

# A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL

Bruno MARQUES DA SILVA<sup>1</sup>

**RESUMO:** O trabalho possui por escopo abordar a problemática trazida com o advento da Lei nº. 12.015, de 07 de agosto de 2009 em torno da ação penal nos crimes contra a Dignidade Sexual. Faremos breve análise de como a ação penal nos crimes dessa natureza era tratada antes da Lei em epígrafe. Após, trabalharemos o princípio da proibição da proteção deficiente, que é argüido pela Procuradoria Geral da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4301, que tenta declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 225 do Decreto Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, a previsão de ação pública incondicionada nos casos qualificados por lesão corporal grave ou morte. Na seqüência abordaremos a aplicação da nova Lei no tempo, para os casos, anteriores à Lei, onde a persecução penal foi iniciada por meio de denúncia pelo membro do parquet. Em conclusão ofereceremos, em analogia, tendo em vista que não há posição consolidada na jurisprudência, a aplicação do artigo 91 da Lei nº. 9.099, de 29 de setembro de 1995, para estabelecer o prazo para que a vítima se manifeste com a intenção de dar prosseguibilidade ao processo já em curso.

**Palavras-chave:** AÇÃO PENAL – DIGNIDADE SEXUAL – LEI Nº. 12.015/09 – PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE – ADI Nº. 4301.

## 1 INTRODUÇÃO

A prática sexual, no período dissoluto, era considerada ato para finalidade reprodutiva, ou seja, perpetuar-se para continuação dos laços familiares, não tendo, sob essa ótica, o caráter da prática sexual pela obtenção de prazer.

A sociedade e a religião eram quem ditavam as regras sobre a relação sexual, pois era comum que o ato só fosse praticado após o matrimônio, tendo em vista ser considerada ofensa aos preceitos religiosos o sexo fora do casamento.

É de clareza solar que os preceitos religiosos dispostos na legislação mosaica não possuem as perspectivas presentes na cultura moderna, todavia, é de

---

<sup>1</sup> Discente do 7º Termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail bruno\_marques@unitoledo.br

se fazer menção de que tais tratamentos foram os fundamentos à visão atual. Nas palavras de Vitorino Prata Castelo Branco (1966, p. 15) o pecado foi o predecessor ao crime e a punição divina à punição estatal<sup>2</sup>.

Os mandamentos de Deus eram mais temidos pelo homem do que as leis estatais. Conforme o homem gradativamente diminuía seu temor a Deus, ele passava a não temer mais ninguém, e, com as forças espirituais em declínio as forças animais do homem eram salientadas. E em face disto as leis estatais passaram a prever maior repressividade à prática dos delitos de natureza sexual, chegando a punir o agente até mesmo com a morte.

Na medida em que a humanidade evoluiu, a repulsa social ao crime continuou, mas, proporcionando visão humanitária, as penas foram adequadas a níveis de Estado Democrático de Direito.

## **2 AÇÃO PENAL PARA OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES (DESIGNAÇÃO UTILIZADA ATÉ A ALTERAÇÃO EM 2009) PRATICADOS ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº. 12.015/09**

A natureza da ação penal, como regra na antiga redação do artigo 225<sup>3</sup>, era privada, procedendo-se somente mediante queixa-crime.

A ação penal era pública condicionada à representação da vítima, ou dos seus representantes legais, se o sujeito passivo não pudesse prover as despesas do processo, sem privarem-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família. Neste caso havia a possibilidade da retratação, pois uma vez oferecida a representação, a vítima ou seu representante legal, poderiam se retratar desde que o membro do parquet ainda não tive oferecido a denuncia.

Tinha-se a ação penal incondicionada em três situações:

---

<sup>2</sup> O autor faz uma análise sobre a religião e o crime, tomando por base os mandamentos entregues a Moisés.

<sup>3</sup> Art. 225, do CP. Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

a) Quando o delito fosse praticado com abuso do poder familiar, ou por quem faça as vezes dos pais, como o padrasto, tutor ou curador.

b) Quando, em decorrência da prática dos delitos de estupro ou atentado violento ao pudor, a vítima sofre lesão corporal de natureza grave ou morte. Se a vítima fosse pobre e resulta lesão corporal grave a ação é penal pública incondicionada

c) No caso da Súmula 608 do STF, que possui a redação: “*No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”.

