



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO**

**ANA CAROLINA NASCIMENTO MENDES**

**AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

**CAMPINA GRANDE  
2015**

**ANA CAROLINA NASCIMENTO MENDES**

**AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Marcelo D'Angelo Lara.

**CAMPINA GRANDE  
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M538a Mendes, Ana Carolina Nascimento.

Ação penal nos crimes de estupro e estupro de vulnerável  
[manuscrito] / Ana Carolina Nascimento Mendes. - 2015.  
20 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,  
2015.

"Orientação: Prof. Me. Marcelo D'angelo Lara, Departamento  
de Direito Público".

1. Direito Penal. 2. Crime de Estupro. 3. Súmula 608 do  
STF. I. Título.

21. ed. CDD 345



ANA CAROLINA NASCIMENTO MENDES

AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.


Área de concentração: Direito Penal.

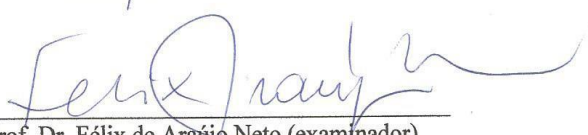
Orientador: Prof. Marcelo D'Angelo Lara.

Aprovada em: 17/06/2015.

Nota: 9,8.

BANCA EXAMINADORA

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Ms. Marcelo D'Angelo Lara (Orientador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Félix de Araújo Neto (examinador)  
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Francisco Iasley Lopes de Almeida (examinador)  
Faculdade FARR/ CESREI

# AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO E ESTUPRO DE VULNERÁVEL

MENDES, Ana Carolina Nascimento\*

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a alteração legislativa promovida no artigo 225 do Código Penal, na redação conferida pela Lei 12.015 de 2009, examinando os tipos de ação penal nos delitos sexuais. Será estudada a ação pública condicionada à representação nos casos de estupro simples e sua controvertida aplicação no âmbito do estupro qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte, observando que neste último caso, trata-se de crime complexo, devendo seguir o preceito do art. 101 do CP. Ademais, será analisada a aplicabilidade da súmula 608 do STF diante da supracitada alteração legislativa, e por derradeiro, será estudado o recente entendimento do STJ acerca do aspecto da vulnerabilidade para a definição da ação penal. A relevância do presente estudo refere-se ao entendimento prático sobre qual o meio adequado de processar o crime de estupro em suas várias formas, à luz dos princípios constitucionais e das normas penais brasileiras.

**Palavras-chaves:** Crime de estupro. Crime complexo. Súmula 608 do STF. Vulnerabilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A partir da alteração legislativa ocorrida através da Lei 12.015 de 2009, os chamados “Crimes contra os Costumes” receberam nova denominação, qual seja: “Crimes contra a Dignidade Sexual”. A modificação revela a nova preocupação do legislador em preservar o bem jurídico da liberdade, personalidade e dignidade da pessoa humana, ultrapassando sua visão arcaica que tutelava a moral social e os bons costumes.

A terminologia ‘costume’ que remetia aos hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática perdeu, com o decorrer do tempo, sua razão de ser, em virtude de não mais se concretizarem no seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. Agora o direito penal se preocupa em tutelar não mais os hábitos ou costumes sexuais, mas a própria dignidade da pessoa humana.

Por meio desse novo diploma legal, foram fundidas as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor em um único tipo penal, que recebeu o nome de estupro (art. 213). Ocorreu também uma alteração do sujeito passivo do crime de estupro. Anteriormente só poderia

---

\* Aluna de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus I. Email: carolmendes9@hotmail.com.br

figurar como vítima a mulher, e na atual codificação, qualquer indivíduo pode ser considerado vítima deste delito.

Além disso, criou-se o crime de estupro de vulnerável, revogando o artigo 224 que disciplinava os casos de violência presumida quando a vítima era menor de quatorze anos, alienada ou débil mental ou quando não podia, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

O Código Penal de 1940, na sua redação original, previa que o crime de estupro procedia-se mediante queixa, salvo nos casos em que a vítima não possuía condições econômicas ou quando o crime era cometido com abuso do pátrio poder.

