

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS NOVAS REGRAS DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

André Freitas LUENGO¹
Leandro Santos CHAVES²

RESUMO: Em 2009 muito se falou sobre a alteração promovida no Código Penal brasileiro acerca dos então conhecidos crimes contra os costumes, agora chamados crimes contra a dignidade sexual. Dentre as que mais chamaram atenção e suscitaram debates na doutrina e na jurisprudência pátrias estão as alterações das ações penais pelas quais se processa a persecução penal de referidos delitos, sendo a regra da ação penal privada superada pelo atual paradigma da ação penal pública condicionada. Discutir os efeitos e implicações práticas destas alterações, desde uma eventual supressão do direito de intimidade da vítima até uma possível violação do recente princípio da vedação da proteção deficiente por parte do Estado é o objeto deste breve ensaio, construído através de pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e acadêmicas.

Palavras-chave: Alteração. Ação Penal. Inconstitucionalidade das Previsões. Crimes contra a Dignidade Sexual.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade desde sempre repugnou os crimes de natureza sexual, sendo as condutas que os exteriorizam constituintes de uma série dos mais graves crimes do ordenamento jurídico nacional e dos que mais chocam o senso de Justiça das pessoas. Nossos estatutos penais sempre preveram a punição com rigor dos autores destes delitos.

Até 2009, o que prevaleceu em nosso Código Penal foi a previsão que o legislador infraconstitucional fez para estes delitos no longínquo ano de 1940, ou seja, passamos quase 70 anos sob a égide da mesma legislação punitiva, que não sofreu ao longo destas décadas, alterações substanciais. Não se mostra preciso ressaltar que, ao cabo deste período, estas normas estavam altamente ineptas para reger nossa sociedade no atual e moderno século XXI, sendo que uma modificação dos mesmos era esperada com urgência.

¹ Discente do 5º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: andre-luengo@hotmail.com

² Discente do 5º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: leandrochaves@unitoledo.br.

Com o advento da lei nº 12.015/2009 percebeu-se, com certo dissabor, que as alterações poderiam ter sido bem contemplativas e completas. Inúmeras discussões tiveram início com base nas naturezas das alterações, como o sistema persecutório se adequaria a elas, como elas seriam aplicadas aos processos em andamento e, mais importante, qual a compatibilidade desta nova legislação com nossa Carta Magna de 1988, especialmente no que se refere às novas modificações com relação às ações penais pelas quais, a partir de então, ocorreria a *persecutio criminis* de tais delitos.

Responder a algumas destas questões e conferir uma visão crítica aos operadores do Direito é o escopo deste humilde ensaio.

2 DAS AÇÕES PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO E O ANTIGO ARTIGO 225 DO CÓDIGO PENAL

O termo ação origina-se do latim *actio*, que significa ação judicial. É por esta que se exige do Estado a prestação da tutela jurisdicional em face do infrator da norma penal. É, portanto, um direito subjetivo público, pouco importando se amparou ou desamparou a pretensão. O direito de agir é diferente do direito lesado, está muito mais ligado ao direito à jurisdição do que à pretensão propriamente dita.

2.1 Ação Penal Pública

Ação Penal Pública é aquela exercida pelo Ministério Público, tal como prescreve o artigo 129, I da Constituição Federal de 1988, em consonância com o disposto no código de processo penal (art. 257, I). Esta ação se subdivide em duas:

2.2 Ações Penais Públicas Condicionadas e Incondicionadas

O fato de ser condicionada significa que a ação depende de uma representação prévia do ofendido, uma espécie de pedido-autorização, que expressa o desejo de instauração da ação. A falta de representação não impede apenas a propositura da ação, mas também a instauração de inquérito, impossibilitando a atuação do delegado de polícia.

A incondicionada, por seu turno, independe da manifestação da vítima para o seu prosseguimento, podendo o delegado instaurar o inquérito tão logo chegue ao seu conhecimento a *notitia criminis*, e o promotor oferecer a denúncia. O princípio que rege a ação penal pública incondicionada é o da obrigatoriedade, o Ministério Público deve sempre promovê-la dentro do prazo legal, pois este é o *dominus litis*, mas não o dono da ação penal.

2.3 Ação Penal Privada

Na ação penal privada transfere-se o direito de acusar do Estado para o particular, nos casos em que o interesse é privado. Frise-se que não se transfere o *jus puniendi*, mas tão somente o direito de agir, o *jus accusationis*. Percebe-se que nesse caso a propositura ou não da ação fica a cargo do ofendido, que pode optar pela não propositura. Os princípios aqui são os da Disponibilidade, Oportunidade e o da Indivisibilidade.

