



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A ação penal nos crimes de estupro qualificado após a Lei 12.015 de 2009

Caroline Xavier Tassara

Rio de Janeiro
2010

CAROLINE XAVIER TASSARA

A ação penal nos crimes de estupro qualificado após a Lei 12.015 de 2009

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Néli Fetzner
Prof. Mônica Areal
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

A AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO QUALIFICADO APÓS A LEI 12.015 DE 2009

Caroline Xavier Tassara

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: Este trabalho trata das inovações trazidas pela Lei 12.015/09, que alterou o capítulo do Código Penal ora intitulado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”. É analisada, especificamente, a natureza da ação penal nos casos de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave, após o advento da nova lei. Inicialmente, é abordada a tese da ação penal pública condicionada à representação, bem como a arguição de inconstitucionalidade do artigo 225 do Código Penal perante o Supremo Tribunal Federal. A seguir, defende-se a constitucionalidade da referida norma e a natureza incondicionada da ação penal, com base na noção de crime complexo, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, discute-se acerca da aplicabilidade ou não da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal em tais casos.

Palavras-chaves: Lei 12.015/09. Crimes contra a dignidade sexual. Estupro qualificado. Ação Penal. Natureza. Inconstitucionalidade. Constitucionalidade. Crime Complexo. Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

Sumário: Introdução. 1. Considerações Preliminares Acerca da Ação Penal. 2. A Ação Penal nos Crimes Contra os Costumes até 10/8/09. 3. A Atual Natureza da Ação Penal nos Crimes de Estupro com Resultado Morte ou Lesão Corporal Grave. 3.1. A Tese da Ação Penal Pública Condicionada à Representação. 3.2. Alegada Inconstitucionalidade do Artigo 225 do Código Penal. 3.3. Argumentos Pela Constitucionalidade da Norma. 4. A Ação Penal é Pública Incondicionada. 4.1. Da Aplicabilidade da Regra do Artigo 101 do CP. 4.2. Da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a proposta de abordar algumas implicações práticas decorrentes das inovações legislativas trazidas pela Lei 12.015 de 2009, especificamente no

que diz respeito à natureza da ação penal nos crimes de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave da vítima.

O referido diploma legal foi publicado no dia 10 de agosto de 2009 e alterou o Título VI da Parte Especial do Código Penal (CP) – que previa os crimes contra os costumes –, o artigo 1º da Lei 8.072/90 e revogou expressamente a Lei 2.252/54.

As alterações trazidas pela nova lei começam na nomenclatura, tendo-se abandonado a ultrapassada expressão “crimes contra os costumes” de 1940, que já não traduzia a realidade dos bens jurídicos tutelados no Título VI do Código Penal. O foco há muito deixou de ser o comportamento sexual das pessoas perante a sociedade. Mais afinada com a Constituição Federal de 1988, a nova lei dispõe com propriedade que o bem jurídico protegido é a dignidade sexual, parcela importante da dignidade da pessoa humana, vetor consagrado na Carta Magna, que merece destaque e proteção logo em seu artigo 1º, inciso III.

Como afirma Guilherme de Souza Nucci, nesse novo contexto “busca-se proteger a respeitabilidade do ser humano em matéria sexual, garantindo-lhe a liberdade de escolha e opção nesse cenário, sem qualquer forma de exploração.” (2009, p. 14).

As inovações não ficam apenas no novo título. As figuras típicas do estupro e atentado violento ao pudor foram reunidas num mesmo tipo penal de estupro, tendo o artigo 214 do CP sido revogado, o que parece indicar uma solução para a sempre tormentosa questão acerca de eventual concurso entre esses crimes.

O presente estudo consistirá na análise da natureza da ação penal nos casos em que o novo crime de estupro resultar em lesão corporal grave ou morte da vítima, ou seja, nos casos de estupro qualificado. Isso porque a nova redação do artigo 225 do CP abre brecha para o entendimento de que a ação penal teria sido transformada pelo legislador em pública condicionada à representação, quando antes era pública incondicionada.

A questão deu origem a grande controvérsia na doutrina, tendo sido inclusive proposta uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal em face do novo artigo 225, o que demonstra a relevância dessa investigação.

Dessa forma, a fim de se identificar a natureza da ação penal no estupro qualificado após agosto de 2009, serão inicialmente apresentadas considerações preliminares acerca da ação penal, seguidas da análise da sua natureza no estupro qualificado antes da Lei 12.015/09.

Em seguida, será exposto o cenário atual e suas diferentes repercussões na doutrina. Será feita uma análise dos argumentos alegados a favor da declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 225 do CP na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4301, bem como os argumentos contrários a essa tese. Por fim, serão analisados os fundamentos das diferentes correntes doutrinárias, inclusive quanto à aplicabilidade do artigo 101 do CP após a alteração legislativa, bem como quanto à subsistência ou não da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA AÇÃO PENAL

A nova redação do artigo 225 do Código Penal, trazida pela Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, acarretou importantes alterações na disciplina da ação penal nos crimes contra a liberdade sexual. Para um sólido aprofundamento na celeuma criada pelo novo diploma legal, faz-se necessário tecer algumas breves considerações iniciais acerca da ação penal.

Paulo Rangel (2010) define-a como “um direito subjetivo de se invocar do Estado a prestação jurisdicional, pois, havendo o Estado monopolizado a administração da justiça, deve dar a cada um o que lhe é devido.”