A Lei 12.015/09 definiu no artigo 225 do CP que os crimes contra a dignidade sexual são processados por ação pública condicionada, alterando assim, a legitimidade ativa da vítima para o Ministério Público.

Desta maneira o Estado condiciona seu poder repressivo: se o ofendido manifestar a vontade de ver iniciada a ação penal, esta será iniciada pelo órgão estatal da acusação: o Ministério Público; se o ofendido achar conveniente silenciar, a ação penal não será promovida (TOURINHO FILHO, 2010, p.373).

A exceção encontra-se nos casos de crime contra os menores de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável no qual se procede mediante ação penal pública incondicionada, conforme disposição do parágrafo único do art. 225 do CP.

Diante desta modificação legislativa, o presente trabalho visa analisar as divergências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tipo de ação penal nos crimes de estupro e estupro de vulnerável.

## **2. AÇÃO PENAL NOS CRIMES DE ESTUPRO**

O instituto da ação penal pública incondicionada caracteriza-se pela ausência de requisitos para sua iniciativa, ou seja, não depende de prévia manifestação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

Portanto, desde que provado um crime, tornando verossímil a acusação, o órgão do Ministério Público deverá promover a ação penal, sendo irrelevante a oposição por parte da vítima ou de qualquer outra pessoa.

Na ação penal pública condicionada a representação, o ofendido possui um prazo decadencial de 06 (seis) meses contados do conhecimento da autoria do delito para manifestar o desejo de processar o agressor. Assim, somente após a representação da vítima, o Ministério Público poderá intentar a ação penal.

Em se tratando de ação penal privada, o ofendido é um verdadeiro substituto processual, pois a lei 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.

Através da modificação da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, surgem debates que possuem relevância prática. Analisando o caput do art. 213 do CP, observa-se que o crime de estupro é uma especificidade do crime de constrangimento ilegal, pois apenas determina a finalidade do agente ao constranger a vítima.

Questiona-se assim, se o crime meio faz do crime fim de ação pública incondicionada, já que o estupro seria uma consequência específica do constrangimento ilegal.

Cumprе ressaltar, que o estupro simples (caput do art.213) não é crime complexo, e sim forma especial do crime de constrangimento ilegal, uma vez que não resulta da fusão de dois crimes. Para ser caracterizado como crime complexo, o delito deve ser composto por duas condutas típicas, porém, o estupro só possui uma conduta ilícita, qual seja, a de constranger alguém, pois praticar conjunção carnal ou ato libidinoso não é crime, assim não se configura crime complexo.

O tipo penal define como meios de execução deste crime a violência capaz de impedir a capacidade de agir da vítima ou a grave ameaça, que é a violência moral e reflete no psíquico da pessoa ofendida. Segundo Fernando Capez (2012, p.29) o mal prometido pode ser direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima), justo ou injusto e deve ser analisado individualmente.

O legislador ao definir que os crimes contra a liberdade sexual procedem-se mediante ação pública condicionada à representação, objetivou a preservação da dignidade e intimidade da vítima.

Em casos excepcionais, o Estado atenua ou ameniza o *jus persecutionis* a ele conferido para atribuir seu exercício inicial ou quase total à vítima do fato delituoso. O *strepitus judicii*, isto é, a repercussão do fato face ao caráter publicístico da ação e processo penais, poderá ser mais prejudicial à vítima do crime do que a persecução penal de seu autor.

Por essas razões, o Estado sopesa seu interesse ao do particular, abrindo mão da persecução penal, para condicionar o início de seu exercício a provocação prévia da vítima ou para outorgar-lhe a quase totalidade da ação penal (PEDROSO, p.64).

Nos crimes contra a dignidade sexual, o legislador atento a situação de fragilidade da vítima destes delitos, estipulou no art. 234-B do CP que todos os processos relativos a estes



crimes correrão em segredo de justiça, como forma efetiva de proteção da honra e intimidade da vítima.

Ao condicionar a procedibilidade da ação à representação da vítima, o Ministério Público só poderá agir se este for o desejo da vítima, reconhecendo a preponderância do interesse pessoal ao do interesse público.

