵.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p.116.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p.117.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.381.

⁴⁴ CPP/Art. 24 “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

⁴⁵ CPP/Art. 5º § 4º “O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá ser iniciado.”

Em razão da exigência da representação para a instauração da ação penal pública condicionada é importante compreender o seu funcionamento, iniciando com a explicação de Oliveira:⁴⁶

a esta autorização, quando ausente qualquer outra ordem de interesse que não o da vítima, a lei processual penal dá o nome de representação, que dispensa formalidades e cujo objetivo, como visto, é apenas permitir, pelo consentimento do ofendido quanto à divulgação do fato, a ação estatal voltada para a persecução penal. Bem por isso, o requerimento de instauração de inquérito é o bastante para caracterizar a representação do ofendido, apta a satisfazer a condição de procedibilidade da modalidade de ação penal pública condicionada.

Diante disso, a mencionada manifestação da vítima não necessita obedecer qualquer rigorismo formal, pode ser oferecida verbalmente ou por escrito, bastando demonstrar inequivocamente o interesse da vítima em ver apurada a autoria e a materialidade do fato legitimando o Ministério Público a agir, assim entendem Nucci e Oliveira.⁴⁷

No mesmo raciocínio, Tourinho Filho ensina que na ação penal pública condicionada, o Estado subordina a sua atividade persecutória à manifestação de vontade do ofendido: se este quiser, fará a representação, se não quiser, o processo não poderá ser instaurado. Diante disso, a essência da representação é de uma condição de procedibilidade, pois torna admissível, nas hipóteses em que a lei a exige, o *jus accusationis*.⁴⁸

Existem situações que presente ainda a preocupação com a divulgação do fato criminoso, isto é, protegendo-se o interesse da vítima, surge outro interesse a ser resguardado, sobretudo em razão da qualificação do ofendido. É o que acontece com os crimes contra honra do Presidente da República, conforme disposto no art. 145, parágrafo único, do CP⁴⁹. Nesses casos, cabe ao Ministro da Justiça a discricionariedade da instauração da ação penal diante das repercussões políticas que podem ocorrer com a exposição do fato criminoso. Aqui o termo técnico é requisição⁵⁰ e não representação, assim esclarece Oliveira⁵¹.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 117.

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.132.

⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 117.

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.354 e 355.

⁴⁹ CP/Art. 145, Parágrafo único “Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.”

⁵⁰ A requisição é uma mera autorização para proceder, ou seja, uma permissão para ser instaurado o processo. A lei silenciou a respeito do conteúdo da requisição, é natural que qualifique a vítima, se possível qualifique o

Oliveira adverte que na ação penal pública condicionada não só a legitimação ativa é reservada ao Ministério Público, mas também o juízo de propositura da ação penal, o que significa que se o Ministério Público entende que o fato é atípico ou que há insuficiência de provas para acusação poderá requer ao juiz o arquivamento do inquérito⁵², não sendo possível a vítima se opor a tal decisão.⁵³

A representação pode ser exercida pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, podendo ser dirigida ao juiz, ao Ministério Público e à autoridade policial, conforme determina o art. 39 do CPP⁵⁴.

No sentido que a divulgação do fato pode repercutir na esfera íntima do ofendido causando mais danos, é a ele que se atribui a capacidade ou a legitimação para autorizar a instauração da ação penal, desde que seja pessoa capaz, maior de 18 anos, explica Oliveira⁵⁵. Importante citar que a representação deve ser um ato de livre manifestação de vontade da vítima, sendo assim o vício de consentimento anula a representação e impossibilita o Ministério Público de promover a ação penal, complementa Lopes Junior⁵⁶

Há situações que o próprio ofendido está impossibilitado de representar como é o caso de morte ou ausência, judicialmente declarada. Nessas hipóteses o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme art. 24, § 1º do CPP⁵⁷. Nucci entende que existindo discordância no tocante a representação deve prevalecer a vontade daquele que deseja representar, pois não teria a lei estipulado uma ordem

autor da infração penal e descreva o fato. A requisição não vincula o Ministério Público, pois cabe a este, nos delitos de ação penal pública incondicionada ou condicionada, formar a *opinio delicti*, isto é, avaliar as peças das informações do delito, analisando se os elementos nelas constantes autorizam ou não a propositura da ação penal. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, p. 396 e 399)

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 117.

⁵² O controle do arquivamento do inquérito policial é realizado pelo judiciário em razão da regra da obrigatoriedade da ação penal. Sendo assim, não cabe ao promotor a exclusiva deliberação acerca do arquivamento do inquérito. Nesse sentido, deve submeter seu pedido de arquivamento ao juiz que pode acatar ou não. Determinando o arquivamento somente se reabre a investigação com novas provas. Indeferindo o pedido, deve remeter o inquérito ao Procurador-Geral, que deliberará entre: oferecer a denúncia, designar outro promotor para analisar o caso ou insistir no pedido de arquivamento, quando estará o magistrado obrigado a acolher o pedido, pois não pode dar início à ação penal, sem a participação do Ministério Público. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, p.137 e 138)

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p.118.

⁵⁴ CPP/Art.39 “O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.”

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p.119.

⁵⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381.

⁵⁷ CPP/Art. 24 § 1º “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

de sucessão rígida⁵⁸. Em sentido contrário, Tourinho Filho opina que se aplica a regra do art. 36 do CPP⁵⁹, sendo assim, terá preferência o cônjuge, depois o parente mais próximo na enumeração.⁶⁰ A posição que se entende mais coerente é a de Nucci no sentido que não há rigidez na ordem sucessória.

Outra situação peculiar é aquela que trata de vítima menor de 18 anos ou incapaz. Nesse caso a representação será oferecida pelo seu representante legal podendo ser pai, mãe, avós maternos ou paternos, irmão maior de 18 anos e até os tios que detenham a guarda legal opinião de Lopes Junior.⁶¹ Importante destacar que, segundo o Código Civil, o indivíduo ao completar 18 anos adquire capacidade plena, assim, não é possível falar em representante legal de ofendido maior de 18 anos e menor de 21 anos, esclarece Tourinho Filho.⁶²

Na hipótese de conflito de interesses entre o menor e o seu representante legal, ou ainda, se inexistente este, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, designará um curador especial à vítima, nesse sentido Oliveira⁶³.

Antes de avançar é importante destacar que se tratando de ofendido menor de 18 anos o prazo para a representação não fluirá para ele, uma vez que é incapaz, estando assim, impedido de exercitá-la. O prazo correrá para quem o represente legalmente, ou seja, a partir da data que o representante legal tiver ciência do autor do delito, começará a fluir o prazo. Na hipótese do representante legal desconhecer o fato, o prazo fluirá quando ele vier a saber da sua existência e autoria, a não ser que tais informações lhe cheguem após o ofendido completar os 18 anos, quando, então, cessará a representação legal. Se antes desse conhecimento, ofendido completou 18 anos, o prazo para representação fluirá para ele, uma vez que já ficou investido no direito de fazê-lo. Em razão disso, caso o representante legal tome conhecimento quanto à autoria quando o ofendido já houver completado 18 anos, nada

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 133.

⁵⁹ CPP/Art. 36 “Se comparecer mais de uma pessoa com direito de queixa, terá preferência o cônjuge, e, em seguida, o parente mais próximo na ordem de enumeração constante do art. 31, podendo, entretanto, qualquer delas prosseguir na ação, caso o querelante desista da instância ou a abandone.”

⁶⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 363

⁶¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 361.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p. 120.

mais poderá fazer, uma vez que aos 18 anos o ofendido atingiu plena capacidade, assim esclarece Tourinho Filho.⁶⁴

A representação por ser uma autorização do ofendido, a lei prevê prazo decadencial de seis meses para o seu oferecimento, contados a partir da data em que o ofendido tomar conhecimento da autoria do delito, conforme art. 38 do CPP⁶⁵. Destaca-se que a lei não prevê prazo para oferecimento da requisição do Ministro da Justiça, sendo possível até a prescrição da pretensão punitiva, segundo entendimento de Lopes Junior, Nucci e Oliveira⁶⁶.

O art. 25 do Código de Processo Penal dispõe que a representação será irretratável após o oferecimento da denúncia.⁶⁷ Isso ocorre porque sendo a representação uma autorização sujeita a discricionariedade da vítima na instauração da ação penal, nada impede que altere sua opção, mas isso deve acontecer até o oferecimento da denúncia. Assim explica Oliveira.⁶⁸

Tratando-se de simples autorização, deixada ao juízo de discricionariedade do ofendido ou seu representante legal, nada obsta que se altere a opção deste em relação à conveniência e à oportunidade de instauração da ação penal. Entretanto, exige a lei que retratação seja feita – também informalmente, por escrito ou verbal, reduzida a termo – até o oferecimento da denúncia, já que, a partir daí, com a formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público e a apresentação da peça acusatória em juízo, o fato delituoso, ao menos em tese, já teria sido dado a conhecimento.

Segundo Lopes Junior, a retratação significa retirar a autorização dada, ou seja, voltar atrás na representação, sendo o termo final o oferecimento da denúncia que se comprova pelo registro feito no livro de carga, deste modo saindo das mãos do Ministério Público acompanhado da denúncia, já não é mais possível a retratação. Destaca-se ainda que a

⁶⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 371.

⁶⁵ CPP/Art. 38 “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.”

⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 384.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 119.

⁶⁷ CPP/Art.25 “A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.”

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 120.

retratação não pode ser parcial, ela é geral abrangendo todos os fatos e todos os envolvidos, surge da regra da indivisibilidade da ação penal.⁶⁹

A retratação da retratação ainda é um tema controverso. Lopes Junior entende que é admissível a retratação da retratação e ela ocorre por meio de nova representação, ou seja, o ofendido representa pela instauração da ação penal e logo em seguida se arrepende, se não oferecida a denúncia ele pode se retratar, ou seja, retirar a autorização que deu para o Estado agir. Entretanto, pode acontecer que após a retratação o ofendido mude de ideia e perceba que deseja ver o agressor submetido à persecução penal, então ele faz uma nova representação. Isso tudo deve acontecer dentro do prazo decadencial de 6 meses contados da data do conhecimento do autor do crime.⁷⁰ Em sentido diverso, Tourinho Filho adverte que “Permitir a retratação da retratação é entregar ao ofendido arma poderosa para fins de vingança ou outros inconfessáveis”.⁷¹ Para Nucci é possível ocorrer a retratação da retratação, mas adverte que tal possibilidade pode ficar prejudicada se ficar evidenciada a má-fé do ofendido, que ameaça o agente, obtendo vantagens em razão da possibilidade de ir e vir no seu desejo de representar.⁷² Entende-se pela impossibilidade da retratação da retratação no sentido de evitar arranjos vingativos por parte da vítima contra o agressor.

Na hipótese de retratação da requisição do Ministro da Justiça, não existe uma previsão expressa na lei, mas Oliveira e Lopes Junior defendem a possibilidade da retratação, pois a requisição é submetida a discricionariedade do ofendido, não se pode esquecer que a retratação somente poderá ocorrer se não tiver sido oferecida a denúncia.⁷³

Concluída uma breve explanação no tocante a ação penal pública, é conveniente compreender as peculiaridades da ação penal de iniciativa privada.

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 385 e 386.

⁷⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386.

⁷¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 366 e 367.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 134.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 121. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 386 e 387.

1.6. Ação Penal Privada

Primeiro, há que se destacar que toda ação penal é pública, sendo seu conteúdo de interesse geral. A iniciativa de agir deste direito é que em alguns casos excepcionais é dada ao particular, portanto a ação penal é pública de iniciativa privada. O termo técnico apropriado é ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada. Contudo, como o rigor técnico foi preterido, utiliza-se o critério da legitimidade de agir para justificar que a ação será pública quando for promovida pelo Ministério Público e será privada quando for mediante queixa do ofendido, lição de Lopes Junior e Rangel.⁷⁴

Diante disso, a distinção fundamental entre ação penal pública e ação penal privada repousa na legitimidade para agir. Tratando-se de ação penal pública, o Ministério Público quem deve promovê-la. No caso de a ação penal privada, a iniciativa cabe ao ofendido ou a quem legalmente o represente, esclarece Tourinho Filho.⁷⁵

Segundo Tourinho Filho, os crimes de ação penal privada não são enumerados taxativamente em um dispositivo do Código Penal.⁷⁶ Conforme explicado anteriormente, a ação penal será privada quando o texto legal indicar a exigência especial da seguinte forma: “somente se procede mediante queixa”.

Tourinho Filho e Lopes Junior explicam que assim como a ação penal pública, a ação penal privada é regida por algumas regras que norteiam seu exercício e desenvolvimento: oportunidade e conveniência, indivisibilidade, intranscendência e disponibilidade.⁷⁷

Oportunidade ou conveniência: expressa o exercício facultativo da ação penal por quem tem a titularidade de promovê-la, ou seja, o Estado, nos crimes de ação penal privada, concede ao ofendido ou seu representante legal o direito de invocar a prestação jurisdicional, porém a vítima tem a discricionariedade de usar ou não esse direito. Nesse

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 344 e 345

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, p. 223.

⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 448.

⁷⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 452.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.454.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 393 e 394.

sentido, se o ofendido não quiser promover a ação penal contra o agressor, nem mesmo o Estado poderá obrigá-lo explicam Tourinho Filho e Lopes Junior⁷⁸

Indivisibilidade: Oliveira explica que a regra da indivisibilidade exprime a impossibilidade de se fracionar a persecução penal, ou seja, de se optar pela punição de apenas um ou alguns dos autores do delito, excluindo os demais, por qualquer motivo, da imputação delituosa.⁷⁹

Tal regra encontra-se expressa no art. 48 do CPP: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Sendo assim, se o ofendido oferecer queixa apenas contra um indivíduo, existindo concurso de agentes, cabe ao Ministério Público velar pela regra da indivisibilidade⁸⁰.

Para Tourinho Filho a regra da indivisibilidade expressa o dever da ação penal ser promovida contra todos, incluídos aí autores e partícipes, uma vez que o Estado conferiu ao particular o direito de acusar e não o direito de vingança.⁸¹

Intranscendência: Trata-se de uma regra comum tanto da ação penal pública como da ação penal privada que consiste da acusação se limitar ao autor da infração, não atingindo, por exemplo, os familiares, nesse sentido Lopes Junior e Tourinho Filho.⁸²

Disponibilidade: a ação penal privada pertence ao ofendido ou seu representante legal, por isso o seu titular poderá usá-la se quiser e, mesmo iniciada, dela poderá dispor. Tourinho Filho explica que o direito de ação, nos crimes de ação penal privada, é exclusivo do ofendido que poderá exercê-lo ou não. Se optar por não promover a ação

⁷⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.454.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 394.

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p. 139.

⁸⁰ Há uma controvérsia no tocante ao controle da indivisibilidade por parte do Ministério Público. Tourinho Filho entende que velando pela regra da indivisibilidade, cabe ao Ministério Público aditar a queixa, incluindo os agressores que foram excluídos (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. p.456). Lopes Junior discorda para ele o Ministério Público não tem legitimidade para acusar nos crimes de iniciativa privada, sendo assim o zelo por tal regra se dá pela aplicação do art. 49 do CPP, ou seja, ocorre a extinção da punibilidade em relação a todos, uma vez que houve renúncia tácita. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 394) Entende-se pela impossibilidade do aditamento da queixa pelo Ministério Público, uma vez que a lei, nos crimes de ação penal privada, atribui a legitimidade ativa ao ofendido ou seu representante legal.

⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.458.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.458.

penal, poderá deixar transcorrer o prazo para o exercício da ação penal, ocorrendo a decadência que é uma causa extintiva de punibilidade, ou poderá também renunciar a tal direito de forma expressa ou tácita, ocorrendo igualmente a extinção da punibilidade. Tratando-se de ação penal em curso, poderá o ofendido ou seu representante legal a todo instante dispor da ação, por meio do perdão e da perempção que também são causas de extinção da punibilidade, institutos que serão abordados a diante.⁸³

Segundo Oliveira, a regra da disponibilidade manifesta-se por meio da renúncia, perdão e perempção.⁸⁴

Oliveira explica que renúncia é a abdicação do direito à propositura da ação penal, sendo uma modalidade de extinção da punibilidade.⁸⁵ Lopes Junior ensina que a renúncia é um ato unilateral do ofendido, em razão disso é desnecessária aceitação do imputado para produzir efeitos. Importante destacar que a renúncia somente é possível antes do exercício do direito de queixa.⁸⁶

Assim como a renúncia, o perdão é uma também uma causa extintiva de punibilidade, dispõe o art. 107, V do CP.⁸⁷ Oliveira e Lopes Junior esclarecem que o perdão é ato bilateral no sentido que o ofendido deve oferecer e o réu aceitar.⁸⁸ Oliveira segue explicando que o perdão⁸⁹ pode ser tácito ou expresso, dentro ou fora do juízo, devendo o imputado ser intimado, para no prazo de três dias, manifestar-se sobre ele, constando da intimação que o seu silêncio importará aceitação (art. 58 do CPP).⁹⁰

Diferença marcante entre a renúncia e o perdão é que a renúncia é manifestada antes da ação penal, enquanto o perdão é posterior ao oferecimento da queixa, diante disso pode o ofendido perdoar o agressor depois de proferida sentença condenatória,

⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.455.

⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 131.

⁸⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 131

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 400.

⁸⁷ CP/Art. 107 “Extingue-se a punibilidade: V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada.”

⁸⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 136.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 402.

⁸⁹ Tratando-se de concurso de agentes, o perdão oferecido a um dos réus a todos aproveita, mesmo que não seja a vontade do ofendido. Contudo, somente em relação aos que aceitarem se produzem os efeitos. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p.402)

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 136.

CPP/Art. 58 “Concedido o perdão, mediante declaração expressa nos autos, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará aceitação.”

mas é imprescindível que a sentença não haja transitado em julgado, conforme art. 106, § 2º do Código Penal, nesse sentido também Oliveira.⁹¹

No tocante a perempção, Oliveira explica que é a perda do direito de prosseguir na ação penal já instaurada conduzindo a extinção da punibilidade, conforme disposto no art. 107, IV, do CP.⁹² Segundo Lopes Junior, a perempção é uma penalidade imposta ao ofendido negligente.⁹³

Os casos de perempção estão previstos no art. 60 do CPP. Considera-se perempta a ação penal quando o querelante não promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos. Ou deixar o autor de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato⁹⁴ do processo a que deve estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais. Por fim, é causa de perempção, ainda, a morte do querelante sem sucessores, ou quando, havendo sucessores, estes não se habilitarem a prosseguir na ação no prazo de 60 dias.⁹⁵

Comentadas as principais regras que regem a ação penal privada, é importante prosseguir em outras considerações.

A legitimação ativa para a ação privada é conferida ao ofendido, quando capaz, a quem incumbirá analisar a conveniência e a oportunidade da instauração da ação penal, esclarece Oliveira⁹⁶. Lopes Junior complementa explicando que o titular da queixa-crime é denominado querelante, sendo o agressor designado querelado.⁹⁷

⁹¹ CP/Art. 106, § 2º “Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.” OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p.138 e 139.

⁹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 135. CP/Art. 107 “Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou perempção.”

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 402.

⁹⁴ Importante destacar que a presença do querelante somente pode ser exigida em relação aos atos de natureza instrutória, ou seja, naqueles em que a sua participação é relevante para a apuração dos fatos (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, p. 135)

⁹⁵ CPP/ Art. 60 “Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal: I-quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II-quando, falecendo o querelante, ou sobrevivendo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III-quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV-quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.”

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 127.

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395.

Na hipótese do ofendido menor de 18 anos ou mentalmente enfermo, Oliveira entende que a lei não atribui a ele capacidade processual para estar em juízo, conferindo-a ao seu representante legal. Sendo assim, ao representante legal do menor ou do incapaz caberá postular a queixa-crime, do mesmo modo, somente o representante legal poderá renunciar e conceder perdão.⁹⁸ E havendo conflito de interesses entre o menor ou incapaz e seu representante legal, caberá ao juiz nomear curador (art. 33 do CPP).⁹⁹ Importante destacar que ao completar 18 anos, o ofendido poderá instaurar a ação penal privada, desde que não tenha operado a decadência em relação ao seu representante legal. Na hipótese de completar 18 anos e o prazo decadencial ainda estiver em curso para o exercício da queixa, somente o ofendido poderá instaurar a ação penal, no prazo restante, tendo em vista a superveniente perda do poder de representação por parte do representante legal. Contudo, se já tiver havido renúncia por parte do representante legal, antes de o ofendido completar 18 anos, se fará presente a causa extintiva de punibilidade, não sendo possível o exercício da queixa pelo ofendido ao completar 18 anos, salvo eventual nulidade na renúncia por vício na representação, nesse sentido Oliveira.¹⁰⁰

Lopes Junior, Tourinho Filho e Oliveira explicam que não existe mais a legitimidade concorrente em relação ao ofendido maior de 18 anos e menor de 21 (art. 34 do CPP¹⁰¹), pois atualmente com a mudança operada no novo código civil no tocante a capacidade, o indivíduo é plenamente capaz aos 18 anos. Logo, quando o ofendido for maior de 18 anos, a legitimidade ativa para ação penal privada incumbirá exclusivamente a ele, assim como nas hipóteses de perdão e renúncia.¹⁰²

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 127 e 133.

⁹⁹ CPP/Art. 33 “Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.”

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 133 e 134.

¹⁰¹ CPP/Art. 34 “Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.”

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 396.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.459.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 128.

Ocorrendo situações como morte ou ausência declarada judicialmente, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, conforme art. 31 do CPP¹⁰³.

A queixa deverá ser realizada no prazo decadencial de seis meses, contados da data que o ofendido ou seu representante legal vier a saber quem foi o autor do delito, determina art. 38 do CPP.¹⁰⁴

Lopes Junior chama atenção para o fato de que o querelante somente pode postular em juízo por meio de advogado, cuja procuração deve conter poderes especiais e mencionar o fato criminoso.¹⁰⁵

Esclarecidas algumas considerações, cumpre analisar as espécies da ação penal de iniciativa privada. Lopes Junior classifica a ação penal privada da seguinte forma: Originária ou comum, personalíssima e subsidiária da pública.¹⁰⁶

Ação Penal Privada Originária ou Comum trata-se da ação penal privada tradicional que é ajuizada através da queixa-crime pelo ofendido ou representante legal no prazo decadencial de seis meses, explica Lopes Junior.¹⁰⁷

No tocante a Ação Penal Privada Personalíssima, Oliveira esclarece que a legislação brasileira, para alguns delitos¹⁰⁸, reserva exclusivamente ao ofendido a discricionariedade acerca da propositura da ação penal, não sendo atribuída a ninguém a substituição processual em caso de morte ou ausência do ofendido.¹⁰⁹ Lopes Junior no mesmo sentido afirma que é uma espécie de ação penal privada, mas restrita à iniciativa do ofendido,

¹⁰³ CPP/Art. 31 “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

¹⁰⁴ CPP/Art. 38 “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.”

¹⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 396.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 399.

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

¹⁰⁸ Existe no ordenamento jurídico brasileiro apenas um delito de iniciativa personalíssima: o crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, previsto no art. 36 do CP: contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior. Parágrafo único - A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, p. 398)

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2008, p. 148.

ou seja, não alcança o representante legal. Sendo assim, não se opera a sucessão prevista no art. 31 do CPP¹¹⁰, em razão disso com a morte do ofendido, extinguem-se a punibilidade e a ação penal.¹¹¹

Na lição de Oliveira a ação penal privada subsidiária da pública é o reconhecimento explícito da existência do interesse privado na imposição da sanção ao autor da infração. Sendo tal interesse atingido pela inércia do Ministério Público, abre-se a possibilidade do exercício da persecução penal ao ofendido ou na hipótese de sua morte ou ausência, aos sucessores indicados no art. 31 do CPP (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Diante disso, o pressuposto para o exercício da tal direito é a desídia do Ministério Público, isto é, ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto em lei para o oferecimento da denúncia.¹¹² Lopes Junior destaca que se entende por inércia do Ministério Público o fato de ele não acusar, não pedir diligência e não solicitar o arquivamento. Sendo assim, caso tenha praticado pedido diligências ou arquivamento, mesmo discordando o ofendido, não há que se falar em inércia, não sendo possível instauração a ação penal privada subsidiária da pública.¹¹³ Importante destacar que a presente ação está consagrada, como garantia fundamental, na Constituição Federal no art. 5º, LXI “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

A ação penal privada subsidiária da pública, constatada a inércia do Ministério Público, pode se instaurada pelo ofendido, ou representante legal nos casos de menoridade ou incapacidade, e ocorrendo as hipóteses de morte ou ausência declarada judicialmente, as pessoas indicadas no art. 31 do CPP (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). Nesse sentido também Oliveira.¹¹⁴

O prazo para ingresso em juízo é contado a partir do esgotamento do prazo do Ministério Público, ou seja, 15 dias se o acusado estiver solto e 5 dias se estiver preso. Destaca-se que na legislação especial há prazos distintos, esclarece Oliveira.¹¹⁵ Conforme

¹¹⁰ CPP/Art. 31 “No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

¹¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 149.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398.

¹¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 149.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008, p. 151.

disciplina o art. 38 do CPP¹¹⁶, o prazo de instauração da ação penal privada subsidiária da pública finda seis meses após esgotamento do prazo do Ministério Público.