Seu fundamento encontra-se no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

De fato, num Estado Democrático de Direito, não se pode admitir que as partes façam justiça pelas próprias mãos. Na esfera penal, o papel estatal ganha contornos ainda mais relevantes, uma vez que esse ramo do direito tem como objeto a tutela das lesões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade, podendo levar, através do processo, à imposição de uma pena que restrinja o direito fundamental à liberdade de locomoção do ser humano.

Não é por outro motivo que o Estado assumiu o monopólio da Justiça, de forma que o direito de punir (*jus puniendi*), pertence exclusivamente a ele.

Contudo, o direito de se exigir do Estado o que é devido é inerente a cada indivíduo, daí afirmar-se que o direito de ação é subjetivo. Por não se confundir com o direito material alegado, diz-se que é também autônomo, e como existe independentemente do autor ter ou não razão, conclui-se que é um direito abstrato. Tem ainda como característica o fato de ser um direito instrumental, já que consiste no meio utilizado para se exercer a pretensão punitiva e, como é um direito dirigido contra o próprio Estado, que visa a provocar o Estado-Juiz para que aplique o direito penal objetivo no caso concreto, diz-se que é um direito público. Assim, deve ficar claro que a ação penal é sempre pública.

A sua classificação tradicional pela doutrina adota como critério de distinção o elemento subjetivo, ou seja, considera aquele que será o seu titular. Assim, há a ação penal pública de iniciativa pública, promovida pelo Ministério Público com o oferecimento da denúncia, e a ação penal pública de iniciativa privada, que será proposta pelo ofendido ou seu representante legal através da queixa-crime.

Conforme esclarece Paulo Rangel (2010), na ação penal privada, o ofendido é um verdadeiro substituto processual, pois a lei o autoriza a litigar em nome próprio na defesa de

direito alheio, consistente no interesse do Estado em ver o restabelecimento da ordem jurídica afrontada com a prática do delito. Como o Estado seria o legitimado ordinário para agir, mas delega essa legitimidade para o ofendido expressamente, em casos específicos, através de lei, diz-se que a legitimidade deste é extraordinária.

Já a titularidade da ação penal pública será sempre exercida pelo Ministério Público, conforme preceituado no artigo 129, I da Constituição Federal. Contudo, em alguns casos, o legislador condicionou a atuação dos órgãos de repressão a uma prévia manifestação de vontade, que poderá ser do ofendido (chamada de representação) ou do Ministro da Justiça (através de requisição).

Cumpram aqui esclarecer que a ação penal pública condicionada, ao mesmo tempo em que evidencia o interesse público de toda a comunidade na repressão do delito, atribuindo-se ao Ministério Público a legitimidade para a sua deflagração, também tutela os interesses da vítima, protegendo-a, em determinados crimes, contra os efeitos negativos que possam eventualmente decorrer da divulgação pública do fato. Assim, reserva-se a ela o juízo de oportunidade e conveniência da instauração da ação penal, conseqüentemente limitando a atuação do MP, que ficará condicionado à autorização explícita do ofendido para poder atuar.

Por conta dessa limitação, a ação penal condicionada costuma ficar reservada para crimes menos graves, com menor grau de reprovabilidade ou quando, pela própria natureza da infração, a exposição do fato puder causar ainda maior transtorno à vítima, justificando, assim, a sua prévia manifestação, a representação, como condição de procedibilidade da ação.

Dessa forma, subdivide-se a ação penal pública em incondicionada e condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça. Sendo certo que a regra no Código Penal, de acordo com o artigo 100, é a ação incondicionada, somente haverá crime de ação penal pública condicionada ou de ação penal privada quando a lei assim prever de forma expressa.

Vale ressaltar, ainda na modalidade pública, a classificação de Juarez Cirino dos Santos, que identifica uma terceira categoria a qual chama de ação penal pública extensiva. Esta será observada quando houver crimes de ação penal privada que possuam elementos ou circunstâncias típicas que configurem, por si sós, crimes de ação penal pública, o que a doutrina e o artigo 101 do Código Penal identificam como crimes complexos. Explica o referido autor que “a ação penal pública do crime *elementar* consutivo do tipo de crime de ação penal privada fundamenta a *extensão* da ação penal pública ao tipo de crime de ação penal privada.” (2008, p. 682)

É também importante, neste momento, identificar a natureza jurídica da norma que regula o direito de ação, se processual ou material, o que será fundamental para balizar os conflitos de direito intertemporal decorrentes das mudanças trazidas pela nova lei.

Paulo Rangel (2010) e Rogério Lauria Tucci (2002) afirmam não ter dúvida de que a norma que regula o direito de ação é puramente processual. Fundam seu entendimento na autonomia e abstração do direito de agir, que existe antes mesmo da prática do delito. Ressaltam que a localização da norma, se no Código Penal ou no de Processo Penal, não é determinante para a identificação da sua natureza, que deve ser extraída de seu conteúdo e finalidade. Assim, esclarecem que o processo é uma garantia constitucional que viabiliza a efetivação do direito material à prestação jurisdicional que, por sua vez, somente pode ser exercido através da ação, sendo certo que esta independe da existência do direito material alegado de violação. Por isso entendem que teria natureza meramente processual.