Por outro lado, a norma que impõe a ação pública incondicionada, agrava a situação tanto da vítima como a do infrator, já que a vítima não tem o livre arbítrio de escolher se quer processar o agente, e este não se beneficia dos institutos da ação pública condicionada, como a decadência do direito de representar.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p.133), existe outra explicação de ordem mais pragmática para justificar a ação penal pública condicionada, visto que se a vítima não se dispuser a confirmar a lesão em juízo, a ação penal dificilmente chegará ao termo.

A definição do tipo ação pública condicionada para os crimes de estupro, tem sua justificativa pautada na preservação da intimidade do ofendido, pois “muitas vezes o constrangimento de reconstruir os fatos já passados e expor a intimidade em juízo ou na delegacia é mais desgastante do que a própria impunidade do criminoso” (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.170).

Assim, é louvável a alteração do tipo de ação penal ao respeitar a autonomia da vontade da vítima, e também, por conferir o caráter público no qual transfere para o Ministério Público a titularidade da ação penal, deixando-o responsável em dar prosseguimento ao feito.

Luiz Flávio Gomes (2009) elogia a nova lei, afirmando que ao condicionar a atuação do Ministério Público a uma prévia manifestação do ofendido, o legislador estaria evitando a publicidade escandalosa do processo (*strepitus iudicii*) que, por sua vez, afastaria o mal chamado pela Criminologia de vitimização secundária.

Por vitimização secundária ou sobrevitimização, entende-se aquela causada pelas instâncias formais de controle social no decorrer do processo de registro e apuração do crime. A vítima ao procurar a polícia, é tratada como objeto de investigação e não sujeito de direitos. FERNANDES (1995, p.69) ao analisar a situação afirma que:

Há uma grande diferença entre o anseio da vítima, vinculada a um só caso, para ela especial, significativo, raro e o interesse da autoridade policial ou agente policial, que tem naquele fato um a mais de sua rotina diária, marcada muitas vezes por outros de bem maior gravidade; ainda, assoberbada pelo volume, impõe-se naturalmente a necessidade de estabelecer prioridades. As deficiências burocráticas por outro lado, aumentam geralmente a decepção. Não há funcionários suficientes e preparados. Não há veículos disponíveis para diligências rápidas. Tudo ocasiona demora e perde tempo. Mais do que tudo isso, muitas vezes a vítima é vista com

desconfiança, as suas palavras não merecem logo de início, crédito, mormente em determinados crimes como os sexuais. Deve prestar declarações desagradáveis. Se o fato é rumoroso, há grande publicidade em torno dela, sendo fotografada, inquirida, analisada em sua vida anterior. As atenções maiores são voltadas para o réu. Isso gera o fenômeno que os estudos recentes têm chamado de vitimização secundária do ofendido.

É fato que nas delegacias, em sua grande maioria, não há pessoas especializadas em atender vítimas de crimes sexuais, como assistentes sociais e psicólogos, muitas vezes a vítima é ouvida por uma pessoa do sexo masculino o que torna o ato ainda mais constrangedor (caso a vítima seja do sexo feminino).

Essa situação, muitas vezes, afeta tanto a vítima que ela deixa de representar simplesmente pelo receio de passar um constrangimento ainda maior na delegacia. O ofendido que já se encontra numa situação de fragilidade, muitas vezes prefere ficar silente a reviver todo o ato novamente.

Por isso o Poder Público deve investir nas delegacias especializadas da mulher, ou na manutenção de pessoas capacitadas para atender estas vítimas, assim, o infrator não ficará impune.

Diante do exposto, percebe-se que o crime de estupro simples não se procede por ação pública incondicionada por questão de política criminal, pois o legislador atento a preservação da dignidade da vítima, definiu-o como delito processado por ação penal condicionada à representação.

### **3 A INCIDÊNCIA DO ART. 101 DO CP PARA A DEFINIÇÃO DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTUPRO QUALIFICADO**

O crime de estupro é qualificado, de acordo os §1º e 2º do art. 213 do CP, quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de dezoito anos e maior de quatorze anos, e se da conduta resulta morte.