2.4 Da Ação penal nos Crimes contra a Liberdade Sexual e Crimes sexuais contra vulneráveis

O artigo 225 CP alterado pela lei 12.015/09 dispõe que os crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis procedem-se mediante ação penal pública condicionada, dependendo, portanto, de representação. O parágrafo único do referido artigo ainda dispõe que: Procedem-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

A alteração seria bem vinda se tivesse, oportunamente, se atentado ao fato de que nos casos de estupro que resultam em morte ou lesão corporal grave na vítima a ação, no caso da vítima maior de dezoito e não vulnerável, passou a ser pública condicionada.

Pela recente mudança, esses crimes que por ventura lesam bens jurídicos indisponíveis, mesmo que indiretamente, se tornam, de certa forma disponíveis, pois passam a ser regidos pelas regras e princípios da ação penal privada. Ora, é concebível subjugar o direito à vida em detrimento de um direito sexual? É o que se infere a partir de uma primeira leitura e de uma interpretação literal do dispositivo legal. É, porém, sabido que está técnica de hermenêutica não é das mais proveitosas, devendo-se, nesse caso, enxergarmos o ordenamento como um todo, fazendo uma interpretação sistemática e também buscando a *voluntas legislatoris*. Como não poderia ser diferente, surgiram acerca do tema discussões infundáveis, deixando de ser a doutrina e jurisprudência uníssona a respeito do assunto.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS PREVISÕES NO TOCANTE AO CRIME DE ESTUPRO COM RESULTADO LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE DA VÍTIMA

Em que pesem as acirradas discussões que tomaram lugar na doutrina e jurisprudência brasileiras após o advento da lei nº 12.015/2009 acerca da compatibilidade do novo artigo 225 do Código Penal com o texto da CF/88, deve-se ressaltar, *a priori*, que o referido dispositivo penal sempre foi alvo de questionamentos de constitucionalidade com relação à previsão de suas ações penais e o texto da nossa atual Carta Magna.

Mas antes das substanciais alterações que recentemente se verificaram, estes debates acerca da compatibilidade do artigo com as previsões da Constituição focavam-se no fato de que estava elencada na antiga redação do artigo 225, § 2º do diploma penal pátrio a previsão de que, nas ações penais onde a vítima dos crimes contra os costumes descritos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal não pudesse prover as despesas do processo sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família, deveria o Ministério Público

atuar em nome da vítima mediante representação, excluindo a regra da ação penal privada e advindo em tais hipóteses a ação penal pública condicionada.

Neste contexto, alguns doutrinadores diziam ser esta disposição contrária ao preceito do artigo 134 da CF/88, que estabelece a Defensoria Pública como instituição criada para o fim de assistir as pessoas que não detêm condições econômicas de arcar com os custos de um processo, sem privar-se do básico e do mínimo necessário para a manutenção de seu sustento ou de sua família. Tal previsão, segundo os defensores da violação do artigo 134 da CF/88 pela previsão do estatuto penal, retirou a legitimidade do Ministério Público para agir nos casos onde a vítima dos crimes era “pobre”, na acepção jurídica do termo, tal qual retirou a legitimidade do mesmo órgão para ajuizar a ação civil *ex delicto* prevista no artigo 68 do Código de Processo Penal, devendo então a ação penal seguir a regra na época estabelecida – ação penal privada – sendo que a vítima em tais condições deveria recorrer à Defensoria Pública para propor esta ação, caso assim o desejasse. Eis o dizer de Danilo Frassetto Michelini:

Assim, em todos os casos em que o interesse a ser defendido refira-se à pessoa pobre, a legitimidade, diante da nova ordem constitucional, será das Defensorias Públicas. Portanto, data vênua, o art. 225 § 1º, inciso I, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (MICHELINI, 2007, s.p.).

Jamais se chegou a um consenso acerca destas teses, de modo que superadas estas discussões em face da alteração legislativa de 2009, insta observar os novos argumentos utilizados por aqueles que dizem que o dispositivo mantém-se ainda inconstitucional. E neste aspecto, o que mais causa divergências e debates na doutrina é a previsão da ação penal no caso dos crimes de estupro com resultado lesão corporal grave ou morte da vítima.

Estes dois crimes, preterdolosos, sofreram alterações topográficas bastante importantes em 2009 e tiveram suas penas modificadas, sendo que passaram a incidir, com respeito ao modo de como serão alvo da *persecutio criminis*, na regra geral estabelecida pela lei nº 12.015, qual seja, a da ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Antes, porém, estes casos eram regidos pelas ações penais públicas incondicionadas, especialmente pela previsão da Súmula 608 do STF, que diz que nos casos onde o estupro for praticado através de violência real, sempre será punido

mediante ação penal pública incondicionada, de forma que assim assinalava Luiz Regis Prado:

Outra não poderia ser a solução do legislador, pois o desvalor da ação e do resultado, em tais casos, é por demais acentuado, impondo a necessária atuação dos órgãos persecutórios. (PRADO, 2008, p. 680).