Todavia, como se verá adiante, a doutrina majoritária entende que a norma que disciplina a ação penal tem natureza processual material, ou mista, já que a sua aplicação provoca inegáveis efeitos penais. Nesse sentido posiciona-se Nucci (2009).

2. A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES ATÉ 10/8/09.

Até o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, que entrou em vigor no dia 10 do mesmo mês, a ação penal nos então chamados “Crimes Contra os Costumes” era em regra de iniciativa privada, procedendo-se mediante queixa. As exceções legais vinham elencadas no § 1º do artigo 225 do Código Penal, de forma que: (i) a ação seria pública condicionada à representação caso a vítima ou seus pais não pudessem custear as despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou de sua família; (ii) a ação seria pública incondicionada se o crime fosse cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, já que nesse caso o representante legal, que deveria oferecer a representação, era o próprio autor do crime.

Era igualmente incondicionada a ação penal nos casos de estupro e atentado violento ao pudor – este revogado pela nova lei, que unificou as condutas dos antigos artigos 213 e 214 em um único tipo penal de estupro –, em que da violência resultasse morte ou lesão corporal grave. Isso porque o artigo 225, que trazia a previsão da ação penal privada, referia-se expressamente aos crimes dispostos nos capítulos anteriores, ou seja, capítulos I, II e III do Título VI do Código, e a previsão dos tipos qualificados pelo resultado lesão grave ou morte encontrava-se no artigo 223, disposto no mesmo capítulo do referido artigo, o capítulo IV, de forma que não era por ele abrangido. Assim, ficava livre para a incidência da regra geral prevista no artigo 100 do Código Penal, segundo a qual a ação seria pública incondicionada.

Por fim, vale registrar que alguns doutrinadores, dentre os quais destacamos Rômulo de Andrade Moreira (2009), elencavam como exceção ao artigo 225 a hipótese do estupro que tivesse como resultado lesão corporal leve. Seu fundamento estaria na aplicação do Enunciado 608 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Essa questão era objeto de grande controvérsia, já que parte da doutrina não admitia a aplicação da referida súmula aos casos em que do crime resultasse lesão leve. Nesse sentido, defendia Aury Lopes Júnior (2009) que a lesão corporal leve já integra normalmente o tipo de estupro. Logo, não seria motivo suficiente para alterar a natureza da ação penal, que continuaria sendo privada. Com a mudança da lei, essa discussão parece ter sido superada, de forma que não merece ser objeto de maior aprofundamento neste artigo.

3. A ATUAL NATUREZA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO COM RESULTADO MORTE OU LESÃO CORPORAL GRAVE

Questão relevante e controversa diz respeito à natureza da ação penal quando o estupro for qualificado pelo resultado morte ou lesão corporal grave. Conforme observado no item 2, no regime legal anterior, a ação penal nos casos de estupro qualificado era de iniciativa do Ministério Público e incondicionada.

Na nova lei, o legislador deslocou as formas qualificadas do artigo 223 para inserí-las nos parágrafos 1º e 2º do novo artigo 213, que se encontra no Capítulo I do Título VI do Código Penal.

Somado a isso, ao alterar a redação do artigo 225, disse que os crimes dos Capítulos I e II seriam de ação penal pública condicionada à representação. Nas exceções do parágrafo único, afirmou que a ação somente seria pública incondicionada quando a vítima fosse menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável. Percebe-se, assim, que a lei não fez qualquer ressalva quanto à natureza da ação penal quando do estupro resultar morte ou lesão grave, dando ensejo a diferentes interpretações pela doutrina e até mesmo a uma arguição de inconstitucionalidade perante o STF.

3.1. A TESE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

Alguns autores sustentam que, a partir de 10 de agosto de 2009, no caso de estupro qualificado por morte ou lesão corporal grave exige-se representação do ofendido, de seu representante ou seus sucessores, nos termos dos artigos 100, § 1º do CP e 24 e § 1º do Código de Processo Penal (CPP) a fim de que inquérito policial e ação penal possam ser deflagrados. Ou seja, a ação penal mesmo nesses casos passa a ser pública condicionada.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (2009) elogia a nova lei, ressaltando que, nos crimes sexuais, além do interesse do Estado em reprimir a conduta ofensiva ao bem jurídico, há relevantes interesses individuais que não podem ser desconsiderados, como a preservação da intimidade e da privacidade da vítima, por exemplo. Ao condicionar a atuação do Ministério Público a uma prévia manifestação de vontade do ofendido, o legislador estaria evitando a publicidade escandalosa do processo (*streptius fori*) que, por sua vez, afastaria o mal chamado pela Criminologia de vitimização secundária.

Guilherme de Souza Nucci (2009) faz coro a esse entendimento, ressaltando que se a vítima quiser ter sua intimidade preservada, basta não representar. Todavia, caso o faça, deverá o Ministério Público agir, à luz dos princípios da obrigatoriedade e da oficiosidade da ação penal pública. Assim, fica sem espaço a antiga discussão acerca do estado de pobreza do ofendido (que antes transformava a ação privada em pública condicionada em tais crimes) e mantém-se a tutela do vulnerável.