Trata-se, indubitavelmente, de um crime complexo, visto que é formado por duas condutas típicas, o delito de constrangimento ilegal (art. 146) mais o crime de lesão corporal grave (art.129, §1º) ou homicídio (art. 121). Estes dois últimos crimes são praticados na modalidade culposa, visto que o estupro qualificado é crime preterdoloso, caso contrário, aplica-se o concurso material.

Para regular esta situação jurídica do crime complexo, o Código Penal dispôs em sua parte geral no art. 101 que caso um das condutas tipificadas proceda-se mediante iniciativa do Ministério Público caberá ação pública para o crime complexo.

O doutrinador Juarez Cirino dos Santos, identifica uma terceira categoria de ação penal a qual denomina de ação penal pública extensiva, o que a maioria da doutrina classifica como crime complexo. Explica o referido autor que “a ação penal pública do crime elementar constitutivo do tipo de crime de ação penal privada fundamenta a extensão da ação penal pública ao tipo de crime de crime de ação penal privada.” (2008, p.682)

Pois bem, é cediço que os crimes de lesão corporal grave e homicídio são processados mediante ação pública incondicionada, assim, observando a regra contida no art. 101 do CP, verifica-se que o delito de estupro qualificado deve ser processado mediante tal modalidade de ação.

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt “a norma do art. 101, não só é especial, como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal.”(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. É uma regra fundamental na manutenção da harmonia do ordenamento jurídico.

Corroborando com este entendimento, o Procurador Geral da República, impetrou uma Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 4103), alegando que a Lei 12.015 de 2009, feria o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção deficiente, o qual se caracteriza pela omissão do poder público no que diz com o cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, a tutela ou dever de proteção da saúde e da vida.

Willis Santiago Guerra Filho (NUCCI, 2010, p. 310), discorre sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito o qual determina que deve se estabelecer uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente o melhor possível. Para o autor isso significa que não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para o interesse das pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

A aplicação da regra geral do art. 225 do CP que impõe a utilização da ação pública condicionada à representação para os crimes de estupro qualificado, é completamente desarrazoada. Um delito com consequências tão graves, por respeito ao princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoal humana, deve ser processado mediante ação pública incondicionada.

Essa também é a posição de Bitencourt (2012, p.142):

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 mais valiosos, a vida, quiçá, o mais importante de todos (sua perda torna irrelevante os demais, no plano pragmático), além de violar o princípio da razoabilidade.

Cumprido ressaltar que nos casos de estupro seguido de morte nos quais a vítima não possui cônjuge, ascendentes, descendentes ou irmãos, não há legitimado (art. 100 §4º, CP) para representar em nome do ofendido, sendo assim, o crime restará impune. Claramente não foi esta a intenção do legislador ao modificar o tipo de ação penal, pois um delito que afeta o bem mais precioso do ser humano, a vida, não pode ficar sem julgamento.

Sendo assim, é recomendável que os aplicadores de direito, diante de textos infraconstitucionais de significados múltiplos e de duvidosa constitucionalidade, escolham o sentido que as tornem constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, evitando o surgimento de conflitos sociais em decorrência da ausência de punição do infrator.

O crime de estupro por seu caráter repugnante, bárbaro, de gravidade acentuada foi reconhecido como crime hediondo, demonstrando novamente, a forte preocupação do legislador em reprimir tal conduta. Sendo assim, nada mais coerente do que definir como ação pública incondicionada o processamento deste crime.

#### **4 A APLICABILIDADE DA SÚMULA 608 DO STF**

Antes da Lei 12.015 de 2009, o Código Penal disciplinava que o crime de estupro procedia-se mediante ação penal privada. Na ocorrência de violência real, o crime de estupro deveria seguir a regra ditada pelo art. 101 do CP, que rege os casos dos crimes complexos, tornando-o assim, de ação pública incondicionada.

Neste delito, a violência se reveste de caráter necessário à tipicidade, é elemento do crime, usada para neutralizar a resistência eventual ou real da vítima. A violência real ocorre quando não há o consentimento da vítima e esta efetivamente oferece resistência, aplicando-se a força ou grave ameaça para que o crime seja consumado.