No mesmo sentido, estava a interessante lição de Rogério Greco, porém com um argumento diverso, de localização da disposição penal, por meio do qual resultava a necessidade de aplicação para referido crime da regra geral do artigo 100 do Código Penal e 24 do Código de Processo Penal:

Toda vez que da violência empregada pelo agente ocorrer lesão corporal grave ou a morte da vítima, bem como se o fato se amoldar a qualquer uma das hipóteses de presunção de violência, pelo fato de essas situações se encontrarem no mesmo capítulo onde está inserido o art. 225 do Código Penal, e não nos capítulos anteriores, a ação penal, nesses casos, será de iniciativa pública incondicionada. (GRECO, 2008, p. 556, sem grifos no original).

Segundo estes renomados autores, bem como substancial parcela da doutrina, viam nestas previsões um meio de combater de maneira mais eficaz a conduta do estupro qualificado pela morte ou lesão corporal grave da vítima, tão grave e exteriorizadora de nenhum respeito ou valorização pelo agente da vida, dignidade, moralidade e integridade humanas.

Então, advém a lei nº 12.015/2009 e transforma estas situações em alçada da ação penal pública condicionada. E diante disso, um número cada vez maior de doutrinadores passou a criticar ferrenhamente esta nova disposição, nem tanto pelo fato do crime de estupro com resultado lesão corporal grave, já que, sendo caso de manutenção do novo artigo 225, esta condição ainda não impediria por completo a vítima de oferecer sua representação para que o Ministério Público possa, a partir de então, conduzir a ação penal; o debate maior foca-se no crime de estupro com resultado morte da vítima, parecendo, à primeira vista, ser um disparate o fato de que o legislador tenha elencado como condição de procedibilidade uma representação daquele que já faleceu, e pior ainda: não deixando este nenhum representante legal, ocorreria a impossibilidade de qualquer manifestação no sentido de iniciar a persecução penal, de sorte que os criminosos em questão ficariam

impunes e descobertos do manto da Justiça, o que não pode de forma alguma ocorrer segundo a voz uníssona da maioria da doutrina. O sempre lembrado mestre Júlio Fabbrini Mirabete ilustra com clareza a questão:

Além do contrassenso de não se admitir ação pública incondicionada nas hipóteses em que o estupro é de gravidade extrema, a aplicação literal do dispositivo implicaria a necessidade, no caso de morte da vítima, de representação de uma das pessoas mencionadas no art. 24, parágrafo único, do CPP, cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, e, na ausência destas, a impunidade do crime, por se tratar de rol taxativo. Por tais razões, tem-se sustentado a inconstitucionalidade do dispositivo legal. (MIRABETE, 2010, p. 425).

Numa tentativa de driblar este cenário sombrio, inicialmente tentou-se aventar um possível conflito aparente de normas entre o novo artigo 225 do Código Penal e o artigo 101 do mesmo *codex*, para que prevalecesse este último tendo em mente que o estupro praticado mediante violência real é um crime complexo, mas esta alternativa logo se revelou, a princípio, imprópria e incabível diante dos próprios métodos de solução dos conflitos de normas tão magistralmente propostos por Norberto Bobbio, mais especificamente, por dois fundamentos, aventado por considerável parcela dos doutrinadores: primeiramente, o novo artigo 225 é uma norma de caráter especial, enquanto o artigo 101 é de caráter geral, devendo se sobrepor; e em segundo lugar, a regra do artigo 225 é mais recente, devendo prevalecer sobre o artigo 101. Ante o exposto, não restaria, para muitos, solução outra que não a declaração de inconstitucionalidade do novo artigo 225 do Código Penal, por ferir ele a dignidade da pessoa humana.

Um doutrinador em especial, porém, vê no próprio artigo 101 do Código Penal, após uma análise mais minuciosa e utilização de interpretação sistemática da legislação penal, a solução para este problema trazido pelo precipitado e desatento legislador de 2009 com relação aos crimes de estupro qualificado pelo resultado morte da vítima, isto sem sequer fazer-se necessária a declaração de inconstitucionalidade da nova norma e impondo-se, como toda a doutrina defende, a ação penal pública incondicionada para estes crimes, nos moldes da previsão anterior ao surgimento da lei nº 12.015. Referido doutrinador é o respeitado César Roberto Bitencourt.

Bitencourt afirma, surpreendentemente e diferente dos demais pensadores do Direito, que a nova previsão legal, na realidade não trouxe alteração

alguma, e jamais houve impunidade para o autor de um crime de estupro com resultado morte cuja vítima não possui representante legal, pelo fato de que a ação penal sempre foi pública incondicionada. O autor defende sim, a inconstitucionalidade do novo dispositivo, mas por outras razões que serão expostas mais adiante.