Lopes Junior destaca que é uma legitimidade extraordinária, originada da inércia do Ministério Público, mas que não transforma a ação em privada, ela continua regida pelas regras da obrigatoriedade, indisponibilidade, indivisibilidade e intranscendência da ação penal pública.¹¹⁷

Importante comentar que mesmo sendo a acusação iniciativa do ofendido, trata-se de delito de ação penal pública e cujo titular é o Ministério Público. Sendo assim, além de aditar, repudiar e oferecer denúncia, poderá também o Ministério Público intervir em todos os atos do processo, bem como retomar a qualquer tempo como parte principal, conforme art. 29 do CPP.¹¹⁸

Realizada uma síntese objetiva do instituto da ação penal, discorrendo sobre suas subdivisões e respectivas características, será possível uma análise específica da ação penal nos crimes de estupro, assunto do próximo capítulo.

¹¹⁶ CPP/Art. 38. “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.”

¹¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 399.

¹¹⁸ CPP/Art. 29 “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.”

CAPÍTULO II – AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO APÓS O ADVENTO DA LEI 12.015/2009

A Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, promoveu significativas mudanças no título do Código Penal dedicado aos crimes contra os costumes, agora denominado crimes contra a dignidade sexual. Para melhor apreensão do tema da presente monografia, faz-se necessário analisar a alteração do tipo penal de estupro e a mudança da regra relativa à espécie de ação penal.

2.1. Principais alterações introduzidas pela Lei 12.015/2009

Antes das mudanças promovidas pela Lei 12.015/2009, o Título VI da Parte Especial do Código Penal, sob o título “Dos crimes contra os costumes”, protegia a moral social sob o aspecto sexual. Capez, Mirabete e Fabbrini explicam que a anterior denominação do Título VI “Dos crimes contra os costumes” exprimia a importância que o legislador de 1940 conferia à tutela da moralidade sexual e do pudor público nos crimes sexuais, ao lado, e às vezes, acima da proteção de outros bens jurídicos importantes como a integridade física e psíquica e a liberdade sexual.¹¹⁹

A reforma penal já se inicia com a alteração¹²⁰ da rubrica do Título VI que trata dos crimes sexuais, que antes era designado “Dos crimes contra os costumes” para o agora denominado “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Para Capez, essa mudança inicial reflete uma alteração do foco da proteção jurídica para a dignidade do indivíduo, sob o aspecto sexual, ou seja, a moral média da sociedade e o resguardo dos bons costumes não estão mais em primeiro plano. Diante disso, a “dignidade sexual” passou a ser o pilar da proteção jurídica, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.¹²¹

Segundo Mirabete e Fabbrini, a expressão “dignidade” deve ser entendida em consonância com a Constituição Federal, que prevê a “dignidade da pessoa humana” como conceito unificador dos direitos fundamentais que se encontram na base de estruturação

¹¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 383.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18 e 19.

¹²⁰ A Lei 12.015/2009 promoveu diversas alterações na parte especial do Código Penal, mas só serão comentadas e discutidas as modificações objeto da presente monografia.

¹²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

do ordenamento jurídico (art. 1º, inciso III)¹²². Nesse sentido, dignidade é uma qualidade inerente aos indivíduos, que decorre da natureza humana. Assim, ao proteger a dignidade sexual, tutela-se um dos diversos aspectos da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o desenvolvimento saudável da sexualidade e a liberdade de viver a sexualidade distante de todas as formas de violência e de exploração.¹²³

Para Capez, a proteção da dignidade sexual importa na liberdade de autodeterminação sexual do indivíduo, sua preservação física, psíquica e moral, de modo a manter íntegra a sua personalidade.¹²⁴ Mesmo entendimento têm Estefam, Bechara, Theodoro e Campos:

Ao tratar nosso Código de crimes contra a “dignidade sexual”, fica claro que se busca garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade de escolha de parceiros e da relação sexual, o pleno e sadio desenvolvimento da personalidade, notadamente no que se refere à sexualidade. Ademais, dignidade sexual deve ser entendida como a decência sexual, o decoro sexual, o respeito que cada pessoa merece em suas relações carnavais.¹²⁵

Assim, a alteração da nomenclatura do Título VI reflete uma mudança no objeto de proteção jurídica, agora o que se tutela é a dignidade sexual do indivíduo e os direitos que lhes são inerentes.

Cabe agora a análise específica das modificações promovidas pela nova lei no que concerne ao tipo penal estupro.

2.1.1. Estupro

Antes do advento da Lei 12.015/2009, os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor vinham disciplinados em diferentes artigos do Código Penal, sendo o primeiro no artigo 213 e o segundo no artigo 214.

¹²² CF/Art. “1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.”

¹²³ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 384 e 385.

¹²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

¹²⁵ ESTEFAM, André; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo e CAMPOS, Pedro Franco de. *Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015, de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

O crime de estupro era definido no artigo 213 do Código Penal como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Segundo Damásio, tal dispositivo tutelava a liberdade sexual somente da mulher, o seu direito de dispor do próprio corpo, conseqüentemente a sua liberdade de escolha na prática da conjunção carnal. Antes da nova lei, somente o homem era sujeito ativo do crime de estupro, pois apenas ele poderia manter com a mulher conjunção carnal.¹²⁶ E no que concerne ao sujeito passivo, somente mulher era vítima do crime de estupro.¹²⁷

O atentado violento ao pudor era descrito no artigo 214 do Código Penal como “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”. Diferentemente do estupro, onde somente o homem poderia ser o agente da infração, por se exigir a prática de conjunção carnal, no atentado violento ao pudor também a mulher poderia ser sujeito ativo. Por outro lado, tanto o homem como a mulher poderiam ser sujeitos passivos, não se exigindo nenhuma qualidade do ofendido, nesse sentido Damásio.¹²⁸

A nova lei fez uma junção de conteúdos das figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor, descrevendo as duas condutas no art. 213, *caput*, do Código Penal, sob a denominação de estupro. Portanto, tem-se atualmente um conceito expandido de estupro, que abarca também as condutas legalmente denominadas de “outro ato libidinoso” explicam Prado, Leal e Leal.¹²⁹

Assim, de acordo com a nova redação do art. 213 dada pela Lei 12.015/2009, constitui crime de estupro a ação de “Constranger alguém¹³⁰, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

¹²⁶ A mulher não poderia ser sujeito ativo do crime de estupro, mas na hipótese de concurso de pessoas, poderia ser co-autora ou *partícipe*. (JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública, p. 94).

¹²⁷ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93 e 94.

¹²⁸ JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

¹²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 598.

LEAL, João José e 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. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009, p. 18.

¹³⁰ A expressão “mulher” foi removida da redação legal, cedendo espaço para a expressão “alguém”, alterando o crime de estupro, pois com a nova expressão, o homem agora pode ser sujeito passivo de estupro. (SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *Comentários sobre o crime de estupro após o advento da Lei 12.015/09*. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/41526> > acesso em 03 de Nov. 2011)

Diante disso, os atos que antes configuravam o tipo penal autônomo de atentado violento ao pudor, atualmente revogado pela nova lei, agora integram o crime de estupro, sem implicar *abolitio criminis*, pois os atos libidinosos configuradores da infração penal extinta foram incorporados ao texto do art. 213 formando um conceito ampliado do crime de estupro, nesse sentido Capez, Leal e Leal.¹³¹

A partir da nova redação dada pela Lei 12.015/2009, o bem jurídico tutelado no crime de estupro é a liberdade sexual do homem e da mulher, isto é, a faculdade que ambos têm de eleger livremente seus parceiros sexuais. Diante disso, tanto o homem como a mulher tem o direito de se recusarem a prática de atos sexuais, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer constrangimento contra quem quer se seja. Por fim, protege-se, a dignidade sexual do homem e da mulher por meio da liberdade sexual e do direito de escolha, explica Bitencourt.¹³² No mesmo sentido, Prado afirma que o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da pessoa humana, que tem direito à inviolabilidade carnal. Para este autor “busca-se garantir a toda pessoa que tenha capacidade de autodeterminação sexual que possa exercê-la com liberdade de escolha e de vontade, segundo suas próprias convicções”.¹³³

Em razão da nova redação legal do crime de estupro, que atualmente abrange a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso, podem ser sujeitos ativo e passivo tanto homem como a mulher, nesse sentido Prado, Bitencourt e Capez.¹³⁴

Conclui-se que o estupro passou a abarcar a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, expandindo sua proteção para alcançar a liberdade sexual tanto da mulher como do homem.

A conduta criminosa do delito de estupro está posta no verbo constranger que significa forçar, compelir, obrigar. Portanto, a conduta incriminadora consiste em forçar

¹³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.
LEAL, João José e 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*. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009, p. 19.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 10.

¹³³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 599 e 600.

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 600.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 11 e 12.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31 e 35.

alguém, mediante violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, nesse sentido Capez, Pierangeli e Souza.¹³⁵

No tipo penal estupro, a primeira conduta descrita é a do constrangimento à conjunção carnal explicada por Capez como a cópula vagínica, ou seja, a penetração¹³⁶ do pênis na cavidade vaginal.¹³⁷ A redação anterior do art. 213 do Código Penal¹³⁸ compreendia somente esse ato, sendo as demais práticas abrangidas pela art. 214 do Código Penal¹³⁹, atualmente revogado pela Lei n. 12.015/2009.

Comete também estupro quem constrange a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Diante disso, ato libidinoso abrange outras manifestações sexuais, que não a conjunção carnal. Segundo Capez, ato libidinoso¹⁴⁰ é aquele reservado a satisfazer o apetite sexual, tal conceito é muito abrangente, uma vez que abarca qualquer conduta com conteúdo sexual¹⁴¹ que tenha por finalidade a satisfação da libido.¹⁴² Segundo Estefam, Bechara, Theodoro e Campos, “é impossível a elaboração de um rol taxativo, diante da imaginação humana, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal”.¹⁴³ Os mais comuns são o coito anal, o coito oral, a masturbação, o toque ou beijo nas partes íntimas.

Diante disso, nos termos do novo texto legal, o crime de estupro não se restringe mais ao ato sexual representado pela cópula vaginal ou “conjunção carnal”, que é a

¹³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25. PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 13.

¹³⁶ Para configurar conjunção carnal, a introdução do membro masculino na vagina pode ser total ou parcial, com ou sem ejaculação, sendo indiferente se a penetração foi completa ou não. (PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*, p. 14)

¹³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

¹³⁸ CP/Art. 213 “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” (*redação anterior*)

¹³⁹ CP/Art. 214 “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.” (*revogado pela Lei 12.015/2009*)

¹⁴⁰ A cópula anal, oral, a introdução de dedos na cavidade vaginal estão compreendidas em outros atos libidinosos, sendo classificadas pela nova lei como estupro. Nesse sentido, o uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, acoplados ou não, ao pênis introduzidos na vagina ou anus, configuram estupro. (PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes Sexuais*, p. 15). Ressalta-se que ato libidinoso pode ocorrer até mesmo sem o contato direto de órgãos sexuais, por exemplo, agente que masturba a vítima. (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. p. 26)

¹⁴¹ Não se inserem nesse conceito os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta. (Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. p. 26)

¹⁴² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

¹⁴³ ESTEFAM, André; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo e CAMPOS, Pedro Franco de. *Reforma Penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015, de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

relação sexual entre homem e mulher. Com a atual configuração, o crime de estupro alcança qualquer ato sexual ou libidinoso praticado contra homem ou mulher.¹⁴⁴

Bitencourt adverte que em razão do caráter hediondo do crime de estupro, condutas como passar as mãos nas coxas, nas nádegas ou nos seios da vítima, ou mesmo um abraço forçado configuram contravenção penal do art. 61 da lei de contravenções penais,¹⁴⁵ quando cometidos em lugar público ou acessível ao público.¹⁴⁶ No mesmo sentido, Nucci entende que atos ofensivos ao pudor de pouca importância não devem ser classificados como estupro, comportando em contravenção penal.¹⁴⁷

Para Bitencourt, essa interpretação é autorizada pelo princípio da proporcionalidade, pois a diferença que tais condutas apresentam em relação ao desvalor da ação e do resultado, comparadas com sexo anal ou oral, exige menor severidade na sua repressão.¹⁴⁸

Segundo Capez, ainda que o crime comporte grande variedade em seu meio executório, variando de um beijo lascivo até o coito anal, configura o tipo previsto no art. 213 do CP. Para o autor não há que se falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade crimes sexuais violentos. Importante lembrar que se trata de um delito que a vontade do agente de satisfazer a lascívia é primordial. Desse modo, qualquer conduta sexual tendente a contemplar libido que for praticado mediante violência ou grave ameaça, tipifica o crime descrito no art. 213 do CP. Por outro lado, um toque praticado por motivo de piada ou para provocar ou irritar a vítima, ainda que em regiões pudicas, não configura o crime de estupro, mas mera contravenção de importunação ofensiva ao pudor.¹⁴⁹

¹⁴⁴ LEAL, João José e 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. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009, p. 20.

¹⁴⁵ LCP/Art. 61 “Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor.”

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 18.

¹⁴⁷ 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. 23.

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.18.

¹⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 29.

Entende-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade, ou seja, a pena tem que se mostrar proporcional a gravidade do crime praticado, não é razoável dar a mesma reprimenda do coito anal ou vaginal a um beijo lascivo ou toques nas coxas ou nádegas.