Diante de várias decisões divergentes, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 608 em 1984, pacificando o entendimento de que no crime de estupro praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

A jurisprudência atual demonstra que a supracitada súmula ainda é aplicável, contudo, diante da alteração legislativa que modificou o processamento deste delito para ação

pública condicionada à representação, entra em debate se a referida súmula estaria tacitamente revogada.

Alguns estudiosos afirmam que a aplicabilidade da súmula gera insegurança jurídica ao contrariar o preceito geral enunciado no caput do artigo supracitado, pois permite afirmar que caso o Judiciário não concorde com determinada lei, bastará editar uma súmula para alterá-la.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009, p.62), a referida Súmula não está em vigor, veja-se:

Elimina-se a Súmula 608 do STF, vale dizer, em caso de estupro de pessoa adulta, ainda que cometido com violência, a ação é pública condicionada à representação. Lembremos ser tal Súmula fruto de Política Criminal, com o objetivo de proteger a mulher estuprada, com receio de alertar os órgãos de segurança, em especial, para não sofrer preconceitos e ser vítima de gracejos inadequados.

Este também é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.347):

Na realidade, justificou-se, a seu tempo, a edição da referida súmula, não a necessidade de normatizar algum ponto juridicamente obscuro ou omissivo, mas tão somente o fato de vivermos em um país onde a norma constitucional e a legislação infraconstitucional são impunemente desrespeitadas.[...]Nesse vazio de vigência normativa, o Supremo Tribunal Federal sentiu politicamente, a necessidade de sumular algo que está claramente expresso na ordem jurídica, editando a Súmula 608.

Nos casos de estupro que resulta lesão corporal de natureza leve, apesar de constituir violência real, não se aplica a referida súmula, visto que, a violência leve empregada pelo agente perfaz exigência do tipo objetivo, sendo absorvidos pelo estupro.

Porém o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem que a súmula 608 é aplicável nos casos de lesão corporal leve, pois afirmam que o delito de estupro simples é crime complexo em sentido amplo, ou seja, quando em uma figura típica se acrescentam outros elementos para se verifique um tipo delituoso novo. Confirma o julgado:

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

1. É assente neste Tribunal Superior o entendimento segundo o qual, tratando-se de crime de estupro praticado com emprego de violência real, a ação penal é pública incondicionada, sendo o parquet o ente legitimado para a sua promoção, a teor do enunciado da Súmula 608/STF.

2. In casu, irrelevante o fato de o representante da ofendida ter apresentado retratação à representação anteriormente oferecida a fim de impedir o oferecimento da denúncia, haja vista a natureza pública incondicionada da ação penal.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 997.640/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010)

O conceito alargado do crime complexo não foi adotado pelo Código Penal Brasileiro, de acordo com o art. 101, fazendo referência apenas ao crime complexo em sentido estrito (fusão de duas figuras típicas). A violência a que se refere o art. 213 do CP já está ínsita no art. 146 (constrangimento ilegal), não havendo, portanto, duas condutas delituosas.

Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p.444), a Súmula 608 do STF permanece incólume às críticas doutrinárias, no estupro cometido com violência, pouco importa se da *vis compulsiva* resulta lesão grave, leve ou morte, a ação penal será pública incondicionada. O Supremo, em decorrência da sua *jurisprudential construction*, erigiu a ação penal, nesses casos, à qualidade de pública incondicionada.

A razão da existência desta súmula, de acordo com Tourinho Filho (2013, p.445), é pautada na existência de uma grande quantidade de estupros cometidos mediante violência da qual resulta lesão leve. Assim, o STF, provocado por meio de recurso e habeas corpus, e procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, guindou-os à posição de crime de ação pública incondicionada.

Além disso, o STF estendeu a legitimidade da representação nos crimes contra os costumes, conferindo poderes não só aos verdadeiros representantes legais, como também ao irmão, tio, avós, pessoa ligada por relação de parentesco, e até mesmo à pessoa que tenha o menor sob sua guarda a qualquer título.

Esta visão torna o crime de estupro, seja simples ou qualificado, de ação pública incondicionada, negando a validade do artigo 225 do CP, o qual, como exposto anteriormente, determinou como ação pública condicionada à representação para preservar a intimidade e dignidade da vítima nos casos de estupro simples.