Quanto ao alcance da nova norma, Luiz Flávio Gomes (2009) afasta sua aplicabilidade aos processos que já estivessem em curso em 10/8/09. Por entender que o artigo 225 tem natureza meramente processual, afirma que vale a regra do *tempus regit actum*, prevista no artigo 2º do CPP, de forma que a lei processual penal é aplicável desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Para ele não há necessidade de manifestação da vítima nos processos em curso na referida data simplesmente

porque a lei não o exigiu, não criou nenhuma condição de prosseguibilidade. Apenas os processos iniciados após 10/8/09 necessitam de manifestação do ofendido, a representação, que neste caso será verdadeira condição de procedibilidade, de forma que sem ela o processo seria nulo.

Já Guilherme de Souza Nucci (2009) e Rômulo Andrade Moreira (2009) entendem tratar-se o artigo 225 de norma processual penal material, seria uma norma mista. O segundo autor esclarece que uma norma que passou a exigir a representação para o exercício da ação penal tem inegável conteúdo material. Isso porque o não oferecimento da representação, à luz do artigo 103 do Código Penal, acarretará a decadência, que por sua vez é causa de extinção da punibilidade e matéria de direito penal, com previsão no artigo 107, IV do Código Penal. A seguir pondera acerca da natureza também processual da norma em questão, por exigir uma condição de procedibilidade da ação penal, a representação, prevista no artigo 38 do Código de Processo Penal.

Identificada a natureza mista da norma, sendo a nova disposição mais benéfica para o acusado, deverá retroagir, alcançando os fatos pretéritos, conforme o disposto no artigo 5º, XL da Constituição Federal. Como ensina Carlos Maximiliano (1955) acerca dos institutos jurídicos de caráter misto, o princípio do *tempus regit actum* não abrange as normas que, embora tenham feição processual, apresentem conteúdo penal substantivo. Neste caso, deverão ser observadas as regras do direito transitório material.

Como no regime anterior o estupro qualificado era crime de ação penal pública incondicionada, a situação atual é mais benéfica para o acusado, já que o início da *persecutio criminis in judicio* deixou de ser livre para o Ministério Público, que não mais poderá agir de ofício. Sua atuação dependerá de uma condição específica de procedibilidade, a representação do ofendido, de forma que é considerada *novatio legis in melius* neste particular.

Assim, a natureza processual penal material da norma impõe a sua retroatividade, de forma a alcançar inclusive os casos anteriores à nova lei e pendentes de julgamento, à luz do artigo 5º, XL da Constituição Federal e artigo 2º, parágrafo único do Código Penal (MOREIRA, 2009). Somente não seriam alcançados os casos já definidos e cobertos pela coisa julgada, pois como a norma mista tem parcela de conteúdo processual, só poderia atingir processos não encerrados.

Damásio Evangelista de Jesus (1998), ao lecionar acerca das implicações trazidas por uma lei nova mais benéfica que inclui condições de procedibilidade não exigidas pela lei antiga, identifica três situações possíveis: (i) se na data da entrada em vigor da lei nova a ação penal ainda não teve início, esta não poderá ser ajuizada sem que sejam obedecidas as novas condições de procedibilidade; (ii) se foi oferecida denúncia pelo Ministério Público mas a lei nova exige queixa, a ação somente prosseguirá se o ofendido, ou seu representante legal, passar a ocupar o pólo ativo da demanda no lugar do órgão de acusação; (iii) se já foi oferecida a denúncia e a lei nova exige a representação, o processo somente poderá prosseguir com o assentimento do ofendido, que deverá ser notificado para se manifestar, sob pena de decadência.

Ao aplicar tal raciocínio no cenário da Lei 12.015, Guilherme de Souza Nucci (2009) afirma que, com a entrada em vigor da nova lei, o magistrado deve suspender as ações penais promovidas pelo Ministério Público nos crimes de estupro qualificado e determinar a intimação da vítima para que se manifeste acerca da continuidade da ação penal. Dando o ofendido, seu representante ou sucessor seu assentimento, ainda que tácito, a ação poderá prosseguir. Caso se manifeste contrariamente ao prosseguimento da persecução penal, deverá o juiz trancá-la em função da ausência de condição especial da ação penal.

Qual seria então o prazo para a manifestação do ofendido?

A lei nada disse a respeito. Rômulo de Andrade Moreira (2009) defende que se estaria diante de uma lacuna legal, devendo o aplicador do direito usar, por analogia, o prazo de trinta dias previsto no artigo 91 c/c 88 da Lei 9.099/95. No artigo 88 da referida lei, o legislador passou a exigir representação para as lesões leves e culposas. O artigo 91 do mesmo diploma legal afirmou expressamente que, nesses casos em que a lei passou a exigir representação, o ofendido, seu representante ou sucessor deveria ser intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. Diz o autor que seria cabível essa aplicação analógica por se estar diante de situações similares, sendo certo que num caso o legislador não previu o que previu para o outro. Como o direito é um sistema, se há identidade de razão jurídica nos institutos previstos nas duas leis, deve também haver identidade de disposições nos casos análogos. Daí concluir pelo prazo de trinta dias.

Arthur de Brito Gueiros Souza (2009), por sua vez, apesar de criticar duramente a ação penal pública condicionada no estupro qualificado, entende que foi esse o cenário criado pelo legislador com a Lei 12.025/09. Nesse contexto, afirma que o prazo para exercer o direito de representação seria o de seis meses previsto no artigo 103 do Código Penal, que teria como termo inicial não mais a data da ciência da autoria, mas sim a da entrada em vigor da lei nova.