Importante comentar que antes da reforma da Lei 12.015, que revogou o delito de atentado violento ao pudor, tipificado no art. 214 do CP, quando o agente, que tinha intenção de praticar conjunção carnal com a vítima, viesse, também a cometer outros atos libidinosos, por exemplo, sexo anal, deveria responder por ambas as infrações penais, aplicando-se a regra do concurso de crimes, explica Greco.¹⁵⁰

Após a mencionada modificação, surge uma discussão na doutrina se constituiu um só crime ou dois o fato de alguém, mediante violência, logo após o coito anal manter cópula vaginal.

Tourinho Filho entende que os atos de libidinosos, todos eles, incluindo o coito vaginal, formam um único delito, visto que os desígnios guardam a mesma homogeneidade. Para o autor o art. 213 do Código Penal trata-se de tipo misto alternativo. Sendo assim, é indiferente que o agente cometa uma só conduta ou as duas. O núcleo verbal de ambas está em “constranger”. Nesse sentido, se o agente praticar ambas as condutas o crime é o mesmo, como é o mesmo crime o importar, o transportar, o guardar e, após, vender a substância entorpecente.¹⁵¹

No mesmo sentido, Greco afirma que o agente que durante a prática violenta do ato sexual, além da penetração vaginal, vier a também fazer sexo anal com a vítima, os fatos deverão ser entendidos como crime único, uma vez que os comportamentos se encontram descritos na mesma figura típica, devendo ser entendida a infração penal como de ação múltipla (tipo misto alternativo)¹⁵², aplicando-se a pena atribuída no art. 213 do Código Penal, por uma única vez, afastando o concurso de crimes.¹⁵³

No entanto, pode ocorrer que, uma vez praticado sexo anal e conjunção carnal, o agente, após algum tempo, queira, por mais uma vez, praticar os referidos atos

¹⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 475.

¹⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre. V. 33 (dez/jan. 2010), p. 79 e 80.

¹⁵² A sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC 144.870, decidiu que prática de conjunção carnal e outro ato libidinoso no mesmo contexto fático e com a mesma vítima é crime único, ou seja, o novo tipo de penal de estupro prevê condutas alternativas. (HC 144870/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, J. 09-02-2010, DJe 24-05-2010)

¹⁵³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 475.

sexuais com a vítima, que ainda se encontra subjugada. Nesse caso, Greco entende que se aplica o raciocínio relativo ao crime continuado, pois o agente, após a consumação do primeiro estupro, veio a praticar no crime da mesma espécie, e que pelas condições de tempo e lugar, maneira de execução e outras semelhantes, o crime subsequente deve ser havido como continuação do primeiro, aplicando-se a regra constante do art. 71 do CP¹⁵⁴. Assim, embora o art. 213 do CP pressupõe um tipo misto alternativo, tal fato não impede de se visualizar, no caso concreto, a hipótese de crime continuado.¹⁵⁵

Nucci mantendo a mesma orientação afirma que:

Se o agente constranger a vítima a com ele manter conjunção carnal e cópula anal comete um único delito de estupro, pois a figura típica passa a ser mista alternativa. Somente se cuidará de crime continuado se o agente cometer, novamente, em outro cenário, ainda que contra a mesma vítima, outro estupro.¹⁵⁶

Tourinho Filho também visualiza a possibilidade de haver a continuidade delitiva, ainda que a conduta seja a mesma, pois pode o agente, com a sua vítima subjugada, no mesmo dia ou em dias diferentes, não se contentar apenas com os atos que antecedem a cópula vaginal e com o próprio coito, repetir várias vezes as condutas censuradas.¹⁵⁷

Em decorrência da Lei 12.015/2009, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 86.110, reconheceu a continuidade delitiva dos antigos crimes de estupro e atentado violento ao pudor quando praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, modo, local e contra a mesma vítima.

Mirabete e Fabbrini posicionam-se no sentido que o art. 213 do Código Penal descreve um tipo misto cumulativo, punindo com as mesmas penas, duas condutas distintas, a de constrangimento à conjunção carnal e a de constrangimento a ato libidinoso diverso. A prática de uma ou de outra conduta configura o crime de estupro e a realização de ambas configura o concurso de delitos. Sendo assim, trata-se de crimes diversos, embora na mesma espécie, punidos num único dispositivo. A caracterização ou não do concurso de

¹⁵⁴ CP/Art. 71 “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

¹⁵⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 477.

¹⁵⁶ 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. 18 e 19.

¹⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Crimes contra a liberdade sexual, em face da nova lei. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre. V. 33 (dez/jan. 2010), p. 81.

crimes ou da continuidade delitiva no estupro dependerá do contexto fático em que as condutas forem praticadas.¹⁵⁸

Os mesmos autores seguem explicando que diante da natureza do bem jurídico protegido, a liberdade sexual individual como aspecto da dignidade sexual, e da redação dada ao tipo, que mantém a distinção entre a conjunção carnal e outros atos libidinosos, é possível inferir que a prática de cada conduta típica é suficiente para gerar dano ao bem protegido, e a concretização de ambas configura dúplice violação à liberdade sexual da vítima, ofendendo mais gravemente à sua dignidade sexual.

Mirabete e Fabbrini criticam a interpretação no sentido da alternatividade do tipo, uma vez que não existe qualquer indício no processo legislativo que demonstre a intenção do legislador de punir mais brandamente os crimes sexuais.¹⁵⁹ Entende-se que o crime de estupro é um tipo misto cumulativo, em razão do caráter hediondo das condutas e pelo fato de que a reunião das condutas no mesmo tipo não impede o reconhecimento dos diferentes delitos sexuais.

A forma de execução do crime de estupro se configura pelo ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. É interessante entender o significado dos termos violência e grave ameaça indicados na redação legal. Bitencourt ensina que a violência expressa a força física utilizada pelo agente no intuito de vencer a resistência da vítima. Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente ou por outros meios (fogo, água, energia elétrica). A violência poderá ser imediata, quando exercida diretamente contra a vítima, e mediata, quando empregada contra terceiro que o ofendido tenha alguma espécie de vínculo. A força empregada não precisa ser irresistível, basta que seja idônea para obrigar a vítima a permitir que o agressor realize seu escopo.¹⁶⁰ Segundo Capez, quando há emprego de força física capaz de anular a capacidade da vítima de se livrar do agressor, trata-se de violência real ou material.¹⁶¹

¹⁵⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 388.

¹⁵⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 389.

¹⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 16.

¹⁶¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

A grave ameaça é aquela que causa um enorme temor ao ofendido, de maneira que este com medo de sofrer o mal anunciado pelo autor, cede à prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso. Em geral, a ameaça¹⁶² está relacionada a um mal iminente, grave e realizável de modo a impor temor e desespero na vítima, explica Prado.¹⁶³ No mesmo sentido, Bitencourt afirma que é indispensável que a ameaça seja intimidativa, ou seja, tenha o condão de efetivamente constranger a vítima.¹⁶⁴ Para Capez, o dano prometido deve ser maior que a própria conjunção carnal ou prática do ato libidinoso, não tendo a vítima outra alternativa senão se sujeitar à prática do ato.¹⁶⁵

Para que o delito de estupro se efetive é importante que não haja consentimento da vítima, ou seja, ela não quer praticar a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, mas cede em razão da violência empregada ou do mal prometido, nesse sentido Capez e Prado.¹⁶⁶

Convém salientar que o elemento subjetivo do crime de estupro é o dolo expresso pela consciência e vontade de constranger a vítima, contra a sua vontade, à conjunção carnal ou à prática de outro ato libidinoso, ou de permitir que com ela se pratique, nesse sentido Bitencourt, Prado e Capez.¹⁶⁷

A permissão para a prática do ato sexual, livre de qualquer constrangimento, exclui o estupro. Sendo assim, o ato libidinoso perde a tipicidade penal se for praticada de comum acordo pelas partes, desde que maiores de 14 anos e estejam em condições de consentir, ensina Leal e Leal.¹⁶⁸

¹⁶² Exemplo de estupro com violência moral ou ameaça pode ser ilustrado no caso de vítima, criada em zona rural, que não teve condições de se opor aos desejos libidinosos do pai que ameaçava maltratar toda a família caso ela não cedesse. (MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 121 a 234-B do CP, p. 391)

¹⁶³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 602.

¹⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 17.

¹⁶⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

¹⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 601.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 22 e 23.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 603.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36 e 37.

¹⁶⁸ LEAL, João José e 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. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009, p. 23.

Os mesmos autores entendem que o novo tipo penal deve ser classificado como estupro comum para diferenciá-lo da nova figura do estupro de pessoa vulnerável, devendo este ser visto como um tipo penal especial de estupro.¹⁶⁹ O estupro comum apresenta-se em sua forma simples ou nas formas qualificadas pelo resultado descritas nos § § 1º e 2º do art. 213 do CP.¹⁷⁰

Sendo assim, o crime de estupro é qualificado quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou morte, e ainda se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos. Essas formas qualificadas foram introduzidas pela nova lei que revogou o artigo 223 do Código Penal¹⁷¹.

Para Prado nos casos em que ocorrem as qualificadoras da lesão corporal de natureza grave ou morte, o agressor atua com o dolo de praticar estupro, mas o resultado agravador decorre de culpa. Trata-se de crime qualificado pelo resultado, em que há dolo na conduta antecedente e culpa na consequente.¹⁷² Capez e Greco ressaltam que as hipóteses do art. 213 são preterdolosas, nelas existindo dolo no antecedente (estupro) e culpa nas lesões graves ou morte.¹⁷³

Prado e Capez defendem a posição de que se o agressor tinha o dolo de alcançar as lesões graves ou o homicídio, ou assumiu o risco de sua produção, haverá concurso material entre o crime sexual praticado e o delito de homicídio ou lesão corporal grave, pois estarão configurados dois delitos autônomos.¹⁷⁴

Conforme já citado, Greco entende que configura estupro qualificado quando o agente ao praticar o estupro, culposamente causa lesão grave ou morte. Nesse

¹⁶⁹ LEAL, João José e 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. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009, p. 20.

¹⁷⁰ CP/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) anos.” (redação dada pela Lei 12.015/2009)

¹⁷¹ CP/Art. 223 “Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco.” (revogado pela Lei 12.015/2009)

¹⁷² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 604.

¹⁷³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 455.

¹⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 604.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.

raciocínio o autor faz uma interessante análise da possibilidade de tentativa qualificada de estupro. Greco explica que crime preterdoloso, como regra, não admite tentativa, pois o resultado que agrava a pena somente pode ser atribuído a título de culpa, e como não há tentativa em crime culposo, não seria possível o raciocínio relativo à tentativa em crimes preterdolosos. No entanto, essa regra existe exceção. Greco visualiza no seguinte exemplo a possibilidade de tentativa qualificada de estupro: o agente, no intuito de praticar o estupro, derruba a vítima no chão, fazendo com que esta bata a cabeça em uma pedra, produzindo-lhe a morte antes de praticada a conjunção carnal. Nesse caso, não é possível afirmar que é crime qualificado consumado, pois o delito sexual permaneceu tentado. Na hipótese do agente não perceber¹⁷⁵ a morte da vítima e penetrá-la, ainda seria tentativa de estupro qualificada pela morte da vítima, uma vez que a penetração ocorreu somente depois desse resultado, não podendo mais ser considerada como objeto material do crime de estupro.¹⁷⁶

Nucci se posiciona de forma diferente, para ele o resultado mais grave pode ser atingido pelo agente, nos termos do art. 19 do CP¹⁷⁷, tanto por dolo quanto por culpa, exceto quando o legislador exclui o dolo¹⁷⁸. Para o autor é um equívoco o agente responder por estupro em concurso com homicídio, quando presente o dolo no resultado morte, pois o crime qualificado pelo resultado existe como figura típica autônoma justamente para permitir ao legislador fixar a pena adequada a esses crimes com resultado duplo, num mesmo contexto, sem que se utilize do instituto do concurso de crimes. Sendo assim, Nucci entende que dividir o crime qualificado pelo resultado significa lesão ao princípio da legalidade.¹⁷⁹

Entende-se que quando o sujeito ativo deseja praticar o crime de estupro, mas acaba matando ou lesionando gravemente a vítima sem tal intenção, trata-se de crime preterdoloso, ou seja, o indivíduo atua com dolo no crime de estupro e culpa no resultado

¹⁷⁵ Não é o caso de vilipêndio a cadáver, tipificado no art. 212 do CP, uma vez que agente desconhecia que ali se encontrava um cadáver, pois ignorava a morte da vítima. Ao contrário, caso tivesse percebido a morte instantânea da vítima e tentasse prosseguir com o propósito de penetrá-la, poderia responder pela tentativa de estupro qualificada pela morte e vilipêndio a cadáver. (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, p. 457 e 458.)

¹⁷⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 456, 457 e 458.

¹⁷⁷ CP/Art. 19 “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.”