Bitencourt ainda alega que, na realidade, o artigo 101 do Código Penal traz uma norma de modo algum geral, mas específica e especial, uma vez que seu raio de alcance são todos os crimes complexos descritos no estatuto penal repressivo, pouco importando o local onde estejam inseridos. Assim:

Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes do Capítulo IV, fazem parte, como uma subespécie daquela regra geral, segundo a qual, a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei; nesse sentido, trata-se de norma geral para esses crimes sexuais. Não teria sentido seu afastamento por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do princípio da excepcionalidade, devem ser sempre expressas. (BITENCOURT, 2010, p. 139).

As disposições que excepcionam a deflagração da persecução penal são o próprio objetivo do artigo 101 do Código Penal, já que se estas exceções não existissem, ante à falta de norma expressa, a ação penal em todas as ocasiões seria pública incondicionada, em face do artigo 100 do mesmo código. Para Bitencourt, o artigo 101 do CP destina-se precipuamente aos delitos cuja persecução penal dependem da iniciativa da vítima, posto que nos demais casos ela se revela inútil, posto que serão alvo sempre de ações penais públicas incondicionadas. Tal interpretação sistemática, segundo o doutrinador, resolve a discussão acerca de qual ação penal é apta para reger a persecução penal do crime de estupro com resultado morte da vítima na atualidade, devendo ela ainda ser somada ao Princípio da Razoabilidade, cujo escopo maior é assegurar a harmonia das normas do ordenamento jurídico pátrio, pelo simples fato de que contraria a razoabilidade percebida pelo mais simples dos homens que, mesmo havendo morte da vítima, a ação penal pública deva ser condicionada à sua representação.

Enfim, arremata Bitencourt:

Em outros termos, a natureza da ação penal do crime complexo segue a natureza da ação penal pública dos fatos que o compõe, e tanto a lesão corporal como o homicídio são crimes de ação pública

incondicionada. Seria uma irracionalidade sustentar que no crime de matar alguém, pelo simples fato de estar vinculado a outro crime (igualmente grave, no caso) a *persecutio criminis* não poderia ser pública incondicionada. Interpretação como essa afrontaria o sistema penal, deixaria descoberto um dos bens jurídicos – a vida – mais valiosos, quiçá o mais valioso de todos (sua perda, torna irrelevante os demais, no plano pragmático), além de violar o princípio da razoabilidade. (BITENCOURT, 2010, pp. 139/140).

Parece até mesmo que foi tendo como base estes preceitos que o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 608, para que se vislumbre uma melhor interpretação sistemática do Código Penal consoante aos princípios gerais que regem o Direito.

Em que pese esta peculiar visão do honrado doutrinador, sua voz ainda é solitária na seara doutrinária, sendo que, na ausência de uma solução para o caso, o Ministério Público ajuizou perante o STF, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sem redução de texto contra o artigo 225 do CP, e que aqui merece uma análise específica em razão dos argumentos expostos para seu julgamento de procedência por parte da Procuradoria-Geral da República.

3.1 A ADI nº 4.301

Tendo como fundamento de agir os artigos 102, I “a” e “p”, e 103, VI, ambos da CF/88, bem como dispositivos da lei nº 9.868/99, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI nº 4.301 perante o Supremo Tribunal Federal contra parte do artigo 225 do Código Penal, qual seja, justamente a parte do dispositivo que elenca que no crime de estupro do qual resulte lesão corporal grave ou morte, deve proceder-se mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, em detrimento à previsão anterior da ação penal pública incondicionada.

Os argumentos expostos na Inicial de referida ação pela Subprocuradora-Geral da República, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, são os seguintes: em primeiro lugar, houve a alegação de que a nova disposição da lei penal viola a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88; em segundo lugar, alegou-se a violação ao princípio da vedação á proteção deficiente, previsto no artigo 5º, LIV da CF/88; e por fim, houve a alegação de que a

regra atual implicaria na possível extinção da punibilidade em massa nos processos em andamento, porque passariam a exigir manifestação da vítima, sob pena de decadência.

No tocante à primeira violação suscitada, à dignidade da pessoa humana, manifestar-se-ia ela no desvalor que a regra atual demonstra com a vida da vítima, ao exigir para o crime de estupro com resultado morte uma representação impossível do ofendido para que o Estado possa agir e iniciar a persecução penal. Rebatendo esta tese, alega Cezar Roberto Bitencourt que não há, na verdade, violação da dignidade da pessoa humana porque a disposição do legislador visou, justamente ao contrário, proteger esta dignidade ao livrar a vítima da chamada *vitimização secundária*, que é sua exposição à publicidade gerada pelo processo, que escancara ao público o fato que a atormenta, muitas vezes até aumentando a lesão que sofreu; para Bitencourt, a proteção maior para a vítima estaria mais bem garantida se ocorresse a manutenção da ação penal privada para os crimes contra a dignidade sexual, mas já que isto ocorreu, ainda há certa proteção com a condição de procedibilidade necessária consubstanciada na representação do ofendido.