Portanto, sempre que tivesse violência real, seja lesão leve, grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada. No mesmo sentido BITENCOURT (2007, p. 19) diz que se houvesse ocorrência de lesão corporal grave ou a morte da vítima, a ação seria pública, pois o crime seria complexo<sup>4</sup>.

Foi esse posicionamento que o STF adotou em sua Súmula 608. Assim, havendo violência presumida ou grave ameaça, a ação penal era de iniciativa privada.

Uma segunda corrente dizia que em havendo conflito aparente entre os artigos 101 e 225 do Código Penal, a solução seria dada pelo princípio da especialidade, prevalecendo, portanto, o último.

A terceira corrente dizia que o estupro não era um crime complexo no sentido conferido pelo artigo 101 (fusão de duas figuras penais), já que o tipo descrito no artigo 213 do Código Penal nada mais é do que a figura do constrangimento ilegal acrescida da conjunção carnal.

## **2 A AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL**

---

<sup>4</sup> Art. 101, do CP. 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.

Com o advento da Lei nº. 12.015/09 em regra a ação apta a processar os crimes contra dignidade sexual é a ação penal de natureza pública condicionada à representação da vítima.

Buscando essa previsão, o que o legislador tentou foi afastar a possibilidade do abandono da ação durante o curso, por parte da vítima do delito, impossibilitando que o agente pudesse ser punido.

Destarte, em maior apelo social, o legislador preferiu destacar a repulsa da sociedade e seu interesse precípua em ver a resposta do Estado aplicada de forma concreta, e deixando de lado as questões de foro íntimo e familiar que envolvia a tutela do artigo antes da reforma.

Portanto, em regra a ação penal possui natureza pública condicionada à representação da vítima, mas terá natureza pública incondicionada se a vítima do delito for pessoa menor de 18 anos; se a vítima for vulnerável, isto é, pessoa menor de 14 anos ou alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui capacidade para prática do ato sexual, ou que, por qualquer causa não possa oferecer resistência a fim de repelir o intento do agente.

E a ação igualmente será pública incondicionada na aplicação da Súmula 608 do STF e as regras previstas ao crime complexo dispostas no artigo 101 do Código Penal, para aqueles que acreditam na sua eficácia.

### **3 A PROBLEMÁTICA EM TORNO DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE POR PARTE DO ESTADO**

Ainda se discute sobre a eficácia da Súmula 608 do STF onde o pretório excelso diz que “*no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*”. Como o artigo 225 do Código Penal não elucidou a matéria essa discussão se estende pela doutrina, principalmente nas questões que envolvem os resultados lesão corporal e morte, porque o legislador apenas qualificou o crime nos parágrafos do artigo 213 do Código Penal, mas não

especificou a natureza da ação penal para esses casos em específico, ofendendo o princípio da dignidade humana e o da proibição da proteção deficiente.

Fazendo uma abordagem do direito a partir da teoria da norma, o delito tipificado sob o nome jùris “estupro” é elencado no Título VI “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Sobre o vocábulo “dignidade”, *“no contexto normativo em que foi utilizado, deve ser compreendido em conformidade com o sentimento que lhe empresta a Constituição Federal”* (MIRABETE E FABBRINI, 2010, p. 384).

Portanto, a tutela que se presta à dignidade sexual da pessoa, deriva propriamente de um sobre-princípio senão o da dignidade da pessoa humana, como estado ideal de coisa a ser promovido pelo Estado Democrático de Direito. Tal disposição é constada do artigo 1º, III da “Lei Maior”<sup>5</sup>, e assim sendo, como estado ideal de coisa a ser promovido, a norma princípio que apresenta a dignidade da pessoa humana, não descreve uma conduta, mas aponta um estado ideal a ser alcançado pela norma regra editada pelo Legislador. Neste diapasão, a nosso sentir, quis o legislador observar, primeiramente, o sobre-princípio do Estado da dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente, do que o da dignidade sexual da pessoa.

No entanto, a proteção prestada pelo Legislador foi deficiente, pois com argüi o Procurador Geral da República na ADI nº. 4301 como os artigos 213 e 225 do Código Penal foram inovados, a persecução penal, tanto na forma simples quanto modalidades qualificadas, passou a se viabilizar através de ação penal pública condicionada à representação, admitindo o caráter de incondicionada nos casos anteriormente expostos.