¹⁷⁸ Nucci cita como exemplo o art. 129, § 3º do Código Penal em que há exclusão do dolo pelo legislador: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos.” (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. 26)

¹⁷⁹ 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 e 26.

qualificador. Mas se o agente dolosamente alcança as lesões graves ou morte, aplica-se o concurso material de crimes em razão de tratar-se de delitos autônomos.

A outra qualificadora inserida pela Lei 12.015/2009 está relacionada com uma condição ou qualidade da vítima, o legislador optou por agravar a reprimenda penal quando o estupro for praticado contra adolescente, explica Capez.¹⁸⁰ Esclarecem Mirabete e Fabbrini que a pena mais grave justifica-se em razão da presunção legal de que o adolescente, embora detentor de liberdade sexual, ainda é mais vulnerável do que o adulto e por vezes mais devastadores são os efeitos sobre sua personalidade.¹⁸¹

Após uma breve exposição das qualificadoras do crime de estupro, é interessante abordar a discussão acerca de o estupro constituir ou não um delito complexo. Damásio apresenta a matéria expondo que crime complexo, de acordo com a doutrina, pode apresentar-se sob duas formas: sentido lato e sentido estrito.¹⁸²

O autor explica que o crime complexo em sentido lato existe quando uma infração definida no texto legal contém fatos que, por si mesmos, não constituem crime. Exemplo de crime complexo em sentido amplo é a denúncia caluniosa¹⁸³, que é formada da calúnia¹⁸⁴ e da denúncia que, por si mesma, não é uma infração. Sendo assim, o crime complexo em sentido amplo não se condiciona à presença de duas ou mais infrações. Diversamente, o crime complexo em sentido estrito (ou composto) é constituído da reunião de duas ou mais infrações penais. Vários tipos legais são reunidos formando um terceiro delito (subsidiariedade implícita).¹⁸⁵

Damásio desconsidera o crime complexo em sentido amplo, defendendo a posição que crime complexo é a junção de dois ou mais tipos penais incriminadores, apresentando-se sob duas formas: Na primeira, dois ou mais crimes constituem outro, funcionando como elementares, ou seja, dois ou mais delitos são reunidos e transformados em

¹⁸⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

¹⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial, arts. 121 a 234-B do CP*. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 393.

¹⁸² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

¹⁸³ CP/Art. 339 “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.”

¹⁸⁴ CP/Art. 138 “Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.”

¹⁸⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 139.

elementos de outro, como exemplo é citado a extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), composta da extorsão (CP, art. 158) e do sequestro (CP, art. 148).¹⁸⁶ Na segunda forma, um crime integra outro como circunstância qualificadora, isto é, um crime deixa de ser autônomo para funcionar como qualificadora de outro, por exemplo o latrocínio (CP, art. 157, § 3º, *in fine*).¹⁸⁷

O art. 101 do Código Penal define crime complexo da seguinte forma: “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”. Diante disso, para Damásio é notório que o único artigo que conceitua o delito complexo, exige que contenha “fatos que, por si mesmos, constituem crime”. Assim, só existe crime complexo na reunião típica de dois ou mais fatos que, por si, configuram delitos.¹⁸⁸

Compreendido o conceito de crime complexo, cabe analisar se o estupro constitui delito complexo. O art. 213 define estupro o fato de “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Para Damásio, a expressão violência abrange as vias de fato, e as lesões corporais leves, graves ou gravíssimas. Acontece que, quando do estupro resulta uma lesão corporal de natureza leve¹⁸⁹, ela é absorvida pelo crime de estupro em razão do princípio da subsidiariedade implícita. Prado no mesmo sentido afirma que a lesão corporal leve ou as vias de fato¹⁹⁰ ocasionadas pela violência empregada pelo agressor são absorvidas pelo estupro.¹⁹¹

¹⁸⁶ CP/Art. 159 “Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”

CP/Art. 158 “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa”

CP/Art. 148 “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado”

¹⁸⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140.

CP/Art. 157 “Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: § 3º Se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão, de sete a quinze anos, além da multa; se resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa.”

¹⁸⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141.

¹⁸⁹ CP/Art. 129 “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.”

¹⁹⁰ Para o Supremo Tribunal Federal, o estupro praticado mediante violência real (vias de fato, lesões corporais ou morte) configura delito complexo. (HC 86058/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 25-10-2005, Primeira Turma, 09-02-2007)

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 604.

Entretanto, resultando lesão corporal grave ou gravíssima¹⁹², forma-se um crime complexo, definido no art. 213, § § 1º e 2º do CP: estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave ou morte.¹⁹³ Destaca-se que, segundo Damásio, o estupro simples não é um delito complexo, uma vez que compreende o constrangimento ilegal¹⁹⁴ e a conjunção carnal, elemento que em si mesmo não é crime. Sendo assim, se o delito complexo é constituído da união de dois ou mais crimes, e se no estupro existe o constrangimento ilegal somado a conjunção carnal, conclui-se que o estupro simples não é crime complexo.¹⁹⁵

Antes do advento da Lei 12.015/2009, outra controvérsia existente era se as formas básicas e qualificadas do estupro e do atentado violento ao pudor poderiam ser consideradas crimes hediondos. Diante disso, a Lei 12.015/2009 deu nova redação ao inciso V, do art. 1º da Lei 8.072/90¹⁹⁶ afirmando que o estupro, nas formas simples e qualificadas (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º), consumado ou tentado é crime hediondo. A nova lei inseriu, ainda, o inciso VI¹⁹⁷ ao mencionado art. 1º, que diz respeito ao estupro de vulnerável, previsto no art. 217 – A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º do CP), nesse sentido Greco, Leal e Leal.¹⁹⁸

A nova lei não se restringiu à reforma de crimes, também criou novos tipos penais, por exemplo, o estupro de vulnerável tipificado no art. 217-A, assunto que será abordado a seguir.

¹⁹² CP/Art. 129, § § 1º e 2º “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto. § 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V – aborto.”

¹⁹³ CP/Art. 213, § § 1º e 2º “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) anos”

¹⁹⁴ CP/Art. 146 “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”

¹⁹⁵ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 141 e 142.

¹⁹⁶ Lei 8.072/1990 “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Código Penal, consumados ou tentados: V - estupro (art. 213, **caput** e §§ 1º e 2º)”

¹⁹⁷ Lei 8.072/1990 “VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **caput** e §§ 1º, 2º, 3º e 4º).”

¹⁹⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 480.

LEAL, João José e LEAL, Rodrigo José. *Novo Tipo Penal de Estupro: Formas Típicas Qualificadas e Concurso de Crimes*. Disponível em: <http://www.pesquisadireito.com/npte_formas_tip_qualif_e_conc_pes.htm>. Acesso em 07 de jun. 2011.

2.1.2. Estupro de vulnerável

Prosseguindo a exposição das principais alterações do tipo penal estupro, é conveniente comentar que a proteção penal no campo sexual tem maior zelo com pessoas incapazes de externar seu consentimento de forma racional e plena, explica Nucci.¹⁹⁹

Em razão de determinadas vítimas não possuírem capacidade de consentir ou resistir ao ato sexual, a lei anterior, no art. 224²⁰⁰, criou a presunção legal do emprego de violência, isto é, presumia-se que o ato sexual foi violento. A diferença da presunção de violência para a violência real era que nesta havia efetiva coação física ou moral. Diante disso, por ficção legal, reputava-se que a conjunção carnal envolvendo menores de 14 anos, alienados ou débeis mentais e aqueles que, por outra causa, não pudessem oferecer resistência, havia sido praticada com emprego de violência, ensina Capez.²⁰¹

A criação da presunção de violência causou grande discussão no sentido da presunção não comportar prova em contrário, isto é, ser absoluta ou possibilitar prova em contrário, sendo relativa. Tal debate se dava, principalmente, em razão da idade, pois, no tocante aos alienados em geral e pessoas com capacidade diminuída era necessário, na maioria das vezes, prova pericial. No que concerne a idade, a dúvida estava relacionada ao fato do menor de 14 anos ao manter relação sexual com maior de 18, poderia ser necessariamente considerado vítima de estupro. Se a presunção de violência fosse absoluta, a resposta seria positiva e se fosse relativa, dependeria de prova, explica Nucci.²⁰²

O autor segue explicando que no intuito de sanar esse problema, constrói-se um crime autônomo descrito no art. 217-A, intitulado estupro de vulnerável. Diante disso, a vítima incapaz de consentir validamente para o ato sexual obteve uma denominação própria: vulnerável.²⁰³

Com advento da Lei 12.015/2009, o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar tipo

¹⁹⁹ 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. 33.

²⁰⁰ CP/Art. 224 “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos, b) é alienada ou débil, mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” (revogado pela Lei 12.015/2009)

²⁰¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

²⁰² 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. 34.

²⁰³ 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. 34 e 35.

penal autônomo, previsto no art. 217- A, sob o termo “estupro de vulnerável”. O artigo descreve o seguinte “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.”

Diante disso, as condições citadas acima agora integram o tipo penal do art. 217- A, com sanções próprias, diferentes das medidas repressivas impostas aos delitos sexuais praticados com violência real.

Capez e Nucci explicam que antes da Lei 12.015/2009, utilizava-se a ficção legal contida no art. 224 do CP²⁰⁴ associado ao art. 213²⁰⁵ ou ao revogado art. 214²⁰⁶ para tipificar os antigos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor. Com isso, considerava-se violenta a relação sexual do agente com pessoa menor de 14 anos ou com outro tipo de deficiência de consentimento. Agora, o enquadramento penal do fato será direto no art. 217-A do CP.²⁰⁷

Destaca-se que a criação do art. 217-A do CP foi acompanhada da revogação do art. 224 do CP pela Lei 12.015/2009, mas todas as hipóteses nele indicadas passaram a integrar o novo tipo penal, que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima, daí a nomenclatura “estupro de vulnerável”, nesse sentido Capez.²⁰⁸

Capez explica que o bem jurídico protegido, no crime de estupro de vulnerável, é a dignidade sexual do indivíduo menor de 14 anos ou daquele 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.²⁰⁹ Bitencourt complementa

²⁰⁴ CP/Art. 224 “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos, b) é alienada ou débil, mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.” (revogado pela Lei 12.015/2009)

²⁰⁵ CP/Art. 213 “Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.” (redação anterior)

²⁰⁶ CP/Art. 214 “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.” (revogado pela Lei 12.015/2009)

²⁰⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81. 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. 34.

²⁰⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

²⁰⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

afirmando que não se fala em liberdade sexual como objeto jurídico tutelado, pois a vulnerabilidade esta relacionada a ausência da plena disponibilidade do exercício da liberdade sexual. O autor entende que a criminalização da conduta tipificada no art. 217-A²¹⁰ visa proteger o desenvolvimento saudável da personalidade do menor.²¹¹

O elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo do agente formado pela vontade consciência de ter conjunção carnal com vítima vulnerável, ou praticar outro ato libidinoso. O sujeito ativo do crime deve ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das hipóteses descritas no art. 217-A. Se tal não se der, configura erro de tipo²¹² (art. 20 CP), afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a modalidade culposa, nesse sentido Nucci e Bitencourt.²¹³

Por fim, a Lei 12.015/2009 fez importante reforma no que concerne à presunção de violência, criando o tipo penal de estupro de vulnerável, descrito no art. 217-A. Com a alteração, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso contra menor de 14 anos ou pessoa com algum tipo de deficiência de consentimento deixou de ser uma modalidade do tipo comum de estupro para ser um tipo penal autônomo e com denominação própria.

Definidas as principais reformas da Lei 12.015/2009 no que concerne ao tipo penal estupro e a criação do delito autônomo denominado estupro de vulnerável, cumpre analisar a alteração das regras da ação penal nesses crimes sexuais.

2.1.3. Ação Penal no Crime de Estupro

A regra relativa à ação penal nos antigos crimes contra os costumes era controvertida. Com o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, houve uma tentativa de simplificação do tema, mas novas problemáticas surgiram com a reforma legislativa.

²¹⁰ CP/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.”

²¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 74.

²¹² CP/ Art. 20 “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.”

²¹³ 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. 38.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma Penal Material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p 80 e 81.

Primeiramente, é relevante compreender como o tema era tratado antes da referida alteração, e como é a nova disciplina da ação penal.

Antes da alteração legislativa, a ação penal para os então chamados crimes contra os costumes era, em regra, de iniciativa privada, procedendo-se somente mediante queixa.²¹⁴

Entendia-se que a justificativa de o legislador reservar nas mãos da vítima a discricionabilidade da instauração do processo penal era uma questão de política criminal decorrente do constrangimento que o processo poderia gerar na vida da vítima, o que se convencionou chamar de *streptus iudicii*, nesse sentido Ávila e Fragoso.²¹⁵

Todavia, o legislador estabeleceu, em relação aos crimes contra os costumes, algumas exceções e a jurisprudência acrescentou outras.

Descrevia o revogado art. 225, § 1º, I, c/c o § 2º do CP²¹⁶, que, tratando-se de vítima pobre, a ação penal seria pública condicionada à representação, ensina Ávila.²¹⁷

Disponha o revogado art. 225, § 1º, inciso II do CP, que, tratando-se de crime cometido com abuso de poder familiar ou na qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal seria pública incondicionada.