Em que pese o fato de ambas as argumentações serem respeitáveis, deve-se ater ao fato de que Bitencourt não lança uma saída para o caso das vítimas do bárbaro crime em questão quando estas não possuem representantes legais para representar por ela, o que certamente acarretará impunidade do agente, já que o rol dos legitimados presentes no artigo 24 do Código de Processo Penal é taxativo, e que também é o cerne desta discussão, daí parecer que a tese da Procuradoria-Geral da República deve ser acolhida.

Com relação à segunda alegação de violação suscitada, ela se reveste de importância e interesse por se tratar de um assunto extremamente novo na doutrina pátria. O princípio da vedação à proteção deficiente por parte do Estado ou princípio da infraproteção é uma máxima originalmente alemã surgida na segunda geração de direitos constitucionais referentes ao âmbito penal e trazida ao nosso país principalmente pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, que realizou destacado doutorado na Alemanha, tomando ali contado direto com esta tese; e pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet.

Em suma, prega o princípio da proibição da proteção deficiente que o Estado possui um compromisso constitucional com a segurança pública, tendo necessariamente o dever de proteger o indivíduo contra a criminalidade.

Historicamente, este princípio constitui uma inovação a partir do momento em que atenta-se ao fato de que sempre utilizou-se dispositivos constitucionais para barrar a atuação do Estado e conferir um “escudo” ao particular contra suas ações excessivas; este princípio vem justamente fazer o inverso, utilizando-se de dispositivo constitucional – no caso, o artigo 5º, LIV da CF/88, ainda que de maneira implícita – para impulsionar a atividade persecutória do Estado, dizendo que o Estado não deve apenas proteger o indivíduo, mas também reprimir as violações que à ele são cometidas.

O Estado não pode deixar de punir os criminosos em face desta máxima que nada mais é do que uma face ou vertente do próprio princípio da proporcionalidade. Ora, se crimes ínfimos merecem punição pequena e em alguns casos sequer o merecem, crimes extremamente violentos e bárbaros que denotam total desrespeito com a vida humana demandam uma punição extremamente severa, na medida da violência com que foram cometidos. O Estado tem este dever constitucional pró-acusação para com seus cidadãos, de jamais deixar os criminosos impunes. Nesta seara, é justamente o que ocorrerá se continuar a ser exigida ação penal pública condicionada à representação do ofendido para os casos de estupro com resultado morte, caso estes não tenham deixado nenhum representante legal. Neste caso específico, a nova legislação em vigor desguarnece a sociedade.

Em resposta a esta segunda alegação, Bitencourt – para quem é desnecessária a ADI que aqui se discute, sendo que todo o problema poderia ser facilmente resolvido por meio de suas propostas de interpretação para o artigo 101 do Código Penal – afirma que:

Tampouco se pode falar em “proteção deficiente” quando se constata que há cominação de penas, havendo lesão grave ou morte, com máximos de doze e trinta anos de reclusão, respectivamente. Há, na nossa avaliação, a observância do princípio da proporcionalidade (até com algum excesso), configurando-se uma adequada proteção dos bens jurídicos lesados. (BITENCOURT, 2010, p. 140)

Analisando o exposto e com respeito à alegação do doutrinador, parece que o cerne da discussão não é a pena que o legislador cominou para estes tipos penais ora em estudo, mas sim a implementação da condição de procedibilidade neles prevista, qual seja, a já referida representação do ofendido. De que adianta uma pena elevada, que corresponde ao princípio da proporcionalidade,

se o Estado fica “travado”, impossibilitado de exercer a *persecutio criminis* se a vítima falecida não deixar representantes legais que representem por ela junto ao Ministério Público? Por isso, parece que neste aspecto mais uma vez merece ser acolhida a tese dos mentores da ADI.

Finalmente, com relação à terceira alegação feita pela Procuradoria-Geral da República, se fosse a nova regra do artigo 225 do Código Penal aplicada do modo em que está, acarretaria a seguinte situação: por ser mais favorável ao réu, esta nova regra retroagiria para beneficiar aqueles que respondem pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor perpetrados nas suas formas qualificadas; portanto, as ações penais que estão em tramitação passaram a depender da concordância do ofendido ou seu representante legal para continuarem em trâmite; e o direito de representação deve ser exercitado, pelos artigos 38 do CPP e 103 do CP no prazo máximo de seis meses contados do dia em que a vítima ou o representante legal da mesma tomou conhecimento do autor do delito, sob pena de decadência. Alegou-se então, na época do ajuizamento da ADI, que a data de início da prescrição da representação seria 10 de Agosto de 2009, data da entrada em vigor da nova lei, de modo que os Promotores de Justiça do país inteiro teriam que sair em busca das vítimas dos processos que cuidavam para que estas ou seus representantes legais oferecessem sua representação, o que jamais seria atingido ainda que com total empenho do Ministério Público. Desta alegação, resultou um pedido de liminar para que a eficácia do novo artigo 225 do Código Penal fosse suspensa com relação aos crimes de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave. Tal pedido obteve a concordância da Advocacia-Geral da União, mas que não foi concedida pelo STF.