Já Guilherme de Souza Nucci (2009) entende que não há novo prazo de seis meses para que a vítima se manifeste, devendo ela ser intimada a falar de imediato.

Rômulo de Andrade Moraes (2009) por fim esclarece que, caso a vítima, seu representante ou seus sucessores não sejam encontrados, deve o processo permanecer suspenso até o transcurso do prazo prescricional. Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) adota interpretação diversa e afirma que, ainda que não localizados a vítima ou seus sucessores, haveria a fluência do prazo e a decadência no dia 10 de fevereiro de 2010 seria inevitável,

argumento que usa para criticar a mudança legislativa e arguir a sua inconstitucionalidade, como se verá a seguir.

Luiz Flávio Gomes (2009) critica essa necessidade de manifestação do ofendido nos processos já em curso quando da entrada em vigor da nova lei. Diz ele que, nesse particular, equivocam-se Guilherme Nucci e Rômulo de Andrade Moreira por confundirem condição de procedibilidade com prosseguibilidade.

Nos artigos 88 e 91 da Lei 9.099/95, o legislador exigiu expressamente a representação nos processos já em curso, de forma que, nesse caso específico, a representação teria natureza de condição de prosseguibilidade. Já na Lei 12.015/09, o legislador não fez qualquer disposição expressa a esse respeito, não exigiu tal manifestação. Dessa forma, não se pode por analogia afirmar que a representação teria natureza de condição de prosseguibilidade nas ações já em curso. Somente poderia ser exigida como condição de procedibilidade, que dá início à atuação estatal e, por óbvio, não alcança os processos já deflagrados.

3.2. A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

Pouco depois da entrada em vigor da Lei 12.025/09, o Procurador da República Arthur de Brito Gueiros Souza (2009), publicou artigo no qual manifestou sua preocupação com a mudança trazida pelo novo artigo 225 do Código Penal em relação ao crime de estupro qualificado. Com base na interpretação literal do referido dispositivo, chegou à conclusão, como os autores citados no ítem 4.1., de que a ação seria agora pública condicionada à representação do ofendido e que a regra seria aplicável aos processos já em curso, nos quais a vítima, seu representante legal ou sucessor deveria ser intimada para se manifestar no prazo de seis meses contados da data da entrada em vigor da lei, ou seja, a partir de 10/08/09. Conclui que caso não fossem localizadas as vítimas intimadas a representar em tempo hábil,

os acusados seriam inevitavelmente beneficiados pela extinção da punibilidade em função da decadência, que ocorreria no dia 10 de fevereiro de 2010. Assim, o direito positivado pela Lei 12.015/09 acabaria por conferir fundamento legal a uma situação de impunidade em larga escala em um crime que afronta bem jurídico relevantíssimo, a dignidade sexual, além da própria vida e da integridade física, dependendo do resultado qualificador.

Firme nesse entendimento, Arthur Gueiros formulou representação de inconstitucionalidade em face do artigo 225 do Código Penal, endereçada ao Procurador-Geral da República (conforme se depreende da petição inicial da ADI 4301, disponível no sítio do STF na internet). Tal representação foi por este acolhida e deu ensejo à propositura, no dia 17/09/09, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4301 perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesta se pugna pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do *caput* do atual artigo 225 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte, devendo ser mantida, nesses casos, a ação penal pública incondicionada.

A argüição de inconstitucionalidade se funda na suposta violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação à proteção deficiente, contidos, respectivamente, no artigo 1º, III e artigo 5º, LIV, ambos da Constituição Federal.

Assevera que a nova disciplina legal afronta flagrantemente a dignidade sexual, parcela relevante do bem jurídico dignidade da pessoa humana, consagrado pelo Constituinte de 1988. Isso porque, ao exigir condição de procedibilidade antes inexistente para os processos em tramitação e em prazo exíguo, beneficiou o sujeito ativo do crime, ao mesmo passo que prejudicou o bem jurídico dignidade da pessoa humana da vítima. Dessa forma, a alteração teria representado um grave retrocesso na proteção do referido bem jurídico.

Além disso, como o crime de estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão grave é da mais alta gravidade, entende que o abrandamento da disciplina da sua ação penal configuraria violação ao princípio da proibição da proteção deficiente, que nada mais é do que uma das vertentes do princípio constitucional da proporcionalidade.

Nesse sentido, ensina Lênio Luiz Streck (2010) que o princípio da proporcionalidade possui uma dupla face: uma de proteção positiva e outra de proteção contra as omissões estatais. No primeiro caso, a inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade decorre de excesso do Estado, quando atuar de forma desarrazoada e seu ato for desproporcional no sopesamento entre fins e meios. Já na segunda vertente, explica que “a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.” (2005, p. 180)

Ressalta o autor que há uma crise que envolve a concepção e a extensão de bem jurídico no atual momento do Estado Democrático de Direito, o que impõe um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional. Isso porque tal conflito acarreta uma confusão quanto aos bens que devem prevalecer numa escala hierárquica de valores, para fins de serem penalmente relevantes e, portanto, objeto da tutela penal (STRECK, 2009). Ou seja, de acordo com seu raciocínio, seria inconstitucional criar uma ordem de bens jurídicos penais que fosse diversa da ordem de valores protegidos na Constituição Federal. Assim, os bens jurídicos objeto de maior valoração pela Constituição seriam merecedores de maior proteção, o que deveria ter reflexo no ramo do direito penal. Por isso critica Lênio Luiz Streck (2009) o surgimento de leis em que bens jurídicos que claramente traduzem interesses da sociedade são rebaixados axiologicamente e equiparados a outros bens de relevância individual, privilegiando-se o

individual em detrimento do coletivo, como, por exemplo, na legislação que trata dos crimes de sonegação fiscal no Brasil.

Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) usa o mesmo raciocínio para afirmar que a diminuição do rigor na disciplina do estupro qualificado decorrente da mudança da natureza da ação penal nesses casos, que passou a ser pública condicionada, seria inconstitucional.

Lênio Luiz Streck (2009) ressalta que os penalistas brasileiros com visão mais crítica estão acostumados a invocar o garantismo penal apenas pelo seu viés negativo, que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado. Mas ressalta que, diante de uma constituição programática, cujas normas comandam a atividade do legislador apontando os objetivos daquele Estado como a busca da igualdade, a redução da pobreza, a proteção da dignidade, etc., o direito penal deve ser examinado também a partir de um garantismo positivo, devendo-se indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal. Assim, quando o legislador não efetiva essa proteção pelo direito penal, estar-se ia diante de uma inconstitucionalidade decorrente da proteção deficiente.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004) sintetiza bem a tese ao afirmar que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas quando há excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta manifestamente deficiente.

Dessa forma, sustenta Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) que a Lei 12.015/09, ao ter condicionado a atuação do MP à representação do ofendido nos casos de estupro qualificado, teria violado o princípio da proporcionalidade, sob o prisma da proibição da proteção insuficiente, além da dignidade da pessoa humana.

Foi ressaltado na referida ADI que nos demais crimes definidos na legislação penal que tenham como resultado lesão grave ou morte, inclusive nos próprios crimes de homicídio culposo, a ação penal é sempre pública incondicionada. Assim, haveria uma distorção no caso do estupro qualificado, o que revelaria falta de razoabilidade pelo legislador.

Como a Procuradoria-Geral da República, ao adotar a representação de Arthur Gueiros, entendeu que somente haveria inconstitucionalidade no novo artigo 225 do Código Penal neste particular, foi requerida a declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para excluir do seu âmbito de incidência os crimes de estupro qualificado por morte ou lesão corporal grave. Ao se aplicar essa técnica, não há mutilação formal do texto. O que se altera é apenas o seu sentido, o que, no caso em tela, significaria restaurar a ação penal pública incondicionada para os referidos crimes.

Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) concluiu manifestando seu temor de que, caso não fosse logo enfrentada a questão, em breve haveria verdadeiro caos nas varas criminais e nos Tribunais nacionais, tanto em função da propositura de incontáveis *habeas corpus* em favor dos acusados de estupro qualificado, bem como pela provável dificuldade de localização das vítimas desse crime ou de seus parentes a fim de se manifestar acerca do prosseguimento do processo.

Por tal motivo, foi feito pedido de concessão de liminar, ainda pendente de apreciação pelo Ministro Joaquim Barbosa, para suspender a eficácia sem redução de texto, da parte do caput do art. 225 do Código Penal, na redação dada pela Lei 12.015/09, que estabelece a exigência de ação penal pública condicionada nos crimes de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte.

3.3. ARGUMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

O entendimento de Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) parece não ter sido abraçado pela maior parte da doutrina, que adotou outra interpretação da lei para concluir que a ação penal no estupro qualificado continua sendo pública incondicionada, sem para tal discutir a questão da constitucionalidade do artigo 225 do Código Penal.

No mesmo sentido foi a manifestação do Senado Federal, encaminhada ao Advogado-Geral da União a respeito da ADI 4301. Entende que a ação penal nos crimes em estudo permaneceu pública incondicionada, mas afirma, que ainda que assim não fosse, não haveria qualquer inconstitucionalidade no novo texto legal.

Inicialmente deve ser afastada a tese da ADI 4301 pelo princípio da intervenção mínima, que rege o direito penal no Estado Democrático de Direito, de forma que deve ser a *ultima ratio* na tutela do bem jurídico. Na clássica lição de Luigi Ferrajoli, “nenhum bem justifica uma proteção penal – no lugar de uma civil ou administrativa – se o seu valor não é maior do que o dos bens privados pela pena.” (2006, p. 433).

De qualquer forma, nem é essa a questão central da discussão acerca da eventual deficiência na proteção do bem jurídico dignidade sexual, até porque não há dúvidas de que a resposta penal existe e é bastante alta (pena de 8 a 12 anos se do estupro resulta lesão corporal grave e 12 a 30 anos se resulta morte).

O cerne da controvérsia reside, portanto, na alegação de que a exigência de representação, transformando a ação em pública condicionada, configuraria um abrandamento inaceitável na proteção do bem jurídico consuetudinário tutelado, de forma a ser desproporcional à sua relevância.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2009) afirma com grande propriedade que o tipo de ação penal, se privada ou pública, condicionada ou não, não parece ser critério suficiente e definitivo para atestar uma ideologia de incriminações. Reconhece desde logo que não deve ser aceitável o manejo da ação penal privada para a proteção de direitos fundamentais, quando gravemente atingidos por condutas penalmente tipificadas.