Tratando-se de crime contra os costumes qualificado pelo resultado de lesão grave ou morte, anteriormente previsto no art. 223 do CP²¹⁸, a ação penal era de iniciativa pública incondicionada. Antes da reforma, o art. 225 indicava caber ação penal privada nos crimes definidos nos "capítulos anteriores", isto é, capítulos I, II e III. O art. 223 situava-se no

²¹⁴ CP/Art. 225 "Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa." (*redação anterior*)

²¹⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2278, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13589>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. V. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 45.

²¹⁶ CP/Art. 225 "Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa. § 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública: I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família; II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador. § 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação." (*Redação anterior*)

²¹⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2278, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13589>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²¹⁸ CP/Art. 223 "Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos." (*Redação anterior*)

capítulo IV. Diante disso, era alcançado pela regra geral estabelecida no art. 100 do CP, que é a da ação penal pública incondicionada, nesse sentido Nucci e Cabette.²¹⁹

Ainda no que concerne aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor com lesão grave ou morte, o outro argumento que justificava a aplicação da ação penal pública incondicionada era por se tratar de crime complexo, ensina Bitencourt.²²⁰

Para Mirabete, Fabbrini e Lopes Junior os crimes sexuais em que ocorresse apenas a lesão corporal de natureza leve, admitia-se apenas a instauração da ação penal privada, por entenderem ser a lesão leve inerente ao tipo, prevalecendo a regra específica do art. 225.²²¹

Diverso era o posicionamento de Fragoso, pois entendendo o estupro como delito complexo²²², salvo no caso de violência presumida, defendia que a ação penal era pública por força do art. 101 do Código Penal²²³. Para o autor, não era possível desatender a regra clara contida nesse dispositivo, não podendo prevalecer a norma genérica do art. 225 do Código Penal.²²⁴ Por esse entendimento, nos crimes sexuais violentos que ocorresse apenas a lesão corporal leve aplicava-se a regra da ação penal pública.

Prado esclarece que essa controvérsia foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da Súmula nº 608, nos seguintes termos: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". Destaca-se que na

²¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 130.

²²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 121 a 234-B do CP. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 424.

LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação Penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Lei 12.015/2009)*. Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 4.

²²² Segundo Fragoso há no estupro, em regra, o constrangimento ilegal, violência ou ameaça, que são crimes em si, de ação pública. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. p. 45.)

²²³ CP/Art. 101 "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."

²²⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. V. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 45.

violência presumida, não se aplicava a Súmula nº 608, ou seja, na hipótese de grave ameaça, a ação penal era de iniciativa privada.²²⁵

Alves explica que a regra da ação penal privada era muito criticada no sentido que não era lógico permitir que a decisão sobre o início da persecução penal ficasse exclusivamente nas mãos do particular, pois alguns crimes contra os costumes eram de extrema gravidade e considerados crimes hediondos. Portanto, era nítido o interesse público na devida punição dos agentes, o que deveria autorizar o Estado, por meio do Ministério Público, a instaurar a ação penal.²²⁶

O autor segue advertindo que a regra da ação penal privada para os crimes contra os costumes poderia levar a absurdos, a exemplo de um estupro praticado contra vítima que viesse a falecer no curso da ação penal não deixando sucessores (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão), ensejando a preempção da ação, a extinção da punibilidade do querelado e, conseqüentemente, a impunidade de um fato tão grave.²²⁷

Com o advento da Lei 12.015/09, não há que se falar mais em ação penal privada nos crimes sexuais. A regra agora, nos termos do artigo 225 do CP²²⁸, passa a ser ação penal de iniciativa pública condicionada à representação. Cabette adverte que a única hipótese que a vítima poderá deflagrar a ação penal é no caso de ação penal privada subsidiária da pública em casos de inércia do Ministério Público.²²⁹ Para Lopes Junior, é uma situação de legitimação extraordinária em caso de inércia do Ministério Público, mas que não transforma a ação penal em privada, ela continua sendo pública e regida por suas respectivas regras.²³⁰

Desse modo, continua-se respeitando a vontade da vítima com a exigência da representação, mas a ação penal será oferecida pelo Ministério Público. Alves entende que

²²⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial*, arts. 184 a 288. V. 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 251.

²²⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²²⁷ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²²⁸ CP/225 “Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.”

²²⁹ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Lei 12.015/2009)*. Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 4.

a persecução penal estará mais fortalecida, pois o Ministério Público possui prerrogativas públicas que não estão disponíveis para o particular.²³¹

Excepcionando a regra do caput do artigo 225 do Código Penal²³², o parágrafo único deste artigo determina ser a ação penal pública incondicionada se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

O presente capítulo fez uma síntese das alterações mais relevantes da Lei 12.015/2009. Um dos pontos discutidos foi a revogação do art. 214 do Código Penal e a junção das figuras típicas de estupro e atentado violento ao pudor no mesmo dispositivo, sob a denominação de estupro.

Foi discutida também a alteração na regra do concurso material, pois, como anteriormente as condutas estavam tipificadas em dispositivos distintos, a jurisprudência admitia, no caso de conjunção carnal e coito anal na mesma circunstância de fato, o concurso material das condutas, todavia, como atualmente ambas as condutas estão previstas no mesmo dispositivo legal, a jurisprudência entende que há crime único, afastando assim o concurso material de crimes.

Importante alteração mencionada foi a revogação da regra da presunção de violência do antigo art. 224 do Código Penal e criação da figura típica autônoma que incrimina a prática de relação sexual com menor de 14 anos, incapaz ou quem não pode oferecer resistência, sob a denominação de estupro de vulnerável.

Por fim, foi realizada uma breve exposição sobre a disciplina da ação penal antes do advento da nova lei.

As inovações contempladas pela Lei 12.015/2009, no tocante às regras da ação penal, apresentam diversas problemáticas que serão analisadas e discutidas no próximo capítulo.

²³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²³² CP/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.”

CAPÍTULO III – PRINCIPAIS INCONGRUÊNCIAS EM TORNO DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO

A Lei 12.015/2009 trouxe importantes modificações no que se refere à persecução penal nos crimes de estupro. As consequências mais relevantes dessa transformação no que se concerne à ação penal será tema do presente capítulo.

Dispõe o art. 225, com a redação que lhe conferiu a nova lei: “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.”

Primeira conclusão permitida pelo dispositivo é a de que, em relação aos crimes sexuais, não há mais hipóteses de cabimento ação penal privada, exceto ação penal privada subsidiária da pública nos casos de inércia do Ministério Público, nesse sentido Lopes Junior, Mirabete e Fabbrini.²³³

Ocorre que a nova legislação apresenta algumas dúvidas, em especial, esclarecer qual será a ação penal quando o estupro for cometido com lesão corporal leve, grave ou morte²³⁴ e o reflexo da nova redação do art. 225 do Código Penal na súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, assunto que será discutido a seguir.

3.1. Aplicação da Súmula nº 608 do Supremo Tribunal Federal

A primeira dúvida concentra-se no crime qualificado pelo resultado, especificamente o estupro com resultado lesão grave ou morte, onde não existe previsão para a ação penal pública incondicionada.

²³³ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 4.
MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 121 a 234-B do CP. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 425.

²³⁴ Destaca-se que a o Procurador-Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4301 no Supremo Tribunal Federal, impugnando o art. 225, sem redução de texto, para considerar que ação penal, no caso de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave da vítima, seja pública incondicionada. Invocou o *Parquet* os seguintes fundamentos: ofensa ao princípio da dignidade humana; ofensa ao princípio da proteção deficiente; possível extinção da punibilidade nos processos em andamento, porque passariam a exigir anuência da vítima ou de seu representante, sob pena de decadência. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*, p. 140)

Na nova disciplina legal, o estupro qualificado pela lesão grave ou morte passou a ser previsto no próprio art. 213, § § 1º e 2º, e não mais no Capítulo IV. Isto é, com a revogação do art. 223²³⁵ e o deslocamento das figuras qualificadas pelo resultado para o tipo estupro, deixou-se de prever como exceção, no art. 225, parágrafo único, ser a ação pública incondicionada, nesse sentido Nucci.²³⁶

Para Nucci, Mirabete e Fabbrini, há uma incoerência de não se admitir a ação penal pública incondicionada na hipótese em que o estupro é de extrema gravidade, a aplicação literal do dispositivo implicaria a necessidade, no caso de morte da vítima, de representação do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, e na ausência destes, impunidade do crime.²³⁷

Segundo Nucci, a solução para o impasse está no art. 101 do Código Penal: "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". Portanto, considerando que a lesão grave e o homicídio são elementos do tipo penal do art. 213, ainda que como resultados qualificadores²³⁸, além de serem crimes autônomos, cuja ação é pública incondicionada, torna-se indispensável considerar o estupro seguido de lesão grave ou morte da vítima um crime de ação pública incondicionada.²³⁹

No mesmo sentido, Cabette entende que nos casos de estupros qualificados por lesões graves ou morte aplica-se a regra geral do artigo 101, CP, referente à ação penal nos crimes complexos, devendo predominar a ação penal pública incondicionada prevista para

²³⁵ CP/Art. 223 "Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de oito a doze anos. Parágrafo único - Se do fato resulta a morte: Pena - reclusão, de doze a vinte e cinco anos." (*Redação anterior*)

²³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 121 a 234-B do CP. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 425.

²³⁸ CP/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) anos."

²³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

as lesões graves e homicídio sobre a ação pública condicionada prevista para os crimes sexuais.²⁴⁰

Para Nucci, a omissão trazida pela Lei 12.015/2009 reavivou o art. 101 do Código Penal, permitindo-se retificar a distorção gerada quanto ao estupro seguido de lesão grave ou morte.²⁴¹

Cabette explica que o legislador não tinha a pretensão de deixar nas mãos da vítima ou de seus representantes a decisão de autorizar o procedimento se presente lesão grave ou morte, uma vez que não é admissível que um crime da gravidade do estupro seguido de morte deixe de ser perseguido por falta de representação dos sucessores da vítima.²⁴²

O autor segue explicando que não há razão para a mudança de entendimento, pois até a antiga regra da ação penal privada era excepcionada pela aplicação do artigo 101 do Código Penal.²⁴³

Outro ponto importante é o reflexo da nova redação do art. 225 em relação à Súmula 608 do STF: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada". O artigo 225 do Código Penal não elucidou a matéria em torno da ação penal nos crimes de estupro qualificado por lesão grave e morte. Diante disso, ainda se discute sobre a eficácia da Súmula 608 do STF.

O entendimento de Nucci é pela eliminação da Súmula 608 do STF, diante disso, o estupro de pessoa adulta, ainda que praticado com violência, a ação é pública condicionada à representação.²⁴⁴ O autor afirma:

Editada antes do advento da Lei 12.015/2009, valendo-se de política criminal, cuja finalidade era a proteção à mulher, que, embora estuprada com

²⁴⁰ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁴² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²⁴³ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

²⁴⁴ 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. 62.

violência, via-se constrangida em registrar a ocorrência, preferindo calar-se, hoje não mais se justifica essa tutela.²⁴⁵

As súmulas não podem dispor contra a lei, principalmente quando esta é posterior e traz inovações, nesse sentido Nucci.²⁴⁶

No mesmo sentido, posicionando-se pela inaplicabilidade da Súmula 608 do STF, Capez entende que com o advento da Lei 12.015/2009, o art. 225 é expresso no sentido de que nos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação, não existindo dúvida que se aplica também ao estupro com resultado lesão leve, grave, gravíssima e morte.²⁴⁷

Em sentido contrário, afirmando a aplicação do art. 101 do CP e a permanência da Súmula 608 do STF, Queiroz esclarece que o estupro simples não é complexo ou composto, vez que o constrangimento ilegal constitui crime autônomo, mas o ato sexual não o é. O delito complexo é aquele resultante da fusão de dois ou mais tipos. Diante disso, o estupro na forma qualificada por lesão grave ou morte é crime complexo, pois resulta da fusão de dois tipos penais autônomos: estupro (simples) ou constrangimento ilegal e lesão grave ou homicídio, no mesmo sentido Lopes Junior.²⁴⁸

Para Queiroz e Lopes Junior, incorre o art. 101 do Código Penal, porque a lesão grave e a morte são condutas que “a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes”. Para Queiroz, se não fosse a previsão legal expressa das qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal²⁴⁹, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem delitos autônomos.²⁵⁰

²⁴⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁴⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118.

²⁴⁸ QUEIROZ, Paulo. *Ação Penal no atual Crime de Estupro*. Disponível em: <www.pauloqueiroz.net>. Acesso em: 04 out de 2010.

²⁴⁹ CP/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) anos.”

²⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. *Ação Penal no atual Crime de Estupro*. Disponível em: <www.pauloqueiroz.net>. Acesso em: 04 out de 2010.