Em razão deste indeferimento, subentende-se que os pareceres dos ministros de nosso Pretório Excelso se identificam com o pensamento de Cezar Roberto Bitencourt, para quem não há que se mencionar em extinção de punibilidade por qualquer causa no crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave porque neles a ação penal sempre foi pública incondicionada, tendo em vista tratar-se de crime complexo, alvo da norma contida no artigo 101 do Código Penal e na Súmula 608 do referido STF, para a qual a ação penal nestes crimes sexuais será sempre pública incondicionada se forem eles cometidos com violência real, o que se adapta ao caso em tela. Com efeito, com relação a esta necessidade aventada pela Procuradoria-Geral da República de coletar representações das

vítimas dos referidos crimes de estupro qualificado sob pena de ocorrer a extinção da punibilidade dos réus dos processos em andamento, Renato Marcão e Plínio Gentil encerram a discussão trazendo à tona uma importante questão, por alguns doutrinadores despercebida, qual seja: a construção da tese de que seria necessário coletar representação das vítimas dos crimes sexuais nos processos em andamento resultou da constatação de que a lei nº 12.015/2009 é mais favorável ao réu, portanto deveria retroagir para alcançar referidas ações penais em trâmite; ocorre que a nova lei dos crimes sexuais não tratou apenas de temas de direito material, mas também de direito processual, e esta é a parte que mais nos interessa, já que se é realmente certo que de um ponto de vista material penal esta legislação realmente constitui *novatio legis in melius*, do ponto de vista processual sequer há que cogitar-se esta sua natureza, já que com relação às regras das normas processuais vige o Princípio da Imediata Aplicabilidade, construído sobre a máxima romana *Tempus Regit Actum*; e uma vez que o tempo rege o ato, a norma processual penal produz efeitos imediatos tão logo entra em vigor, atingindo a persecução penal no momento em que esta se encontra, passando a regê-la a partir de então com suas novas disposições e ficando os atos já praticados disciplinados pela legislação anterior. De forma que:

No caso hipotético de uma ação que começa pública incondicionada segundo a lei do seu tempo, o MP, ao oferecer denúncia sem a representação do ofendido, agiu rigorosamente dentro das regras então válidas, não precisando, quando mudam a lei e a espécie de ação penal, colher uma representação que não era exigível. Mesmo porque algumas questões processuais colocar-se-iam caso esta fosse a solução adotada: se não teria havido decadência ao direito de representação, se ela convalidaria uma denúncia feita anteriormente, ou se tal representação só teria sentido cronologicamente antes de uma possível denúncia, daí surgindo a eventualidade de mudar o juízo de conveniência do ofendido em representar ou não, dependendo do instante em que fosse chamado a fazê-lo". (MARCÃO e GENTIL, 2011, pp. 264/265).

Em suma, tendo em vista os acirrados debates doutrinários, a decisão definitiva nesta ADI irá decidir se realmente é necessário declarar o artigo 225 do Código Penal inconstitucional no que se refere ao crime de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave ou se uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico com base no artigo 101 do estatuto penal repressivo e na Súmula 608 do STF bem como as normas gerais do processo penal nacional basta para concluir-se

que as ações penais, neste caso, sempre forma públicas incondicionadas e assim devem permanecer, como desde o início quer crer parcela de nossa respeitada Doutrina e em contrapartida à posição de nosso órgão máximo do Ministério Público Federal.

4 DIREITO DE INTIMIDADE DA VÍTIMA x AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA

Para uma corrente de doutrinadores minoritária, encabeçada por Cezar Roberto Bitencourt, defende que a real inconstitucionalidade do artigo 225 está não na questão da ação penal pública condicionada para os delitos de estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, que podem ser sanados nos moldes do que acima foi exposto, e sim no que tange à previsão para as ações penais públicas condicionadas para todos os casos dos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI do Código Penal, e que tolhe o direito de intimidade da vítima.

Trata-se, como dito, de uma corrente minoritária, já que a maioria da doutrina se posiciona no sentido de bem recepcionar a nova norma, como bem representado pelo doutrinador e magistrado Guilherme de Souza Nucci, ao discorrer sobre as alterações:

Em primeiro lugar, deve-se salientar a alteração da política criminal no cenário dos crimes sexuais. Afasta-se a ação penal privada, que dava ensejo a argumentos de proteção à intimidade, evitando-se o escândalo do processo. Ora, toda a ação passa a ser pública condicionada à representação, o que confere aos crimes sexuais maior coerência. Se a vítima quer preservar sua intimidade, sendo pessoa adulta e capaz, basta não representar. Porém, fazendo-o, caberá ao Ministério Público agir (NUCCI, 2009, p. 62).