## **5 O ASPECTO DA VULNERABILIDADE PARA A DEFINIÇÃO DA AÇÃO PENAL**

A conduta tipificada no art. 217-A do CP é: “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos”. Este crime é processado mediante ação penal pública incondicionada de acordo com o art. 225 do CP, por tratar-se de infração contra pessoa vulnerável.

Além dos menores de 14 (quatorze) anos, enquadram-se no conceito de vulneráveis as pessoas que por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

No conceito abrangente do parágrafo primeiro do art. 217-A do CP, definem-se como vulneráveis além dos deficientes mentais, as pessoas que se encontram em estado de

inconsciência (provocado ou não, pelo agente) ou por doença ou outra causa, estão impossibilitados de oferecer resistência, conforme o texto da exposição de motivos da parte especial do Código Penal.

Segundo Luiz Regis Prado (2011, p. 624) o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

Assim, se o agente colocar uma substância entorpecente na bebida de uma pessoa, com o intuito de deixá-la inconsciente, para depois ter conjunção carnal, está caracterizado o estupro de vulnerável.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar um recente caso em que uma mulher que em decorrência de uma agressão desmaiou, e em seguida o agente teve conjunção carnal com ela, considerou que a vulnerabilidade deve ser preexistente ao ato para que o estupro se processe mediante ação pública incondicionada. Segue parte do voto do ministro Sebastião Reis Júnior:

(...) a vulnerabilidade detectada apenas nos instantes em que ocorreram os atos libidinosos não é capaz, por si só, de atrair a incidência do dispositivo legal em questão (art. 225, parágrafo único, do CP).

Com isso, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do Código Penal.' HC 276.510-RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 11/11/2014, DJe 1º/12/2014.

Segundo o ministro, a própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no artigo 225, *caput* e parágrafo único, do CP, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada.

Para Sebastião Reis Júnior, a interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos — não sendo considerada pessoa vulnerável —, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii* (escândalo causado pela divulgação do fato).

Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do *caput* do art. 225 do CP.

O posicionamento do STJ acerca deste assunto é divergente da doutrina majoritária, a qual acertadamente entende que a vulnerabilidade está caracterizada quando a vítima não tem a possibilidade de manifestar o seu dissenso, como no caso de embriaguez completa, inconsciência pelo uso de drogas, hipnose, ressaltando-se ainda que é indiferente que a vítima seja colocada em tal estado por provocação do agente, ou que este simplesmente tenha se aproveitado do fato de o ofendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência.

Assim, é indiferente se a vulnerabilidade é preexistente ao delito, ou se restou configurada no momento da ação, já que a vítima no momento do ato está inconsciente, e o agente sabendo do seu estado, pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso, resta caracterizado o estupro de vulnerável, devendo ser processada mediante ação pública incondicionada, conforme o parágrafo único do art. 225 do CP.

O estudioso Bruno Gilaberte (2013), em consonância com o entendimento do STJ, questiona: “nos casos que a impossibilidade de resistência é breve, ainda que se critique a opção legislativa pela supervalorização *do strepitus judicii*, qual seria a razão para se negar proteção semelhante à intimidade da vítima?” Ele responde afirmando que ainda que a vítima tenha por um período ténue sua capacidade cognitiva obnubilada, em curto espaço de tempo já se torna apta a avaliar a conveniência de suprir a condição de procedibilidade.

Deve-se atentar que o agente se aproveitou da situação de fragilidade da vítima para poder praticar o crime, no momento da ação a vítima estava vulnerável, isto é inquestionável, sendo assim, não existe fundamento lógico e legal para definir o processamento desta conduta por ação pública condicionada à representação.

Se assim fosse, não haveria porque enquadrar as pessoas que por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência no § 1º do art. 217-A, definindo-as como vulneráveis.

## **6 ESTUDO COMPARADO**

O bem jurídico do crime de lesão corporal é a incolumidade pessoal do indivíduo, protegendo-o na sua saúde corporal, fisiológica e mental. A lesão corporal grave (art.129 § 1º) ocorre quando resulta incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função e aceleração do parto.