No contexto da tutela dos direitos fundamentais, o referido autor passa então a discorrer acerca dos parâmetros legais de reprovabilidade de uma conduta, a partir de cuja análise seria possível afirmar se o legislador classificou um delito como grave.

O primeiro seria a identificação da natureza da restrição de direitos imposta em abstrato, do ponto de vista qualitativo. Ou seja, a gravidade de um crime poderia ser aferida pela cominação em abstrato da pena mais radical prevista no ordenamento pátrio, a pena privativa de liberdade. O segundo critério, ainda numa perspectiva qualitativa, estaria no tipo de regime penitenciário prescrito para o cumprimento da pena privativa de liberdade. O terceiro seria quantitativo, consistindo na quantidade de sanção cominada ao tipo penal em abstrato. Por fim, o quarto e último critério consistiria no exame do tratamento processual conferido àquela modalidade delituosa.

Tomando como base esses parâmetros, fica difícil afirmar que a proteção à liberdade sexual trazida pela Lei 12.015/09 foi deficiente ou desproporcional. Muito pelo contrário. O estupro qualificado continua sendo punido com pena de reclusão. No caso do resultado lesão corporal grave, o legislador manteve a escala penal de 8 (oito) a 12 (doze) anos. No estupro qualificado pela morte, foi mantida a pena mínima de 12 (doze) anos e aumentada a pena máxima em cinco anos, de forma que será de até 30 (trinta) anos de reclusão, ou seja, houve um agravamento da sanção penal. As altas penas cominadas em abstrato em regra ensejarão o cumprimento da pena em regime inicial fechado, o que somente pode não acontecer se a pena aplicada em concreto no caso de estupro com lesão grave permanecer no mínimo legal e o acusado não for reincidente. Por fim, ainda que se entenda que a ação penal passou a depender de representação, isso não parece ser suficiente para afirmar que o tratamento dado ao crime foi deficiente.

O que haveria seria o resultado de um sopesamento entre os direitos fundamentais à liberdade, proteção à intimidade e privacidade da vítima de um lado, e a tutela pelo Estado da liberdade sexual do outro.

A representação do ofendido especificamente nesses casos serviria como verdadeiro instrumento de proteção à sua intimidade e privacidade, além de concretizar o resgate da

dignidade da vítima – tão falado recentemente, especialmente na reforma do Código de Processo Penal de 2008 – e de seu papel como sujeito de direitos, e não como mero objeto de provas no processo penal.

Assim, não há que se falar em proteção inadequada pela exigência de representação. Haveria, sim, proteção adequada e suficiente mediante a manifestação da vítima ou seu familiar, tornando-se plenamente viável a persecução penal.

4. A AÇÃO PENAL É PÚBLICA INCONDICIONADA

Antes da Lei 12.015/09, entendia-se que a ação penal seria pública incondicionada no caso do estupro qualificado por três motivos: (i) localização topográfica do artigo 223 no Código Penal, de forma que não era alcançado pela regra do artigo 225; (ii) pela aplicação da regra dos crimes complexos prevista no artigo 101 do CP; (iii) a Súmula 608 do STF afirmava expressamente que “no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

Hoje não subsiste mais o primeiro fundamento, já que, como visto, a forma qualificada do estupro passou a integrar os parágrafos do artigo 213, o que aliado à atual redação do artigo 225, afastou totalmente o argumento topográfico.

Os outros dois fundamentos são ainda objeto de grande controvérsia, que se passa a analisar.

4.1. DA APLICABILIDADE DA REGRA DO ARTIGO 101 DO CP

Parece claro que as formas qualificadas do estupro, ou seja, com resultado morte ou lesão grave, configuram crimes complexos, isto é, delitos cujas descrições típicas

compreendem, simultaneamente, as descrições do estupro simples e de homicídio ou lesão grave, respectivamente.

O artigo 101 do CP disciplina tais crimes, afirmando que a natureza pública incondicionada da ação do crime elementar que figure como elemento ou circunstância contida na descrição típica do crime de ação penal privada, ou mesmo pública condicionada, alcançará todo o delito. É o que Juarez Cirino dos Santos (2008), com propriedade, chama de ação penal pública extensiva, pois opera-se uma verdadeira extensão da iniciativa pública para abranger o delito inicialmente considerado de ação penal privada ou pública condicionada.

Luiz Flávio Gomes (2009) e Arthur de Brito Gueiros Souza (2009) não mais admitem a aplicação dessa regra ao estupro qualificado pelo resultado. Apontam como fundamentos o fato da norma do artigo 225 do CP ser especial em relação à do artigo 101, que é geral, bem como o fato de ser posterior em relação a esta, de forma que, pelos critérios temporal e da especialidade, prevaleceria o disposto no artigo 225. Todavia, este não parece ser a interpretação mais adequada.

Cezar Roberto Bittencourt responde a essa questão de forma brilhante, ao afirmar que a previsão do artigo 101 do CP “não só é *especial*, como também *específica*, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem insertos.” (2010, p. 19). Ele explica que o artigo 101 do CP funcionaria como uma espécie de “contraveneno” às normas que excepcionam a natureza da ação penal. Ou seja, ainda que o legislador altere a natureza da ação penal de determinado crime, se este for um crime complexo, o sistema do Código não será violado pela alteração legislativa, exatamente graças ao artigo 101 do CP. Este funciona como regra fundamental na manutenção da harmonia do ordenamento jurídico. Daí a importância em sempre se atentar para uma interpretação sistemática.