Não é desta forma que pensa Bitencourt, para quem a publicização da ação penal nestes casos não significa uma maior proteção à vítima do crime sexual. Inicialmente, insta discorrer um pouco sobre o direito de intimidade dos indivíduos, fundamental em razão de sua previsão no inciso X do artigo 5º da CF/88. Trata-se o direito de intimidade de uma garantia fundamental surgida no Direito Anglo-Americano, o *right of privacy*, que em 10 de Dezembro de 1948 foi reconhecido

como direito universal do homem pela Assembléia Geral das Nações Unidas; este tão importante direito, para René Ariel Dotti, se configura simplesmente como “a esfera secreta da vida do indivíduo no qual este tem o poder legal de evitar os demais” (DOTTI, apud SILVA, 2001, p. 206). Para Paulo Gustavo Gonet Branco, a importância deste direito fundamental reside no seguinte aspecto:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental (...). Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna de nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. (BRANCO, COELHO e MENDES, 2010, pp. 469/470).

Tendo estes preceitos em mente, o fundamento e escopo para que a ação penal nos antigos crimes contra os costumes fosse a privada era justamente a preservação deste direito de intimidade da vítima, que poderia ser terrivelmente ferido em razão da chamada *vitimização secundária*, que é representada pela publicidade dada ao caso quando do ajuizamento do processo, à exploração midiática e às conversas paralelas que crimes como este geralmente suscitam perante a sociedade, mais ainda em se tratando de cidades de pequeno porte, onde quase todos se conhecem.

Mas, seguindo tendências doutrinárias mais atuais, optou o legislador por modificar, em 2009, a regra das ações penais nos crimes sexuais, de privada para pública condicionada à representação, na busca de uma maior efetividade da persecução penal e na tentativa de punir de forma mais severa os agentes de crimes tão graves. Com efeito, a grande parcela da doutrina via na antiga previsão das ações penais privadas um resquício dos períodos de vingança privada no Direito, onde era dado à vítima o direito de fazer a Justiça por suas próprias mãos, o que alimentava sentimentos de revides desproporcionais até mesmo à conduta sofrida.

Mas no dizer de Bitencourt, esta mudança, ao invés de dar proteção maior à vítima e ao bem jurídico lesado, acabou por tolher-lhe o menor resquício de dignidade que ela conservava ao ser ofendida na sua liberdade sexual, assim resumindo seu respeitável entender:

Atribuir (...) a titularidade da ação penal ao Parquet não é sinônimo de maior proteção à vítima (,,); pelo contrário, desrespeita o direito

daquela que, nesses casos, tem o direito preponderante à proteção de sua intimidade e privacidade, além de ignorar a tradição de nosso sistema jurídico que, historicamente, nos crimes contra a liberdade sexual, atribuía a titularidade da ação penal exclusivamente à vítima ou seu representante legal. Por estas razões, certamente, a obrigatoriedade da ação penal pública (a partir da denúncia) afastará, ainda mais, as vítimas da busca pela justiça, para não se submeterem à obrigatoriedade da ação penal” (BITENCOURT, 2010, p. 135).

O Direito Penal, desde a época romana considerado um ramo do Direito Público, não pode, acobertando-se com o manto de reprimir os criminosos violar ou simplesmente ignorar as garantias fundamentais das vítimas de referidas ações contrárias à lei, já que a intimidade e seu decoro é tudo o que lhes resta após terem sua honra sexual lesada, pois do contrário não estaríamos inseridos realmente em um Estado Democrático de Direito. A ação penal privada, para o ilustre doutrinador, baseia-se em questões de foro íntimo que conseguem atingir de maneira mais eficaz a preservação dos direitos individuais do ofendido pela conduta criminosa. O grande fundamento da necessidade da ação penal privada, para Bitencourt, é que:

Assegurar a iniciativa da vítima para a persecutio criminis, nos crimes sexuais, visa evitar novo e penoso sofrimento desta, que, pela inexpressiva ofensa, desproporcional gravidade entre a lesão e a sanção estatal correspondente, ou pela especialíssima natureza do crime (que é o caso), lesando valores íntimos, prefere amargar sua dor silenciosamente. Essa decisão é exclusiva da vítima. Pretende-se, assim, evitar a divulgação e a repercussão social, que podem causar ao ofendido ou a seus familiares, dano maior do que a impunidade, gerando a conhecida vitimização secundária, geralmente ignorada não só pelas autoridades repressoras, como também pelo próprio legislador” (BITENCOURT, 2010, p. 136).

Pouco resta a acrescentar diante do quão enfático é o doutrinador na defesa daquilo em que acredita, acrescentando ainda que a transformação das ações penais nestes casos de privadas para públicas condicionadas provocará um afastamento maior das vítimas do Judiciário, uma vez que não mais possuem o direito exclusivo da propositura da ação penal, na tentativa de se verem livres do estigma de serem público o fato de que foram vítimas de um crime sexual.