A pena varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos e o delito se procede mediante ação pública incondicionada. O crime de estupro que resulta lesão corporal de natureza grave (art. 213,§ 1º) possui pena de 8 (oito) a 12 (doze) anos.



A ação pública incondicionada é utilizada para os crimes de maior gravidade e de relevante interesse público, por esta razão, o oferecimento da denúncia independe de manifestação da vítima, há a prevalência do interesse público sobre o interesse individual, assim, o promotor tem a obrigação de promover a ação penal, da mesma forma que o delegado tem o dever jurídico de instaurar o inquérito.

O estupro com resultado de lesão corporal grave, cuja pena é o dobro da imposta nos crimes de lesão corporal grave, deveria ser processado mediante ação penal condicionada?

Em que pese à publicidade escandalosa do processo e a preservação da dignidade da vítima, que justificaria o uso da ação pública condicionada, em certas ocasiões o Estado deve impor o seu papel punitivo com o intuito de desestimular a prática do delito de estupro.

Se uma pessoa lesiona outra a ponto de deixá-la paraplégica a ação é pública incondicionada, mas se essa pessoa estupra e ainda deixa a vítima paraplégica, a ação seria pública condicionada. Não há lógica alguma nesse sistema, é inconcebível condicionar à representação um crime de tamanha brutalidade, que além de afetar o psicológico, fere a incolumidade pessoal.

Analisando a pena cominada para o crime de homicídio simples verifica-se que ela varia de 6 (seis) a 20 (vinte) anos e a ação é pública incondicionada. No caso de estupro com resultado morte, a pena é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, mas se procede mediante ação pública condicionada.

Em ocorrendo o resultado morte a imposição da ação pública condicionada pode acarretar na impunidade do agente, pois dependeria de representação de um legitimado (pais, filhos, irmãos) para iniciar a ação penal. Os acusados da prática de tão grave injusto penal serão certamente beneficiados pelos efeitos da decadência.

Imagine-se um caso em que a vítima não possui família, é órfã, ninguém poderia representar e a morte de uma pessoa restaria impune, apenas por questão de política criminal? Seria justo condicionar à representação um crime em que não se pode sequer alegar a violação da intimidade da vítima com o escândalo do processo, já que esta teve sua vida ceifada?

Após a morte da vítima de estupro, o bem jurídico tutelado continua sendo a liberdade sexual da vítima, ou não passaria a ser a vida o objeto da tutela penal? Com certeza o bem jurídico ofendido ao final foi a vida, independentemente do dolo do agente, o resultado foi a morte da vítima, razão pela qual o agente deve ser denunciado de ofício pelo órgão do Ministério Público.

Outro aspecto interessante para a análise da ação penal nos crimes de estupro é a decisão do Supremo que declarou a inconstitucionalidade do art. 12, inciso I; 16; 41 da Lei

Maria da Penha (Lei. 11.340/2006) o qual determinava que os crimes contra as mulheres no âmbito doméstico se procediam mediante ação penal pública condicionada.

Segundo o ministro Luiz Fux, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4424:

Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade de representação, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental, porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacentemente um violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétreia.

O ministro Ricardo Lewandowski na mesma ocasião chamou atenção para aspectos em torno do fenômeno conhecido como “vício da vontade” e salientou a importância de se permitir a abertura da ação penal independentemente de a vítima prestar queixa:

Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade.

Diante do exposto, se um crime de lesão corporal leve é processado mediante ação pública incondicionada, o que justificaria a imposição da ação pública condicionada para os crimes de estupro? Ambas as violências afetam a dignidade da pessoa humana, o estupro ainda mais, e mesmo assim, de acordo com o Código Penal deve-se condicionar a persecução penal à representação da vítima.

É justamente pela proteção da dignidade e intimidade do ser humano que o oferecimento da denúncia deve ocorrer de ofício pelo Promotor. Ademais, cumpre lembrar, os processos dos crimes contra a dignidade sexual correrão em segredo de justiça conforme determinação do art. 234-B do CP, assim, ninguém, além dos envolvidos no crime, poderá ter acesso aos autos ou participar das audiências.