Acontece que, quando o delito de estupro é qualificado tanto pela lesão corporal grave ou pela morte, ele passa a possuir as características do crime complexo disposto no artigo 101 do Código Penal, porque há fusão de duas figuras típicas, quais sejam os crimes de lesão corporal e homicídio, respectivamente.

No caso da lesão corporal grave ou do crime de homicídio, a natureza da ação penal que viabiliza a persecução penal é pública incondicionada, conforme

---

<sup>5</sup> Art. 1º, da CF. 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. (...).

regra do artigo 100 do Código Penal. Portanto, trata-se de crime complexo, de acordo com a regra do artigo 101 do Diploma repressivo.

Nesse sentido, sobre a eficácia da Súmula 608 do STF e a aplicação do artigo 101 do Código Penal, LOPES JÚNIOR *apud* QUEIROZ diz que:

*“incide, pois, o art. 101 do Código Penal, porque tanto a lesão grave quanto a morte são condutas que ‘a lei considera como elemento ou circunstâncias do tipo legal fatos que, por si mesmos, constituem crimes’. Exatamente por isso, não fosse a previsão legal expressa das circunstâncias qualificadoras nos §§1º e 2º do art. 213 do Código Penal, o agente responderia, em concurso (formal ou material), por estupro e lesão corporal grave ou estupro e homicídio, por serem infrações autônomas”.*

Portanto, nesse diapasão, como o delito de estupro é processado mediante ação penal pública condicionada, como regra, mas apresenta elementos típicos de um delito que é processado por ação pública incondicionada, operar-se-ia uma extensão de iniciativa pública para que o delito que inicialmente é processado por ação pública condicionada, diante do fato de crime complexo, seja processado por ação penal pública incondicionada.

Essa iniciativa possui o condão de suprir a tutela deficiente oportunizada pelo legislador, que veio de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e a proibição da proteção deficiente, vertente do postulado da proporcionalidade<sup>6</sup>.

A violação ao postulado da proporcionalidade ocorre tanto quando há excesso por força da ação estatal, quanto quando ocorre omissão por parte do ente público, tutelando um bem jurídico de forma deficiente ou insuficiente, inclusive quando há ofensa a direitos fundamentais.

É o que se extrai do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RE 418.376:<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 5º, LIV da CF. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

<sup>7</sup> O voto aqui transcrito, do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no RE: 418.376, foi retirado do artigo: *O princípio da proporcionalidade proibindo a omissão estatal. Por uma hermenêutica comprometida com a integridade dos direitos fundamentais.* Do professor: João Marcelo Torres Chinelato.

*"Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.*

Assim, ainda que a omissão estatal seja parcial, no tocante a tutela dos direitos fundamentais, há violação da proibição de proteção deficiente e da dignidade da pessoa humana, vistos sob a ótica do postulado da proporcionalidade, porque há impedimento à persecução penal nos casos do delito de estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte.

Para reforçar nossa tese, analisamos, então, os pressupostos para reconhecimento e aplicação do postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

No que tange à adequação, a ação penal condicionada, no caso em análise, não se presta a atingir os objetivos pretendidos, porque nos resultados lesão corporal grave ou morte (crimes de lesão corporal ou homicídio) a ação penal é pública incondicionada e o tratamento diferenciado dado pelo legislador, não se presta a atingir o interesse público em ver os crimes processados e seus agentes punidos, materializado pelo empecilho à persecução penal.

No tocante à análise da necessidade, o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado por outro meio menos oneroso e adequado, senão o outro meio também adequado é a ação penal pública incondicionada, pois também se presta ao mesmo fim da condicionada, que é movimentar a persecução penal.

Por fim, pela ótica da proporcionalidade em sentido estrito, o artigo 225 do Código Penal que traz como regra a ação penal pública condicionada, procura tutelar a dignidade sexual das pessoas, mas fere o sobre-princípio da dignidade da pessoa humana e da proibição da proteção deficiente, conforme explicado a cima.

Assim, como dito anteriormente, o legislador quis observar primeiramente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas observou de maneira deficiente. E a dignidade sexual é abarcada pelo sobre-princípio da

dignidade da pessoa humana, que não é mais ideal, mas tão apenas mais abrangente que aquele.