Queiroz segue explicando que não faz sentido que para crime menos grave, por exemplo, o estupro contra vulnerável ou menor de 18 anos, punido com pena de 8 a 15 anos de reclusão, fosse admitida a ação penal pública incondicionada, e para um mais grave, punido com pena de até 30 anos de reclusão a ação penal dependesse de representação. Destaca-se que para o estupro contra vulnerável (CP, art. 217-A, §§3º e 4º), a lei prevê as formas qualificadas da lesão grave e morte da vítima. Portanto, exigir representação para o estupro qualificado não tem fundamento.²⁵¹

O mesmo autor adverte ser incompreensível uma lei, que extinguiu a ação penal privada e aspirou castigar mais duramente seus destinatários, tratasse de modo mais brando os autores dos crimes mais graves, ao condicionar a ação penal à representação da vítima, que poderá estar morta.²⁵² Diante da explicação acima exposta, Queiroz afirma:

a jurisprudência (Súmula 608 do STF) que se consolidara sobre o tema permanece absolutamente inalterada: a ação penal, no crime de estupro com lesão grave ou morte, é de ação pública incondicionada, porque tanto a lesão grave quanto o homicídio são delitos de ação pública incondicionada.

A edição da súmula não foi apenas para pacificar interpretações, mas também para elucidar que o estupro praticado mediante violência real é um crime complexo. Diante disso, a natureza da ação penal do delito complexo segue a natureza da ação penal pública dos fatos que o compõem, e tanto a lesão corporal grave quanto o homicídio são crimes de ação pública incondicionada. Para Bitencourt, seria um equívoco sustentar que, no crime matar alguém, pelo fato de estar vinculado a outro delito, a persecução penal não poderia ser pública incondicionada. Essa interpretação deixaria desprotegido um dos bens jurídicos mais valiosos que é a vida, além de violar o princípio da razoabilidade. Para o autor, interpretando sob essa ótica, que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608 para assegurar a valoração sistemática do Código Penal. E a mesma crise interpretativa apresenta-se agora, justificando-se que se mantenha vigente.²⁵³

Há controvérsia também no que concerne à prevalência da Súmula 608 do STF nas hipóteses em que a violência empregada no estupro resultar lesão corporal leve.

LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p.....

²⁵¹ QUEIROZ, Paulo. Ação Penal no atual Crime de Estupro. Disponível em:<www.pauloqueiroz.net>. Acesso em: 04 out de 2010.

²⁵² QUEIROZ, Paulo. Ação Penal no atual Crime de Estupro. Disponível em:<www.pauloqueiroz.net>. Acesso em: 04 out de 2010.

²⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 137, 139 e 140.

Para Ávila, estupro praticado apenas com ameaça ou lesão corporal leve, a ação penal será pública condicionada à representação, de acordo com a nova regra do art. 225 do Código Penal. O autor entende que manter a eficácia da Súmula 608 do STF²⁵⁴ seria incorrer em 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 leve) também são condicionados à representação, então não haveria sentido tornar incondicionada a ação penal do estupro apenas porque foram cometidos através desses crimes menores. Segundo, caso se entenda que o estupro praticado mediante ameaça ou lesão corporal leve é de ação penal pública incondicionada, então não existiria nenhuma hipótese em que o estupro seria de ação penal pública condicionada à representação, interpretação que tornaria letra morta o disposto no art. 225, caput, do Código Penal.²⁵⁵

Para Cabette, vias de fato, grave ameaça e lesões leves a ação será, em regra, pública condicionada. Especificamente no caso de lesões leves, deve-se instaurar ação penal pública condicionada²⁵⁶ conforme o disposto no artigo 88 da Lei 9099/95²⁵⁷ c/c artigo 101 do Código Penal. Neste caso, o autor entende que não há razão para aplicar a Súmula 608 do STF, uma vez que aqui não ocorrem resultados gravosos como morte ou lesões graves a justificarem a exceção à regra da ação penal pública condicionada.²⁵⁸

Em sentido diverso, Greco entende ser aplicável a Súmula 608 do STF para os crimes cometidos mediante lesão corporal leve. Diante disso, a persecução penal deverá ser de iniciativa pública incondicionada, fazendo assim letra morta das disposições do art. 225 do

²⁵⁴ A Súmula foi editada antes da Lei nº 9.099/1995 em que o crime de lesão corporal leve era de ação penal pública incondicionada. A Súmula destinava-se a corrigir uma distorção da época, que era aplicar as regras da ação penal privada no crime de estupro com lesão corporal, enquanto na lesão corporal a ação era pública incondicionada. Sendo assim, a interpretação original da Súmula n. 608 do STF foi orientada por razões de política criminal. (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13589>>)

²⁵⁵ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2278, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13589>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁵⁶ Após o advento da Lei 9.099/1995, o crime de lesão corporal leve foi inserido no rol de ação penal pública condicionada. (PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial*, arts. 184 a 288. V. 3, p. 251)

²⁵⁷ Lei nº 9.099/1995/Art. 88 “Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.”

²⁵⁸ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

Código Penal, somente exigindo a representação nas hipóteses que o estupro for cometido com emprego de grave ameaça.²⁵⁹

Antes de se posicionar sobre a questão, cabe comentar que crime complexo é a reunião típica de dois ou mais tipos penais incriminadores. Destaca-se que a expressão violência abrange as vias de fato, e as lesões corporais leves, graves ou gravíssimas. Acontece que, quando do estupro resulta uma lesão corporal de natureza leve, ela é absorvida pelo crime de estupro em razão do princípio da subsidiariedade implícita, ou seja, um delito menos amplo integra a descrição típica de um mais amplo e comprovado o fato principal, afasta-se o subsidiário, e não comprovado o principal pune-se pelo crime subsidiário. Diante disso, aplica-se o art. 225 do Código Penal, ou seja, a instauração da ação penal é de iniciativa pública condicionada à representação, pois a lesão leve é inerente ao tipo penal. Destaca-se que nesse caso, não há que se falar na aplicação da Súmula 608 do STF.

O entendimento adotado é que o estupro simples não é crime complexo, pois compreende o constrangimento ilegal que é delito autônomo acrescido do ato sexual que em si mesmo não é crime. Em razão disso, incide nessa hipótese o art. 225 do Código Penal, ou seja, ação penal é pública condicionada à representação.

A fusão de estupro e vias de fato não configura crime complexo, pois vias de fato não se qualifica como crime, sim como contravenção penal. Diante disso, aplica-se o art. 225 do Código Penal e não a súmula.

No que concerne ao estupro na forma qualificada por lesão corporal grave, gravíssima ou morte, entende-se que forma um crime complexo, pois resulta da fusão de dois tipos penais autônomos: estupro simples e lesão grave, gravíssima ou homicídio. Nesse sentido, defende-se a permanência da Súmula 608 do STF.

A Lei 12.015/2009 ao alterar o regramento da ação penal, abrange também um conteúdo de direito material, assim surgem dúvidas no que concerne a sua aplicação no tempo, tema que será discutido a seguir.

²⁵⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 462 e 463.

3.2. Aplicação da nova lei no tempo

Há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu²⁶⁰ e a lei processual penal aplica-se imediatamente²⁶¹. O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, está inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal, tendo força vinculante e uma conotação imperativa, ensina Moreira.²⁶²

Aplica-se o princípio da imediatidade somente em leis processuais penais puras. Contudo, existem leis que são formalmente processuais, mas materialmente são penais, pois possuem conteúdo relacionado ao Direito Penal. Essas normas são consideradas leis processuais penais mistas ou híbridas, devendo incidir o princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, nesse sentido Alves.²⁶³

Moreira esclarece que uma norma que passou a exigir a representação para a persecução penal tem um aspecto material, uma vez que o não oferecimento da representação ocasionará a decadência e a extinção da punibilidade que são matérias do Direito Penal. A norma também tem aspecto processual, pois exige uma condição de procedibilidade da ação penal.²⁶⁴

Diante disso, a Lei 12.015/2009, no que concerne à ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, tem natureza híbrida ou mista, visto que ao tratar de ação penal, ela apresenta um caráter formalmente processual penal, e ao determinar que a ação penal nesses crimes deixa de ser de iniciativa privada para se tornar pública atinge diretamente institutos de direito material, tais como decadência, renúncia, perdão e preempção, todos causas de extinção da punibilidade, nesse sentido Alves.²⁶⁵

²⁶⁰ CF/Art. 5º, XL “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

²⁶¹ CPP/Art. 2º “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

²⁶² MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁶³ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁶⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁶⁵ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

Sendo a Lei 12.015/2009 uma norma processual penal mista questiona-se em quais situações poderá a nova lei retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua entrada em vigor.

Antes do advento da nova lei, o crime de estupro, em regra, estava submetido a ação penal privada. Destaca-se que é mais favorável a um indivíduo que o crime seja de ação penal privada, pois é possível a aplicação dos institutos da decadência, renúncia, perdão e perempção, institutos estes que promovem a extinção da punibilidade. Na ação penal pública condicionada à representação do ofendido, por sua vez, só é possível operar a decadência. Diante disso, Alves e Capez entendem que a Lei 12.015/2009 não deve retroagir, persistindo o crime como de ação penal privada. Nesse sentido, se o fato ainda está em sede de inquérito policial, a vítima do delito deve estar atenta ao prazo decadencial que ainda resta para que ofereça a queixa-crime. Se a ação penal já está em andamento, não há qualquer alteração no pólo ativo da demanda. Alves adverte que havendo decisão com trânsito em julgado, não há nada mais a se fazer.²⁶⁶

Segundo Moreira, nos processos em andamento, cuja ação penal iniciou-se mediante queixa há o prosseguimento normal do procedimento, observando-se o princípio do *tempus regit actum*, pois a ação penal de iniciativa privada é mais benéfica para o acusado que a ação penal de iniciativa pública.²⁶⁷

Para Nucci considerando que a Lei 12.015/2009 trouxe regra processual mais rígida, sob determinado aspecto, de conteúdo material, não pode retroagir para prejudicar o réu. Em razão disso, crimes contra a liberdade sexual, ocorridos antes de 7 de agosto de 2009, continuam a comportar ação penal privada.²⁶⁸

Se antes da nova lei o crime estava submetido a ação penal pública condicionada à representação, é notório que entre a ação penal pública condicionada à representação e a ação penal pública incondicionada, é melhor para o agente do delito que o crime esteja submetido à primeira, pois ela permite que se opere a decadência, o que não

²⁶⁶ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

²⁶⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

acontece na segunda espécie de ação. Diante disso, se o crime era de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, assim permanecerá, independente se a ação penal se tornou pública incondicionada ou condicionada à representação do ofendido, nesse sentido Alves.²⁶⁹

Moreira adverte que o problema surge nos casos em que a ação penal era pública incondicionada²⁷⁰ e passou a ser pública condicionada à representação. É manifesto que a situação é mais benéfica para o acusado, pois o início da persecução penal tornou-se mais difícil para o Ministério Público, passando a depender de uma condição específica de procedibilidade. Neste caso, tratando-se de norma processual penal material, deve ser aplicada a retroatividade da lei.²⁷¹

No mesmo sentido, Alves entende que nesta hipótese há melhoria na situação do agente do delito, pois ele poderá ser beneficiado pela decadência, que provoca a extinção da punibilidade. Por conta disso, a Lei 12.015/2009 deverá retroagir. Assim, se foi iniciada a ação penal, a vítima deverá ser chamada para oferecer a representação, caso não tenha feito.²⁷²

Para Nucci, as ações penais públicas incondicionadas, movidas com base na Súmula 608, que para o autor é inaplicável, devem ser sobrestadas imediatamente, a fim de colher a concordância da vítima. Nessa parte, a Lei 12.015/2009 deve retroagir, pois beneficia ao agente do delito.²⁷³

Segundo Lopes Junior, por tratar-se de um típico caso de lei processual penal mais benigna, deverá retroagir, salvo se já houver trânsito em julgado, devendo o juiz ou tribunal suspender o andamento do processo, notificando a vítima ou representante legal,

²⁶⁹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁷⁰ Hipóteses exemplificadas pelo autor como de ação pública incondicionada: delito praticado com abuso do poder familiar ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; se resultava, da violência empregada, lesão corporal leve, grave ou morte.

²⁷¹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁷² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

²⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. Jornal Carta Forense, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

para que ofereça a representação, sob pena de extinção do processo e da punibilidade pela decadência.²⁷⁴

A definição do prazo para apresentar a representação é outra dificuldade a ser enfrentada. Segundo Moreira, a nova lei não estabeleceu o prazo para representar, em uma disposição de caráter transitório, gerando uma lacuna na lei.²⁷⁵

Para Lopes Junior, uma forma de suprir a lacuna legislativa é por meio da analogia com o art. 91 da Lei 9.099/95, que enfrentou exatamente o mesmo problema.²⁷⁶ Moreira esclarece que existem duas normas que podem ser utilizadas por analogia no intuito de preencher a lacuna da nova lei: o art. 88 da Lei 9.099/95, que passou a exigir representação para as lesões leves e culposas, e o seu art. 91 que tem a seguinte redação: “Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”.²⁷⁷

Diante disso, os autores entendem pela aplicação analógica do art. 91 da Lei 9.099/95 para a concessão do prazo de 30 dias para que a vítima satisfaça a condição de prosseguibilidade, sob pena de não o fazendo, ser extinta a punibilidade pela decadência.²⁷⁸

A representação feita no processo em andamento, por decorrência de alteração legislativa, tem uma natureza diversa, não mais como condição de procedibilidade, mas sim de "prosseguibilidade". Diante desta nova função, não se justifica a concessão do prazo de 6 meses, uma vez que o processo já está em curso e apenas necessita de uma

²⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 4 e 5.