De fato, conforme esclarece Paulo Queiroz (2009), deve ser aplicada a regra do artigo 101 do CP ao estupro qualificado porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal que, por si mesmos, constituem crimes. E é exatamente por esse motivo que, se tais resultados não estivessem previstos como circunstâncias qualificadoras nos parágrafos do artigo 213 do CP, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e homicídio ou estupro e lesão corporal grave.

Com base em tais fundamentos, Paulo Queiroz (2009), Aury Lopes Júnior (2009) e Cezar Roberto Bittencourt (2010) concluem que a natureza da ação penal no estupro qualificado é pública incondicionada. Não há que se falar em inconstitucionalidade. Bastaria a aplicação do artigo 101 do CP, que impõe o reconhecimento do estupro qualificado como crime complexo e da natureza incondicionada de sua ação penal.

4.2. DA SÚMULA 608 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quanto à Súmula 608 do STF, defende-se na ADI 4301 que ela não seria mais aplicável por estar em vigor lei nova em sentido diverso. De fato, caso se adote o entendimento do STF, toda vez que o estupro simples for cometido com o emprego de violência real, a ação será pública incondicionada, ao passo que se o agente usar de grave ameaça, a ação seria condicionada à representação. Isso revela, de plano, um contrasenso, além de ser frontalmente contrário à nova regra trazida no *caput* do artigo 225 do CP.

A aplicação da súmula somente seria coerente nos casos de estupro qualificado, já que, em regra, o resultado morte ou lesão grave será precedido de violência real.

Guilherme de Souza Nucci (2009) defende o afastamento da referida súmula, fruto de política criminal, que tinha o objetivo de proteger a mulher estuprada que ficava temerosa

de relatar o caso aos órgãos de segurança, especialmente para não sofrer preconceitos e ser vítima de gracejos inadequados. Tanto que, posteriormente, foram criadas as Delegacias da Mulher com o objetivo específico de receber tais tipos de ocorrência. Conclui o autor afirmando que, com a criação de tais órgãos, além da ampla reforma trazida pela Lei 12.015/09, não há mais razão técnica para se sustentar a manutenção do verbete sumular em comento.

Já Aury Lopes Júnior (2009) e Paulo Queiroz (2009) afirmam que a súmula 608 do STF permanece absolutamente inalterada.

Cezar Roberto Bittencourt (2010) afirma que ela já era desnecessária, tendo sido editada simplesmente por questão de política criminal, a fim de pacificar interpretações e esclarecer que o estupro praticado com violência real é um crime complexo. Para este autor, a simples existência de polêmica acerca da natureza da ação penal quando o estupro é praticado com violência real seria suficiente para justificar a sua manutenção.

Rogério Greco (2010) não vislumbra qualquer incompatibilidade entre o verbete e as novas disposições legais. Afirma que, caso entenda de modo diverso o STF, deverá cancelar a referida súmula, sedimentando, de uma vez por todas, a discussão.

CONCLUSÃO

De fato errou o legislador ao dar margem à dúvida quanto à natureza da ação penal nos crimes de estupro qualificado com o advento da Lei 12.015/09. Ainda assim, a partir de uma interpretação sistemática, é possível concluir que a ação penal continua sendo pública incondicionada.

Não há que se falar em inconstitucionalidade. O legislador protegeu efetivamente o bem jurídico tutelado – liberdade sexual, integrante da dignidade da pessoa humana –, ainda que se entendesse que a ação penal seria pública condicionada à representação, pela especificidade dos crimes sexuais de conter, além do interesse estatal na sua repressão, o interesse da vítima em ter a sua intimidade preservada, mantida longe da publicidade do processo.

O fato do estupro qualificado pelo resultado morte ou lesão grave configurar crime complexo é inegável. Da mesma forma, é inafastável a aplicação do artigo 101 do CP, que regula todos os crimes complexos previstos na parte especial do Código Penal, de forma a estender para o estupro a natureza pública incondicionada do homicídio e da lesão grave nele contidos. Assim, a interpretação sistemática parece fornecer a opção mais razoável e efetiva, segundo a qual a ação penal nos crimes de estupro qualificado permanece pública incondicionada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. A Ação Penal nos Crimes Contra a Liberdade Sexual e nos Crimes Sexuais Contra Vulnerável. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Ano X, n.36, p. 9-22, jan./mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sítio: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3758530>>. Acesso em 22.09.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sítio: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 22.09.2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 28.09.2009.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Niterói: Ímpetus, 2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

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.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIROZ, Paulo. *Ação Penal no Atual Crime de Estupro*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net>>. Acesso em: 7 out. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição de Excesso e Deficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 47, p. 60-122, jul. 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Inconstitucionalidade da lei 12.015/09 (a nova redação do art. 225, do cp, e o princípio da proteção deficiente)*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 23 set. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 23 set. 2009.

_____. *A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à Proibição de Proteção Deficiente (Untermassverbot) ou de Como Não Há Blindagem Contra Normas Penais Inconstitucionais.* Disponível em: <<http://leniostreck.com.br>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, Ação e Processo Penal – Estudo Sistemático.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.