Outro aspecto desta alteração é que não sendo mais a ação penal de iniciativa da vítima, iniciada ela, não mais poderá haver arrependimento, desistência,

conciliação, renúncia, perdão ou perempção, devendo a vítima suportar a persecução penal até seu fim com a prolação da sentença.

Em suma e concluindo o assunto, por tudo isto, defende o digno doutrinador que a previsão da ação penal privada é inconstitucional. E em que pese ser de extrema importância a preservação do direito de intimidade da vítima como meio de resguardar o Estado Democrático de Direito, parece que toda esta discussão perde grande parte de sua razão de ser a partir do momento em que se atenta para o fato de que a ação penal será, na prática, sempre pública, já que ela é administrada pelo Estado através de sua função jurisdicional; a diferença é que sendo a ação privada, pode optar a vítima por apresentar a queixa e deflagrar esta ação, movimentando o Judiciário segundo os ditames do princípio do devido processo legal ou simplesmente deixar o fato impune se vislumbrar assim uma situação melhor para si mediante o afastamento do chamado *strepitus fori*, extirpando-se, de todo modo, este poder de iniciativa com a prolação da sentença, já que a execução da mesma também é atribuição exclusiva do Poder Judiciário; e sendo ela pública condicionada à representação, terá ela agora que manifestar-se perante o Ministério Público a favor do ajuizamento ou não da ação para que este possa deflagrá-la, mas em ambos os casos, uma vez que é o Estado titular único do *jus puniendi*, apresentada a queixa ou a denúncia, torna-se, como dito, a ação penal pública. E se há a efetiva necessidade de se proteger a intimidade da vítima, ela pode optar por simplesmente não representar ou ainda requer que esta ação ajuizada tramite em segredo de justiça, restringindo-se o número de indivíduos que a ela terão acesso, quase anulando sua publicidade, e conferindo barreiras para a ocorrência da tão prejudicial vitimização secundária da vítima.

5 CONCLUSÃO

À vista de tudo o que foi neste breve ensaio exposto, busca-se transmitir as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que existem atualmente em nosso ordenamento jurídico no tocante à alteração do clássico modelo das ações penais que regiam os antigos crimes contra os costumes, hoje crimes contra a dignidade sexual.

Espera-se que com seu poder de decisão vinculante sobre todo o território nacional, esclareça nossa Suprema Corte através do julgamento da ADI nº 4.301, de modo definitivo, a compatibilidade destas alterações antes tão desejadas com nossa Constituição que mundialmente é um símbolo de Democracia, em que pese, como se disse, o fato de que respeitável doutrina dizer que uma simples interpretação sistemática basta para que se conclua que para casos de gravidade extrema, a ação penal foi e continua sendo pública incondicionada.

Dos principais efeitos que se pode esperar desta decisão é a acolhida ou não de modo definitivo em nosso ordenamento do princípio da vedação à proteção deficiente do Estado, importado do Direito Alemão e extremamente importante por proporcionar embasamento constitucional à todos os membros do honrado Ministério Público para impulsionar as ações penais tendo em mente o direito que cada cidadão possui de não ver uma conduta criminosa permanecer impune.

Além disso, importante o debate que se encerra a respeito dos direitos constitucionais fundamentais que protegem a vítima de referidos crimes sexuais, embora a nossos olhos pareça que de uma forma ou outra é impossível “lacrar” ou esconder sempre e totalmente um fato criminoso qualquer que seja, cabendo ressaltar que para que esta exposição seja minimizada, há a previsão do segredo de justiça, importante para a defesa da honra e intimidade da vítima, cabendo aqui fazermos uma última advertência, parafraseando José Antônio Paganella Boschi: “se para a imposição da pena tivéssemos que destroçar ainda mais uma vida, então o sistema jurídico seria uma iniquidade” (BOSCHI, apud BITENCOURT, 2010, p. 140). Que todos os operadores do Direito tenham sempre isto em mente em qualquer de suas decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Material de 2009**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. 257p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 14. ed. Editora: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1616p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial – Volume III**. 5 ed. rev. e atual. Niterói: Editora Ímpetus, 2008. 719p.

MARCÃO, Renato e GENTIL, Plínio. **Crimes contra a Dignidade Sexual – Comentários ao Título VI do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. 455p.

MICHELINI, Danilo Frasseto. **A Inconstitucionalidade do art. 225 § 1º, inciso I do Código Penal**. Disponível em:
http://www.defensoria.to.gov.br/docs/artigos/ainconstitucionalidadedoart225,paragrafo1_danilo.pdf. Acesso em: 07/03/2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volumes I e II. 27 ed. Editora: Atlas, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – Comentários à lei 12.015, de 7 de Agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 125p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 522p.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Volume 2 – Parte Especial, Arts. 121 a 249**. 7 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 800p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. 878p.