²⁷⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 5.

²⁷⁷ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

²⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 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*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 7 set. 2011.

autorização da vítima para que o Ministério Público possa prosseguir com a persecução penal, explica Lopes Junior.²⁷⁹

Lopes Junior adverte que diante do direito de ser julgado em um prazo razoável não é razoável suspender o processo por até 6 meses para aguardar a manifestação da vítima.²⁸⁰

Para Nucci, deve o magistrado intimar a vítima, a fim de obter, de imediato a sua manifestação. Se desejar a continuidade da ação penal, conduzida pelo Ministério Público, deve formalizar a representação ou simplesmente demonstrar concordância. Se não quiser o seguimento da ação penal, basta negar e o juiz julgará extinta a punibilidade. Retira-se a legitimidade do Ministério Público para avançar na demanda, pois a vítima não foi consultada e a nova lei determina que assim seja feito. O art. 225 tem sérias implicações de ordem material, em razão disso a retroatividade é imperiosa.²⁸¹

Lopes Junior adverte que não se pode igualar o tratamento da representação que tem natureza jurídica de condição de procedibilidade com a condição de prosseguibilidade. No segundo caso, a representação não pode ser suprida pelas manifestações anteriores da vítima, pois não se trata de autorizar genericamente a investigação e persecução estatal, sim de permitir que o Estado prossiga com um processo já existente. Há uma nova situação que deve ser avaliada, cabendo à vítima decidir se deseja autorizar a continuidade do processo ou não. Necessariamente ela deve ser ouvida, pois se não tiver interesse na continuidade do processo, deverá ter o poder de extingui-lo.²⁸²

Em suma, considerando que a Lei 12.015/2009 trouxe uma regra processual mais rígida, pois privou o acusado dos institutos da ação penal privada que davam causa à extinção de punibilidade, não pode a nova lei retroagir. Diante disso, crimes sexuais, ocorridos antes de 7 de agosto de 2009 continuam de ação penal privada. Porém, existe o entendimento que os crimes submetidos, no regime antigo, à ação penal pública incondicionada podem ser atingidos pela retroatividade da Lei 12.015/2009, pois beneficia o réu.

²⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 5.

²⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 5.

²⁸¹ 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. 69.

²⁸² LOPES JUNIOR, Aury. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual* (Lei 12.015/2009). Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010, p. 5.

Para se posicionar quanto à retroatividade ou não da nova lei é importante diferenciar algumas situações.

Em relação à hipótese de estupro qualificado pelo resultado lesão grave ou morte, que tenha sido praticado no regime legal anterior, e entendendo que segue com plena eficácia a Súmula 608 do STF, não houve qualquer alteração no que concerne à ação penal. A persecução penal que era de iniciativa pública incondicionada permanece inalterada.

No que concerne aos crimes praticados com lesão corporal simples ou grave ameaça²⁸³, entendendo pela inaplicabilidade da súmula 608 do STF nessas hipóteses, percebe-se que a nova lei é mais benéfica no que tange à ação penal, pois antes os delitos eram considerados de ação penal pública incondicionada e agora são de ação penal pública condicionada à representação. Diante disso, retroage a nova lei e deve-se intimar a vítima para apresentar a representação.

No que se refere aos crimes praticados com violência presumida, a ação penal prevista na nova lei é mais gravosa, pois os crimes que, no regime legal anterior, estavam sujeitos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada à representação, no caso de vítima pobre, foram alterados para ação penal pública incondicionada. Nesses casos, a nova lei não pode retroagir para atingir fatos praticados antes de sua entrada em vigor.

O presente capítulo fez uma análise das principais problemáticas originadas pela reforma legislativa no que se refere à persecução penal. Importante discussão envolve elucidar qual a ação penal cabível para o estupro qualificado pela lesão corporal leve, grave ou pela morte, uma vez que Lei 12.015/2009 não fez. Foi debatido também sobre a validade ou não da Súmula 608 do STF após o advento da nova lei. Por fim, sendo a Lei 12.015/2009 uma norma processual penal mista discutiu-se em quais situações a nova lei poderia retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua entrada em vigor.

²⁸³ O Superior Tribunal de Justiça entende que a expressão violência real alcança a denominada violência moral, no caso grave ameaça com emprego de arma de fogo. E o art. 101 do CP alcança o estupro como crime complexo em sentido amplo. Em razão disso, o legitimado para propositura da ação penal é o parquet. (REsp 479.679/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, J. 19-08-2003, DJ 15-9-2003)

CONCLUSÃO

Como visto, o presente trabalho tinha por objetivo discutir as principais incoerências no que tange à ação penal nos crimes de estupro, após o advento da Lei 12.015/2009.

Para tanto, o primeiro capítulo discorreu de forma a apresentar o instituto da ação da penal que é um direito concedido pelo Estado ao particular ou ao Ministério Público de se dirigir ao Poder Judiciário para formular a pretensão acusatória. Tal direito é assegurado pela Constituição Federal. Foram analisadas as principais características, regras e subdivisões da ação penal pública e da ação penal privada. Concluiu-se que, na essência, toda ação penal é pública, sendo seu conteúdo de interesse geral e a iniciativa de agir deste direito é que em alguns casos excepcionais é dada ao particular. Percebeu-se que o regramento e as características da ação se diferenciam de acordo com o legitimado para iniciar a persecução penal.

O estudo conclui que as regras que regem a ação penal de iniciativa privada se manifestam por alguns institutos como o perdão, perempção, renúncia, decadência que são causas de extinção da punibilidade, evidenciando que a ação penal em que a iniciativa de agir é dada ao ofendido é mais branda que ação penal de iniciativa pública.

Ainda no tocante ao primeiro capítulo, ao discorrer sobre as características e regras que regem a ação penal de iniciativa pública, percebe - se que a modalidade que exige a representação para persecução penal pode também beneficiar o agente do delito, uma vez que a representação é uma condição de procedibilidade, estando a atividade persecutória subordinada a manifestação de vontade do ofendido. Após autorização da vítima para persecução penal pelo Ministério Público, pode ainda, a vítima se retratar, ou seja, retirar a autorização, o que confirma o caráter favorável ao agente do delito em relação a ação penal pública incondicionada.

O segundo capítulo discorreu sobre as principais alterações da Lei 12.015/2009.

Discutiu-se a inadequação da anterior nomenclatura do Título VI “Dos crimes contra os costumes”, que exprimia a importância que o legislador conferia à tutela da moralidade sexual e do pudor público e a consequente alteração do foco de proteção para a

dignidade do indivíduo, sob o aspecto sexual com a mudança da rubrica do Título para “Dos crimes contra a dignidade sexual”.

A remodelação do tipo penal estupro com a fusão de conteúdos das figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor no art. 213, caput, do Código Penal, originou um conceito expandido de estupro, que abarca também as condutas legalmente denominadas de “outro ato libidinoso”, com isso o atentado violento ao pudor perdeu sua autonomia tipológica.

Das alterações trazidas pela Lei 12.015/2009, observou-se que o bem jurídico tutelado abrange tanto a liberdade sexual da mulher como a do homem. E que a reforma legislativa ampliou as possibilidades de sujeito passivo no tipo penal estupro, dentre elas a figura masculina.

Forçoso reconhecer que apesar da reforma legislativa, algumas controvérsias persistem na doutrina. Dentre elas, a questão quanto à existência de crime único ou pluralidade de crimes diante do coito anal e conjunção carnal, contra a mesma pessoa e na mesma situação fática. A jurisprudência tem algumas decisões no sentido que o novo tipo penal de estupro prevê condutas alternativas e já reconheceu a tese da continuidade delitiva.

O último capítulo discorreu sobre as principais problemáticas em torno da ação penal, após o advento da Lei 12.015/2009.

Primeira conclusão permitida pela alteração é a de que, em relação aos crimes sexuais, não há mais hipóteses de cabimento ação penal privada, exceto ação penal privada subsidiária da pública nos casos de inércia do Ministério Público.

Ao analisar o tema, foi observada a omissão da nova legislação em elucidar a matéria em torno da ação penal nos crimes de estupro qualificado por lesão leve, grave e morte. Diante disso, surgiu uma controvérsia no que se refere à eficácia ou não da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

O estudo concluiu que há uma incoerência de não se admitir a ação penal pública incondicionada na hipótese em que o estupro é de extrema gravidade, a aplicação literal do dispositivo da nova lei, que transformou a ação penal em pública condicionada, implicaria a necessidade, no caso de morte da vítima, de representação do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, e na ausência destes, impunidade do crime. Nesse sentido,

concluiu-se que o estupro qualificado por lesão corporal grave, gravíssima ou morte é um crime complexo, prevalecendo a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. A lesão corporal leve é absolvida pelo crime de estupro, incidindo nessa hipótese o art. 225 do Código Penal.

Discutiu-se também que a da Lei 12.015/2009 é uma norma processual penal mista. Diante disso, surgiu o questionamento em quais hipóteses poderia a nova lei retroagir para alcançar fatos praticados antes da sua entrada em vigor.

O que se observou foi que a nova a Lei 12.015/2009 trouxe uma regra processual mais rígida, pois privou o acusado dos institutos da ação penal privada que davam causa à extinção de punibilidade, não podendo a nova lei retroagir. Diante disso, crimes sexuais, ocorridos antes de 7 de agosto de 2009 continuam de ação penal privada. Porém, se no regime antigo a persecução penal, em determinadas hipóteses, era iniciada pelo Ministério Público sem a necessidade de representação e agora passou a ter, o procedimento será suspenso para que a vítima apresente a representação. Neste caso, o prazo para representação, por analogia com o art. 91 da Lei 9.099/95, será de 30 dias. Se o titular da representação, não o fizer, extingue-se a punibilidade pela decadência, se representar, o processo terá seguimento.

A proposta deste trabalho foi trazer uma reflexão sobre as problemáticas geradas pela reforma legislativa no que concerne à ação penal, expondo as divergentes correntes doutrinárias a fim de incitar uma análise crítica sobre o tema. Percebe-se como positiva a reforma penal no que se refere à modernização do cenário dos crimes sexuais e alteração do foco da proteção jurídica para a dignidade sexual dos indivíduos, harmonizando o ordenamento jurídico infraconstitucional à Constituição Federal. A reforma também tem o mérito de submeter à persecução penal ao Ministério Público, condicionando à autorização da vítima, uma vez que se trata de um crime de extrema gravidade em que é evidente o interesse público na devida punição do agente. Por fim, conclui-se que apesar dos pontos positivos, após a reforma penal, persistem algumas indagações que não possuem uma definição concreta nem na doutrina nem na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2366, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14051>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *A nova ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. Uma análise da Lei nº 12.015/2009*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2278, 26 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13589>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Reforma penal material de 2009: crimes sexuais, sequestro relâmpago, celulares nas prisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2262, 10 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/13479>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André; BECHARA, Fábio Ramazzini; THEODORO, Luis Marcelo Mileo e CAMPOS, Pedro Franco de. *Reforma penal: Comentários às Leis n. 11.923, 12.012 e 12.015, de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal, parte especial*. V. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. V. 3, 7 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte especial – dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEAL, João José e 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*. São Paulo, v. 10, p. 17 – 42, novembro 2009.

_____. *Novo tipo penal de estupro: formas típicas qualificadas e concurso de crimes*. Disponível em: <http://www.pesquisedireito.com/ntpe_formas_tip_qualif_e_conc_pes.htm>. Acesso em 07 de jun. 2011.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I, 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

_____. *A Problemática em Torno da Ação penal nos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Lei 12.015/2009)*. Boletim ibccrim. V. 17, n. 207, p.4-5, fevereiro 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*, arts. 121 a 234-B do CP. V. 2, 28 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e nos delitos sexuais contra vulnerável - a Lei nº 12.015/09*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2239, 18 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13345>>. Acesso em: 07 set. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual*. *Jornal Carta Forense*, 4 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/materia.aspx?id=4894>>. Acesso em: 29 ago. 2011.

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

_____. *Código de processo penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2008.

PIERANGELI, José Henrique e SOUZA, Carmo Antônio de. *Crimes sexuais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Volume 2: parte especial, arts. 121 a 249. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial, arts. 184 a 288*. V. 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo e VIEIRA, Antônio. *Retroatividade da lei processual penal e garantismo*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-processual-penal-e-garantismo/>>. Acesso em: 22 de ago. 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Ação Penal no atual Crime de Estupro*. Disponível em: <www.pauloqueiroz.net>. Acesso em: 04 de out. 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2008.

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

_____. *Processo penal*. V.1, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.