Portanto, com essa análise, vemos que o postulado da proporcionalidade não foi observado, pois em todas as análises aos pressupostos a questão da ação penal foi reprovada.

### **3.1 A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº. 12.015/09, NO TEMPO**

Sobre a análise da Lei no tempo, o crime sexual praticado antes do advento da nova Lei (07.08/2009), ainda que o processo inicie após essa data, aplica-se o regime legal anterior, até mesmo em respeito da não retroação da *novatio legis in pejus*.

Os crimes sexuais praticado após o advento da Lei, por obvio, serão processados conforme estabelecido na nova redação do artigo 225 do Código Penal (ação penal pública condicionada à representação).

Mas a pergunta que se faz é, nos casos em que a persecução penal foi iniciada através de denúncia, como ficariam as ações agora com a exigibilidade da representação da vítima?

Salvo se já houver trânsito em julgado, estamos diante de caso em que se aplicará a retroatividade da lei processual *in melius*.

Neste caso o processo será suspenso, para que a vítima do delito ou seu representante legal venha ao processo manifestar a intenção de que o Ministério Público continue com a ação, como forma de prosseguibilidade, sob pena de extinção da punibilidade do agente, pela decadência.

Com isso outro problema surge envolvendo o prazo para que a vítima ou seu representante legal venha ao processo manifestar-se para que a ação prossiga.

O artigo 38 do Código de Processo Penal dispõe, *in verbis*:



*“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”.*

Como regra geral o Código de Processo Penal coloca o prazo de 6 (seis) meses.

Contudo, assegura a “Lei Maior”, em seu artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal<sup>8</sup>, a razoável duração do processo, e, a nosso sentir, o prazo de 6 (seis) meses não parece um prazo razoável para o réu se levarmos em conta que a vítima ou seu representante legal vindo ao processo manifestar-se na intenção de que o Ministério Público continue com a ação, é somente causa de prosseguibilidade de uma ação que já está em curso e é suspensa somente para realização desse único ato.

Portanto, mais razoável seria a aplicação, por analogia, já que é permitida pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal<sup>9</sup>, do artigo 91, da Lei nº. 9.099 de 29 de setembro de 1995, que diz:

*“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”.*

A Lei nº. 9.099/95 traz o prazo de 30 (trinta) dias, sendo mais razoável do que suspender o processo pelo prazo de 6 (seis) meses, apenas para aguardar a manifestação da vítima ou de seu representante legal.

#### **4 CONCLUSÃO**

---

<sup>8</sup> Art. 5º, LXXVIII, da CF. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>9</sup> Art. 3º, do CPP. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito

Como a evolução do pensamento social é célere, muitas vezes a legislação não o acompanha, e a lei acaba caindo no desuso ou não se prestando à finalidade pela qual foi criada.

Com as inovações trazidas pela Lei nº. 12.015/09, o legislador além de promover a igualdade, visou, inclusive, preservar a dignidade sexual da pessoa e sua liberdade no que tange à prerrogativa de poder escolher com quem deseja praticar atos dessa natureza, não cedendo ao intento de outrem contra sua vontade.

Mas quando essa tutela estatal, ao legislar, é deficiente ou insuficiente a questão deve ser enfrentada pela jurisprudência até que o legislador reveja e reforme a disposição legal.

Como não há pacificação na jurisprudência no que tange ao tema tratado no presente trabalho, toda tese coerente e sustentável levantada, merece apreciação, até mesmo porque, às vezes, o que é tratado com razoabilidade no hoje pode ter sido um tema considerado absurdo no ontem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Tratado de Direito Penal: parte geral***. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. ***O advogado diante dos crimes sexuais***. 1 ed. Editora Sugestões Literárias. São Paulo, 1966;

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. ***Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso***. 2007 – Presidente Prudente, 2007;

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. ***Ação penal nos crimes contra a dignidade sexual. As inovações trazidas pela Lei nº 12.015/2009***. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2273, 21 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=13534>>. Acesso em: 10 abr. 2010;

MIRABETE, Julio Fabbrini. ***Manual de direito penal, Parte Especial***. Julio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini. 27. ed. São Paulo. Atlas, 2010;

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.