## 7 CONCLUSÃO

O entendimento de que o crime de estupro qualificado por lesão corporal grave ou morte procede-se mediante ação penal pública condicionada não pode persistir, em respeito ao princípio da proporcionalidade, bem como a regra do art. 101 do CP, que disciplina que a ação penal nos crimes complexos é pública incondicionada.

Nesses casos não há que se avaliar o *streptus iudicii* do processo, por tratar-se de um crime o qual necessita ser fortemente reprimido pelo Estado, principalmente quando do crime resulta morte, por afrontar o bem jurídico mais relevante, a vida.

A condição de procedibilidade da ação penal em tais casos de altíssimo nível de gravidade e de elevado grau de reprovabilidade, só beneficia o sujeito ativo do crime. Assim, deve-se utilizar a ação pública incondicionada em consonância com o art. 101 do CP para interpretar sistematicamente o tipo de ação penal nos casos de estupro qualificado.

No que tange a aplicabilidade da súmula 608 do STF, ela perdeu sua razão de existir, visto que foi editada na época em que os crimes sexuais se procediam mediante ação privada, onde muitas vezes os agressores restavam impunes diante da ausência do oferecimento da queixa, assim, o Supremo, visando proteger a dignidade sexual da vítima, impôs a ação pública incondicionada.

A aplicação da referida súmula, nega a existência do art. 225 do CP o qual determinou o processamento do estupro mediante ação pública condicionada, facultando à vítima a representação ou não do crime.

A questão da vulnerabilidade para a definição do tipo penal requer bastante cautela, o entendimento de que todo delito de estupro contra vulnerável é incondicionada decorre do texto do art. 225, parágrafo único do CP. A condição da vulnerabilidade preexistente não deve ser um fator de alteração do tipo de ação, uma vez que o legislador não fez distinção entre os níveis de vulnerabilidade, não cabe ao Judiciário definir em quais casos a ação é pública incondicionada.

## PROSECUTION IN RAPE CRIMES AND VULNERABLE RAPE

### ABSTRACT

This article intends to analyze the legislative change made in article 225 of the Penal Code, by the law, 12.015 of 2009, aiming to examining the type of prosecution in sexual offenses. It will be studied the conditioned public action in cases of simple rape and his controversial application under the qualified rape with the result of serious personal injury or death, noting that in the latter case, it is complex crime, should following the rule of art. 101 of the Penal Code. In addition, it will be analyze the applicability of the Supreme Court docket 608 on the abovementioned legislative amendment, and last, we will study the recent Supreme Court's understanding of the aspect of vulnerability for the definition of criminal action. The relevance of this study refers to the practical understanding of what the appropriate processing the crime of rape through in its various forms, based on the constitutional principles and the Brazilian criminal rules.

**KEY-WORDS:** Crime of rape. Complex crime. Docket 608 STF. Vulnerability.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6.ed.rev.ampl.São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**.Volume III. Parte Especial. dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública.10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O Papel da Vítima no Processo Criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GILABERTE, Bruno. **Ação Penal nos crimes conta a liberdade sexual**. Disponível em: <<http://brunogilaberte.blogspot.com.br/2013/10/acao-penal-nos-crimes-contraliberdade.html>> Acesso em: 28.05.2015

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com Lesão Corporal Grave ou Morte: A Ação Penal é Pública Condicionada**. <[http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090928094340859\\_blog-do-lfg\\_estupro-com-lesao-corporal-grave-ou-morte-a-acao-penal-e-publicacondicionada.html](http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090928094340859_blog-do-lfg_estupro-com-lesao-corporal-grave-ou-morte-a-acao-penal-e-publicacondicionada.html)> Acesso em: 09.05.2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol III. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**, vol.3: parte especial. Arts. 213 a 359-H. 4e. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito Penal**. 10ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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. **Curso de Processo Penal** – 15. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Ação Pública Condicionada**, in Revista Justitia, v. 100, São Paulo.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Sousa. **Ação Penal no atual crime de estupro**. Disponível em <http://pauloqueiroz.net/acao-penal-no-atual-crime-de-estupro/>. Acesso em: 26.05.2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 5ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC, Lumem Juris, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Curso de Processo Penal** - Volume I, 35ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.